



HAL
open science

Le principe de sécurité juridique au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme

Hélène Hardy

► **To cite this version:**

Hélène Hardy. Le principe de sécurité juridique au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Droit. Université Montpellier, 2019. Français. NNT : 2019MONTD021 . tel-02890546

HAL Id: tel-02890546

<https://theses.hal.science/tel-02890546>

Submitted on 6 Jul 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

En droit public

École doctorale Droit et Science politique

Institut de Droit Européen des Droits de l'Homme (EA 3976)

Le principe de sécurité juridique au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme

Présentée par Hélène HARDY

Le 19 novembre 2019

Sous la direction de M. Le Professeur Frédéric SUDRE

Devant le jury composé de

Elsa BERNARD, Professeure, Université de Lille

Pascale DEUMIER, Professeure, Université de Lyon III

Laure MILANO, Professeure, Université de Montpellier

Frédéric SUDRE, Professeur émérite, Université de Montpellier

Françoise TULKENS, Ancien juge à la Cour européenne des droits de l'Homme,

Professeure émérite, Université de Louvain

Rapporteur

Présidente du jury

Membre du jury

Directeur de thèse

Rapporteur



UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER

**THÈSE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR
DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER**

En droit public

École doctorale Droit et Science politique

Institut de Droit Européen des Droits de l'Homme (EA 3976)

**Le principe de sécurité juridique
au sens du droit de la Convention européenne
des droits de l'homme**

Présentée par Hélène HARDY

Le 19 novembre 2019

Sous la direction de M. Le Professeur Frédéric SUDRE

Devant le jury composé de

Elsa BERNARD, Professeure, Université de Lille

Pascale DEUMIER, Professeure, Université de Lyon III

Laure MILANO, Professeure, Université de Montpellier

Frédéric SUDRE, Professeur émérite, Université de Montpellier

Françoise TULKENS, Ancien juge à la Cour européenne des droits de l'Homme,

Professeure émérite, Université de Louvain

Rapporteur

Présidente du jury

Membre du jury

Directeur de thèse

Rapporteur

« L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »

À mes proches.

REMERCIEMENTS

Je souhaite tout d'abord exprimer ma plus profonde reconnaissance au Professeur Frédéric SUDRE pour avoir accepté de me confier un sujet dense mais passionnant. Je le remercie pour m'avoir guidée et conseillée durant ces cinq années de recherche, pour sa disponibilité ainsi que pour la liberté scientifique qu'il m'a octroyée tout au long de ma réflexion.

Je souhaite ensuite adresser mes remerciements aux membres du jury pour l'intérêt et le temps qu'ils consacreront à la lecture de ce travail.

Je remercie vivement les membres de l'IDEDH – passés ou actuels – pour leurs encouragements. J'adresse en particulier mes remerciements à Madame Béatrice PASTRE-BELDA et au Professeur Jérôme ROUX, pour la confiance qu'ils ont placée dans mes enseignements ; au Professeure Caroline PICHERAL, pour m'avoir accompagnée dans ma première recherche collective ; au Professeure Claire VIAL et Madame Katarzyna BLAY-GRABARCZYK pour leur soutien de leur bienveillance dans les moments difficiles liés à tout travail de thèse. Merci à toi Nina, pour avoir été ma marraine de thèse, et à toi Raphaël, pour être le partenaire de thèse le plus drôle et le plus humain. J'ai conscience que ce travail n'aurait jamais vu le jour sans votre amitié.

Je tiens à remercier également les Professeur(e)s, docteur(e)s et doctorant(e)s lillois(es) pour leur accueil et pour avoir pris le relais en cette fin de doctorat.

Je remercie chaleureusement mes relecteurs(rices) pour le temps qu'ils ont consacré à la relève des nombreuses (et persistantes) *scories* : Eroan, Ferdi, Irina, Nina, Annabel, Audrey et Morgane.

Enfin, mes pensées vont à tous ceux qui m'ont accompagnée durant toutes ces années. J'adresse ma plus profonde gratitude à Eroan, Alexis, Pierre(s), Irina, Ferdi, Alice, Noël, Jessy, Thibault, Marion, Audrey, Nina(s), Lucie, Nadia et Guillaume. Merci pour votre patience et le réconfort que vous m'avez apportée dans les moments où ma propre insécurité avait atteint son paroxysme.

Cette thèse, c'est surtout la vôtre. Un infini merci.

LISTES DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

act.	Actualité
aff.	Affaire
AFDI	Annuaire français de droit international
AIJC	Annuaire international de justice française
al.	Autre
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJ Contrat	Actualité juridique du droit des contrats
AJ Famille	Actualité juridique du droit de la famille
AJ Pénal	Actualité juridique de droit pénal
APC	Archive de politique criminelle
APD	Archive de philosophie du droit
art.	Article
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre civile)
Bull. Crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
BVerfGE	Bundesverfassungsgericht (décisions de la Cour constitutionnelle fédérale allemande)
c.	Contre
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cass. Ass. Plén.	Cour de cassation réunie en Assemblée plénière
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
C.C	Conseil Constitutionnel
CCC	Cahiers du Conseil Constitutionnel
CDDH	Comité directeur pour les droits de l'homme
CDE	Cahier de droit européen
CE	Conseil d'État
CE. Ass	Conseil d'État, Assemblée du contentieux
CE, Sect.	Conseil d'État, Section du contentieux
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Ch.	Chambre
Chron.	Chronique
Civ.	Civil(e)
CIJ	Cour internationale de justice
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CM	Conseil des Ministres (Conseil de l'Europe)
coll.	Collection
Com. EDH	Commission européenne des droits de l'homme
comm.	Commentaire
concl.	Conclusion
CPJI	Cour pénale de justice internationale
CREAM	Centre de recherche et d'études administratives de Montpellier
CREDOF	Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux
Dactyl.	Dactylographiée (pour les thèses)

DC	Décision de contrôle de constitutionnalité <i>a priori</i>
Déc.	Décision
DH	Droit(s) de l'homme
dir.	Sous la direction de
doctr.	Doctrine
Dr. fam.	Revue de droit de la famille
Dr. soc.	Revue de droit social
Éd./ éd.	Édition
Fasc.	Fascicule
FIDE	Fédération internationale pour le droit européen
FMDH	Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme
GAJA	LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVE (P.), GENEVOIS (B.), <i>Les grands arrêts de la jurisprudence administrative</i> , Dalloz, 2019, 22 ^{ème} éd.
GACEDH	SUDRE (F.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GONZALEZ (G.), GOUTTENOIRE (A.), MARCHADIER (F.), MILANO (L.), SCHAHMNECHE (A.), SURREL (H.), SZYMCZAK (D.), <i>Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme</i> , PUF, 2019, 9 ^{ème} éd.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Gde. Ch.	Grande Chambre
H.S	Hors-série
IDEDH	Institut de droit européen des droits de l'homme
Ibid.	<i>Ibidem.</i>
IRJS	Institut de Recherche juridique de la Sorbonne
JCP A	La semaine juridique, Administration et collectivités territoriales
JCP E	La semaine juridique, Entreprise et affaires
JCP G	La semaine juridique, édition générale
JDI	Journal du droit international
JEDH	Journal européen des droits de l'homme
JT	Journal des Tribunaux
jtes.	Jointes (affaires)
Juris.	Jurisclasseur
LGDJ	Librairie général de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites affiches
n °	Numéro
NCCC	Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel
obs.	Observation
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
op. cit.	<i>Opere Citatio</i> (par section)
p.	Page(s)
par ex.	Par exemple (pour un renvoi vers un arrêt ou un article de doctrine)
Plén.	Plénière
Pt.	Point
PUAM	Presse universitaire d'Aix-Marseille
PUB	Presse universitaire de Bordeaux
PUF	Presse universitaire de France
PUS	Presse universitaire de Strasbourg

PUSL	Presse universitaire de Saint-Louis
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RAE	Revue des affaires européenne
RBDI	Revue belge de droit international
Rec.	Recueil
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RDF	Revue de droit fiscal
RDI	Revue de droit international
RDLF	Revue des droits et libertés fondamentaux
RDP	Revue de droit public
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RDT	Revue du droit du travail
req.	Requête
RevDH	Revue des droits de l'homme
Rev. sc. Crim	Revue de sciences criminelles
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administrative
RFDC	Revue française de droit constitutionnelle
RFFP	Revue française de finances publiques
RGD	Revue général du droit
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIDC	Revue international de droit comparé
RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RQDI	Revue québécoise de droit international
RRJ	Revue de la recherche juridique
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD Eur.	Revue trimestrielle de droit européen et international
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
RUE	Revue de l'Union européenne
SFDI	Société française pour le droit international
Suiv.	Suivant
Spéc.	Spécifiquement
t.	Tome
TA	Tribunal administratif
TCE	Traité des Communautés européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
Trad.	Traduit par
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne
vol.	Volume
voy.	Voyez

SOMMAIRE

Introduction générale

PARTIE I :

LA MUTATION DU PRINCIPE « DE » SECURITE JURIDIQUE

Titre I : Une complexité conceptuelle caractéristique du principe de sécurité juridique

Chapitre 1 : La construction d'« un » principe plurivoque de sécurité juridique

Chapitre 2 : La qualification équivoque du « principe » de sécurité juridique

Titre II : Une pluralité fonctionnelle révélatrice du principe « des » sécurités juridiques

Chapitre 1 : Les fonctions objectives

Chapitre 2 : Les fonctions subjectives

PARTIE II :

LA PORTEE AMBIVALENTE DU PRINCIPE « DES » SECURITES JURIDIQUES A L'AUNE DE L'OBJECTIF D'EFFECTIVITE DES DROITS ET DU DROIT DE LA CONVENTION

Titre I : Une conciliation perfectible des intérêts étatiques et individuelles de sécurité juridique avec l'effectivité des droits

Chapitre 1 : L'efficacité congruente du principe en faveur de l'effectivité des droits

Chapitre 2 : L'efficacité détournée du principe en défaveur de l'effectivité des droits

Titre II : Une conciliation insuffisante entre sécurité juridique *in globo* et effectivité du droit de la Convention

Chapitre 1 : Les germes de l'ineffectivité du droit

Chapitre 2 : Les remèdes à l'ineffectivité du droit

Conclusion générale

Bibliographie générale

Index de la jurisprudence citée

Index alphabétique

INTRODUCTION GENERALE

« Quoique l'on se plaigne sans cesse de l'incertitude, elle vaut encore mieux quand elle nous fait espérer le bien, que la certitude qui nous ôte les moyens de douter du mal »¹

1. « Principe est synonyme de commencement ; et c'est dans cette signification qu'on l'a d'abord employé ; mais ensuite à force d'en faire usage, on s'en est servi par habitude, machinalement, sans y attacher d'idées, et l'on a eu des principes qui ne sont le commencement de rien [...]. Un principe de sécurité juridique risque fort de n'être qu'une coquille vide, accueillant l'impression arbitraire de chacun »². Cette diatribe du Professeur Patrick MORVAN adressée à l'objet de notre étude résume la défiance que le principe de sécurité juridique alimente depuis sa reconnaissance. Nul n'ignore que « la sécurité juridique est devenue le thème central sinon obsessionnel des controverses juridiques et l'objet de toutes les attentions de la part des juges nationaux ou supranationaux »³. Un bref regard sur les travaux qui lui sont consacrés atteste d'une doctrine unanime sur ses carences conceptuelles et fonctionnelles. C'est ainsi que bon nombre d'auteurs le qualifient de principe « incertain »⁴, « gazeux »⁵, « bonne à tout faire »⁶, « dangereux »⁷, « vide de contenu »⁸, « nébuleux »⁹. C'est

¹ C. DE THEIS, Princesse de SALM-DYK, *Pensées*, Éd. Firmin Didot, Paris, 3^{ème} éd., 1836, 2^{ème} partie, CXLVII, p. 56.

² P. MORVAN, Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ?, *Dr. soc.*, 2006, n° 7/8, p. 70. L'auteur cite l'Abbé de CONDILLAC, *La logique ou les premiers développements de l'art de penser*, Hachette, Paris, 2012 (date originale : 1780).

³ P. BRUNET, « La sécurité juridique, nouvel opium des juges ? », in *Frontières du droit, critiques des droits. Billets d'humeur en l'hommage à Danièle LOCHAK*, LGDJ, Paris, coll. « Droit et société », 2007, p. 247-250, spéc. p. 247.

⁴ F. LUCAHIRE, Le principe de sécurité juridique en droit constitutionnel français, *CCC*, 2001, n° 11.

⁵ P. MARTENS, « La sécurité juridique : rapport de synthèse », in *La Sécurité juridique*, Actes du colloque organisé par la conférence du jeune barreau de Liège, 14 mai 1993, éd. du jeune barreau de Liège, 1993, p. 257-265, spéc. p. 265.

⁶ J-L. BOULOUIS, « Quelques observation à propos de la sécurité juridique », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amoricum Pierre PESCATORE*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, Berlin, 1987, p. 53-63, spéc. p. 55.

⁷ C. NAOME, « La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 69-108, spéc. p. 106.

⁸ S. CALMES, *Le principe de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Dalloz, Paris, coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », 2001, p. 120.

⁹ F. HUBEAU, Le principe de la protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, *CDE*, 1983, p. 143.

dire si le principe de sécurité juridique n'aurait absolument rien d' « *d'idyllique* »¹⁰, au point d'inciter certains à lui nier toute existence en droit positif¹¹, voire d'en suggérer sa suppression¹².

2. Les causes qui forgent sa mauvaise réputation sont autant endogènes qu'exogènes. D'abord, on lui reproche d'être imprécis et inconstant¹³ en raison d'une interprétation prétorienne discrétionnaire qui lui fait perdre progressivement sa valeur normative¹⁴. À force d'être invoqué « à tout va », le principe perd en substance et en signification, creusant l'écart entre le discours juridique et la réalité dudit principe¹⁵. Surtout, on lui reproche de servir les intérêts de la casuistique, au risque de perdre la cohérence et l'unité de la jurisprudence en « *atomisant* »¹⁶ par ricochet le droit positif. Principe de protection contre l'arbitraire et l'insécurité juridique, il est devenu aujourd'hui les symboles les plus péremptoirs¹⁷.

3. Bien que la Cour européenne des droits de l'homme – instaurée le 21 janvier 1959 – ait consacré précocement ce principe dans sa jurisprudence, son introduction n'a suscité aucune controverse¹⁸. Les critiques portent davantage sur l'insécurité juridique émanant de sa jurisprudence plutôt que sur l'utilisation de son principe. L'insécurité juridique se mêle alors aux réprimandes qui sont régulièrement formulées à son endroit¹⁹, aux côtés du principe de subsidiarité. Les États membres lui imputent parfois de ne pas dégager des lignes directrices suffisamment claires dans la détermination des obligations étatiques. Ces dernières deviennent alors imprévisibles tant dans leur contenu que dans leur mise en œuvre²⁰. La sécurité juridique exprime un besoin étatique que les États utilisent volontiers pour se soustraire à leurs obligations conventionnelles, ou pour brider un pouvoir interprétatif extensif. Au-delà des revendications étatiques, la doctrine pointe régulièrement de leur plume le manque de rigueur

¹⁰ P. MORVAN, Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ? *op. cit.*, p. 70.

¹¹ E. BEN MERZOUK, *La sécurité juridique en droit positif*, thèse dactyl., Université Paris II, 2003.

¹² F. TULKENS, La sécurité juridique, un idéal à reconsidérer, *RIEJ*, 1990, n° 24, p. 25-42.

¹³ F. POLLAUD-DULIAN, À propos de la sécurité juridique, *RTD Civ.*, 2001, p. 491.

¹⁴ P. MORVAN, Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ?, *op. cit.*, p. 70.

¹⁵ J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁶ P. PUIG, L'excès de proportionnalité, *RTD Civ.*, 2016, p. 70.

¹⁷ Voy. par ex. N.-J. MAZEN, *L'insécurité inhérente au système juridique*, thèse dactyl., Université de Dijon, 1979. Pour une étude complète sur les différentes idéologies philosophiques et sociologiques qui ont alimenté la conception de la sécurité juridique en Europe, lire J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, PUSL, Bruxelles, 2014, p. 35-93.

¹⁸ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §56 (*GACEDH*, 2019, n° 51).

¹⁹ Y. LECUYER, Les critiques ataviques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme, *RDLF*, 2019, chron. n° 53.

²⁰ S. TOUZE, Deux facettes différentes de l'imprévisibilité sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme, *RDP*, 2016, n° 3, p. 847.

méthodologique de la Cour européenne dans ses arrêts²¹. Par exemple, si elle a coutume d'affirmer qu'il est « *dans l'intérêt de la sécurité juridique de ne pas s'écarter de ses précédents* »²², force est de constater qu'elle privilégie très souvent l'interprétation évolutive au détriment de la sécurité juridique. Plus alarmant, la sécurité juridique sert parfois d'alibi aux revirements involutifs qu'elle présente comme des clarifications de sa jurisprudence antérieure²³.

4. Face à un tel constat, « *comment croire encore à la sécurité juridique ?* »²⁴. Sans doute en se proposant de faire le réquisitoire inverse, c'est-à-dire en partant à la recherche des effets positifs du principe sur le droit de la Convention. En effet, il y a une forme de paradoxe à se plaindre d'un principe qui, en dépit de sa mauvaise réputation, est très largement reconnu comme un principe constitutionnel ou de valeur supra législative dans les droits nationaux²⁵. Cette prépondérance se retrouve également en droit de la Convention puisque le principe de sécurité juridique est inscrit au panthéon des valeurs forgeant l'ordre public européen, aux côtés des principes de la prééminence du droit et de l'État de droit²⁶. Ces critiques se révèlent d'autant plus contradictoires qu'elles occultent les apports positifs du principe sur la protection des droits fondamentaux. Sa reconnaissance dans l'arrêt *Marckx contre Belgique*²⁷ a accompagné un courant jurisprudentiel progressiste et audacieux pour la protection des droits successoraux enfants adultérins en Europe. En outre, le non-respect dudit principe par les États parties à la Convention emporte quelques constats de violation. On en relève de nombreux exemples lors de l'examen de la conventionnalité des divergences de jurisprudence en interne²⁸, des procédures de révision ou de réexamen²⁹, de la légalité d'une détention³⁰ ou en matière de lois

²¹ F. SUDRE, L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH*, 2008/76, p. 941-947.

²² CEDH, Gde Ch., 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, req. n° 27238/95, Rec. 2001-I, §70 (*GACEDH*, 2019, n° 48).

²³ CEDH, Gde. Ch., 9 nov. 2018, *Beuze c. Belgique*, n° 71409/10 (*JCP G*, 2018, n° 48, 1249, veille F. SUDRE ; *RTDH*, 2019, n° 118, obs. M-A. BEERNAERT) ; CEDH, Gde. Ch., 22 octobre 2018, *S., V. et A. c. Danemark*, req. n° 35553/12, 36678/12 et 36711/12 ; voy. aussi S. VAN DROOGHENBROECK, « Retour sur l'interprétation "involutive" de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Le droit malgré tout. Hommage à François OST*, PUSL, Bruxelles, 2018, p. 417-439. Voy. *infra*, n° 689.

²⁴ P. MORVAN, Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ? *op. cit.*, p. 70.

²⁵ *Infra*, n° 72 et suiv.

²⁶ CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, §56 ; CEDH, Gde. Ch., 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, req. n° 53080/13, §89.

²⁷ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31 (*GACEDH*, 2019, n° 51).

²⁸ CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie*, req. n° 13279/05, §57 (*JCP G*, 2012, doct. 87, F. SUDRE) ; CEDH, 23 mai 2019, *Sine Tsaggarakis A.E.E. c. Grèce*, req. n° 17257/13, §48.

²⁹ CEDH, 20 juillet 2004, *Nikitine c. Russie*, req. n° 50178/99, Rec. 2004-VIII, §§55-57 ; CEDH, Gde. Ch., 11 juillet 2017, *Moreira Ferreira c. Portugal (n° 2)*, req. n° 19867/12, §62 ; CEDH, Gde. Ch., 8 juillet 2019, *Mihalache c. Roumanie*, req. n° 54012/10, §§110 et suiv.

³⁰ CEDH, Gde. Ch., 9 juillet 2009, *Mooren c. Allemagne*, req. n° 11364/03, §91 ; CEDH, 16 avril 2019, *Alparslan altan c. Turquie*, req. n° 12778/17, §101.

de validation³¹. Enfin, s'en tenir à une conception négative du principe conventionnel de sécurité juridique ne rendrait pas hommage à l'influence qu'il a exercée et qu'il exerce encore aujourd'hui sur les droits nationaux. La promotion d'une sécurité juridique flexible et compatible avec la mutabilité du droit par la Cour européenne a certainement contribué à l'acceptation en droit français de l'insécurité juridique du revirement jurisprudentiel, comme le prouve son ouverture au droit transitoire et à la modulation jurisprudentielle³². S'en tenir à une critique négative ne rendrait pas non plus hommage aux efforts constants de la Cour pour améliorer la qualité de sa norme jurisprudentielle, efforts qui ont pu être relevés lors des différentes Conférences sur l'avenir de l'Europe³³ et dans les discours officiels. C'est donc un tout autre portrait du principe qui émerge en droit de la Convention et qui mérite, à notre sens, d'être davantage valorisé.

5. C'est pourquoi le principe et la notion qu'il concrétise doivent être « *reconsidérés* »³⁴ dans la jurisprudence de la Cour, en particulier à l'aune des contraintes spécifiques d'un office chargé d'assurer la protection des droits fondamentaux. C'est en ce sens que cette étude visera non seulement à identifier et conceptualiser le principe, mais aussi à étudier ses fonctionnalités, ses changements, ses bienfaits, ses méfaits, et ses enjeux sous l'angle de la protection des droits fondamentaux.

6. Pour parvenir à ces objectifs, il est nécessaire d'établir au préalable quelques directions d'analyses pour garantir sa propre « sécurité » scientifique. La première idée-force sera de « *démystifier* »³⁵ la sécurité juridique en relativisant les critiques et autres idées préconçues à son endroit. D'abord, cela évitera de borner au maximum les sens ou les fonctionnalités du principe en raison d'opinions personnelles ou doctrinales. Ensuite, cela permettra de déterminer ce qu'est réellement le principe de sécurité juridique en droit de la Convention, au-delà du discours prétorien. Cette phase de démystification s'accompagnera d'une phase de « désacralisation » du principe. La sécurité juridique demeure un idéal qui, par définition, ne pourra jamais être atteint. D'une part, il serait vain de considérer qu'une jurisprudence parvienne à un niveau absolu de sécurisation juridique. D'autre part, cela constituerait un frein

³¹ CEDH, Ch., 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, req. n° 13427/87, série A. 301-B, §49.

³² En particulier C. MOULY, Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles?, *LPA*, 1994, n° 33, p. 15.

³³ Déclaration de Brighton sur la responsabilité partagée, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme du 20 avril 2012, pt. 25, c) ; Déclaration de Copenhague, Déclaration de Copenhague, Conférence à haut niveau du 13 avril 2018, pt. 27.

³⁴ F. TULKENS, La sécurité juridique, un idéal à reconsidérer, *op. cit.*, p. 25 et suiv.

³⁵ Nous reprenons ici la démarche suivie par le Professeur Jérémy VAN MEERBEECK pour analyser le principe en droit de l'Union européenne, J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 240 et suiv.

délétère à une interprétation évolutive nécessaire pour la garantie des droits fondamentaux en Europe. La difficulté de cette idée-force sera donc de trouver l'équilibre (ou le compromis) entre la déconstruction des mythes et la tentation de la sacralisation du principe. La seconde idée-force sera de proposer des solutions pour renouer avec la sécurité jurisprudentielle dont dépend l'autorité et la légitimité de la Cour européenne³⁶. Comme le souligne un juge belge, « *dissenter sur la sécurité juridique, c'est tenir un discours homéopathique. Demander au droit d'être sûr, c'est le prier d'étendre un baume sur des blessures qu'il a lui-même ouvertes* »³⁷. Ceci nous paraît d'autant plus essentiel que l'insécurité juridique est, paradoxalement, la « bouée de sauvetage » du mécanisme conventionnel. Après tout, l'insécurité juridique n'a-t-elle pas toujours été source d'émulation, en inspirant les révolutions scientifiques les plus importantes ?³⁸ L'analyse des causes de l'insécurité juridique conventionnelle sera alors l'occasion de proposer des solutions pratiques afin de les résorber.

7. Avant d'entrer dans le cœur de la démonstration, il convient dans un premier temps de déterminer l'objet de cette étude, d'abord en appréhendant le sens des termes de l'intitulé de la présente thèse, et ensuite en définissant un cadre matériel et temporel adapté (I). Dans un second temps, notre analyse s'attardera à cibler l'enjeu et les intérêts soulevés par le sujet, pour exposer *in fine* la problématique sous-jacente à notre démonstration (II).

I- L'OBJET DE L'ETUDE

8. Puisque « *mal nommer les choses juridiques, c'est ajouter aux malheurs du monde juridique* »³⁹, il convient de définir autant que possible l'objet de l'étude pour éviter de tendre vers l'« *insécurité scientifique* »⁴⁰. Nos développements porteront consécutivement dans un premier temps que la délimitation du champ sémantique (le principe de sécurité juridique « au

³⁶ « *La question se pose de la prévisibilité d'une jurisprudence qui obéit au pouvoir discrétionnaire du juge et dont la stabilité et la cohérence doivent être assurées afin de concilier développement des droits et sécurité juridique. Il y va à l'évidence, de l'autorité de l'interprétation délivrée par le juge* », F. SUDRE, À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme, *JCP G*, 2001, n° 28, I 335.

³⁷ P. MARTENS, « La sécurité juridique : rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 258.

³⁸ On pense notamment aux travaux menés par le Conseil d'État lorsque l'insécurité législative avait atteint son paroxysme (*De la sécurité juridique*, La documentation française, Paris, 1991 ; *Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation Française, Paris, 2006,) ou encore au groupe de travail menée par le Professeur Nicolas MOLFESSIS pour contrer une insécurité jurisprudentielle grandissante, N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET, LexisNexis, Paris, coll. « Cour de Cassation », 2005.

³⁹ B. BARRAUD, La science et la doctrine juridiques à l'épreuve de la polysémie des concepts, *RIEJ*, 2016/1, vol. 76, p. 5-47, spéc. p. 5.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 44.

sens de ») (A), puis par la délimitation du champ matériel (du droit de la Convention européenne des droits de l'homme) (B).

A- Le champ sémantique : le principe de sécurité juridique

9. Comme le relève un article sur cette thématique, « *la sécurité juridique n'est acquise qu'au travers de nombreuses incertitudes* »⁴¹. Il apparaît donc primordial de se confronter à celle-ci pour mieux comprendre les sens et les fonctionnalités dudit principe. Son incertitude résulte de deux facteurs : l'indétermination de sa nature principielle (1°) et les paradoxes intrinsèques à la notion de sécurité juridique (2°).

1°) L'indétermination de sa nature principielle

10. Bien que la Cour européenne n'ait pas hésité à le consacrer comme un « *principe* »⁴², sa polymorphie et sa variabilité notoires ont de quoi semer le doute sur l'authenticité de cette qualification, d'autant plus que la sécurité juridique n'aurait pas encore « *atteint un degré de force et de cohérence* »⁴³ dans la jurisprudence de la Cour. Cette critique n'est pas en réalité propre à la jurisprudence strasbourgeoise. Si en droit administratif son acceptation en tant que principe fait l'unanimité⁴⁴, la doctrine constitutionnaliste oscille entre la qualification de « *principe* » et celle de simple « *exigence* »⁴⁵, tandis que la Cour de cassation la qualifie volontiers de « *principe* », bien que certains universitaires se montrent sceptiques sur véracité de cette qualification⁴⁶. Le juge belge Paul MARTENS relevait que si la sécurité juridique est « *une valeur que le juge doit avoir souci de servir [...], doit-on pour autant l'ériger en un*

⁴¹ L-P. SUETENS, R. LEYSEN, « Les questions préjudicielles : cause d'insécurité juridique ? », in *La Sécurité juridique, op. cit.*, p. 37-68, spéc. p. 68.

⁴² CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §58 (*GACEDH*, 2019, n° 51).

⁴³ M. DE SALVIA, La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *CCC*, 2001, n° 11.

⁴⁴ La difficulté ne porte pas tant sur la nature principielle que l'ambiguïté d'un principe de confiance légitime « déguisé » en principe de sécurité juridique qui pose difficulté. En réalité, c'est l'émergence du côté subjectif qui concentre le nœud des controverses doctrinales en droit français : B. BONNET L'analyse des rapports entre administration et administrés au travers du prisme des principes de sécurité juridique et de confiance légitime, *RFDA*, 2013, n° 4, p. 71 ; P. FRAISSEIX, La « subjectivisation » du droit administratif, *LPA*, 2004, n° 207, p. 12.

⁴⁵ A-L. VALEMBLOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2005, t. 22.

⁴⁶ Voy. en ce sens N. MOLFESSIS, La portée des revirements de jurisprudence, *RTD Civ.*, 1998, n° 1, p. 210 ; également du même auteur, Les « avancées » de la sécurité juridique, *RTD Civ.*, 2000, n° 3, p. 660 ; A. CRISTEAU, L'exigence de sécurité juridique, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 2814 ; F. POLLAUD-DULIAN, À propos de la sécurité juridique, *RTD Civ.*, 2001, p. 491.

principe général ? ». Selon lui, « *on ne portera pas remède à l'insécurité d'un "droit à l'état gazeux" en lui inoculant l'incertitude d'un principe à l'état volatil* »⁴⁷. Certains manuels vont jusqu'à la qualifier volontiers de « *droit* »⁴⁸, tandis que d'autres écrits la relèguent à « *un simple argument* »⁴⁹. De surcroît, l'incertitude s'accroît au regard des incertitudes doctrinales portant sur la définition même d'un « principe ». L'hétérogénéité des critères doctrinaux d'identification des principes ajoute une dose supplémentaire de complexité, à tel point que la recherche de son identification « *relèverait de la poursuite d'un animal fabuleux, d'une chimère conceptuelle [...] d'un être aux formes et aux pouvoirs extraordinaires envahissant l'inconscient collectif* »⁵³. Paradoxalement, l'ambiguïté du principe, tant dans sa nature que dans son expression, n'en reste pas moins caractéristique des principes et en constitue un bon indicateur⁵⁰. Cela étant, sa normativité aléatoire ainsi que la « *nébuleuse de notions complémentaires* »⁵¹ qui l'entourent (accessibilité, prévisibilité, confiance légitime ...) pourraient tout autant contrevenir à cette qualification ou la conforter⁵². En conséquence, ces flottements confirment l'utilité d'une démonstration approfondie sur ce point qui forme à l'évidence l'un des défis majeurs de la présente thèse.

2°) Les incertitudes entourant la notion de « sécurité juridique »

11. L'absence de définition précise dans la jurisprudence de la Cour impose de partir à la découverte de ses multitudes acceptions, et ce pour nous permettre de mieux comprendre les différents sens qui l'animent. Cependant, ses déficiences intrinsèques rendent son analyse

⁴⁷ P. MARTENS, « La sécurité juridique : rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 264-265.

⁴⁸ Par exemple, le Professeur Rémy CABRILLAC définit la sécurité juridique comme « *un droit pour un individu d'être fixé sur le contenu des dispositions qui lui sont applicables (c'est-à-dire le droit de ne pas voir ses prévisions remises en cause par un revirement de jurisprudence ou un texte rétroactif)* », tout en admettant que « *ce droit suscite des discussions* », R. CABRILLAC, *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2020*, LexisNexis, Paris, coll. « Objectif droit », 2019, 11^{ème} éd., p. 501. Louis FAVOREAU évoque également « *le droit à la sécurité juridique* » dans son manuel L. FAVOREAU, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Paris, 2015, 7^{ème} éd., p. 356 et suiv. Cette qualification apparaît douteuse dans la mesure où la Cour européenne se refuse à consacrer un droit acquis à une jurisprudence constante, CEDH, 18 décembre 2008, *Unedic c. France*, req. n° 20153/04, §74 (*JCP G*, 2009, I 143, obs. F. SUDRE) ; CEDH, 26 mai 2011, *Legrand c. France*, req. n° 23228/08, §41 (*JCP G*, 2011, act. 730, note C. PICHERAL ; *JCP G*, 2011, act. 742, comm. A. MARAIS ; *RDP*, 2012, p. 785, chron. F. SUDRE, G. GONZALEZ, L. MILANO et H. SURREL). Voy. aussi *infra*, n° 515 et suiv.

⁴⁹ L. FRANÇOIS, « La fiabilité du droit, dite sécurité juridique », in *La Sécurité juridique, op. cit.*, p. 8-20, spéc. p. 17 et suiv.

⁵⁰ G. COHEN-JONATHAN, « Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond PETTITI*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 165-196, spéc. p. 186.

⁵¹ J-P. PUISSOCHET, H. LEGAL, Le principe de la sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, CCC, 2001, n° 11.

⁵² Comme le relève Madame Sylvie CALMES, « *ce n'est qu'à travers ses expressions spécifiques, dont les contenus respectifs se croisent et se rejoignent, que s'est affirmé le principe de sécurité juridique* », S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français, op. cit.*, p. 171.

délicate, y compris en droit de la Convention. Ces déficiences proviennent d'une part du caractère polysémique et pluridisciplinaire de la notion (i) et, d'autre part, de la multitude de paradoxes qui la composent (ii).

a- Une notion polysémique et pluridisciplinaire

12. Comme le précise le Professeur Luc HEUSCHLING, l'étymologie est « *un travail de recherche [...] indispensable si l'on veut en saisir la logique, les aboutissements, et les failles* »⁵³. Ce faisant, elle peut « *nous aider grandement à en fixer le sens et à en préciser ses limites* »⁵⁴. Il est communément admis que la généalogie du vocable « sécurité juridique » se recoupe deux racines latines. La première est *securitas, atis*⁵⁵, qui est un principe de « réalisation »⁵⁶ signifiant à la fois « l'exemption de souci, tranquillité de l'âme, quiétude devant la mort », mais également « sûreté, sécurité et la sécurité par la garantie, sécurité des voyages »⁵⁷. La seconde est *certitudo, inis*⁵⁸, qui est un principe d'« orientation »⁵⁹ signifiant « certitude », « être bien sûr », ou encore ce qui est fixé d'« une manière irrévocable »⁶⁰. Cela explique qu'en droit romain la « sécurité juridique » comprenait à la fois une dimension « exécutive »⁶¹ par l'exécution des normes, et une dimension « normative » par leur ordonnancement afin que « *le sujet de droit sache à l'avance quel comportement juridique est attendu de lui comme de ses semblables* »⁶². L'analyse menée par le Professeur Robert KOLB sur la sécurité juridique fournit un éclairage étymologique complémentaire. Selon lui, la *certitudo* comprend deux volets : la certitude synchronique⁶³, qui opère à l'intérieur d'un

⁵³ L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtstaat, Rule of Law*, Dalloz, Paris, 2002, p. 28.

⁵⁴ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, Paris 1921, p. 461.

⁵⁵ Il provient également du nom latin *securus, a, um*, qui désigne la situation « *exempt de souci, sans inquiétude, sans trouble, tranquillité [...] exempt de danger, où l'on n'a rien à craindre* ». Il recoupe également des acceptions plus originales comme « *les vœux qui ne craignent pas un refus [...], les événements qui tournent mal* » ou encore « *tenir de méchants propos sur quelqu'un* », *Dictionnaire Latin-Français : le Grand Gaffiot*, Hachette, Paris, 2000, p. 1412-1413.

⁵⁶ « *Réalisation concrète des normes juridiques afin d'éviter la tyrannie et l'arbitraire* », D. SOULAS DE RUSSEL, P. RAIMBAULT, *Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point*, *RIDC*, 2003, p. 85-103.

⁵⁷ *Dictionnaire Latin-Français : le Grand Gaffiot, op. cit.*, p.1412-1413.

⁵⁸ Il est corrélé au terme « *certo* » qui se définit comme la « *certitude* » mais aussi, plus largement, comme la « *lutte* », « *être ferme dans ses résolutions* » ou encore comme une « *limite précise* », *ibid.* p. 294.

⁵⁹ Orientation du comportement juridique de l'individu, D. SOULAS DE RUSSEL, P. RAIMBAULT, *Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point, op. cit.*, p. 96.

⁶⁰ *Dictionnaire Latin-Français : le Grand Gaffiot, op. cit.*, p. 293.

⁶¹ R. KOLB, *La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques*, *African Yearbook of International Law*, 2002, p. 103-142, spéc. p. 110.

⁶² « *À cet égard, la loi ne doit ni être vague, ni laisser de marge trop vaste à ceux qui l'appliquent, ni remettre en cause les droits acquis ou établis, qui fondent particulièrement le sentiment de sécurité juridique* », D. SOULAS DE RUSSEL, P. RAIMBAULT, *Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point, op. cit.*, p. 84.

⁶³ R. KOLB, *La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques, op. cit.*, p. 110.

système donné et qui s'associe à la clarté, à la simplicité et à l'ordre au sein de l'ordonnement normatif, et la certitude diachronique qui, elle, « *marque le besoin de stabilité et de continuité du droit dans le temps* »⁶⁴. Pour ce qui est de la racine « *securitas* », l'auteur l'assimile au respect de l'autorité de chose jugée, aux procédures de révision, à la règle du précédent, au *prospective overruling*, ainsi qu'à l'exécution effective des normes⁶⁵.

13. Rapidement, le principe de sécurité juridique s'est vu enrichi de sens, de conceptions héritées de la pluridisciplinarité de la notion de sécurité⁶⁶. Sans nul doute, la sociologie du droit a constitué la discipline la plus influente⁶⁷. Preuve de sa prépondérance, elle est la première acception retenue dans les dictionnaires pour la définir⁶⁸. Considérée comme la « *première valeur sociale à atteindre* » selon Paul ROUBIER, « *l'exigence de sécurité juridique naît de l'exigence de la loi de nature [...] et de la nécessité de prévoir le droit* »⁶⁹. Elle est même la « *valeur suprême de l'ordre juridique* »⁷⁰, se plaçant avant « *la justice et même avant le progrès* »⁷¹. Ayant pour objet de pacifier les relations sociales par le biais d'institutions publiques, la sécurité juridique est alors synonyme de paix et de stabilité. Elle est à l'origine de la dichotomie contemporaine entre sécurité juridique individuelle et collective⁷². En effet, la sociologie du droit a influencé ses fondements conceptuels comme la sûreté personnelle, la lutte contre l'arbitraire et les illégalités⁷³. La psychologie et anthropologie ont également inspiré sa

⁶⁴ *Ibid.*, p. 112.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 113 et suiv.

⁶⁶ La plupart des thèses relatives au principe effectuent une analyse pluridisciplinaire en introduction, T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Defrénois, Paris, coll. « Doctorat & Notariat », 2009, t. 35 ; P. RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, LGDJ, Paris 2009 ; A-L. VALEMBOSIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit. ; C. SALVIEJO, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, thèse dactyl., Université de Montpellier I, 2003.

⁶⁷ R. KOLB, *La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques*, op. cit., spéc. p. 106.

⁶⁸ « *La sécurité est par sa nature et par sa destination... foncièrement vouée à assurer la sécurité [...] des relations sociales* », B. PACTEAU, « Sécurité juridique », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. DAUDIN, J-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2008, p. 709-712, spéc. p. 709.

⁶⁹ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Sirey, Paris, 1951, p. 323-333. Lire également G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, Paris, 2004, p. 222 et suiv.

⁷⁰ W. SAUER, « Sécurité juridique et justice », in *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Édouard LAMBERT*. LGDJ, Paris, 1938, t. 3, p. 34-43, spéc. p. 35.

⁷¹ J. CARBONNIER *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Paris, 8^{ème} éd., 1995.

⁷² La sécurité est ainsi « *un état qui peut concerner une personne (sécurité individuelle), un groupe (sécurité publique)* », G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, coll. « *Quadrige dicos poche* », 2018, 11^{ème} éd., p. 953.

⁷³ « *La sécurité, c'est non moins la confiance qu'on peut placer dans l'effectivité de la sauvegarde de l'ordre public et dans la sanction des illégalités ou désordres d'autrui quand ils nuisent à ses propres droits, tout autant bien sûr que l'assurance pour chacun de sa propre sûreté personnelle* », B. PACTEAU, *La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?*, AJDA, 1995, n° H.S, p. 151-155. Lire également O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « *La sécurité juridique : le point de vue du juge constitutionnel* », in *Sécurité juridique et complexité du droit*. Rapport public du Conseil d'État, La Documentation française, Paris 2006, p. 368-375. Pour une étude globale sur le sujet, lire M. NICOD, *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ?*, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, LGDJ, Paris, 2008.

conceptualisation⁷⁴. Habituellement, la sécurité incarne un besoin social, que le Doyen Jean CARBONNIER qualifiait volontiers de « *besoin animal* »⁷⁵. Pour endiguer le sentiment d'insécurité juridique auto-généré par l'ordre juridique⁷⁶, la sécurité juridique va alors tenter d'y répondre par une double sécurisation *par* le droit et *du* droit. Non seulement elle doit faire régner l'ordre, mais elle doit aussi assurer le bien-être des individus en réduisant les situations juridiques anxiogènes. C'est pourquoi elle doit garantir la stabilité des prévisions juridiques en évitant les bouleversements et autres perturbations juridiques, en évitant donc d'alimenter le sentiment d'insécurité causé par un droit désordonné et chaotique⁷⁷. Ainsi se greffent à la clarté et la prévisibilité les notions de la bonne foi de droits acquis, de la confiance ou encore de l'espérance légitime qui grossissent le contenu notionnel de la sécurité juridique. Cette approche subjective s'inscrit dans la continuité de la dimension philosophique du principe. En effet, la sécurité juridique représente un « *idéal* »⁷⁸ à atteindre porté par la multitude de conceptions qui alimentent son *devoir-être*. Elle est « *l'ensemble des qualités que doivent posséder soit les normes d'un système juridique, soit le système en tant que tel* »⁷⁹. Elle comprend alors les devoirs d'un système juridique pour asseoir la *fides*, autrement dit le « *respect des attentes légitimes qu'on l'on a créées chez autrui* »⁸⁰. Dernièrement, le droit économique et commercial⁸¹ influence les conceptions de la sécurité juridique. Les objectifs d'anticipation, de prédictibilité ou encore de probabilité sont topiques de l'influence de ces disciplines⁸². Elle devient alors un critère de compétitivité axé sur la mesure de l'efficacité économique et de la performativité des systèmes juridiques⁸³.

⁷⁴ R. KOLB, La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques, *op. cit.* p. 107.

⁷⁵ J. CARBONNIER, « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », in J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, *op. cit.*, p. 188.

⁷⁶ « *Les incertitudes du droit objectif rejaillissent sur le droit subjectif, et font naître chez l'individu un sentiment d'insécurité* », J. CARBONNIER, « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », *op. cit.*, p. 188.

⁷⁷ « *La sécurité réduit l'angoisse, l'incertitude et la pression de décisions trop fréquentes, en allégeant l'individu du poids de devoir sans cesse peser toutes les alternatives d'action possibles* », R. KOLB, La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques, *op. cit.*, p. 108.

⁷⁸ F. TULKENS, La sécurité juridique, un idéal à reconsidérer, *op. cit.*, p. 25-42.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 28.

⁸⁰ R. KOLB, La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques, *op. cit.*, p. 109.

⁸¹ L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, Bruxelles, 2008.

⁸² F. HOFFMANN, Probabilité et droit de la concurrence, *RFDA*, 2011, p. 531.

⁸³ La sécurité juridique est un indicateur prépondérant du Rapport *Doing business* publié chaque année par la Banque mondiale. Le dernier rapport de 2019 est disponible en ligne : [https://francais.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/AnnualReports/English/DB2019report_web-version.pdf]. Pour quelques lectures : A. RAYNOUARD, A.-J. KERHUEL, L'évaluation des systèmes juridiques au cœur de la tourmente, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2928 ; M. HARAVON, Le rapport Doing Business et la Banque mondiale : mythes et réalités sans nuances, *JCP G*, 2005, p. 1680 ; T. SACHS, Quand la sécurité juridique se perd dans l'analyse économique, *Dr. soc.*, 2015, p. 1019.

14. Prévisibilité, accessibilité, confiance ... C'est dire si la sécurité juridique « *ne rime pas avec simplicité* »⁸⁴. Elle sert également à démontrer « *beaucoup choses et leur contraire* »⁸⁵, ce qui en fait une notion empreinte de paradoxes.

b- Une notion empreinte de paradoxes

15. La Professeure Patricia POPELIER souligne cinq paradoxes inhérents à la sécurité juridique : « *the principle of legal certainty demands certainty, whereas uncertainty is an inherent part of the legal order ; the more the legal aspect of human relations prevails in society, the more accessibility of legislation becomes a basic requirement on the one hand, a "mission impossible" on the other; the review of legislation in the light of the principle of legal certainty is itself unpredictable; objective uncertainty (accessibility) leads to justified subjective uncertainty (respect for legitimate expectations); the legal invalidation of a legal rule, for being contrary to the principle of legal certainty, leads to even more legal uncertainty* »⁸⁶. Ces paradoxes proviennent à de sa dualité entre sa facette objective et objective. En effet, la notion comprend « *un élément objectif, l'absence de danger ou de menace pour un individu ou un groupe, et un élément subjectif encore plus important, le sentiment des citoyens d'être en sécurité, c'est-à-dire l'impression qui est éprouvée d'être à l'abri des dangers et la confiance qui en résulte* »⁸⁷. Les facettes objective et subjective se décomposent aussi selon les domaines, mais aussi les acteurs de l'ordre juridique de référence. Par exemple, la sécurité juridique subjective comprend à la fois la sécurité *inter partes* (justiciables, personnes physiques ou morales, ainsi que les États parties), mais aussi *extra partes* (concernant les tiers au litige, les requérants potentiels ou ceux dont l'instance est en cours). Elle est enfin *erga omnes* en ce qu'elle assure « *le fonctionnement de l'ordre juridique dans son intégralité* »⁸⁸, et sauvegarde à cette fin sa sécurité juridique *in globo*.

⁸⁴ B. PACTEAU, « Sécurité juridique », *op. cit.*, p. 712.

⁸⁵ H. ADER., L. IDOT, et F. URBINO-SOULIER, L'insécurité dans le droit communautaire, *JCP E*, 1990, n° 48, p. 34.

⁸⁶ « *Le principe de sécurité juridique exige certitude, alors que l'incertitude fait partie intégrante de l'ordre juridique. Plus l'aspect juridique des relations humaines prédomine dans la société, plus l'accessibilité de la législation devient une exigence fondamentale d'une part, une "mission impossible" de l'autre. La révision de la législation à la lumière du principe de sécurité juridique est en soi imprévisible. L'incertitude objective (accessibilité) conduit à une incertitude subjective justifiée (respect des attentes légitimes). L'invalidation juridique d'une règle de droit, du fait qu'elle est contraire au principe de sécurité juridique, conduit à une insécurité juridique encore plus grande* », P. POPELIER, "Five Paradoxes on Legal Certainty and the Lawmaker", *Legisprudence. International Journal for the study of legislation*, 2008, n° 2, p. 47-66, spéc. p. 49.

⁸⁷ J-M. PONTIER, De la sécurité, *AJDA*, 2006, n° 19, p. 1009.

⁸⁸ R. KOLB, La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques, *op. cit.*, p. 109.

16. Si la sécurité juridique défend des intérêts divergents, elle concourt à la conciliation d'intérêts divergents. Comme le précise le Professeur Michel FROMONT, elle cristallise les conflits unissant « *la justice ou l'équité, d'une part, qui incite à modifier les règles et les situations juridiques pour améliorer constamment l'ordonnement juridique ou l'adapter à une société changeante et se traduit par le principe de mutabilité ; la sécurité juridique, d'autre part, qui requiert la stabilité et se traduit donc par le principe inverse, celui du respect de l'état existant* »⁸⁹. Cette ambivalence est corrélée par l'opposition traditionnelle entre sécurité juridique et légalité⁹⁰, en lien avec l'insécurité juridique⁹¹. Elle est également topique de l'opposition entre sécurité juridique et équité, autrement dit entre l'intérêt général et l'intérêt individuel⁹², mais aussi entre la stabilité et la mutabilité juridique.

17. Si ce maelström sémantique traduit toute la richesse de l'objet de notre étude, elle entrave également son identification. Cette difficulté se retrouve dans la conceptualisation conventionnelle de la sécurité juridique. Bien que l'inauguration du principe dans le paysage conventionnel ait été précoce⁹³, aucune définition explicite ne transparaît du texte de la Convention, ni dans la jurisprudence de la Cour européenne. Le juge se contente de donner quelques bribes de définitions. Il le qualifie de principe « *implicite et explicite* »⁹⁴, en lien avec l'État de droit⁹⁵ et la prééminence du droit⁹⁶. Il évoque également l'incertitude résultant d'un revirement de jurisprudence⁹⁷, la confiance dans l'appareil de la justice⁹⁸ ou encore la nécessité de respecter les standards de prévisibilité et d'accessibilité⁹⁹. Les textes européens n'offrent pas plus de résultats¹⁰⁰. Mis bout à bout, ces différents éléments fournissent une première ébauche

⁸⁹ M. FROMONT, Le principe de sécurité juridique, *AJDA*, 1996, n° spéc., p. 178.

⁹⁰ « *Le premier vise à assurer la stabilité des situations juridiques, c'est-à-dire la permanence au moins relative de celles-ci dans le temps ; le second exige la certitude des règles et des situations juridiques, c'est-à-dire la clarté et la précision des règles et des décisions étatiques, et donc une certaine qualité dans leur formulation* », *ibidem*.

⁹¹ A. MAZEAUD, La sécurité juridique et les décisions du juge, *Dr. soc.*, 2006, n° 7, p. 744.

⁹² Pour plus de détails, voy. P-H. NEUHAUS, "Legal certainty versus equity in the conflict of laws", *Law and Contemporary Problems*, 1963, p. 795-803.

⁹³ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31 (*GACEDH*, 2019, n° 51).

⁹⁴ CEDH, Gde. Ch., 9 juillet 2009, *Mooren c. Allemagne*, req. n° 11364/03, §72 ; CEDH, 16 avril 2019, *Alparslan Altan c. Turquie*, req. n° 12778/17, §101.

⁹⁵ CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, §56.

⁹⁶ CEDH, Gde. Ch., 11 décembre 2018, *Lekić c. Slovaquie*, req. n° 36480/07, §94.

⁹⁷ CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et Perihan* req. n° 13279/05, §§51-56 (*JCP G*, 2012, doct. 87, F. SUDRE). Pour une application récente, CEDH, 23 mai 2019, *Sine Tsaggarakis A.E.E. c. Grèce*, req. n° 17257/13, §48.

⁹⁸ CEDH, 31 mars 2015, *S.C. Uzinexport S.A. c. Roumanie*, req. n° 43807/06, §30.

⁹⁹ CEDH, Gde. Ch., 15 novembre 1996, *Cantoni c. France*, req. n° 17862/97, §35 ; CEDH, Gde. Ch., 8 juillet 2019, *Mihalache c. Russie*, req. n° 45012/10, §§110-115.

¹⁰⁰ La Déclaration de Brighton du 20 avril 2012 célébrait le fait que « *la Cour a reconnue de longue date que, par souci de sécurité juridique, de prévisibilité et d'égalité devant la loi, elle ne devrait pas s'écarter sans raison valable de ses propres précédents* », Déclaration de Brighton sur la responsabilité partagée, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, pt. 25 c). La dernière déclaration évoque

du principe, sans toutefois permettre à eux seuls d'effectuer une systématisation satisfaisante pour parvenir à l'appréhender dans sa globalité. Ces incertitudes imposent d'orienter préalablement notre travail de recherche sur l'identification sémantique du principe en droit de la Convention.

B- Le champ matériel : « au sens du droit de la Convention »

18. Les sources textuelles de la Convention constitueront le matériau premier de nos recherches **(a)**. Puisque l'interprétation ne peut être valablement dissociée de son interprète, la jurisprudence de la Cour européenne sera également placée au cœur de la présente étude. « *Ministre du sens* »¹⁰¹, son interprétation se montre essentielle pour combler les lacunes de la Convention et l'incertitude qui pourrait en résulter¹⁰². C'est pourquoi la base de la recherche portera principalement sur l'œuvre jurisprudentielle strasbourgeoise, c'est-à-dire sur les arrêts et les décisions rendus par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰³. Le recours à d'autres jurisprudences (nationales, européennes et internationales) parachève la délimitation du champ jurisprudentiel **(b)**. *A contrario*, le cadre temporel ne fera l'objet d'aucune limitation particulière à cause de la nature implicite du principe dans la jurisprudence **(c)**.

a- La délimitation du champ textuel

19. À l'instar de la plupart des textes fondamentaux de protection des droits de l'homme¹⁰⁴, le principe de sécurité juridique brille par son absence dans le texte de la Convention européenne, que ce soit dans son contenu ou dans son préambule. À notre connaissance, aucun document ne s'interroge sur une telle lacune. Il est tout à fait plausible qu'il s'agisse d'une omission volontaire des rédacteurs, puisqu'à l'époque, le principe de la sécurité juridique ne

simplement « *la qualité et en particulier la clarté et la cohérence des arrêts de la Cour* », Déclaration de Copenhague, Conférence à haut niveau du 13 avril 2018, pt. 27.

¹⁰¹ F. RIGAUX, *La loi des juges*, Éd. Odile Jacob, 1997, p. 233.

¹⁰² « *Ses arrêts servent non seulement à trancher le 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 États parties, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes* », CEDH, Plén., 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71, série A. 25, §154 (*JDI*, 1980, 449, obs. P. ROLLAND).

¹⁰³ Nous retenons en ce sens une acceptation matérielle de la jurisprudence comprenant « *l'ensemble des décisions de justice rendues par une juridiction* », M. DEGUERGUE, *Jurisprudence, Droits*, 2001/2, n° 34, p. 95-104, spéc. p. 95.

¹⁰⁴ Par exemple, la sécurité juridique n'est pas mentionnée *expressis verbis* dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée le 7 décembre 2000, ni dans la Charte des Nations Unis adoptée le 26 juin 1945.

faisait pas l'unanimité dans les ordres juridiques nationaux¹⁰⁵. Ces derniers auraient pu également craindre que la mention textuelle du principe ne vienne brider le pouvoir interprétatif de son organe de contrôle, la stabilité inhérente au principe s'opposant alors à l'assurance d'une protection effective et progressiste des droits fondamentaux. De notre point de vue, cet oubli relèverait plutôt d'une maladresse rédactionnelle. Si la sécurité juridique n'est pas mentionnée, il ne fait nul doute qu'elle imprègne l'esprit des rédacteurs. Pour Pierre Henri TEITGEN, il était indispensable de sécuriser de manière globale le droit de la Convention par la codification préalable du catalogue des droits et des libertés pour préserver une garantie collective des droits de l'homme alors en construction contre les potentielles dérobades des États parties¹⁰⁶. De plus, les multiples références à la « loi » dans les dispositions conventionnelles sont significatives de cette sécurisation implicite par le droit¹⁰⁷. Bien qu'innommée, la sécurité juridique n'en reste pas moins « *consubstantielle* »¹⁰⁸ à la Convention européenne. Les formulations employées par la Cour européenne à son endroit finissent d'emporter notre conviction. « *Implicite* »¹⁰⁹, la sécurité juridique est, aux yeux de la Cour, un principe « *nécessairement inhérent au droit de la Convention* »¹¹⁰. Elle appartient au patrimoine des « *valeurs fondamentales sous-jacentes* »¹¹¹ à la Convention qui forge l'ordre public européen¹¹². L'inclusion du texte de la Convention européenne et de ses protocoles nous paraît dès lors pleinement justifiée.

20. Parallèlement, la consubstantialité du principe lui offre l'assise nécessaire pour se développer en dehors du cadre spécifique la Convention. Alors qu'elle est reconnue comme l'un des défis majeurs du système conventionnel¹¹³, la notion transparaît assez peu dans les textes européens. Malgré cela, ces documents seront inclus dans le champ de notre étude, car

¹⁰⁵ On pensera notamment aux réticences du droit français à consacrer le principe de sécurité juridique, voy. *infra*, n° 107 et suiv.

¹⁰⁶ P-H. TEITGEN, *Aux sources de la Cour et de la Convention européenne des droits de l'homme*, Éd. Confluences, 2000, coll. « Voix de la cité », p. 25. La codification du droit est l'un des plus anciens procédés de sécurisation objective d'un droit, voy. N. MOLFESSIS, *Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 186.

¹⁰⁷ On note ainsi 31 occurrences pour le terme « loi » en droit de la Convention. Source HUDOC : [<https://hudoc.echr.coe.int/fre>].

¹⁰⁸ R. KOLB, *La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques*, *op. cit.*, p. 103.

¹⁰⁹ CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, §56. Son caractère implicite qui a été réaffirmé dans l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 28 novembre 2017, *Merabishvili c. Géorgie*, req. n° 72508/13, §199.

¹¹⁰ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §58 (*GACEDH*, 2019, n° 51) ; CEDH, Gde. Ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n° 16574/08, Rec. 2013-I, §57 (*JCP G*, 2013, act. 242, obs. F. SUDRE).

¹¹¹ CEDH, Gde. Ch., 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, req. n° 53080/13, §89.

¹¹² F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in P. TAVERNIER (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 39-80, spéc. p. 56 et suiv.

¹¹³ Notamment la Déclaration de Bruxelles sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, une responsabilité partagée, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 mars 2015, et la Déclaration de Copenhague, Conférence à haut niveau du 13 avril 2018.

ils présentent une double utilité. La première est une utilité pédagogique. Ils renforcent la pédagogie juridictionnelle des arrêts de la Cour et concourent de ce fait à la sécurisation objective du mécanisme conventionnel¹¹⁴. La seconde est une utilité informative. Les rapports, les documents statistiques ainsi que les déclarations politiques confèrent un aperçu du niveau actuel de la sécurité juridique *in globo*. Ils apportent en conséquence des éclairages précieux sur les enjeux et les mutations à venir du principe. Les documents officiels publiés sur le site HUDOC seront donc intégrés dans le champ textuel de l'analyse dès lors que ces derniers sont liés, de près ou de loin, aux thématiques de la thèse.

21. Si les sources textuelles offrent un premier état des lieux du principe en droit de la Convention, cette étude ne peut raisonnablement faire l'économie d'une analyse jurisprudentielle, au risque d'être circonscrite à la partie émergée de l'iceberg. Parce que le principe de sécurité juridique est une création prétorienne, parce que le droit de la Convention ne peut se comprendre sans la « parole » de celui qui est chargé de son interprétation, la jurisprudence des juges de la Convention constitue inéluctablement l'appui central de nos réflexions.

b- La délimitation du champ jurisprudentiel

22. En tant qu'« *herméneute* »¹¹⁵ de la Convention, la Cour européenne demeure en conséquence « *la seule [...] à fournir une interprétation valide et authentique des normes européennes* »¹¹⁶. En effet, elle doit « *veiller dans l'exercice de ses compétences, à la clarté du droit et à la cohérence de l'ordre juridique et assumer au besoin une véritable fonction d'arbitrage* »¹¹⁷. Consécutivement, elle fait figure de gardienne à la fois dans l'interprétation et dans l'application dudit principe. L'intitulé de la thèse, portant sur l'existence d'un principe « *au sens de* »¹¹⁸, rend ainsi hommage à son rôle prépondérant dans la construction la sécurité

¹¹⁴ On pense notamment aux supports parajuridictionnels qui affermissent la motivation externe de la Cour européenne des droits de l'homme, voy. *infra*, n° 761 et suiv.

¹¹⁵ En vertu de l'article 32 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953 : « *La compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles qui lui seront soumises* ».

¹¹⁶ L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 510.

¹¹⁷ R. MEDHI, « Pédagogie et sécurité juridique », in L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de l'Union européenne », 2012, p. 67-107, spéc. p. 72.

¹¹⁸ L'expression « au sens de » est la marque d'un raisonnement prétorien constructif consistant à « remodeler » une notion ou un principe pour l'adapter et l'intégrer aux spécificités de l'environnement juridique. Par exemple, l'approfondissement de l'effectivité de la protection des droits fondamentaux a favorisé l'éclosion d'une sécurité juridique subjective en faveur des intérêts individuels. Pour plus de détails sur cette expression, lire C.

juridique conventionnelle, mais aussi à son application par les différents destinataires¹¹⁹. En effet, le droit de la Convention intègre non seulement le droit « tel qu'il est interprété par la Cour » mais aussi « *appliqué par les juges nationaux* »¹²⁰. Si la jurisprudence strasbourgeoise constitue le matériau principal de la présente thèse (i), notre recherche incorpore, de manière adjacente, les jurisprudences nationales (ii). En parallèle, ce corpus jurisprudentiel est ponctuellement amplifié de quelques jurisprudences européennes et internationales en lien avec l'objet de notre étude. L'adoption d'une approche comparatiste présente un intérêt évident compte tenu du phénomène de « *fertilisation croisée* »¹²¹ qui caractérise la conceptualisation du principe de sécurité juridique en droit de la Convention (iii).

i- Le matériau principal : la jurisprudence strasbourgeoise

23. Si le champ jurisprudentiel se veut volontairement le plus exhaustif possible afin d'appréhender au mieux le sens et la portée du principe de sécurité juridique, il importe d'apporter quelques précisions sur son bornage. Pour commencer, cette étude privilégiera les requêtes individuelles. Elle délaisse ainsi l'examen des requêtes interétatiques introduites au titre de l'article 33 de la Convention¹²². Leur faible nombre¹²³, couplé à une absence généralisée de mention du principe ou à l'un de ses dérivés¹²⁴, incite à ne pas accorder une importance centrale à celles-ci, sauf si elles appuient ou illustrent un raisonnement en lien avec les thématiques abordées dans la présente thèse¹²⁵.

VIGOUROUX, « L'expression au "sens de" ou le juge linguiste sans être encyclopédique », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOUILLE*, Dalloz, Paris, 2007, p. 847-857.

¹¹⁹ La Professeure Laure MILANO définissait l'expression « au sens de la Convention » comme le droit de la Convention tel qu'« *il est interprété par la Cour européenne et réceptionné par les juridictions nationales, juges naturels de la Convention* », in L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Paris, 2006 coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », p. 167.

¹²⁰ F. SUDRE, À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 1365.

¹²¹ J. BELL, "Mechanisms for Cross-fertilization of Administrative Law in Europe", in J. BEATSON et T. TRIDIMAS (éd.), *New Directions in European Public Law*, Hart publishing, Oxford, 1998, p. 147-167.

¹²² « *Toute Haute Partie contractante peut saisir la Cour de tout manquement aux dispositions de la Convention et de ses protocoles qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Haute Partie contractante* ».

¹²³ Les affaires interétatiques sont au nombre de 24. Voy. la fiche thématique sur le sujet [https://www.echr.coe.int/Documents/InterState_applications_FRA.pdf].

¹²⁴ La recherche par mot-clé (« sécurité juridique » ; « prévisibilité » ; « accessibilité » ; « espérance » ; « confiance ») dans la barre de recherche de la base de données HUDOC n'a donné aucun résultat.

¹²⁵ Récemment, le gouvernement slovène a allégué une violation de l'article 6§1 et du principe de sécurité juridique concernant des procédures ouvertes par une banque et sa filiale aux fins de recouvrement de créances contre des sociétés croates, créances qui avaient été contractées à l'époque de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie. L'arrêt définitif n'ayant pas été encore publié, nous renvoyons en attendant au communiqué de presse, publié après la tenue de l'audience le 12 juin 2019, et qui retrace les grandes lignes de cette affaire et les griefs invoqués par les États parties [<https://hudoc.echr.coe.int/fre->

24. Les arrêts rendus par la Grande chambre ont constitué le terrain privilégié de notre analyse en raison de la quantité importante d'arrêts qui se réfèrent, de façon explicite ou implicite, à la sécurité juridique. S'il est naturel d'accorder plus de poids aux arrêts rendus par la plus haute formation de jugement¹²⁶, un regard ponctuel sera également porté sur les arrêts rendus en Chambre. En effet, la sécurisation jurisprudentielle reposant sur une interprétation harmonisée et cohérente au sein du prétoire, des parallèles et des comparaisons entre les solutions dégagées entre les formations de jugement pour permettre de soulever d'éventuelles divergences interprétatives susceptibles de favoriser le développement de niches d'insécurité juridique *in globo*.

25. Quelques décisions rendues par la Commission européenne des droits de l'homme seront incluses dans ce matériau jurisprudentiel. Créée en juillet 1954, elle est désormais intégrée à la Cour européenne des droits de l'homme depuis le Protocole n° 11¹²⁷. La Commission était un organe « hybride »¹²⁸ doté à la fois d'une compétence de filtrage de la recevabilité des requêtes ainsi que d'une compétence de conciliation des litiges par l'émission d'avis consultatifs. Bien qu'elle ait joué un rôle « modeste » dans la jurisprudence européenne¹²⁹, elle ne doit pourtant pas être négligée. En ce qu'elle nomme expressément la notion de sécurité juridique lors de l'examen de la recevabilité¹³⁰, elle a certainement joué un rôle important au début de la conceptualisation du principe de sécurité juridique en droit de la Convention. Ce faisant, cette étude utilisera des décisions de cet organe lorsque notre analyse s'y prêtera.

[press#fulltext%22:\[%2254155/16%22\],%22sort%22:\[%22kdate%20Ascending%22\],%22languageisocode%22:\[%22FRE%22\]1](#)].

¹²⁶ Pour évaluer la cohérence d'une jurisprudence en droit interne, la Cour insiste sur « le rôle de la formation plénière d'une juridiction suprême [pour] régler les divergences de jurisprudence entre les différentes sections de celle-ci et à fixer définitivement l'interprétation d'une disposition [...], supprimant ainsi l'incertitude juridique qui pouvait exister en la matière », CEDH, 23 mai 2019, *Sine Tsaggarakis A.E.E. c. Grèce*, req. n° 17257/13, §49.

¹²⁷ Depuis Protocole n° 11, adopté le 11 mai 1994 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998, a restructuré en profondeur le mécanisme de contrôle. La Commission a été intégrée à la Cour suite à la fusion organique entre les trois organes de décision du Conseil de l'Europe pour créer une Cour permanente qui est l'actuelle Cour européenne des droits de l'homme, F. SUDRE, avec la collaboration de L. MILANO et H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, coll. « Droits fondamentaux », 2019, 14^{ème} éd., p. 274.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 273.

¹²⁹ R-J. DUPUY, La Commission européenne des droits de l'homme, *AFDI*, 1957, vol. 3, p. 449-447, spéc. p. 451.

¹³⁰ Par exemple, dans l'affaire *X. contre France* (Com. EDH, Déc. 13 décembre 1982, *X. c. France*, n° 09587/81, §16). La Commission affirme que le délai de six mois « remplit une fonction importante dans le cadre du contrôle, par les organes de la Convention, des actes accomplis par les autorités d'un État » dans le sens où elle « constitue un facteur de sécurité », reprenant ainsi la motivation de la Cour émise au paragraphe 50 dans le précédent arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp* (CEDH, Ch., 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp ("vagabondage") c. Belgique*, req. n° 2832/66, 2835/66 et 2899/66, série A. 12, §50 (*GACEDH*, 2019, n° 20).

26. Enfin, cette étude accordera une place particulière aux opinions séparées émises au titre de l'article 45 de la Convention¹³¹. Possédant des « *vertus correctives, pédagogiques et prévisionnelles* »¹³² sur la jurisprudence strasbourgeoise, elles apporteront un éclairage précieux et critique sur les usages et mésusages du principe qu'une « simple » lecture de l'arrêt aurait pu éluder. Au surplus, les opinions sont d'autant plus utiles à notre analyse qu'elles constituent des sortes de « thermostats » dans l'évaluation du niveau de sécurisation *in globo*. Pour preuve, de nombreuses opinions manifestent un jugement critique sur l'appréciation du principe opéré dans le contrôle de conventionnalité en l'espèce¹³³, ou une conduite interprétative source d'insécurité juridique¹³⁴. En outre, leur lecture nourrira les débats et réflexions sur les améliorations potentielles du principe dans la jurisprudence. Si elles offrent un regard « neuf » sur le sens et la portée du principe, il convient de garder à l'esprit que les opinions expriment des avis personnels, et sont par conséquent sujettes aux critiques subjectives¹³⁵. Dans cette hypothèse, le principe se retrouve aux prises avec une argumentation plus politique que juridique¹³⁶. En ce sens, elles peuvent autant être source de sécurité que d'insécurité juridique. C'est pour que cela que leur recensement se limite aux seules les opinions qui ont vocation à émettre une critique « objective » ou rationnelle sur la jurisprudence de la Cour, et qui nourrissent notre réflexion sur le principe de sécurité juridique.

¹³¹ En vertu de l'alinéa 2 de l'article 45 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *si l'arrêt n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, tout juge a le droit d'y joindre l'exposé de son opinion séparée* ».

¹³² A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Pedone, Paris, 2014, p. 117 et suiv. Pour quelques études sur le sujet, F. RIVIERE, *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2004 ; L. WILDHABER, « Opinions dissidentes et concordantes de juges individuels à la CEDH », in *Mélanges en l'honneur de Nicolas VALTICOS*, Pedone, Paris, 1999, p. 529-535 ; A. KOVLER, « Opinions séparées des juges de la Cour européenne des droits de l'homme et la création des "droits nouveaux", in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 277-285.

¹³³ Voy. par ex. l'opinion en partie dissidente commune aux juges SAJÓ, KARAKAŞ, PINTO DE ALBUQUERQUE ET MITSCHEDH, jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 29 novembre 2016, *Paroisse Greco-Catholique Lupeni et autres c. Roumanie*, req. n° 76943/11.

¹³⁴ Pour exemple, voy. l'opinion partiellement dissidente du juge WOJTYCZEK jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 15 mars 2018, *Nait-Liman c. Suisse*, req. n° 51357/07 (*JCP G*, 2018, 360, zoom L. MILANO ; *JCP G*, 2018, doct. 754, chron. F. SUDRE ; *JDI*, 2018, chron. 5, note S. TOUZE) ; voy aussi l'opinion dissidente du juge PINTO DE ALBUQUERQUE, à laquelle se rallient les juges KARAKAŞ, SAJÓ, LAZAROVA TRAJKOVSKA, TSOTSORIA, VEHABOVIĆ et KÜRIS jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 11 juillet 2017, *Moreira Ferreira c. Portugal* (n° 2), req. n° 19867/12, pt. 18.

¹³⁵ A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 120.

¹³⁶ La nature principielle de la notion se prête aisément à un usage discursif, voy. *infra*, n° 394.

ii- Le matériau adjacent : la jurisprudence nationale

27. L'analyse de la jurisprudence nationale présente un intérêt évident. Qu'elle soit nommée ou innommée, qualifiée de notion ou de principe, la sécurité juridique imprègne les droits nationaux, qui lui reconnaissent volontiers une valeur supra-législative ou constitutionnelle. Il est donc intéressant de porter un regard comparatiste sur les acceptions nationales afin d'examiner les similitudes, les divergences et les différents jeux d'influence qui nourrissent les conceptions nationales et européennes de la sécurité juridique. De toute évidence, il n'est pas souhaitable, ni possible d'ailleurs, de procéder à une analyse exhaustive de l'ensemble de ces jurisprudences. Partant, si quelques jurisprudences nationales étrangères sont mentionnées pour appuyer une démonstration comparative¹³⁷, cette étude se concentre principalement sur deux droits nationaux : d'une part, le droit allemand, parce que le *Rechtsstaat* a eu une influence majeure sur la conceptualisation de la facette subjective du principe en droit de la Convention, et, d'autre part, le droit français, car la jurisprudence strasbourgeoise a exercé une certaine influence dans sa reconnaissance et sa conceptualisation par les juridictions françaises¹³⁸.

28. Puisque le sujet examine la notion et la portée du principe de sécurité juridique à l'ensemble du droit de la Convention, le recours à un échantillonnage jurisprudentiel national est impératif. Si la juridiction strasbourgeoise demeure la gardienne suprême de la sécurité juridique conventionnelle, les juges nationaux en sont les premiers. Les États parties doivent naturellement sauvegarder la stabilité, la prévisibilité, l'accessibilité ainsi que la cohérence de leur propre ordre juridique¹³⁹. Le respect de la sécurité juridique s'impose donc au titre de la garantie collective et de leurs obligations conventionnelles. De jurisprudence constante, la Cour s'autorise à exercer un contrôle de conventionnalité « *y compris sur les principes généraux qui s'y trouvent contenus [...] notamment le principe de sécurité juridique* »¹⁴⁰. Cela étant, le principe de sécurité juridique va être porteur d'obligations étatiques visant à faire respecter les standards et exigences de la légalité conventionnelle¹⁴¹. L'analyse de leurs législations et de

¹³⁷ Cette thèse se limitera aux jurisprudences et aux droits nationaux des États parties à la Convention.

¹³⁸ CE, 24 mars 2006, *KPMG et autres*, n° 288460, Rec. Lebon, p. 154 (*GAJA*, 2019, n° 104) ; Cass. 1^{ère} civ., 2 février 2000, *Bull. civ. I*, n° 53, p. 36, et Cass. 1^{ère} civ., 20 juin 2000, *Bull. civ. I*, n° 191, p. 123.

¹³⁹ La sécurité juridique fait partie des buts légitimes invoqués par l'État partie pour limiter ou restreindre la portée de certains droits conventionnels, par ex. CEDH, Gr. Ch., 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c. Pologne*, req. n° 35014/97, Rec. 2006-VIII, §171 ; ou encore pour protéger la sécurité juridique des tiers, notamment en matière de filiation, CEDH, Ch., 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, req. n° 8777/79, série A. 87, §41 (*RTDH*, 1998, 781, note J. SACE).

¹⁴⁰ CEDH, Gde. Ch., 9 juillet 2009, *Mooren c. Allemagne*, req. n° 11364/03, §72.

¹⁴¹ « *Sur ce dernier point, la Cour souligne que lorsqu'il s'agit d'une privation de liberté il est particulièrement important de satisfaire au principe général de la sécurité juridique. Par conséquent, il est essentiel que les*

leurs jurisprudences permettra en conséquence d'examiner le niveau de réception desdits standards en droit national. Pareillement, ce matériau jurisprudentiel mettra en lumière non seulement le rôle structurant du principe, en tant qu'instrument de stabilisation, mais aussi son rôle clé comme instrument de conciliation entre les conflits de sécurités juridiques étatiques et individuelles. L'analyse de la jurisprudence nationale offrira alors un point de vue critique sur l'influence de ce principe « *modérateur* »¹⁴² sur la protection des droits fondamentaux, en pointant les potentielles défaillances du principe lors de l'exercice du contrôle de conventionnalité, que ce dernier soit exercé au niveau national ou supranational.

29. Enfin, cet examen est d'autant plus crucial que le respect de la sécurité juridique en droit national garantit le respect de la sécurité juridique *in globo* dans la mesure où la réception des droits et libertés dépend de leur intronisation effective dans les législations nationales. Les carences dans la réception du principe permettront de mesurer l'effectivité de la protection des droits fondamentaux en droit interne, d'analyser les causes de l'insécurité juridique du droit de la Convention et, le cas échéant, de proposer des solutions pour les résorber.

iii- Le matériau complémentaire : la jurisprudence européenne et internationale

30. Puisque la consécration du principe résulte d'un emprunt assumé à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes¹⁴³, notre étude privilégiera le droit de l'Union européenne. Cela sera l'occasion d'apprécier ou de déprécier la conception conventionnelle de la sécurité juridique, en proposant des améliorations. En outre, la confrontation entre le principe « *made in Strasbourg* » et celui « *made in Luxembourg* » se justifie dans un contexte de « *complémentarité* » et de « *concurrence* »¹⁴⁴ entre les systèmes de protection des droits de l'homme. Elle offrira l'opportunité d'évaluer son niveau de sécurité jurisprudentielle en

conditions de la privation de liberté en vertu du droit interne soient clairement définies et que la loi elle-même soit prévisible dans son application, de façon à remplir le critère de « légalité » fixé par la Convention, qui exige que toute loi soit suffisamment précise pour permettre au citoyen – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé », CEDH, 28 mars 2000, Baranowski c. Pologne, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, §52.

¹⁴² F. TULKENS, Discours prononcé à l'occasion de la visite au Conseil Constitutionnel français le 13 février 2009, p. 2, disponible sur le lien suivant : https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20090213_OV_Tulkens_Paris_FRA.pdf.

¹⁴³ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §58 (*GACEDH*, 2019, n° 51).

¹⁴⁴ D. SIMON, Des influences réciproques entre CJUE et CEDH : "je t'aime, moi non plus ?" » ?, *Pouvoirs*, 2001, n° 96, p. 31-49, spéc. p. 47 et suiv. ; B. GENEVOIS, La Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : complémentarité ou concurrence ?, *RFDA*, 2010, p. 437.

alimentant concomitamment les réflexions sur les causes d'insécurité juridique *in globo*, ainsi que sur les solutions qui pourraient être envisagées à cette fin¹⁴⁵.

31. La corrélation unissant le droit européen au droit international des droits de l'homme implique de s'intéresser à quelques jurisprudences internationales, sans déroger aux spécificités de ce contentieux¹⁴⁶. Elles seront utiles à la détermination de ses racines internationales et aideront à mieux comprendre l'appel des États parties à la sécurité juridique à l'encontre de la jurisprudence strasbourgeoise. Compte tenu cependant des difficultés pratiques liées à leur recensement¹⁴⁷, les références aux juridictions internationales resteront assez exceptionnelles dans notre raisonnement.

c- La (non) délimitation du champ temporel

32. « *La sécurité juridique d'hier n'étant pas celle d'aujourd'hui* »¹⁴⁸, ni d'ailleurs celle de demain, son évolution est marquée par les différentes étapes qui ont contribué à asseoir sa prépondérance dans le paysage conventionnel. Cela étant, restreindre le champ temporel de l'analyse ne rendrait pas justice aux efforts continus de la Cour pour donner corps et substance à son principe. Surtout, cela conduirait à « amputer » certaines phases nécessaires à sa progression (ou sa régression). Le référencement à éclipses du principe dans la jurisprudence de la Cour vient d'ailleurs conforter ce choix. Consacré dans l'arrêt *Marckx contre Belgique*¹⁴⁹ en 1979, le principe connaît par la suite une longue période de stagnation¹⁵⁰, jusqu'à sa « redécouverte » au début des années 2000 par l'arrêt *Brumărescu*¹⁵¹. À première vue, un tel silence aurait justifié de « couper » cette entre-période pour se concentrer uniquement sur la

¹⁴⁵ Par exemple, l'approche comparative viendra appuyer les développements relatifs à l'instauration d'un droit transitoire jurisprudentielle comme solution salvatrice pour sécuriser, de façon durable et effective, la jurisprudence de la Cour, voy. *infra*, n° 800.

¹⁴⁶ F. SUDRE, avec la collaboration de L. MILANO, H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 54 et suiv. *Contra* S. TOUZE, « "Le droit européen des droits de l'homme sera international ou ne sera pas..." ». Pour une approche autopoïétique du droit international », *RGDIP*, 2018, n° 1, p. 5-22.

¹⁴⁷ Les arrêts font surtout références aux corollaires usuelles du principe de sécurité juridique comme le *pacta sunt servanda* ou encore le principe de bonne foi, lire sur ce constat R. KOLB, *La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques*, *op. cit.*, p. 103-142. Par commodité d'analyse, la thèse exclut certains systèmes juridiques régionaux ou internationaux tels que le système interaméricain ou africain de protection des droits de l'homme.

¹⁴⁸ J-M. SAUVE, « Allocution d'ouverture », in B. FAUVARQUE-COSSON (dir.) et J-L. DEWOST (dir.), *L'entreprise et la sécurité juridique*, Actes du colloque du 21 novembre 2014, Société de législation comparée, Paris, coll. « Colloques », 2015, vol. 25, p. 7-24, spéc. p. 9.

¹⁴⁹ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §58 (*GACEDH*, 2019, n° 51).

¹⁵⁰ Entre 1979 et 2000, seuls 43 arrêts mentionnent la notion (recherche HUDOC par avec le mot clé « sécurité juridique » pour les arrêts français).

¹⁵¹ CEDH, Gde. Ch., 28 octobre 1999, *Brumărescu c. Roumanie*, req. n° 28342/95, Rec. 1999-VII, §61 (*JCP G*, 2000, I, 203, 10, obs. F. SUDRE) ; CEDH, 25 janvier 2000, *Miragall Escolano et autres c. Espagne*, req. n° 38366/97, Rec. 2000-I, §33.

période de « renaissance » du principe. Or, ce saut temporel n'aurait pas été des plus judicieux. D'abord, il aurait occulté la consolidation implicite du principe dans le principe de la prééminence du droit, qui s'est opérée pendant cette période de stagnation¹⁵². En outre, cette exclusion n'aurait pas permis de pleinement prendre conscience de son processus d'autonomisation à l'égard de son principe matriciel. Ensuite, ce choix aurait évacué des affaires importantes dans l'appréhension de ses dérivés objectifs et subjectifs qui, eux, sont mentionnés explicitement dans sa jurisprudence. Cela aurait nui à l'analyse des raccords prétoriens postérieurs des dérivés à la sécurité juridique. Enfin, l'objet même de notre étude commande de ne pas établir de barrière temporelle. Pour preuve, si l'on se fie aux travaux relatifs à la sécurité juridique conventionnelle¹⁵³, le point de départ de notre recherche devrait être fixé au 13 mars 1979, soit la date du prononcé de l'arrêt *Marckx contre Belgique*¹⁵⁴. S'il consacre la nature principielle de la notion, celle-ci avait été déjà introduite dans sa jurisprudence. En fait, le véritable arrêt putatif de la sécurité juridique est l'arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp contre Belgique*¹⁵⁵, rendu le 18 juin 1971, dans lequel la Cour avait affirmé que la règle du délai de six mois – inscrite dans l'ancien article 26 de la Convention – constituait un « facteur de sécurité juridique »¹⁵⁶. De ce point de vue, l'arrêt *Marckx* s'apparente davantage à un « arrêt de baptême » qu'un « arrêt de naissance ». C'est dire de retenir une date précise sur l'application du principe. Faut-il retenir la première référence au « principe de sécurité juridique », à la « sécurité juridique », à la première référence à l'un de ses dérivés objectif ou subjectif ? La difficulté devient paroxystique lorsqu'il s'agit d'introduire dans le champ temporel les références implicites. Puisqu'il est vain de borner temporellement une notion aussi inconstante, au risque de biaiser la qualité de la recherche menée, il apparaît sans doute préférable de s'en abstenir¹⁵⁷.

33. Le champ spatio-temporel de la recherche étant posé, il convient désormais d'explicitier notre démarche scientifique.

¹⁵² Bien qu'elle soit occasionnellement utilisée par le juge, le principe de sécurité juridique assure sa survivance au travers du principe de la prééminence du droit, avec lequel il nourrit une interdépendance conceptuelle, voy. *infra*, n°188.

¹⁵³ Voy. T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 44.

¹⁵⁴ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §58 (GACEDH, 2019, n° 51).

¹⁵⁵ CEDH, Ch., 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp ("vagabondage") c. Belgique*, req. n° 2832/66, 2835/66, 2899/66, série A. 12 (GACEDH, 2019, n° 20).

¹⁵⁶ *Ibid.*, §50.

¹⁵⁷ Le cadre temporel s'étendra à la date du premier arrêt rendu par la Cour européenne (CEDH, 14 novembre 1960, *Lawless c. Irlande*, n° 332/57, série A. 1) jusqu'à nos jours.

II- LE DEVELOPPEMENT DE LA PROBLEMATIQUE

34. L'intérêt porté par un tel sujet en droit de la Convention justifie la réalisation d'une étude en droit de la Convention (A). Cependant, le choix d'un sujet aussi dense nécessite d'établir une méthodologie scientifique rigoureuse et adaptée (B) pour parvenir à construire la problématique de la présente thèse (C).

A- L'intérêt de l'étude

35. Sans doute, la lecture première de l'intitulé de l'étude suscitera une forme de lassitude, voire de déception, chez le lecteur confronté à une « énième » thèse consacrée au principe de sécurité juridique. Pour cause, de nombreuses études ont déjà été menées sur cette thématique dans des disciplines diverses. Des thèses ont été réalisées en droit interne (droit administratif¹⁵⁸, droit privé¹⁵⁹, droit constitutionnel¹⁶⁰), en droit européen et international (droit de l'Union européenne¹⁶¹, droit international privé¹⁶²) ainsi qu'en droit comparé¹⁶³. Pourtant, plusieurs considérations justifient une thèse supplémentaire – si ce n'est complémentaire – sur un sujet dont l'intérêt se révèle en réalité pluriel.

36. Le premier intérêt repose sur réalisation de la première étude exclusivement consacrée au principe de sécurité juridique en droit de la Convention. Certes, le principe de sécurité est appréhendé de manière globale dans la plupart des études relatives au droit de la Convention, si ce n'est toutes). Il a pu être abordé de manière conceptuelle dans la majorité des travaux consacrés aux principes dans la jurisprudence de la Cour¹⁶⁴, de manière plus concrète dans des

¹⁵⁸ P. RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 2009 ; E. BEN MERZOUK-GLON, *La sécurité juridique en droit positif. Une valeur irréductible à la norme*, thèse dactyl., Université Panthéon-Assas, 2003.

¹⁵⁹ T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Defrénois, Paris, coll. « Doctorat & Notariat », 2009, t. 35.

¹⁶⁰ A-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, Paris, LGDJ, coll. « thèses », 2005.

¹⁶¹ J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, PUSL, Bruxelles, 2014.

¹⁶² N. SAUVAGE, *Le principe de sécurité juridique en droit international privé*, thèse dactyl., Université de Rouen, 2011.

¹⁶³ S. CALMES, *Le principe de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », Paris, 2001.

¹⁶⁴ K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUAM, Aix-Marseille, 2008 ; M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, Pedone, Paris, coll. « Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme (FMDH) », 2010 ; X. SOUVIGNET, *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2012.

travaux portant sur les méthodes d'interprétation de la Cour¹⁶⁵, l'élaboration de sa jurisprudence¹⁶⁶ ou son effectivité¹⁶⁷, ou de manière plus sectorielle, notamment sur les études afférentes au droit à un procès équitable¹⁶⁸. Toutefois, aucune thèse ne lui a consacré à titre exclusif en droit de la Convention. S'il s'agit d'un champ de recherche certainement en friche, il n'est pas vierge de toute exploration scientifique. Sauf erreur de notre part, seulement deux études en droit conventionnel lui consacrent leur plume à titre exclusif. Dans son article intitulé *La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne*¹⁶⁹, le Professeur Michel DE SALVIA offre les premières réflexions sur le principe en droit de la Convention. Quelques années plus tard, Madame Caroline SALVIEJO mènera une thèse de doctorat sur *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*¹⁷⁰, dirigée par le même directeur que la présente étude. Ainsi, si notre travail n'a pas vocation à la découverte, invite toutefois à porter un regard « neuf » et original sur l'identification et l'application du principe en droit de la Convention.

37. Le second intérêt, qui découle du premier, se révèle à la fois théorique et pratique. En premier lieu, cette étude se propose de dresser une sorte de « cartographie » sémantique, conceptuelle et fonctionnelle, et pour parvenir à une définition globale dudit principe. Comme l'affirme un article de principe, « *l'identification exacte du principe [...] passe nécessairement par l'étude de ses origines, qui permet d'éclairer son contenu, et élucidant les causes, d'en appréhender les effets* »¹⁷¹. Surviennent naturellement les questions suivantes : quelles sont ses origines ? Quel(s) lien(s) nourrit-il avec la prééminence du droit et l'État de droit ? Dans quelles mesures le principe conventionnel se démarque-t-il des conceptions nationales ou de la conception européenne de la sécurité juridique ? De quelle manière est-il affilié à des notions connexes comme la prévisibilité, l'accessibilité, les droits acquis, la cohérence, la bonne foi, la

¹⁶⁵ F. MATSCHER, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle, les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant-Némésis, Bruxelles, 1998, p. 15-40.

¹⁶⁶ K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit & Justice », 2009, n° 79 ; A. PALANCO, *Le précédent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse dactyl., Université de Montpellier, 2017.

¹⁶⁷ F. SUDRE, L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 941-947.

¹⁶⁸ L. MILANO, *Le droit d'accès à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Paris, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèse », 2006.

¹⁶⁹ M. DE SALVIA, *La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*

¹⁷⁰ C. SALVIEJO, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, *op. cit.* Si la thèse de Madame SALVIEJO a très largement nourri notre réflexion et présente inévitablement des points similaires, son auteur fait appel à la méthodologie comparative entre le droit de l'Union européenne et le droit conventionnel. Notre étude s'inscrit dans une démarche sensiblement différente dans la mesure où elle s'inscrit principalement dans une démarche empirique, et qu'elle se concentre exclusivement sur le principe en droit de la Convention.

¹⁷¹ D. SOULAS DE RUSSEL, P. RAIMBAULT, *Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point*, *op. cit.*, p. 99.

confiance ou encore l'espérance légitime ? L'établissement d'un arbre généalogique du principe permettra d'apporter quelques éléments de réponse pour mieux appréhender ses fondements sémantiques. De plus, son exploration identitaire cherchera à lever le voile sur les incertitudes inhérentes à sa conceptualisation. Est-il un standard ? Est-il une norme, une valeur, un principe, un droit subjectif ? Est-il doté d'une force contraignante ? Enfin, le défrichage de son identité conventionnelle soulèvera encore des questions relatives à ses fonctionnalités et à sa catégorisation. Est-il un principe fondamental, axiologique, général, interprétatif, discursif, ou bien tout cela à la fois ? Appartient-il à la catégorie des principes normatifs, ontologiques, logiques ? Est-il un principe général du droit, de droit, un argument, une valeur ? Évidemment, l'identification du principe se montre être une exploration périlleuse à cause de son « *inconsistance conceptuelle* »¹⁷² notoire. Cela étant si cette étude entend fournir quelques éléments de réponses à ces questions, l'inconstance du principe ne permet pas d'en formuler de réponses catégoriques. Perfectible, la cartographie dégagée permettra d'apprécier au mieux les qualités et les déficiences globales du principe en droit de la Convention.

38. À cet intérêt théorique se greffe un intérêt pratique en raison de l'insécurité juridique qui gangrène la jurisprudence de la Cour européenne. Pour contrer la critique constante formulée à l'encontre du manque de clarté et de prévisibilité de sa jurisprudence¹⁷³, la sécurisation de la norme jurisprudentielle constitue un enjeu majeur du droit de la Convention. L'actualité regorge d'exemples qui attestent de sa prégnance dans le paysage conventionnel. Il est loisible de mentionner l'examen accru de la conventionnalité de la rétroactivité des revirements et des divergences de jurisprudence au regard des garanties du droit à un procès équitable¹⁷⁴. Surtout, ce sont les revirements involutifs ou régressifs pratiqués récemment par la Cour européenne qui inquiètent la doctrine au regard de leur impact sur la sécurité juridique et la protection effective des droits fondamentaux. La sécurisation de la jurisprudence de la Cour se révèle vitale pour assurer la réception de la norme jurisprudentielle, mais aussi pour

¹⁷² J-P. PUISSOCHET, H. LEGAL, Le principe de la sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, *op. cit.*

¹⁷³ « Or, la désillusion est grande : la CEDH est devenue l'exemple à ne pas suivre, le contre-exemple absolu ; la chose est d'autant plus grave qu'elle impose aux juridictions nationales – qui, a priori, respectent la "prééminence du droit" – une jurisprudence chaotique et contradictoire, semant le trouble dans leur rang et détruisant, sans vergogne, "le patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques" qu'elle avait à charge de protéger ! Elle qui devait être le gardien sourcilleux du droit - et quel droit ! celui des droits de l'homme et des libertés fondamentales - les bafoue allègrement ! », B. EDELMAN, La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique?, *Dalloz*, 2008, n° 28, p. 1946 ; P. MALAURIE, Grands arrêts, petits arrêts et mauvais arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *LPA*, 2006, n° 166, p. 4. Pour un résumé critique de ces critiques doctrinales, voy. Y. LECUYER, Les critiques ataviques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme, *RDLF*, 2019, chron. n° 53.

¹⁷⁴ Sur ces développements, voy. *infra*, n°

asseoir son autorité dont découle la protection effective des droits. La perte de la qualité de la norme conventionnelle altère alors la confiance des parties dans la bonne administration de la justice conventionnelle. Cette perte de fiabilité dans la jurisprudence de la Cour ravive les mécontentements étatiques et les mauvaises exécutions ou les inexécutions politiques qui alimentent le phénomène de l'insécurité juridique *in globo*, et *in fine*, amenuise la protection effective des droits conventionnels. L'objectif de cette analyse consiste à relativiser le phénomène de l'insécurité juridique *in globo* en relevant les véritables causes de sa survenance dans la fabrication et la réception de la norme conventionnelle. Cette précaution pour deux raisons. *Primo*, l'insécurité jurisprudentielle de la Cour est souvent instrumentalisée par les États parties pour limiter le pouvoir interprétatif de la Cour en appelant au respect de la subsidiarité¹⁷⁵. *Secundo*, le système conventionnel a développé des mécanismes préventifs visant à endiguer ce phénomène, comme le renforcement de la pédagogie jurisprudentielle, ou, plus récemment, avec l'introduction de la procédure d'avis consultatif par le Protocole n° 16¹⁷⁶. En conséquence, cette étude a pour finalité de relever les causes de cette insécurité juridique *in globo*, d'examiner l'efficacité des palliatifs de sécurisation jurisprudentielle qui ont été instaurés pour les endiguer, et de proposer *in fine* une solution nouvelle au travers de la question relative au droit transitoire jurisprudentiel.

39. Le dernier intérêt porte sur la transversalité du principe. Cette étude a vocation à sensibiliser les acteurs conventionnels sur son respect, tant dans la préparation de leurs requêtes devant la Cour européenne que dans la réception du droit de la Convention. Les premiers concernés sont évidemment les acteurs de la Convention (États parties, personnes morales et physiques) car la représentation de leurs intérêts dans la conception européenne de sécurité juridique répond, dans une certaine mesure, à leurs besoins de sécurité juridique. En outre, sa pluridisciplinarité sera susceptible d'intéresser des juristes toutes spécialités confondues.

¹⁷⁵ Ouvert à la signature depuis le 2 octobre 2013, le Protocole n° 16 permet de renforcer le volet préventif de la sécurité juridique *in globo* en permettant aux États de poser « *des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et des libertés définis par la Convention et ses protocoles* » (article 1). Pour de développements sur cette question, voy. *infra*, n° 717 et suiv.

¹⁷⁶ « *La Conférence note avec satisfaction que la Cour a reconnu de longue date que, par souci de sécurité juridique, de prévisibilité et d'égalité devant la loi, elle ne devrait pas s'écarter sans raison valable de ses propres précédents ; invite en particulier la Cour à garder à l'esprit l'importance de la cohérence lorsque les arrêts ont trait à différents aspects d'une même question, afin que leur effet cumulé continue d'offrir aux États parties une marge d'appréciation appropriée* », Déclaration de Brighton sur la responsabilité partagée, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme du 20 avril 2012, pt. 25, c).

limiter à la seule jurisprudence faisant mention du « principe de sécurité juridique » ? La première option a été privilégiée, d'abord pour éviter de limiter le champ de nos réflexions, et ensuite, pour répondre à l'objectif de complétude voulu par cette étude. Au surplus, le choix d'une étude exhaustive impose de ne pas borner la recherche formelle à la seule motivation du juge. Par exemple, les griefs des parties tiennent une part importante dans son introduction et son évolution¹⁸⁰. Les opinions séparées se référant explicitement à la sécurité juridique ont fait l'objet d'un référencement annexe. Au final, un premier échantillonnage fut réalisé sur la base de HUDOC, en combinant les différentes recherches par mot-clé, puis en balayant progressivement les doublons et les affaires répétitives, afin de ne sélectionner que le « noyau dur » de notre corpus jurisprudentiel. Il a également permis d'aboutir aux premières réflexions et critiques sur l'identification et l'application du principe de sécurité juridique et de ses composantes, sur ses fondements, ses origines, ainsi que ses fonctionnalités, ses enjeux et ses dérives. Le constat de son caractère évolutif, résultant de l'approche constructive de la Cour, a justifié par suite un classement chronologique des arrêts et décisions pour mieux apprécier ses différentes mutations¹⁸¹.

43. Cependant, la démarche retenue présente de nombreuses défaillances. Hormis les difficultés liées au recensement, la densité du corpus jurisprudentiel retenu nuit à une analyse théorique du principe. Si l'étude de la jurisprudence a permis de mettre en exergue certains sens, par le biais de ses dérivés, ou ses fonctionnalités, elle ne permet pas de théoriser le principe de sécurité juridique, à défaut de disposer d'une définition prétorienne explicite. Elle n'offre pas de réponses satisfaisantes à des thématiques en liant avec l'objet de cette étude comme l'insécurité juridique *in globo* encore les dynamiques d'objectivisation-subjectivisation du contentieux strasbourgeois. Enfin, la démarche par systématisation formelle ne permet pas de rendre compte des utilisations implicites du principe par le juge européen. Il est fréquent que la Cour ne fasse pas expressément mention dudit principe, lui préférant alors ses dérivés objectifs et subjectifs dans le contrôle de proportionnalité *stricto sensu*¹⁸². Le référencement implicite est d'ailleurs particulièrement éloquent, si l'on peut dire, lors de l'examen du respect de la légalité conventionnelle, en raison de la relation symbiotique liant le principe de sécurité juridique et le principe de la légalité. Si cette étude se limitait dans un premier temps au recensement des arrêts et décisions faisant expressément mention de la sécurité juridique, il est rapidement apparu

¹⁸⁰ CEDH, Ch., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, req. n° 6538/74, série A. 30, §47 (JDI, 1980, 471, obs. P. ROLLAND).

¹⁸¹ Par souci de clarté, l'index jurisprudentielle de cette étude suit un classement par ordre alphabétique.

¹⁸² Nous renvoyons pour l'essentiel à l'index jurisprudentiel.

nécessaire d'intégrer au corpus existant ces référencements implicites. Or, leur intégration aurait imposé l'examen de l'ensemble de la jurisprudence européenne depuis la création de la Cour, ce qui est matériellement et humainement impossible. C'est pourquoi cette étude a fait le choix de se limiter aux arrêts et décisions de la jurisprudence dans lesquels apparaissait l'un des dérivés du principe. Un inventaire jurisprudentiel a été réalisé pour chacun ses dérivés en effectuant dans d'abord par une recherche par mot-clé¹⁸³, puis ensuite en élaguant les occurrences et les répétitions avec la liste de jurisprudences mentionnant les différentes formes de la sécurité juridique.

44. L'analyse de ce matériau jurisprudentiel a impulsé les premières réflexions du sujet sur les fonctionnalités et la portée du principe dans la jurisprudence européenne en mettant en lumière ses bienfaits et ses méfaits sur la protection des droits fondamentaux. Cependant, les carences définitionnelles dudit principe resurgissent et entravent tout effort de théorisation, et ce malgré le dépouillement de la jurisprudence relative à ses dérivés. Malheureusement, les résultats obtenus par cette démarche empirique ne permettent à eux seuls de conceptualiser le principe de sécurité juridique, ni de réaliser l'étude à la fois la plus complète en droit de la Convention. C'est pourquoi notre recherche s'est attardée à élaborer une méthodologie « palliative » reposant sur une méthode inductive.

2°) Le recours palliatif à la méthode inductive

45. Pour compenser l'absence de définition par le juge, un double effort de théorisation sémantique et conceptuelle impose de recourir à la méthode inductive, c'est-à-dire de partir des phénomènes observés pour « *en déduire, par des hypothèses provisoires, des principes* »¹⁸⁴. L'approche déductive développée se décompose en trois étapes.

46. En premier lieu, le travail de recherche s'est orienté vers une étude positiviste, axée sur l'étude du texte de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, les travaux préparatoires, les protocoles ainsi que les différentes Déclarations sur l'avenir de l'Europe¹⁸⁵. Si ces textes ne comportent pas de définition expresse, ou d'indications précises sur le principe

¹⁸³ Outre « sécurité juridique », « principe de sécurité juridique », « principe de la sécurité juridique », la recherche par mot-clé a intégré les déclinaisons objectives et subjectives : « prévisibilité », « prévisible », « accessible », « accessibilité », « clarté », « intelligibilité », « droit acquis », « bonne foi », « confiance », « espérance légitime », « cohérence », « unité », ainsi que ses antonymes « incertitude », « insécurité juridique », « imprévisibilité ».

¹⁸⁴ J-L BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, coll. « Méthodes du droit », 2012, 5^{ème} éd., p. 303.

¹⁸⁵ Déclaration de Bruxelles sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, une responsabilité partagée, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 mars 201 ; Déclaration de Copenhague, Conférence à haut niveau du 13 avril 2018.

en lui-même, leur lecture s'est avérée positive quant aux enjeux actuels de la sécurité juridique *in globo* dans le système conventionnel. Par exemple, ils ont constitué une base précieuse dans l'appréciation de l'invocation du besoin de sécurité juridique par les États parties, en particulier sur l'usage potentiellement revendicatif ou politique qui pouvait en découler. Leur examen a aussi nourri certaines réflexions portant sur la cohérence et à la clarté de la jurisprudence, en lien avec l'instrumentalisation du besoin de sécurité juridique par les États parties en leur faveur.¹⁸⁶ De plus, l'étude des divers documents publiés sur le site de la Cour européenne¹⁸⁷ a renouvelé le cadre des discussions afférentes à la pédagogie juridictionnelle.

47. Pour concrétiser ces hypothèses de recherche, et pour éviter de « *faire dire [à la sécurité juridique] ce qu'elle ne dit pas ou encore lui faire dire ce que l'on voudrait qu'elle dise* »¹⁸⁸, une étude doctrinale complémentaire a été effectuée en second lieu pour parfaire la compréhension du principe. Face à la « *contagion épistémologique* »¹⁸⁹ de la sécurité juridique et de ses thématiques, cette étude a dû effectuer à une lecture méthodique pour éviter de complexifier le travail de recherche. Une première lecture a porté sur les travaux doctrinaux portant sur le principe en lui-même¹⁹⁰. Les différentes définitions de la sécurité juridique données dans les dictionnaires (juridiques, linguistiques et philosophiques)¹⁹¹, dans les manuels et ouvrages généraux, ont apporté un éclairage didactique sur le contenu substantiel du principe. Ces éléments définitionnels ont été complétés par des articles génériques menés en droit français sur le sujet, et provenant à la fois de la doctrine privatiste, publiciste et constitutionnaliste. Par suite, cette recherche s'est étendue aux études collectives¹⁹² ainsi qu'aux différents rapports menés au nom du principe de sécurité juridique¹⁹³. L'intégralité de ces lectures a indéniablement servi à développer une démarche épistémologique.

¹⁸⁶ Y. LECUYER, Les critiques ataviques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme, *RDLF*, 2019, chron. n° 53.

¹⁸⁷ Ces documents constituent les supports parajuridictionnels chargés d'appuyer et de diffuser la jurisprudence de la Cour européenne à des fins pédagogiques, *infra*, n° 761 et suiv.

¹⁸⁸ A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁸⁹ D. SOULAS DE RUSSEL, P. RAIMBAULT, Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point, *op. cit.*, p. 99.

¹⁹⁰ Nous renvoyons à la bibliographie générale de cette étude, p. 699 et suiv.

¹⁹¹ Nous ferons en particulier mention de la définition donnée par le Professeur Bernard PACTEAU (« Sécurité juridique », *op. cit.*, p. 709-712) ainsi que celle du Professeur Patrick MORVAN (« Principes », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF-Lamy, Paris, coll. « Quadrige », 2003, p. 1201 et suiv.).

¹⁹² Dossier : Le principe de la sécurité juridique, *CCC*, 2001, n° 11 ; *Constitution et sécurité juridique*, XV^{ème} Table Ronde Internationale, Rapport allemand, *AIJC*, XV, 1999.

¹⁹³ Nous mentionnerons notamment les deux rapports du Conseil d'État : *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public du Conseil d'État, La Documentation française, Paris, 2006 ; *De la sécurité juridique*, Rapport public du Conseil d'État, La Documentation française, Paris, 1991.

48. La seconde phase a porté sur les thématiques connexes à la sécurité juridique ainsi que sur ses dérivés objectifs et subjectifs. Ceci a permis de préparer le terrain à une recherche thématique essentielle pour appréhender les fonctionnalités et la portée du principe en droit de la Convention. Une fois n'est pas coutume, le panel de lecture s'est voulu exhaustif. En conséquence, celui-ci s'est étendu à des sujets classiques (le revirement, la modulation jurisprudentielle, la rétroactivité, la motivation, l'insécurité juridique, la prévisibilité et l'accessibilité, la confiance et la certitude, les droits acquis, les principes, les standards ainsi qu'à des sujets plus originaux afin d'ouvrir la réflexion à des idées nouvelles ou des angles d'approche différents (la légistique, les législations-types). Cette étude s'est également intéressée à des tendances juridiques (l'objectivisation et la subjectivisation du contentieux, l'éthique juridique, le conséquentialisme) ainsi qu'à des thèmes propres au droit conventionnel (la procéduralisation, la subsidiarité, le procès équitable, la procédure de l'arrêt pilote, l'effectivité, la proportionnalité) en lien avec la sécurité juridique. Cette phase s'est montrée indispensable pour comprendre la vision du juge européen à l'égard de son principe. Ces lectures ont permis de mieux comprendre la représentation que se fait le juge strasbourgeois de son rôle de « *protecteur* »¹⁹⁴ et de gardien de la sécurité juridique conventionnelle. Cette représentation a été éprouvée face aux besoins progressistes et évolutifs imposés par l'« *instrument vivant* »¹⁹⁵ qu'est le texte conventionnel. Elle a également été confrontée aux critiques récurrentes formulées contre l'insécurité de sa jurisprudence¹⁹⁶. Enfin, ces études doctrinales ont constitué une base primordiale aux développements finaux de cette étude sur le droit transitoire jurisprudentiel¹⁹⁷.

49. La dernière phase s'est concentrée sur les définitions de la notion de principe et de ses notions annexes (valeur, norme...) afin d'une part, de vérifier la pertinence de ce qualificatif, et, d'autre part, d'en proposer une définition conceptuelle. En complément des études réalisées sur la notion en droit de la Convention¹⁹⁸, notre démonstration s'est appuyée principalement

¹⁹⁴ R. MEDHI, « Pédagogie et sécurité juridique », *op. cit.*, p. 67-107.

¹⁹⁵ CEDH, Ch., 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, req. n° 5856/72, série A. 26, §31 (*JDI*, 1980, 457, obs. P. ROLLAND).

¹⁹⁶ P. MALAURIE, Grands arrêts, petits arrêts et mauvais arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 4 ; B. EDELMAN, La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique?, *op. cit.*, p. 1946.

¹⁹⁷ Par exemple, elles ont servi à fonder le cadre théorique de la modulation jurisprudentielle pour le comparer avec la procédure de l'arrêt-pilote, ou encore pour examiner la faisabilité de ce mécanisme au niveau strasbourgeois.

¹⁹⁸ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, Pedone, Paris, coll. « Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme (FMDH) », 2010 ; K. GRABARCZYK *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUAM, Aix-Marseille, 2008.

sur la doctrine française. Les travaux en théorie et en philosophie du droit¹⁹⁹ ont également été privilégiés.

50. En dernier lieu, une analyse comparative est venue clôturer cette approche inductive. L'intitulé de la thèse portant sur l'existence d'un principe « au sens de » conforte d'ailleurs la nécessité de réaliser une telle analyse pour parfaire notre démonstration. Pour des raisons matérielles évidentes, cette étude a fait le choix de se mettre l'accent sur les racines conceptuelles du principe que sont le droit germanique²⁰⁰ et sur le droit de l'Union²⁰¹, ainsi que sur le droit français et le sens européen de la sécurité juridique. À titre exceptionnel, quelques éléments de comparaison ont été effectués avec des droits nationaux européens²⁰² ou de droit international²⁰³ afin d'approfondir la démonstration. L'europanisation du principe de sécurité juridique, couplée à la complémentarité et à la concurrence des systèmes de protection des droits fondamentaux, a donc conféré un terrain propice à l'analyse comparative²⁰⁴. Les résultats obtenus ont été bénéfiques à deux égards. Dans un premier temps, cette méthode a mis en relief des points de convergences et de divergences entre le sens proprement conventionnel et le sens européen de la sécurité juridique, dans la continuité des phénomènes de « fertilisation » croisée déjà constatée à la naissance du principe. Dans un second temps, elle a pointé les spécificités et les innovations de son sens conventionnel, conformément à l'intitulé de la thèse sur l'existence d'un principe « au sens de ».

51. À l'instar de la démarche empirique, la méthode déductive a suscité quelques difficultés dans sa réalisation. L'ampleur des recherches menées à la fois par discipline juridique (droit public, droit privé, droit constitutionnel en particulier) et par thématique (liée directement au principe ou indirectement à l'une de ses thématiques sous-jacentes) a rendu leur synthétisation

¹⁹⁹ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, Paris, coll. « Droit et société », 2004.

²⁰⁰ *Infra*, n° 73 et suiv.

²⁰¹ J-L. BOULOUIS, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Liber Amoricum Pierre PESCATORE, Du droit international au droit de l'intégration*, *op. cit.*, p. 53-63 ; C. NAOME, « La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 169-108 ; R. MEDHI, « Variation sur le principe de sécurité juridique », in *Le droit de l'Union Européenne en principes. Liber Amoricum en l'honneur de Jean RAUX*, ÉD, Apogée, Rennes, 2006, p. 177-198.

²⁰² Notamment en droit belge (F. TULKENS, La sécurité juridique, un idéal à reconsidérer, *op. cit.*, p. 25-42) et en droit allemand (M. FROMONT, République Fédérale d'Allemagne, L'État de droit, *RDP*, 1990, n° 5, p. 1212).

²⁰³ R. KOLB, La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques, *op. cit.*, p. 103-142 ; S. TOUZE, Deux facettes différentes de l'imprévisibilité sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 847.

²⁰⁴ Lorsque l'étude commandera d'opérer une approche comparatiste, celle-ci s'inspirera à la fois la « méthode conceptuelle » qui consiste à aborder « l'approche du droit comparé fondée sur les concepts juridiques », et de la méthode fonctionnelle « qui consiste à étudier le rôle est les objectifs poursuivis par les règles juridiques dans leurs propres systèmes juridiques », B. JALUZOT, Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective, *RIDC*, 2005-1, p. 29-48 ; M-C. PONTHEOREAU Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique, *RIDC*, 2005, n° 1, p. 7-27.

délicate. Cela a parfois abouti à un éparpillement du travail de recherche²⁰⁵ au détriment de la clarté et de la simplicité du raisonnement, en dépit des efforts constants de cette étude pour recentrer ces lectures sur son objet. En outre, il a fallu extraire du nœud des controverses doctrinales ce qui relevait véritablement de la sécurité juridique conventionnelle de ce qu'il n'en relevait pas. Cela a nécessité de procéder à des choix dans les thématiques sélectionnées, ainsi qu'à une priorisation de celles-ci en fonction de leur pertinence, de leur actualité ou de leur originalité²⁰⁶. Enfin, il a fallu confronter les hypothèses déductives avec la réalité du principe dans la jurisprudence de la Cour européenne, et ce sans dénaturer sa définition sémantique et conceptuelle.

52. En définitive, la combinaison de la démarche empirique et de la méthode inductive comble autant que possible leurs déficiences respectives. Alors que la première a favorisé le développement des réflexions sur les fonctionnalités et la portée du principe en droit de la Convention, la seconde a permis d'en dégager une définition sémantique et conceptuelle. Permettant une double définition théorique et pratique, axées sur ses sens, ses fonctionnalités et ses enjeux en droit de la Convention, la méthodologie scientifique retenue concorde avec à l'objectif de complétude poursuivi par cette étude. À terme, celle-ci a abouti aux résultats et à la problématique suivants.

C- La construction de la problématique de l'étude

53. Initialement, cette étude visait à déterminer si, au-delà de sa complexité, le principe de sécurité juridique avait acquis un niveau suffisant de consistance pour pouvoir déterminer ses sens, ses fonctions, ainsi que ses bienfaits et ses méfaits en droit de la Convention. Les différentes étapes de déconstruction et de reconstruction successives menées tout au long de nos recherches ont alors abouti à deux constats. D'abord, le principe de sécurité juridique est souvent fantasmé pour ce qu'il *devrait* être que pour ce qu'il *est*, avec ses forces et ses faiblesses. Cette impression a été confortée par l'écart patent entre les préconçus forgés à titre personnel ou au gré des lectures, et la réalité dudit principe dans la jurisprudence strasbourgeoise. Si la sécurité juridique est un idéal auquel le droit doit aspirer, il est aussi le

²⁰⁵ « L'engouement doctrinal contemporaine pour la sécurité juridique obscurcit, paradoxalement, le contenu exact de la notion », S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne. Prendre l'idée simple au sérieux*, FUSL, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 655.

²⁰⁶ Par exemple, les thématiques relatives à la subjectivisation ou l'objectivisation du principe ont été privilégiées tandis que d'autres ont été évoquées de façon plus limitée, à l'instar de la tolérance administrative (*infra.*, n° 451 et suiv.).

fruit d'une représentation de celui qui est amené à le respecter, ou qui en appelle à son respect. Ainsi, la sécurité juridique vue par la doctrine sera différente de celle vue de la Cour européenne, de l'État, ou de l'individu. C'est cette opacité et cette multiplicité environnante autour du principe qui ont incité la présente étude à procéder à une sorte de « démystification » pour mieux déceler ses spécificités et les raisons de son émergence conventionnelle, en ayant également pleinement conscience que ce processus risque immanquablement biaisé par notre propre subjectivité. En tentant de rester « objectif », il apparaît nécessaire de fournir un premier éclairage sur ce qu'est et ce que n'est pas le principe de sécurité juridique, selon nous, en droit de la Convention.

54. Bien qu'il puisse souffrir d'une réputation de principe « *fourre-tout* »²⁰⁷, il ne constitue pas pour autant, en droit de la Convention, un objet insaisissable ni une « *coquille-vide* »²⁰⁸. D'abord, le principe n'est pas dénué de fondements, comme en témoigne son rattachement explicite à la prééminence du droit et à l'État de droit. Il n'est pas non plus dénué de contenu. Au contraire, ses deux versants objectif et subjectif lui confèrent une structure sémantique particulièrement sophistiquée sous forme dérivative. Ses dérivés vont asseoir sa concrétisation en fournissant au juge une sorte de boîte à outils fonctionnelle, lui permettant dans le même temps de mesurer le niveau d'insécurité juridique d'un droit national, le degré de réception de la norme conventionnelle, d'améliorer la fabrication de la norme jurisprudentielle, ou encore de corriger et de rectifier les atteintes à la sécurité juridique. Enfin, il n'est pas un principe dépourvu de sens. Il est gage de cohérence, trouvant des compromis entre certitude et incertitude juridique au niveau national et supranational. L'analyse du principe en appelle donc à considérer corrélativement son antonyme qu'est l'insécurité juridique.

55. Rapidement, il est apparu que la complexité du principe résultait de no pas exclusivement de ses incertitudes, mais surtout de sa pluralité intrinsèque. Il est un principe pluridimensionnel d'abord, en ce qu'il s'applique à la fois au niveau national et supranational pour maintenir la stabilité et l'effectivité du droit conventionnel. Il est également pluri sémantique ensuite en ce qu'il est à la fois prévisibilité, accessibilité, cohérence, bonne administration de la justice, bonne foi, confiance, espérance, unité et cohérence. Il est ensuite pluri catégoriel également, en ce qu'il est à la fois un moyen et une finalité du système conventionnel, et revêt à ce titre le rôle de principe axiologique, fondamental, interprétatif, correctif, en somme tout ce qui caractérise un principe général du droit de la Convention. Enfin, il est plurifonctionnel, aussi, en ce qu'il est un principe à la fois objectif d'ordonnement et

²⁰⁷ F. OST, *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 151.

²⁰⁸ P. MORVAN, *Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ?*, *op. cit.*, p. 70.

de stabilisation du mécanisme conventionnel, et un principe subjectif de protection des prévisions juridiques et des droits fondamentaux.

56. Façonnée par la Cour européenne au gré des évolutions de son prétoire et de la vision de son propre office, sa manière de « *dire le droit et de faire la justice* »²⁰⁹ influence inmanquablement sur la construction substantielle et fonctionnelle du principe. Cela étant, la sécurité juridique « au sens de » la Convention n'est plus seulement synonyme de stabilité, mais doit également se concilier avec la protection effective des droits fondamentaux et le progrès des normes. Ses sens et ses fonctionnalités lui permettent à la fois de protéger des intérêts divergents de sécurité juridique ; la sécurité juridique individuelle, étatique, et conventionnelle. La constatation d'un principe « des » sécurités juridiques confirme alors le second constat apporté par nos analyses : la conciliation du principe avec l'objectif d'effectivité.

57. *Prima facie*, il peut paraître étrange d'associer un concept aussi flou à un principe aussi volatile dans le sens où cela ajoute une complexité supplémentaire à un sujet déjà relativement dense. En réalité, l'étude de la portée du principe de sécurité juridique sur l'objectif d'effectivité se justifie par la construction (ou plutôt la déconstruction) d'un mythe : celui de la relation antagoniste en ces deux objectifs. En effet, « *il y a une forme de tension qui oppose la sécurité juridique, une valeur parmi d'autres, et d'autres valeurs concurrentes non moins importantes auxquelles la Cour se montre sensible* »²¹⁰, parmi lesquelles figure en première place l'effectivité. Ce mythe est d'ailleurs alimenté par la jurisprudence de la Cour européenne elle-même lorsqu'elle énonce « *qu'il est dans l'intérêt de la sécurité juridique [...] qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable de ses précédents* », sauf si un consensus se dégage des législations nationales et nécessite alors de procéder à une évolution de sa jurisprudence²¹¹. Si ces objectifs incarnent des intérêts divergents (l'immutabilité et la mutabilité), il serait réducteur de les réduire à une simple « relation-opposition » dans la mesure où le principe produit des effets autant positifs que négatifs sur l'effectivité. Pour comprendre cette corrélation, il convient de revenir sur la notion d'« effectivité ».

²⁰⁹ F. OST, *Dire le droit, faire la justice*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Penser le droit », 2004.

²¹⁰ F. TULKENS, « La motivation et le style des décisions juridictionnelles. La Cour EDH. Le regard d'un juge », in L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application du droit communautaire et européens*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 125-134, p. 134.

²¹¹ CEDH, Gde Ch., 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, req. n° 27238/95, Rec. 2001-I, §70 (GACEDH, 2019, n° 48). C'est pourquoi elle considère dans l'affaire *Nejdet Şahin* « *qu'une évolution de jurisprudence n'est pas en soi contraire à une bonne administration de la justice dans la mesure où l'absence d'une approche dynamique et évolutive serait susceptible d'entraver tout changement ou amélioration* », CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie*, req. n° 13279/05, §58 (JCP G, 2012, doct. 87, F. SUDRE).

58. Entendue dans son sens générique comme « *ce qui existe réellement* »²¹², l'effectivité se comprend juridiquement comme le niveau de concrétisation d'une norme juridique²¹³. Elle se dissocie ainsi de notions connexes telles que l'efficacité ou l'efficience²¹⁴. La nature spécifique du droit de la Convention confère à la notion une dimension axée sur la protection des droits fondamentaux, et ce depuis la célèbre affaire *Airey contre Irlande*²¹⁵. Ainsi l'effectivité se comprend en droit de la Convention comme le degré de réception concrète de la norme conventionnelle dans les ordres juridiques internes (effectivité *du droit*) aux fins d'une meilleure protection des droits fondamentaux (effectivité *des droits*). Le premier élément de cette définition se mesure à la fois par le respect de ladite norme par ses destinataires, ainsi que par sa capacité de celle-ci à engendrer des sanctions en cas de non-respect. Ainsi, « *une règle de droit est effective lorsqu'elle est appliquée dans la réalité. Au contraire, une règle de droit de droit est ineffective lorsque celle-ci n'est pas appliquée dans la réalité* »²¹⁶. Bien qu'elle soit connexe à la notion d'efficacité²¹⁷, l'effectivité *du droit* s'en éloigne, car elle intègre les « *effets qui sont en adéquation avec la finalité de la règle de droit qui les produit, qu'il s'agisse d'effets voulus ou d'effets non désirés, mais désirables, ou même d'effets non prévus tant qu'ils ne sont pas contradictoires avec ladite finalité* »²¹⁸. Cela explique que l'effectivité *du droit* soit indissociable, en principe, de l'effectivité *des droits*²¹⁹.

59. Cette dichotomie notionnelle s'imbrique dans les deux facettes de la sécurité juridique. Le versant objectif du principe va de concert avec l'effectivité du droit, car il sécurise la norme conventionnelle, au niveau supranational et national, pour en renforcer sa réalisation concrète²²⁰. Deuxièmement, la facette subjective du principe concourt à renforcer l'effectivité

²¹² *Dictionnaire Poche Larousse*, Larousse, Paris, 2019, éd., 2020, p. 268.

²¹³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, coll. « Quadrige », 2018, 12^{ème} éd., p. 386.

²¹⁴ Pour des lectures relatives à ces distinctions, voy. L. HEUSCHLING, « "Effectivité", "efficacité", "efficience" et "qualité" d'une norme par un droit, analyse des mots et concepts », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET, *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité*, Bruylant, Bruxelles, coll. « À la croisée des droits », 2012, p. 89-117 ; B. DEZANGLES, « Effectivité, efficacité et efficience dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in V. CHAMPEIL-DESPLATS (dir.) et D. LOCHAK (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris Ouest, Paris, 2008, p. 41-57.

²¹⁵ CEDH, Ch., 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, §24 (*GACEDH*, 2019, n° 2).

²¹⁶ L-M. GUTIERREZ RAMIREZ, « L'effectivité des arrêts des cours supranationales des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA (dir.), L. BURGOGUE-LARSEN (dir.), S. TOUZE (dir.), *La protection des droits de l'homme par les cours supranationales*, Actes du colloque des 8 et 9 octobre 2015, Pedone, Paris, p. 177-194, spé. p. 179-180.

²¹⁷ *Infra*, n° 431.

²¹⁸ Y. LEROY, La notion d'effectivité du droit, *Droit et société*, 2001, n° 79, p. 715-732, spé. p. 730. L'auteur précise que le sens impératif et répressif à l'effectivité du droit fait écho à l'impératif de sécurité juridique.

²¹⁹ « *Il ne faut pas oublier que l'effectivité des arrêts s'inscrit plus largement dans l'effectivité des droits de l'Homme. Négliger la première revient forcément à mépriser la seconde* », L-M. GUTIERREZ RAMIREZ, « L'effectivité des arrêts des cours supranationales des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 194.

²²⁰ Ce qui explique qu'il soit une valeur ou un principe général du droit de la Convention, voy. *supra*, n° 241.

*des droits. Comme le souligne le Professeur Philippe RAIMBAULT, « si l'effectivité du droit n'a en elle-même rien d'individuel [...] [son] déploiement [...] montre néanmoins qu'elle participe à une certaine individualisation du droit. [...] Elle répond à une préoccupation de sécurité juridique fortement teintée d'individualisme »*²²¹. Ainsi la multiplication des intérêts de sécurités juridiques (individuelle, étatique, conventionnel) est la conséquence d'un usage allant de concert d'effectivité *du droit* et *des droits* conventionnels. Bien qu'un tel choix d'un axe de recherche aussi large soit susceptible d'entacher la lisibilité de la démonstration, la corrélation entre les deux éléments de l'effectivité commande d'étudier à la fois le rôle du principe dans la protection des droits fondamentaux et dans la sécurisation du mécanisme conventionnel et de la jurisprudence de la Cour²²². Par voie de conséquence, ce dernier élément constitue le cœur de notre démonstration et, par conséquent, le fil directeur de notre étude.

III- LA THESE DEFENDUE ET LE PLAN SUBSEQUENT DE LA DEMONSTRATION

60. Suite aux différentes observations soulevées précédemment, la thèse soutenue vise à démontrer que le principe de sécurité juridique « au sens » du droit de la Convention dissimule en réalité un principe des sécurités juridiques, dont la mutation multidimensionnelle témoigne tant de sa réadaptation que de sa participation relative à la sauvegarde des objectifs d'effectivité *du droit* et *des droits* conventionnels.

61. Dans la logique de la problématique dégagée, la démonstration se développera autour de deux axes. Le premier axe a pour but de démontrer la mutation du principe « de » en principe « des » sécurités juridiques (**Partie I**). Au gré des analyses, il est apparu que le principe était pluri identitaire. Outre sa polysémie, il est un principe à la fois fondamental, directeur et interprétatif, ce qui en fait un principe général *sui generis*. Il exerce en sens une multitude de fonctionnalités. Sur le plan objectif, il stabilise le système conventionnel au niveau national et supranational en encadrant la légalité matérielle et temporelle. Sur le plan subjectif, il assure la garantie des intérêts subjectifs à la sécurité juridique (requérant *in casu*, requérant potentiel, États parties). Exerçant une fonction de réassurance à l'égard des acteurs conventionnels dans le mécanisme de la Convention, il légitime en parallèle l'office du juge et sa politique

²²¹ P. RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, LGDJ, Paris, coll. « Thèses », 2009, t. 256, p. 540.

²²² Cette inclusion se justifie d'autant plus que le principe s'applique à la Cour lorsque celle-ci élabore sa jurisprudence du fait du caractère inhérent de ce dernier en droit de la Convention.

jurisprudentielle. En fin de compte, le principe régle des intérêts divergents de sécurité juridique : individuelles, étatiques et conventionnel.

62. Le second axe consistera à mesurer le rôle ambivalent du principe « des sécurités juridiques » dans la concrétisation des objectifs d'effectivité des droits fondamentaux, et plus largement, du droit de la Convention (**Partie II**). Dans le cadre de l'effectivité *des* droits, le principe de sécurité juridique sert à concilier les intérêts divergents de sécurités individuelles et étatiques. Il produit en ce sens des effets vertueux sur la protection des droits conventionnels. C'est le cas par exemple de l'individualisation de la norme en faveur de la sécurité juridique subjective du requérant. Son recul peut également s'avérer salutaire comme dans l'hypothèse d'un revirement évolutif.

63. Bien que le constat soit positif, cette conciliation présente quelques défaillances. Il est souvent reproché à la Cour européenne d'alimenter un « *mythe des droits de l'homme à la sécurité juridique* »²²³. En réalité, cette réprimande est partiellement fondée. Le refus de consacrer un « *droit acquis à une jurisprudence constante* »²²⁴ ainsi que le revers de la subjectivisation du contentieux sont significatifs d'une promotion dangereuse de la sécurité juridique individuelle sur la protection des droits fondamentaux²²⁵. Surtout, le principe est parfois usité à des fins stratégiques pour protéger les intérêts étatiques. Dans le cadre de cette conciliation, il appert que le principe de sécurité juridique sert intrinsèquement à asseoir une autre sécurité juridique : celle du mécanisme conventionnel. Indissociable de l'effectivité *des* droits²²⁶, l'effectivité *du* droit fait écho à la facette objective du principe qui exerce sa mission de sécurisation du système juridique conventionnel qui repose elle-même sur la jurisprudence de la Cour. Le bilan de cette conciliation est paradoxal. D'un côté, la tendance actuelle à l'objectivisation du contentieux européen des droits de l'homme²²⁷ ainsi que le renforcement de la pédagogie juridictionnelle attestent de la volonté de la Cour de consolider la prévisibilité

²²³ C. ATIAS, Les paradoxes de l'office du juge et de la sécurité juridique, *Recueil Dalloz*, 2003, p. 513.

²²⁴ CEDH, 18 décembre 2008, *Unedic c. France*, req. n° 20153/04, §74 (*JCP G*, 2009, I 143, obs. F. SUDRE).

²²⁵ La subjectivisation se révèle négative dans la mesure où elle engendre une responsabilisation accrue des requérants dans l'établissement de leurs prévisions juridiques. Cette critique est en lien avec la crise de l'individualisme méthodologique, voy. sur ces développements X. BIOY, « L'individualisme dans le contentieux des droits de l'homme », E. DUBOUT (dir.), S. TOUZE (dir.), *Refonder les droits de l'homme. Des critiques aux pratiques*, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire », 2019, p. 153-179, spéc. p. 159.

L-M. GUTIERREZ RAMIREZ, « L'effectivité des arrêts des cours supranationales des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA (dir.), L. BURGOGUE-LARSEN (dir.), S. TOUZE (dir.), *La protection des droits de l'homme par les cours supranationales*, Actes du colloque des 8 et 9 octobre 2015, Pedone, Paris, p. 177-194, spé. p. 179-180.

²²⁷ M. AFROUKH, « L'objectivisation du contrôle juridictionnel », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA (dir.), L. BURGOGUE-LARSEN (dir.), S. TOUZE (dir.), *La protection des droits de l'homme par les cours supranationales*, Actes du colloque des 8 et 9 octobre 2015, Pedone, Paris, 2016, p. 107-132.

du mécanisme conventionnel. D'un autre côté, les instrumentalisations négatives du principe, couplées aux dérives méthodologiques du juge développent parfois une insécurité jurisprudentielle anormale. C'est le cas par exemple des revirements « *involutifs* »²²⁸ en ce qu'ils effritent la protection de l'acquis conventionnel dans lequel se trouve la garantie collective de droits fondamentaux. Les incohérences qui en résultent ébranlent la confiance des acteurs dans la justice conventionnelle. Cette perte de confiance se révèle délétère à la fois pour l'effectivité *du* droit en favorisant le risque d'inexécution partielle ou totale de la jurisprudence de la Cour²²⁹, et pour l'effectivité *des* droits, en diminuant le niveau de protection des droits fondamentaux. Cette étude propose alors des remèdes pour contrer au mieux cette insécurité jurisprudentielle et l'ineffectivité du droit conventionnel qu'il en résulte.

Partie I : La mutation du principe « de » sécurité juridique en droit de la Convention

Partie II : La portée ambivalente du principe « des » sécurités juridiques à l'aune de l'objectif d'effectivité des droits et du droit de la Convention

²²⁸ S. VAN DROOGHENBROECK, « Retour sur l'interprétation "involutive" de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 417-439.

²²⁹ F. SUDRE, L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 923.

PARTIE I : LA MUTATION DU PRINCIPE « DE » SÉCURITÉ JURIDIQUE

64. Principe « *implicite* »²³⁰ dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, la sécurité juridique apparaît d'emblée comme nébuleuse et incertaine. Apparue pour la première fois dans l'arrêt *Marckx contre Belgique*²³¹, elle se caractérise par son absence de définition conceptuelle et substantielle, et ce tant dans la lettre de la Convention que celle de la jurisprudence. Son identification apparaît dès lors délicate en raison des ambiguïtés et des paradoxes qui l'enveloppent. Tirillée par la dichotomie classique entre son versant objectif et son versant subjectif, la sécurité juridique se développe autour de cette dualité par une multitude de déclinaisons qui ne font que renforcer cette impression de débarras conceptuel. *Nonobstant* son opacité, le principe de sécurité juridique constitue l'un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit²³², disposant d'une place essentielle dans le paysage jurisprudentiel de la Cour européenne des droits de l'homme. À la fois imprécis et fondamental, indéterminé et déterminant, c'est dire si l'interprétation du juge européen brouille les pistes sur la véritable identité de son principe.

65. D'emblée, il appert que le principe de sécurité juridique « au sens » du droit de la Convention est un principe fondamentalement complexe (**Titre I**). Polysémique et polymorphique, le principe se présente à l'« *état volatil* »²³³, empreint de sens contradictoires et diversifiés qui entravent toute tentative de systématisation et rendent difficile sa compréhension. Cependant, sa complexité constitue l'une de ses caractéristiques congénitales. Elle ne peut donc ni être dérogée, ni supprimée, sous peine de ne pas parvenir à l'appréhender dans sa globalité. Une fois cet élément d'analyse pleinement accepté, l'étude de cette complexité met en lumière un principe particulièrement riche, tant que le plan sémantique que conceptuel. Ce constat se confirme au travers d'une abondance de fonctionnalités objectives et subjectives qui sert à la défense d'intérêts individuels, étatiques ou du juge lui-même. Derrière la multiplicité qui la caractérisent se cache donc la véritable identité d'un principe « de » sécurité juridique représentatif des sécurités juridiques (**Titre II**).

²³⁰ CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95, §56 ; CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie*, req. n° 13279/05, §56 (*JCP G*, 2012, doct. 87, F. SUDRE).

²³¹ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §58 (*GACEDH*, 2019, n° 51).

²³² « *Le droit à procès équitable [...] doit s'interpréter à la lumière du préambule de la Convention, qui énonce la prééminence du droit comme élément du patrimoine commun des États contractants. Un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit est le principe de la sécurité des rapports juridiques* », CEDH, 28 octobre 1999, *Brumărescu c. Roumanie*, req. n° 28342/95, §61.

²³³ P. MARTENS, « La sécurité juridique : rapport de synthèse », in *La Sécurité juridique*, Actes du colloque organisé par la conférence du jeune barreau de Liège, 14 mai 1993, éd. du jeune barreau de Liège, 1993, p. 257-265, spéc. p. 265.

Titre I : Une complexité conceptuelle caractéristique du principe de sécurité juridique

Titre II : Une pluralité fonctionnelle révélatrice du principe « des » sécurités juridiques

TITRE I : UNE COMPLEXITE CONCEPTUELLE CARACTERISTIQUE DU PRINCIPE DE SECURITE JURIDIQUE

66. Constituant à la fois l'une des causes et l'un de ses symboles les plus représentatifs²³⁴, la sécurité juridique n'échappe pas à la complexité. Comme le souligne le Professeur Bernard PACETAU, « *la notion de sécurité juridique, quand on l'analyse et qu'on cherche à en exploiter les virtualités, a pour premier et apparent défaut – en tout cas pour handicap – de ne pas constituer une catégorie juridique aux frontières, ni donc aux conséquences, ni aux contours, ni au contenu parfaitement bien délimités* »²³⁵. Réfléchir sur le principe de sécurité juridique suppose donc de lever le voile sur les incertitudes qui alimentent sa complexité, pour mieux comprendre son sens, sa valeur et son contenu.

67. La première incertitude résulte d'une complexité d'ordre sémantique. En effet, le principe de sécurité juridique ne souffre d'aucune définition précise dans le paysage jurisprudentiel alors même que la Cour lui attribue une pléthore de sens, de standards et d'exigence qui alimente sa polysémie. Décrite comme une « *bonne à tout faire* »²³⁶, le principe se voit doter d'une multitude de significations avec lesquelles le juge « joue » suivant ce qui lui paraît nécessaire ou équitable pour la protection des situations différentes, voire opposées²³⁷. Si cette mosaïque sémantique est liée à l'œuvre constructive du juge qui lui donne naissance, celle du principe « *made in Strasbourg* » apparaît également comme le résultat de son acculturation juridique. En effet, les sens de son principe présentent des similitudes avec son sens européen (prévisibilité, accessibilité, confiance, certitude, ...), mais également des sens spécifiques qui traduisent son ancrage dans la dynamique des droits fondamentaux. Si elle rend l'identification sémantique délicate, sa polysémie traduit cette appropriation constructive du principe par la Cour afin de forger un véritable principe « au sens de » marqué par sa plurivocité (**Chapitre 1**).

68. La seconde cause d'incertitude résulte d'une complexité d'ordre formel. Alors que la Cour l'a consacrée comme un principe dès son origine, les différents « habillages » que revêt la sécurité juridique dans sa jurisprudence affaiblissent la véracité de sa nature principielle, la

²³⁴ *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public du Conseil d'État, La Documentation française, Paris, 2006.

²³⁵ B. PACTEAU, La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?, *AJDA*, 1995, n° H.S, p. 151.

²³⁶ C. NAOME, « La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes », in *La sécurité juridique*, Actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège, 14 mai 1993, Ed. du jeune barreau de Liège, Belgique, 1993, p. 69-108, spéc. p. 106.

²³⁷ *Ibid.*, p. 103.

qualifiant parfois de « *principe général* »²³⁸, de « *valeur sous-jacente* »²³⁹ ou encore de « *degré* »²⁴⁰. Sa polymorphie sème le doute sur sa nature réelle. Traduit-elle une différence sémantique ou conceptuelle, ou illustre-elle un simplement un manque de rigueur stylistique ? Cette question nécessite de partir à la recherche de son véritable identité conceptuelle au-delà de son aspect équivoque pour déterminer, indépendant de ces habillages, s'il s'agit bien d'un principe en droit de la Convention européenne des droits de l'homme (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : La construction d'« un » principe plurivoque de sécurité juridique

Chapitre 2 : La qualification équivoque du « principe » de sécurité juridique

²³⁸ CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, §56 ; CEDH, 16 avril 2019, *Alparslan Altan c. Turquie*, req. n° 12778/17, §101.

²³⁹ CEDH, Gde. Ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n° 16574/08, Rec. 2013-I, §66 (*JCP G*, 2013, act. 242, obs. F. SUDRE) ; CEDH, 14 mars 2019, *Quilichini c. France*, req. n° 38299/15, §37.

²⁴⁰ CEDH, 19 octobre 2004, *Melnitchenko c. Ukraine*, req. n° 17707/02, Rec. 2004-X, §45. Voy. également CEDH, 31 mai 2016, *Kahyaoğlu et autres c. Turquie*, req. n° 37203/05, §31.

CHAPITRE 1 : LA CONSTRUCTION D' « UN » PRINCIPE PLURIVOQUE DE SECURITE JURIDIQUE

« L'exigence de sécurité naît de la même nécessité profonde que l'idée de loi de la nature : c'est le besoin de constituer un ordre dans le désordre des données dispersées, de pouvoir prévoir et dominer la réalité »²⁴¹

69. Le vœu de « toute entreprise juridique, qu'elle soit législative, administrative ou juridictionnelle, est d'introduire dans la vie sociale une dose aussi forte que possible de sécurité, dispensant les sujets du droit d'appuyer leurs revendications sur le seul usage de la force et les garantissant du sort incertain de leurs armes »²⁴². Sans doute était-il tellement évident que son droit était vecteur de sécurisation juridique que la Cour n'a pas éprouvé le besoin d'en donner une définition précise depuis sa consécration en 1979²⁴³. À l'instar de la Cour de Justice de l'Union européenne, elle a pris pour acquis ce principe « sans toutefois se soucier précisément d'en faire la théorie »²⁴⁴. Parce qu'elle distille des bribes de définitions dans le contrôle de légalité sous l'angle de la prévisibilité, de l'accessibilité, ou encore en faisant référence à la confiance du public ou à l'espérance légitime, son identification sémantique se révèle labyrinthique. Le risque serait alors de verser vers une forme de « pan-sécuritarisme » qui consisterait à voir de « la sécurité juridique » dans des notions ou des principes qui en sont éloignés, en passant à côté de celles qui participent à sa construction. Il faut donc partir à la recherche des racines du principe pour faciliter sa compréhension et son adaptation²⁴⁵, et de mettre en lumière les éventuelles spécificités sémantiques en droit de la Convention.

²⁴¹ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Sirey, Paris, 1951, p. 323-333.

²⁴² J.-P. PUISSOCHET, H. LEGAL, Le principe de la sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, CCC, 2001, n° 11.

²⁴³ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §58 (GACEDH, 2019, n° 51).

²⁴⁴ J.-P. PUISSOCHET, H. LEGAL, Le principe de la sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, *op. cit.*

²⁴⁵ D. SOULAS DE RUSSEL, P. RAIMBAULT, Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point, RIDC, 2003, p. 85-103, spéc. p. 90.

70. Comme la plupart des principes consacrés par la Cour, la sécurité juridique est issue d'un phénomène de « *d'ingestion-digestion* »²⁴⁶, ce qui explique que ce dernier emprunte pour beaucoup aux conceptions nationales et communautaire. Comme les jurisprudences européennes n'hésitent pas à affirmer l'appartenance de ce principe aux traditions communes aux États membres²⁴⁷ ou à l'ordre public européen²⁴⁸, les juridictions nationales font également référence aux conceptions européennes. Ainsi, la première étape de cette étude sera de retracer les différentes constructions prétoriennes des sens de la sécurité juridique en droit européen et national, pour pouvoir ensuite les comparer avec la conception strasbourgeoise.

71. « *Maître mot* » de ce siècle²⁴⁹, son universalité en fait un principe intemporel et commun à l'ensemble des systèmes juridiques européens qui doivent actuellement reconsidérer cet impératif²⁵⁰ face aux dérèglements internes dont ils font l'objet. Ces dysfonctionnements augmentent parallèlement le sentiment d'insécurité que peut éprouver le citoyen face au droit²⁵¹. Ce faisant, la redécouverte conceptuelle de la sécurité juridique coïncide avec la montée du sentiment d'insécurité juridique, expliquant de la sorte sa reconnaissance massive dans les systèmes juridiques nationaux. Ce jeu d'influences participe à l'éclosion d'une conception moderne et européanisée de la sécurité juridique, tant dans sa dimension objective que dans dimension subjective. Les points sémantiques convergents permettront à alors de faire un premier recensement des sens communs de la sécurité juridique en Europe (**Section I**). L'extraction de ce « *jus commune* » permettra alors de mettre en évidence la construction bivalente d'un principe « au sens » de, c'est-à-dire d'un principe qui partage des significations communes avec la conception européenne, mais qui dispose également d'un champ sémantique propre. La sécurité juridique s'est en quelque sorte « conventionnalisée » dans la mesure où elle été réadaptée par le juge au fil de sa jurisprudence juge pour satisfaire les objectifs particuliers du droit de la Convention, et dont le « noyau dur » substantiel révèle une approche individualisée ancrée dans la protection effective des droits fondamentaux (**Section II**).

²⁴⁶ J-P. COSTA, Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales, *RTDH*, 2004/57, p. 101-110, spéc. p. 103.

²⁴⁷ En vertu de l'article 6 alinéa 3 du Traité de Lisbonne (TUE) : « *Les droits fondamentaux [...] tels qu'ils résultent des tradition constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux* ».

²⁴⁸ F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in P. TAVERNIER (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 39-80, spéc. p. 56 ; M. DE SALVIA, La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *CCC*, 2001, n° 11.

²⁴⁹ J-M. PONTIER, De la sécurité, *AJDA*, 2006, n° 19, p. 1009.

²⁵⁰ F. TULKENS, La sécurité juridique, un idéal à reconsidérer, *RIEJ*, 1990, n° 24, p. 25-42, spéc. p. 28.

²⁵¹ N. MOLFESSIS, Les « avancées » de la sécurité juridique, *RTD Civ.*, 2000, n° 3, p. 660.

SECTION I : L'EUROPEANISATION DE LA NOTION DE SECURITE JURIDIQUE

72. Principe tautologique dans la mesure où apparaît inimaginable qu'un système juridique ne garantisse pas la sécurité de son propre droit²⁵², la sécurité juridique constitue un trait commun aux États bâtis sur le modèle de l'État de droit, ce qui explique sa place privilégiée au sein de la hiérarchie des normes. En ce sens, « *la sécurité juridique n'est pas seulement une qualité propre du droit, une vérité axiomatique des sociétés modernes, un postulat dogmatique de l'État de droit, c'est également un principe consacré et appliqué par la grande majorité des ordres juridiques européens* »²⁵³. Pourtant, malgré son caractère axiomatique, il n'existe en réalité qu'un nombre réduit d'études consacrées à la comparaison des différents sens conférés à la notion de sécurité juridique entre les ordres juridiques nationaux en Europe²⁵⁴. Cette analyse est d'autant plus nécessaire pour mieux comprendre la redécouverte de la sécurité juridique en dehors du droit de la Convention. Cette carence invite donc logiquement à procéder à une brève recherche comparative afin d'en explorer les différentes subtilités. Cette exploration sémantique passe d'abord par l'analyse de ses sens originels. Sans remonter jusqu'aux origines philosophiques de la notion²⁵⁵, l'objectif de cette étude est d'analyser le sens juridique originel la notion pour mieux comprendre les étapes de son évolution sémantique en droit européen, puis en droit de la Convention. C'est pourquoi nous nous attarderons principalement sur le droit allemand et le droit de l'Union européenne (1§). Cette quête incite à étendre le champ de l'étude au-delà des droits susmentionnés pour s'intéresser à leurs diffusions dans les États européens, et dont les convergences conceptuelles révèlent l'émergence d'un *jus commun* de sécurité juridique²⁵⁶ (2§).

²⁵² J-L. BOULOUIS, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amoricum Pierre PESCATORE*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, Berlin, 1987, p. 53-63, spéc. p. 53.

²⁵³ A-L. VALEMBLOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2005, t. 22, p. 135.

²⁵⁴ À la différence de thèse du Professeur Jérémy VAN MEERBEECK, qui retrace l'itinéraire philosophique de la sécurité juridique en Europe (J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, PUSL, Bruxelles, 2014), notre étude se propose d'analyser les sens de la sécurité juridiques dans les droits européens par une approche jurisprudentielle. Notre analyse comparative s'est principalement fondée sur les travaux suivants : *Table Ronde internationale de justice constitutionnelle sur la sécurité juridique*, AIJC, Economica, Paris, 2000, ainsi que J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, « coll. Droit administratif », 2009, 2^{ème} éd. complétée, p. 913-1232.

²⁵⁵ Les origines philosophiques de la notion remontent à l'Antiquité, voy. J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, op. cit., p. 197.

²⁵⁶ B. LASSERRE, L'europanisation de l'office du juge : vers un *jus commune* procédural ?, *RUE*, 2019, p. 204.

1§) L'éclosion du sens européen de sécurité juridique

73. Le juge allemand a construit un principe constitutionnel fondamental sophistiqué en y accolant à la conception objective du principe une conception subjective, axée sur les libertés individuelles et la protection des droits fondamentaux (A). Ce souffle nouveau germanique semble avoir également séduit la Cour de Justice de l'Union européenne qui, à son tour, s'est appropriée cette notion en l'adaptant aux spécificités de son prétoire, participant ainsi à l'enrichissement de la conception moderne de la sécurité juridique (B).

A- Une redécouverte initiée par le droit allemand

74. Berceau historique du renouveau conceptuel de la sécurité juridique en Europe, l'Allemagne s'impose comme le « *pays de prédilection* » de la sécurité juridique²⁵⁷. Prenant racine dans le droit romain²⁵⁸, son émergence coïncide avec la genèse de l'État de droit à partir de la moitié du XIX^{ème} siècle. Cantonné initialement à une approche purement formaliste l'État de droit, elle acquiert une nouvelle dimension dans sa version germanique²⁵⁹. En effet, ce concept ne se résume plus seulement à la simple instauration d'un « *ordre juridique rationnel* », mais s'élève à « *la garantie des libertés fondamentales* »²⁶⁰. La conception du *Rechtsstaat* est

²⁵⁷ D. SOULAS DE RUSSEL, P. RAIMBAULT, Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point, *op. cit.*, p. 98.

²⁵⁸ *Ibidem*. Voy. également entre autres, C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, PUF, Paris, coll. « Droit fondamental », 1997 ; M. FROMONT, A. RIEG, *Introduction au droit allemand (République Fédérale)*, Éd. Cujas, *Les Fondements*, 1977, t. 1, p. 13-20 ; M. FROMONT, Le constitutionnalisme allemand, *Pouvoirs*, 1993, n° 66, p. 5-20 ; M. PEDAMON, *Le droit allemand*, PUF, Paris, « coll. Que sais-je ? », 1985, n° 2206 ; D. SOULAS DE RUSSEL, Aspects dogmatiques et critiques des droits fondamentaux constitutionnels de la République Fédérale d'Allemagne, *RDP*, n° 3, p. 743 ; R. WAHL, Aux origines du droit public allemand contemporain, *RDP*, 2007, n° 3, p. 817. Plus largement, voy. le dossier sur L'histoire du droit public allemand, *Jus Politicum*, 2014, n° 12, disponible sur le lien suivant : [\[http://juspoliticum.com/numero/histoire-du-droit-public-allemand-58.html\]](http://juspoliticum.com/numero/histoire-du-droit-public-allemand-58.html).

²⁵⁹ Selon Raymond CARRE DE MALBERG, la vision formaliste correspond à la définition de l'État légal, qui s'apparente à « un État qui, dans ses rapports avec ses sujets, et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de droit, et cela en tant qu'il enchaîne son action sur eux par des règles [...] qui ont pour effet commun de limiter [sa] puissance [...] en la subordonnant à l'ordre juridique qu'elle consacre ». Il oppose cette classification à l'État de droit, qui « dans ses rapports avec ses sujets et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de droit », R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, Paris, 1920, t. 1, p. 488-489.

²⁶⁰ J. CHEVALLIER, « L'État de droit et ses transformations. Les doctrines de l'État de droit », in P. TRONQUOY (dir.), *Le droit dans la société*, La documentation Française, Paris, n° 288, p. 1.

donc la résultante de ces différentes transformations conceptuelles et idéologiques de l'État de droit²⁶¹, nouvellement « augmentée » d'une perspective plus substantielle²⁶².

75. En tant qu'élément intrinsèque de l'État de droit, la sécurité juridique subit naturellement les conséquences de son évolution. Limitée originellement à une conception purement legaliste du fait de la prévalence de l'État formel au XIX^{ème} siècle²⁶³, celle-ci se pare d'une coloration subjective après la Seconde Guerre Mondiale, en devenant un instrument essentiel dans la protection des droits fondamentaux²⁶⁴. Par mimétisme, on assiste à une métamorphose sémantique de la sécurité juridique, transformant le postulat finaliste initial au profit d'une conception plus moderne et, surtout, plus subjective (1^o). Ces mutations successives ont abouti aujourd'hui à la consécration germanique d'un principe constitutionnel hybride – nommé *Rechtssicherheit* – combinant les sens objectif et subjectif de la sécurité juridique (2^o).

1^o) L'enrichissement de la notion au travers des évolutions du *Rechtsstaat*

76. Si l'idée d'un tel concept éclot dès les prémices du constitutionnalisme allemand au travers du principe de la séparation des pouvoirs²⁶⁵, la paternité littéraire en revient à Robert VON MOHL²⁶⁶, qui définit l'État de droit autour du triptyque de composantes suivant : « *la limitation de l'État en vue d'une plus grande protection de la liberté des individus, l'édition de lois précises et l'établissement de tribunaux protecteurs des citoyens* »²⁶⁷. De manière novatrice, cet auteur pose le fondement d'un État rationnel (*Verstandesstaat*). Cette théorie combine les deux versants de l'État de droit tel ainsi que l'ensemble des éléments

²⁶¹ Le Professeur Jacques CHEVALLIER évoque trois configurations cumulatives au concept de l'État de droit : *formelle* (l'encadrement de l'action étatique par le droit), *ontologique* (son assujettissement au droit), et *substantielle* (correspondant à ses qualités intrinsèques), *ibid.*, p. 2-9. Lire également J-M. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1870-1914)*, Economica, Paris, 1992.

²⁶² W. LEINSER, « L'État de droit, une contradiction ? », in *Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN*, Éd. Cujas, Paris, 1975, p. 65-79.

²⁶³ Pour un résumé détaillé des différentes théories participant à la construction contemporaine du modèle allemand de l'État de droit, voy. E. CARPANO, *État de droit et droit européen. L'évolution du modèle de l'État de droit dans le cadre de l'europanisation des systèmes juridiques*, L'Harmattan, Paris, coll. « Logiques juridiques », 2005, p. 35-114.

²⁶⁴ M. FROMONT, République Fédérale d'Allemagne. L'État de droit, *op. cit.*, p. 1203. Voy. aussi A. BLECKMANN, L'État de droit dans la Constitution de la République fédérale d'Allemagne, *Pouvoirs*, 1982, n^o 22, p. 5-28.

²⁶⁵ « L'idée de l'État de droit est particulièrement forte en Allemagne dès le XIX^{ème} siècle, sans doute parce qu'elle était le seul élément permettant de limiter un pouvoir monarchique resté fort », in M. FROMONT, *Le constitutionnalisme allemand*, *op. cit.*, p. 6.

²⁶⁶ R. VON MOHL, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats*, Tübingen, Berlin, 1866, 3^{ème} éd., t. 1.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 63 et suiv.

contemporains de la sécurité juridique. En effet, en décortiquant la définition fournie par l'auteur, on y retrouve la prévisibilité, la clarté de la loi et la mise en œuvre d'une protection juridictionnelle, la hiérarchisation des normes, ainsi que la séparation des pouvoirs, qui forment les composantes les plus élémentaires de la conception formelle de l'État de droit et logiquement, celles de la sécurité juridique. Par ailleurs, le caractère légitime de l'action étatique, ainsi que la nécessité de protéger les droits individuels trahissent déjà les contours d'une approche subjective dans la conception de l'État de droit.

77. Malgré son caractère précurseur, les juristes allemands de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle²⁶⁸ ne reprennent que partiellement la théorie de Robert VON MOHL, abandonnant l'aspect substantiel au profit de la vision légaliste²⁶⁹. La liberté individuelle est alors intégrée à l'action de l'État. Le *Rechtsstaat* se réduit au principe d'autolimitation de l'État par les tribunaux²⁷⁰. En somme, il se limite à l'État légal²⁷¹. Si le dogme positiviste exclut tout aspect substantiel, ce courant participe à la construction conceptuelle de la sécurité juridique objective. Son contenu se limite alors aux mécanismes garantissant la rationalisation de l'action étatique par le droit²⁷² : le principe de la séparation des pouvoirs, la réserve de la loi, la soumission de l'administration à la loi ou encore la primauté du droit²⁷³. Confortée par Otto MAYER²⁷⁴, et diffusée en Europe grâce à la conception normativiste de Hans KELSEN²⁷⁵, la sécurité juridique objective se confond ainsi avec les sources formelles de l'État de droit. Cependant, le renversement de la République de Weimar met rapidement en exergue les limites traumatiques

²⁶⁸ Spéc. O. BÄRH, *Der Rechtsstaat, Eine Publizistische Skizze*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1864 ; R. VON GNEIST, *Der Rechtsstaat*, Julius Springer, Berlin, 1879, 2^{ème} éd.

²⁶⁹ Pour les penseurs positivistes, « l'État de droit ne se caractérisant pas par le but et l'objet de l'action de l'État, mais par la manière de les réaliser », F-J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, Nabu Press, Berlin, 1856, 3^{ème} éd., t. 2, p. 137.

²⁷⁰ Selon Madame Sylvie CALMES, « l'État de droit devient l'État dans lequel l'administration est assujettie à la loi et aux voies de recours juridictionnelles devant le juge ordinaire ("Jutzistaat") ou des tribunaux spéciaux ("Sondergerichte"); la théorie [...] de "l'autolimitation" ou "autoliasion" dans laquelle la doctrine allemande place le fondement du "Rechtsstaat" [...] renforce ce formalisme, en plaçant le droit dans l'orbite de l'État et en excluant toute interrogation sur son contenu intrinsèque », in S. CALMES, *Le principe de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Dalloz, Paris, coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », 2001.

²⁷¹ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 488-489.

²⁷² Selon le Professeur Otto PFERSMANN, « historiquement et systématiquement, l'État de droit fait prévaloir la détermination et la conformité du droit sur la stabilité du droit, sur ce que la doctrine traditionnelle appelle parfois la "sécurité juridique" », in O. PFERSMANN, *Prolégomènes pour une théorie normativiste de « l'État de droit »*, *Ius Gentium*, 2016, n° 1, p. 72-104

²⁷³ M. FROMONT, République Fédérale d'Allemagne. L'État de droit, *op. cit.*, p. 1205.

²⁷⁴ O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1924.

²⁷⁵ Pour Hans KELSEN, l'État de droit correspond à un « ordre juridique total [...]. L'expression est utilisée pour désigner un type particulier répondant aux impératifs de démocratie et de la sécurité juridique ». Il envisageait la sécurité juridique à la fois comme un moyen et comme une valeur intrinsèque à toute organisation étatique, tout en remettant en cause le caractère dogmatique de son versant objectif, H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 155 et suiv.

du dogme légaliste²⁷⁶. Amorçant le déclin quasi absolu du « *règne des normes* »²⁷⁷, cette prise de conscience engendre la métamorphose sémantique de l'État de droit et de la sécurité juridique. Comme le souligne le Professeur Michel FROMONT, « *cette subversion de l'État de droit dans le respect des formes légales convaincra les Allemands qu'un État de droit fondé que sur le seul respect des formes n'apportait pas toutes les garanties nécessaires pour protéger les libertés et qu'il fallait donc adopter dorénavant une conception matérielle de l'État de droit, c'est-à-dire celle d'un État assurant l'effectivité des droits fondamentaux de la personne humaine* »²⁷⁸. C'est pourquoi la Loi Fondamentale du 23 mai 1949 marque une rupture aussi nette avec le constitutionnalisme classique. Dans un objectif de « *restauration de l'État de droit* »²⁷⁹, les constituants de l'après-guerre décident de greffer au *Rechtsstaat* une conception substantielle et qualitative centrée sur la protection des droits fondamentaux²⁸⁰. Désormais consacré à l'article 20²⁸¹, et reconnu comme principe constitutionnel intangible²⁸², le *Rechtsstaatsprinzip* est interprété « *au sens de la Loi Fondamentale* »²⁸³, c'est-à-dire au regard de ses deux éléments formel²⁸⁴. Il intègre dans cette optique une multitude de composantes²⁸⁵, insufflant à la sécurité juridique de nouvelles perspectives conceptuelles. En plus d'être assimilée à un moyen juridique contre l'arbitraire dans la poursuite d'un idéal de

²⁷⁶ H. MONHAUPT, L'État de droit en Allemagne. Histoire, Notion, fonction, *Cahiers de philosophie politique et juridique*, 1993, n° 24, p. 84

²⁷⁷ W. LEISNER, L'État de droit - une contradiction ?, *op. cit.*, p. 66.

²⁷⁸ M. FROMONT, Le constitutionnalisme allemand, *op. cit.*, p. 10.

²⁷⁹ M. FROMONT, A. RIEG, *Introduction au droit allemand (République Fédérale)*, *op. cit.*, p. 41.

²⁸⁰ L'article 1^{er} de la Loi Fondamentale allemande énonce que « *la dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger* » (al. 1^{er}). « *Les droits fondamentaux [...] lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droits directement applicables* » (al. 3). Pour plus de précisions voy. M. FROMONT, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne », in *Recueil d'étude en hommage à Charles Eisenmann*, Éd. Cujas, 1975, p. 49. Pour une lecture plus critique, voy. D. SOULAS DE RUSSEL, Aspects dogmatiques et critiques des droits fondamentaux constitutionnels de la République, *op. cit.*, p. 743-764.

²⁸¹ L'article 20 énonce que « *la République Fédérale d'Allemagne est un État démocratique et social [...] le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel les pouvoirs exécutifs et judiciaire sont liés par la loi et le droit* ».

²⁸² L'État de droit a été reconnu comme un principe intangible, au même titre que la protection des droits fondamentaux, voy. M. FROMONT, La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand, *RDP*, 2007, n° 1, p. 89.

²⁸³ L'article 28 de la loi Fondamentale affirme que « *l'ordre constitutionnel des Länder doit être conforme aux principes d'un État de droit républicain, démocratique et social, au sens de la présente Loi fondamentale* ».

²⁸⁴ Même si la distinction n'est pas reprise par la Cour constitutionnelle fédérale, cette dualité conceptuelle transcende sa jurisprudence lorsqu'elle analyse non seulement la prévisibilité de l'action étatique mais aussi « *la sécurité juridique et la rectitude matérielle ou la justice* », voy. M. FROMONT, République Fédérale d'Allemagne. L'État de droit, *op. cit.*, p. 1212.

²⁸⁵ Selon Madame Caroline NAOME, l'État de droit est actuellement composé, dans son aspect formel, de la séparation des pouvoirs, de la soumission au droit, de la limitation et de la prévisibilité de l'action de l'État, d'un système d'indemnisation ainsi que d'une protection par et des tribunaux. Dans son aspect matériel, un État de droit intègre le principe de proportionnalité, la primauté de la Constitution ainsi que la garantie des droits fondamentaux de la personne, C. NAOME, « La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 102 et suiv.

sécurisation par le droit – sur lequel repose un certain nombre d'exigences telles que l'accessibilité formelle de la loi, prévisibilité normative, la séparation des pouvoirs, ou encore la protection juridictionnelle – elle s'érige également en tant que valeur intrinsèque et fondamentale de l'État de droit. La sécurité juridique s'extirpe de son postulat théorique originel pour concrétiser une « *certaine idée de la justice* »²⁸⁶ orientée sur la protection des droits fondamentaux. L'émergence d'un principe « moderne » de sécurité juridique²⁸⁷ en droit allemand est donc le fruit de cet héritage issu des mutations du *Rechtsstaat* au fil des siècles.

2°) La sophistication d'un principe mixte à valeur constitutionnelle

78. Produit « à la fois de la tradition juridique allemande et de la logique même de la notion d'État de droit »²⁸⁸, le principe de sécurité juridique accède très tôt au panthéon des principes constitutionnels²⁸⁹. Dépourvu de consécration textuelle, ce dernier est rattaché par la Cour constitutionnelle aux articles 20 et 28 de la Loi fondamentale²⁹⁰, qui sont les fondements constitutionnels de l'État de droit²⁹¹. À l'instar du principe d'équité²⁹² ou du principe de proportionnalité²⁹³, les juridictions allemandes ne fournissent aucune définition de la sécurité juridique. Malgré cette carence, le juge constitutionnel associe à la notion certaines fonctionnalités. Selon le Professeur Dominique SOULAS DE RUSSEL, la sécurité juridique germanique « implique que la clarté des règles et des institutions juridiques, leur transparence et leur sobriété [afin de permettre] au citoyen de mener sa "vie juridique" de manière pleine

²⁸⁶ C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, PUF, Paris, 1997, p. 103.

²⁸⁷ D. SOULAS DE RUSSEL, P. RAIMBAULT, *Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point*, *op. cit.*, p. 99.

²⁸⁸ M. FROMONT, République Fédérale d'Allemagne. L'État de droit, *op. cit.*, p. 1212.

²⁸⁹ Selon le Professeur Willy ZIMMER « toute une série de décisions de la Cour constitutionnelle fédérale font références à l'impératif de sécurité juridique comme un des éléments des plus importants de l'État de droit », W. ZIMMER, « Rapport allemand - Constitution et sécurité juridique », XV^{ème} Table Ronde Internationale, AIJC, 1999, p. 91-107, spéc., p. 94.

²⁹⁰ En vertu de la Loi fondamentale : « *La République fédérale d'Allemagne est un État fédéral démocratique et social. [...] Le pouvoir législatif et judiciaire sont liés par la loi et le droit* » (art. 20) ; « *l'ordre constitutionnel des Länder doit être conforme aux principes d'un État de droit républicain, démocratique et social, au sens de la présente Loi fondamentale* » (art. 28).

²⁹¹ M. HERDEGEN, O. PFERSMANN, « La protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale », in M. FROMONT, *Les cinquante ans de la République Fédérale d'Allemagne, Journée Internationale*, Publications de la Sorbonne, Paris, coll. « *De republica* », 2000, n° 4, p. 115.

²⁹² « *Le principe de sécurité juridique est souvent en opposition avec l'équité et il appartient en premier lieu au législateur de faire prévaloir tantôt la sécurité juridique, tantôt l'équité [...]. Tant le principe de sécurité juridique celui de l'équité sont de rang constitutionnel et sont des éléments fondamentaux du Rechtsstaatsprinzip* », in C. NAOME, « La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 104.

²⁹³ « *Le fameux principe de proportionnalité, développé par la Cour constitutionnelle à partir du principe de l'État de droit, tend à protéger l'individu des ingérences superflues des pouvoirs publics* », C. WITZ, *Le droit allemand*, *op. cit.*, p. 49. Le principe de proportionnalité appartient à la catégorie des principes non écrits de valeur constitutionnelle, voy. M. FROMONT, République Fédérale d'Allemagne. L'État de droit, *op. cit.*, p. 1214.

et confiante. Les trois fonctions primordiales du principe sont en conséquence la prévisibilité de l'orientation juridique des citoyens, la prévisibilité et la praticabilité des règles »²⁹⁴. Par voie de conséquence, le *Rechtssicherheit* se définit au travers de ces trois éléments que l'on peut regrouper sous le giron de la fiabilité juridique²⁹⁵. Si cette multitude de composantes peut entacher l'unité conceptuelle du sens germanique attribué à la sécurité juridique, c'est paradoxalement le regroupement de ces finalités qui en définissent sa substance même. Selon une étude de référence, « *c'est [...] la diversité pratique de toutes ces manifestations qui occulte l'unité foncière de la catégorie générique, diversité qui réside dans le fait que la sécurité juridique appelle ses "corollaires" dont elle la source directe à jouer des hypothèses multiples* »²⁹⁶.

79. Ce faisant, la systématisation et le classement des dérivés de la sécurité juridique aboutissent à une catégorisation s'articulant autour des deux facettes de la notion. Dans le cadre de sa dimension objective, la sécurité juridique se rattache à des principes contribuant à la réalisation des objectifs de prévisibilité et de stabilité du droit. Ainsi, ses premières attributions sémantiques sont la qualité, la prévisibilité et la stabilité du droit. Par exemple, le juge allemand adjoint à la sécurité juridique les principes de « *publicité des actes de l'État, l'autorité de chose jugée (et de chose décidée par l'administration), la précision et la clarté des règles de droit* »²⁹⁷. Par ailleurs, le principe de la légalité entretient une proximité conceptuelle explicite avec le principe de sécurité juridique, qui englobe d'autres principes caractéristiques tels que la soumission et la primauté du droit, la « *mesurabilité* » ou encore la « *calculabilité* » du droit²⁹⁸. Ces conceptions constituent les reliquats de la dogmatique légaliste²⁹⁹. Au-delà des manifestations objectives du principe, l'innovation germanique réside dans l'émergence de « *sous-principes* » subjectifs. C'est ainsi que se développent les principes de bonne foi³⁰⁰, de la

²⁹⁴ D. SOULAS DE RUSSEL, P. RAIMBAULT, Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point, *op. cit.*, p. 99.

²⁹⁵ Littéralement, la notion de *Rechtssicherheit* se rattache à la fiabilité du droit, voy. en ce sens L. FRANÇOIS, « La fiabilité du droit, dite sécurité juridique », in *La Sécurité juridique*, Actes du colloque organisé par la conférence du jeune barreau de Liège, 14 mai 1993, éd. du jeune barreau de Liège, 1993, p. 8-20, spéc. p. 12.

²⁹⁶ S. CALMES, *Le principe de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, *op. cit.*, p. 171.

²⁹⁷ M. FROMONT, République Fédérale d'Allemagne. L'État de droit, *op. cit.*, p. 1213.

²⁹⁸ « *Issu du principe de l'État de droit, le principe de la légalité garantir que les relations entre citoyens et État soient régies par des lois générales rendant l'action administrative prévisible et calculable pour le citoyen* », C. STARCK, Droits fondamentaux, État de droit et principe démocratique en tant que fondement de la procédure administrative non contentieuse, *RDP*, 1993, n° 2, p. 6.

²⁹⁹ Voy. J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, *op. cit.*, p. 913-1232.

³⁰⁰ En droit allemand, le principe de bonne foi se définit comme « *l'exclusion de toute rétroactivité d'une règle ou d'un acte qui impose des charges nouvelles aux individus et d'autre part, toute mesure nouvelle qui porte atteinte à la confiance que les citoyens sont en droit de mettre dans la stabilité des situations créées ou reconnues par la puissance publique* », M. FROMONT, République Fédérale d'Allemagne. L'État de droit, *op. cit.*, p. 1213.

protection des droits acquis³⁰¹, ou encore celui de la confiance légitime. Reconnue comme « *la première composante de la sécurité juridique pour le citoyen* »³⁰², la confiance légitime (*Vetrauensschutz*) se définit selon la Cour constitutionnelle fédérale comme la situation dans laquelle « *le citoyen peut prévoir les interventions possibles de l'État à son encontre et prendre les mesures appropriées. Il doit pouvoir avoir confiance que son comportement conforme au droit en vigueur reste reconnu comme tel par l'ordre juridique avec toutes les conséquences juridiques qui y étaient originellement attachées* »³⁰³. Principe de rang constitutionnel, la confiance légitime est directement déduite du principe de sécurité juridique et du principe de l'État de droit³⁰⁴ vis-à-vis desquels elle entretient, selon le Professeur Jürgen SCHWARZE, un rapport de dérivation. Ce dernier se décompose comme suit : « *principe de l'État de droit — sécurité juridique — stabilité de l'ordre juridique — prévisibilité des interventions étatiques — protection de la confiance dans la continuité juridique* »³⁰⁵. Principe de concrétisation de la sécurité juridique³⁰⁶, la confiance légitime symbolise « *l'idée d'une sécurité juridique tournée vers le droit subjectif* »³⁰⁷. Elle est « *un moyen possible pour mettre en valeur la composante individuelle de la large notion de sécurité juridique ; lorsqu'est prise en considération la perspective du citoyen concerné, le caractère objectif de la sécurité fait place à une certaine partialité. La sécurité juridique représente dès lors l'expression d'une "justice de cas individuel" »* »³⁰⁸. Le principe de la confiance légitime est donc l'illustration du renouveau

³⁰¹ Généralement, le principe des droits acquis est assimilé au principe de la confiance légitime. Le juge le place alors après le principe de la confiance légitime dans sa chaîne de déduction. Toutefois, le système germanique manifeste une certaine préférence à l'encontre du principe de la confiance légitime. Par ailleurs, il est nécessaire d'en effectuer la distinction. En effet, « *la confiance légitime n'est pas en elle-même un droit subjectif [...] mais un élément de leur mise en œuvre, contrairement aux droits acquis, qui sont des droits subjectifs et se caractérisent donc par leur caractère tangible* », in C. SALVIEJO, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, op. cit., p. 133. Pour un aperçu général, voy. C. YANNAKOPOULOS, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 1997.

³⁰² O. PFERSMANN, Regards externes sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand, *RFDA*, 2000, p. 236.

³⁰³ Cour constitutionnelle allemande, 6 septembre 1969, BverGE, 72, 567, p. 200.

³⁰⁴ « *Le principe de protection de la confiance légitime est lui-même dérivé du principe de la sécurité juridique, bien qu'il soit parfois fondé directement sur le principe de l'État de droit* », in J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, op. cit., p. 948. En ce sens, le principe de la confiance légitime constitue « *l'ossature commune à ces deux principes [...]. Celui de l'État de droit a bien pour office de rassurer le citoyen sur l'avenir de son droit, en liant l'évolution de celui-ci à des idéaux constants d'opposition à l'arbitraire, et en permettant le contrôle de la conformité des textes et des actes. Il inspire et sous-tend la confiance du justiciable* », in D. SOULAS DE RUSSEL, P. RAIMBAULT, *Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point*, op. cit., p. 100.

³⁰⁵ Cour constitutionnelle allemande, 23 mai 1972, BVerfGE, 45, 365, p. 167.

³⁰⁶ M. FROMONT, *Le principe de sécurité juridique*, op. cit., p. 178.

³⁰⁷ S. CALMES, *Le principe de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, op. cit., p. 169.

³⁰⁸ *Ibidem*.

conceptuel d'une sécurité juridique plus individualisée³⁰⁹ car il agit comme un complément palliatif à l'insécurité du droit objectif pour l'intérêt de la personne en la fiabilité du droit. À ce titre, ce principe subjectif se développe dans le contentieux de l'annulation des actes administratifs illégaux créateurs d'obligations à la charge des justiciables, ou encore pour corriger les effets rétroactifs d'un acte administratif³¹⁰. Dans ces hypothèses, c'est la sécurité juridique du requérant « digne de protection » qui prime sur l'intérêt général et le principe de la légalité. En corrigeant l'incertitude susceptible d'émaner du droit positif³¹¹, le principe de protection de la confiance légitime offre donc un degré supplémentaire de sécurisation juridique.

80. En conséquence, son utilisation démontre l'existence d'un outil perfectionné dans l'application d'une sécurité juridique plus subjective, centrée sur la protection des droits fondamentaux, et complémentaire à la conception objective. La confiance légitime s'impose donc comme une révolution conceptuelle en apportant un souffle nouveau à son concept source. C'est la réussite de cette articulation qui confère au *Rechtssicherheit* son originalité. Fort de cette nouvelle strate sémantique, le droit allemand contribue au rayonnement conceptuel de la sécurité juridique, qui se diffuse rapidement dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

B- Une redécouverte ultérieure par le droit de l'Union européenne

81. Faisant une entrée remarquée dès le commencement des Communautés européennes³¹², le principe de sécurité juridique apparaît pour la première fois dans l'arrêt *S.N.U.P.A.T contre la Haute Autorité*, dans lequel la Cour évoque le « *principe du respect de la sécurité juridique* »³¹³ en tant que « *règle de droit à respecter dans l'application des traités* »³¹⁴. Investie

³⁰⁹ E. PREVEDOUROU, *Le principe de confiance légitime en droit public français*, Sakkoulas, Athènes, 1998, p. 88 ; J-P. PUISSOCHET, « Vous avez dit confiance légitime ? », in *L'État de droit. Mélanges Guy BRAIBANT*, Dalloz, Paris, 1996, p. 581-596, spéc. p. 581.

³¹⁰ J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, op. cit., p. 949.

³¹¹ J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, op. cit., p. 240 et suiv.

³¹² Le principe de sécurité juridique constitue le premier principe général du droit consacré par la Cour de justice de l'Union Européenne.

³¹³ CJCE, 22 mars 1961, *S.N.U.P.A.T c. Haute Autorité*, aff. jtes 42 et 49/59, Rec. 1961, p. 00101. Pour une application directe de l'arrêt *S.N.U.P.A.T*, voy. en ce sens CJCE, 12 juillet 1962, *Hoogovens c. Haute Autorité*, aff. jtes 14-61, Rec. 1962, p. 00485 ; CJUE, Gde. Ch, 1^{er} mars 2005, *Owusu c. N.B Jackson, Mamme Bay Resorts Ltd, Mamme Bay Club Ltd, The Enchanted garden Resorts & Spa Ltd, Consulting Services Ltd, Town & Country Resorts, Ltd*, aff. C-281/02, Rec. 2005, p. I-01383, pt. 38.

³¹⁴ CJCE, 6 avril 1962, *De Geus en Uitdenbogerd c. Bosch*, aff. 13/61, Rec. 1962, p. 00089.

d'une mission de sécurisation à l'ensemble du droit de l'Union³¹⁵, la Cour lui confère rapidement une place privilégiée au sein de la hiérarchie des normes communautaires, le désignant par des qualificatifs aussi diversifiés qu'énigmatiques : « *principe général inhérent à l'ordre juridique communautaire* »³¹⁶, « *principe fondamental* »³¹⁷, « *exigence fondamentale* »³¹⁸, « *impératif de sécurité juridique* »³¹⁹, « *souci de sécurité juridique* »³²⁰, ou encore « *considérations impérieuses de sécurité juridique* »³²¹. Face à une telle polymorphie, l'extraction d'un quelconque substrat conceptuel s'avère périlleuse. Visiblement, ce dernier se distingue plutôt par son « *inconsistance conceptuelle* »³²² que par sa praticité réelle. Le Professeur Jean BOULOUIS affirmait d'ailleurs que la sécurité juridique est « *plus fonctionnelle que conceptuelle, n'est rien d'autre que le nom donné par le juge aux manifestations de son équité ou de sa discrétionnarité* »³²³. Pareillement, Pierre PESCATORE remarquait que « *la justification que le juge entend y trouver joue en définitive dans tous les sens suivant ce qui lui paraît nécessaire ou équitable* »³²⁴, ce qui affaiblit considérablement son autorité au regard de l'écart entre la portée de sa fonction théorique, et celle de son application effective³²⁵. L'étude des différentes fonctionnalités apparaît donc comme un passage indispensable pour mettre en exergue les sens multiples octroyés à la sécurité juridique en droit

³¹⁵ En vertu de l'article 19§1 du Traité de Lisbonne (TUE), la Cour de justice « assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité ».

³¹⁶ CJCE, 6 avril 1962, *De Geus en Uitdenbogerd c. Bosch*, aff. 13/61, Rec. 1962, p. 00089 ; CJCE, 17 mars 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Denkavit italiana Srl.*, aff. 61/79, Rec. 1980, p. 01205 ; CJUE, 9 juin 2016, *Vasile Budişan c. Administrația Judeţeană a Finanţelor Publice Cluj*, aff. C-586/14, Rec. 2016, p. 421.

³¹⁷ CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, aff. 33/76, Rec. 1976, p. 01989, pt. 5 ; CJUE, 12 mars 2015, *eVigilo Ltd c. Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, aff. C-538/13, pt. 51.

³¹⁸ CJCE, 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd c. Commission*, aff. 48/69, Rec. 1972, p. 00619, pt. 49 ; CJUE, 13 novembre 2014, *Riccardo Nencini c. Parlement européen*, aff. 447/13, pt. 38.

³¹⁹ CJCE, 15 décembre 1987, *Pays-Bas c. Commission*, aff. 326/85, Rec. 1987, p. 05091, pt. 24 ; CJUE, 2 juin 2016, *Kapnoviomichania Karelia AE c. Ypourgos Oikonomikon*, aff. C-81/15, pt. 45.

³²⁰ CJCE, 13 décembre 1975, *Firma Max Neumann contre Hauptzollamt Hof/Saale*, aff. 17/67, Rec. 1967, p. 00571.

³²¹ CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne c. Sabena*, aff. 43/75, Rec. 1976, p. 00455, pt. 74 ; CJUE, 28 juillet 2016, aff. C-379/15, *Association France Nature Environnement c. Premier ministre, Ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie*, aff. C-379/15, pt. 33.

³²² J.-P. PUISOCHET, H. LEGAL, *Le principe de la sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, CCC, 2001, n° 11.

³²³ J. BOULOUIS, R.-M. CHEVALLIER, *Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes. Caractères généraux du droit communautaire, droit institutionnel, contrôle juridictionnel*, Dalloz, Paris, 1994, 6^{ème} éd., t.1, p. 76.

³²⁴ P. PESCATORE, « *Les principes généraux du droit en tant que source du droit communautaire - Rapport communautaire* », 12^{ème} congrès de la FIDE, n° 186, p. 25-49, spéc. p. 26. Cette critique est également partagée par J.-P. PUISOCHET, « *Vous avez dit confiance légitime ?* », *op. cit.*, p. 591-596.

³²⁵ P. PESCATORE, « *Les principes généraux du droit en tant que source du droit communautaire - Rapport communautaire* », *op. cit.*, p. 18.

de l'Union, dont les nombreux « avatars »³²⁶ nourrissent somme toute à la fois sa complexité sémantique et sa richesse conceptuelle (1°). Si la notion a assurément un lien génétique avec le principe du *Rechtssicherheit*, la pratique jurisprudentielle traduit une certaine évolution. La sécurité juridique n'est plus seulement perçue comme une garantie de stabilité, de qualité et de prévisibilité de la norme communautaire mais également comme un facteur d'unification et de cohérence de l'ordre juridique de l'Union européenne (2°).

1°) La consécration d'un principe fondamental pluri sémantique

82. La prolifération du principe dans la jurisprudence de la Cour de Justice rend malaisée une investigation de fond sur l'identité précise de ce dernier, notamment au regard des quelques 5 300 arrêts y faisant une référence explicite³²⁷. Adoptant une approche fonctionnelle, la Cour alimente son contenu au gré des différents cas juridiques qui se présentent devant son prétoire. De la sorte, la Cour de justice a « tenu pour acquis qu'il existait un tel principe, sans toutefois se soucier précisément d'en faire la théorie, si bien que ses apparitions ont lieu soit très en amont [...] au niveau même de la définition de l'ordre juridique commentaire, soit très en aval, lorsqu'il s'agit de combler un vide dans l'éventail des notions dérivées disponibles »³²⁸. À défaut de définition prétorienne, il convient de calquer la démonstration sur le raisonnement de la Cour en suivant une même approche fonctionnelle afin d'appréhender aux mieux ses différentes facettes.

83. *Primo*, la sécurité juridique s'exerce en cas de malfaçon de l'acte incriminé qui induit « une application incertaine, soit parce qu'il manque la précision requise pour que l'acte puisse utilement concourir à l'objet qu'il poursuit, soit parce que l'emploi de termes ambigus autorise des divergences d'interprétation contraires à l'égalité de traitement, soit encore parce que le dispositif contient des contradictions internes ou avec d'autres »³²⁹. La malfaçon peut également survenir lorsque son auteur ne dispose pas de la compétence nécessaire pour émettre l'acte litigieux, ou encore lorsque les règles de procédures d'adoption ou de publicité n'ont pas

³²⁶ Expression empruntée à R. MEDHI, « Variation sur le principe de sécurité juridique », in *Le droit de l'Union Européenne en principes. Liber Amoricum en l'honneur de Jean RAUX*, Éd. Apogée, Rennes, 2006, p. 177-198, spéc. p. 181.

³²⁷ Le nombre d'affaires clôturées faisant référence au terme « sécurité juridique » s'élève à 3 546 pour la Cour de justice (hors Tribunal et du Tribunal de la Fonction publique) entre 1960 et le 10 septembre 2019. La liste se réduit à 1 017 affaires clôturées pour le « principe de sécurité juridique ». Source : [<http://curia.europa.eu/>].

³²⁸ Il s'agit d'une méthode d'interprétation assez classique concernant l'élaboration des principes généraux du droit au sein de l'Union européenne, voy. en ce sens D. SIMON, Y-a-t-il des principes généraux du droit communautaires ?, *Droits*, 1991, p. 73.

³²⁹ J-P PUISSOCHET, H. LEGAL, Le principe de la sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, *op. cit.*

été respectées. En somme, la sécurité juridique intègre d'une part des exigences liées à la qualité de la norme que sont la clarté et la précision³³⁰, la connaissance et l'accessibilité de l'acte par les requérants³³¹, le respect de la bonne administration de la justice³³², le principe de la légalité³³³ auquel est associé le principe de la légalité des délits et des peines³³⁴. D'autre part, elle incorpore des exigences liées à la prévisibilité de l'acte que la Cour rattache la publicité des actes³³⁵ ainsi que l'exigence de certitude³³⁶.

84. *Secundo*, le principe de la sécurité juridique se développe dans des hypothèses relatives à l'application dans le temps des actes de l'Union européenne « *en vue de garantir la stabilité des relations juridiques* »³³⁷. Au regard de la prolifération jurisprudentielle du principe dans ce domaine, il conviendra de distinguer successivement les corollaires applicables aux effets dans le temps des actes de l'Union, puis ceux touchant aux effets dans le temps les décisions de la Cour de justice. Dans la première catégorie, la sécurité juridique s'apparente aux délais de

³³⁰ « *Les principes de sécurité juridique et de protection des particuliers exigent que [...] les règles de droit des États membres soient formulées de manière non équivoque afin qu'elles puissent permettre aux personnes concernées de connaître leurs droits et obligations d'une manière claire et précise et aux juridictions nationales d'en assurer le respect* », CJUE, 21 juin 1988, *Commission c. Italie*, aff. 257/86, Rec. 1988, p. 3249, pt. 12.

³³¹ « *Le principe de la sécurité juridique [...] exige que tout acte de l'administration produisant des effets juridiques soit clair, précis et porté à la connaissance de l'intéressé de telle manière que celui-ci puisse connaître avec certitude le moment à partir duquel cet acte existe et commence à produire ses effets juridiques, notamment au regard des délais de recours* », TPI, 7 février 1991, *Tagaras c. Cour de Justice*, Rec. 1991, p. II-00053, pt. 40.

³³² « *En l'espèce, en omettant d'apporter les précisions nécessaires, le Conseil et la Commission auraient violé le principe de sécurité juridique. De plus, la Commission aurait méconnu les principes de bonne administration et de bonne foi, en s'abstenant de répondre aux demandes de la requérante* », TPI, 21 octobre 2003, *Solvay Pharmaceuticals c. Conseil*, aff. T-392/02, Rec. 2003, p. II-04555, pt. 171.

³³³ « *Tout acte visant à créer des effets juridiques emprunte sa force obligatoire à une disposition du droit de l'Union qui doit être expressément indiquée comme base légale* ». La Cour précise également que cette base légale « *doit être claire et non ambiguë* », CJCE, 16 juin 1993, *France c. Commission*, aff. C-325/91, Rec. I. 03283, pt. 26. Voy aussi CJCE, 12 décembre 1990, *Vandemoortele c. Commission*, aff. C-172/89, Rec. 1990, p. I-04677, pt. 9.

³³⁴ CJUE, 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri A/S c. Commission*, aff. jtes C-189/02 et autres, Rec. 2005, I-05425, pt. 217 ; CJUE, 3 juin 2008, *Intertanko e.a c. Secretary of State of Transport*, aff. C-308/06, Rec. 2008, I-04057, pt. 71.

³³⁵ La Cour de justice n'exige qu'une « *publicité adéquate* », CJUE, 25 mars 2004, *Cooperativa Lattepiù E.A.*, aff. jtes C-231/00 et autres, Rec. 2004, I- 02869, p. 26.

³³⁶ « *La législation communautaire doit être certaine et son application prévisible pour les justiciables* », CJCE, 15 décembre 1987, *Irlande c. Commission*, aff. n° 325/85, Rec. 1987 p. 05041, pt. 18. Le Tribunal de Première Instance n'a pas hésité à sanctionner le manque de prévisibilité d'un règlement entraînant la coexistence de deux règles contradictoires, estimant que cette législation manquait de certitude et rendait son application incertaine, violant de la sorte le principe de sécurité juridique, TPI, 22 janvier 1997, *Opel Austria c. Conseil*, aff. T-115/94, Rec. 1997, p. II-00039, pts. 14-16. Cette règle se durcit si l'incertitude emporte de lourdes conséquences financières : « *le caractère de certitude et de prévisibilité de la réglementation communautaire constitue un impératif qui s'impose avec une rigueur particulière lorsqu'il s'agit d'une réglementation susceptible de comporter des incidences financières* », CJCE, 13 mars 1990, *Commission c. France*, C-30/89, Rec. 1990, p. I-691, pt. 23.

³³⁷ J.-P. PUISSOCHET, H. LEGAL, *Le principe de la sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, *op. cit.*

recours³³⁸ et de forclusion³³⁹, au principe de non-rétroactivité³⁴⁰ et d'intangibilité des actes de l'Union³⁴¹, mais aussi au respect du principe de la confiance légitime³⁴², du principe de bonne foi et au respect des droits acquis³⁴³. La sécurité juridique en droit de l'Union est donc de nature procédurale mais aussi de nature subjective. Quant à la seconde catégorie relative aux effets dans le temps des arrêts de la Cour, l'exercice de cette compétence se justifie systématiquement par le souci de sécurité juridique³⁴⁴.

85. *Tertio*, le dernier sens applicable à la sécurité juridique est celui de la cohérence et de l'unité du droit de l'Union, ce principe venant « *au secours de solutions jurisprudentielles que la Cour estime nécessaires à la préservation de l'autorité de la norme communautaire et sa mise en œuvre harmonieuse* »³⁴⁵. Dans l'exercice de cette fonction, la sécurité juridique se rattache au caractère contraignant des actes communautaires, en particulier dans le cadre de la transposition des directives par les États membres³⁴⁶, l'application et l'interprétation uniformes

³³⁸ « *Les délais de recours visent à sauvegarder la sécurité juridique en évitant la remise en cause indéfinie des actes communautaires entraînant des effets de droit* », CJCE, 12 octobre 1978, *Commission c. Belgique*, aff. 156/77, Rec. 1988, p. 01881, pt. 20.

³³⁹ « *Le principe de sécurité juridique exige qu'une disposition fixant un délai de forclusion [...] soit claire [...] et précise* », CJCE, 26 mai 1982, *Allemagne c. Commission*, aff. 44/81, Rec. 1982, p. 01855, pt. 16.

³⁴⁰ CJCE, 10 juillet 1984, *Regina c. Kirk*, aff. 63/83, Rec. 1984, p. 02689, pt. 22.

³⁴¹ TPI, 25 mars 1999, *Forges de Clabecq c. Commission*, aff. T-37/97, Rec. II. 859, pts 84-104.

³⁴² Faisant partie de l'ordre juridique de l'Union (voy., CJCE, 15 février 1996, *Duff E.A.*, aff. C-63/93, Rec. 1993, p. I-00569 ; CJCE, 19 septembre 2000, *Ampafrance et Sanofi*, aff. jtes C-177/99 et C-181/99, Rec. 1999, p. I-07013), la Cour présente tantôt la confiance légitime comme une composante du principe de la sécurité juridique, tantôt comme un principe équivalent à la sécurité juridique, voy. en ce sens CJCE, 10 septembre 2009, *Plantanol*, aff. C-201/08, Rec. 2009, p. I-08343, pts. 42-43.

³⁴³ « *Les opérateurs économiques ne sont pas justifiés à placer leur confiance légitime dans le maintien d'une situation existante [comme celle de l'espèce]. Dès lors, les opérateurs économiques ne sauraient invoquer un droit acquis au maintien d'un avantage.* », CJCE, 14 février 1990, *Delacre E.A. c. Commission*, aff. C-350/88, Rec. 1990, p. I-00395, pts. 33-34. Voy. également TPI, 29 janvier 1998, *Dubois et Fils c. Conseil et Commission*, aff. T-113/96, Rec. 1998, p. II. 125, pts. 29-33.

³⁴⁴ « *Dans ces conditions, il convient de constater que, dans l'ignorance du niveau global auquel les rémunérations auraient été établies, des considérations impérieuses de sécurité juridique tenant à l'ensemble des intérêts en jeu, tant publics que privés, empêchent en principe de remettre en cause les rémunérations pour des périodes passées* », CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne c. Sabena*, aff. 43/75, Rec. 1976, p. 00455, pt. 74.

³⁴⁵ J-P. PUISSOCHET, H. LEGAL, *Le principe de la sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, *op. cit.* .

³⁴⁶ « *Selon une jurisprudence constante, il importe que chaque État membre donne aux directives une exécution qui corresponde pleinement à l'exigence de sécurité juridique et traduise par conséquent les termes des directives dans des dispositions internes ayant un caractère contraignant* », CJCE, 2 décembre 1986, *Commission c. Belgique*, aff. 239/85, Rec. 1986, p. 03645, pt. 7.

du droit de l'Union par les juridictions nationales³⁴⁷ ainsi que la clarté interprétative, qu'elle impose également à l'encontre de sa propre jurisprudence³⁴⁸.

86. Ce catalogue sémantique procure au premier abord un sentiment de confusion et de complexité, une construction aussi aléatoire ne pouvant qu'engendrer cette sorte de « débarras conceptuel » dans lequel le juge de l'Union transpose à sa guise des dérivés plus ou moins liés à cet impératif. Pourtant, cette généalogie engendre parallèlement deux observations. Premièrement, cette énumération met en exergue la difficulté première à extraire un sens propre à la notion de sécurité juridique, puisque cette dernière est rarement employée seule. Elle est fréquemment utilisée avec l'aide de « sous-principes », qui expriment concrètement les obligations imputables aux différents acteurs du système de l'Union. Deuxièmement, il apparaît que son indéfinition constitue sa plus grande force. En effet, la sécurité juridique *largo sensu* (c'est-à-dire combiné avec ses déclinaisons) comprend la qualité, la prévisibilité (y compris la certitude) et la stabilité des normes juridiques, mais également l'unité et la cohérence du droit³⁴⁹. C'est finalement au travers de ce patchwork sémantique que le juge réalise en filigrane une conception perfectionnée et modernisée de la notion de sécurité juridique, dont l'arsenal conceptuel s'avère particulièrement adapté au système juridique de l'Union.

2°) La réadaptation du principe aux spécificités de l'ordre juridique de l'Union

87. La conception allemande et celle de la Cour de Justice affichent certaines similarités. La Cour n'hésite pas d'ailleurs à faire référence au « *Vertrauensschutz* » dans l'arrêt *S.N.U.P.A.T*³⁵⁰. D'abord, ces deux ordres juridiques accordent une place éminente à la sécurité juridique au sein de leur hiérarchie des normes, principe qu'ils rattachent à l'État de droit (se traduisant respectivement par le principe du *Rechtsstaat* pour le droit allemand et la « Communauté de droit » pour le droit de l'Union européenne). De plus, l'emploi de la sécurité juridique s'inscrit dans un objectif partagé de limitation et de prévisibilité de l'action de l'État

³⁴⁷ « Cette exigence d'uniformité est particulièrement impérieuse, lorsque la validité d'un acte communautaire est en cause. Des divergences entre les juridictions des États membres quant à la validité des actes communautaires seraient susceptibles de compromettre l'unité même de l'ordre juridique communautaire et de porter à l'exigence fondamentale de la sécurité juridique », CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, aff. 314/85, Rec. 1987, p. 04199, pt. 15.

³⁴⁸ « Cependant, dans l'intérêt de la clarté et de la sécurité juridique, la Cour de justice doit s'en tenir à la décision de renvoi, qui doit produire ses effets tant qu'elle n'a pas été rapportée », CJCE, 12 février 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 146/73, Rec. 1974, p. 00139, pt. 3.

³⁴⁹ J.-C. GAUTRON, « Le principe de protection de la confiance légitime », in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean RAUX*, Éd. Apogée, Rennes, 2006, p. 199-217, spéc. p. 210.

³⁵⁰ CJUE, 22 mars 1961, *S.N.U.P.A.T c. Haute Autorité*, aff. jtes 42 et 49/59, Rec. p. 00101.

au profit d'une meilleure protection des droits des particuliers³⁵¹, démontrant l'adoption d'une conception « *mi-objective, mi-subjective* »³⁵² de la notion. Enfin, les deux ordres juridiques semblent marquer du même phénomène d'arborescence du principe de sécurité juridique, qui se traduit par la diversité des sous-principes et concepts dérivés, formant autant de sens que d'instruments de concrétisation de la sécurité juridique.

88. *A contrario*, certaines dissonances font pencher la balance vers l'émergence d'un principe de sécurité juridique au sens du droit de l'Union européenne, c'est-à-dire distinct de son voisin germanique. À la lumière de sa jurisprudence, il apparaît que la Cour confère une signification plus large à la notion de sécurité juridique ainsi qu'à celle de la confiance légitime³⁵³ que son homologue allemand³⁵⁴. Parallèlement, l'utilisation du principe de la confiance légitime diffère du droit germanique car elle est davantage axée sur la protection des droits économiques et non réellement sur la protection des droits fondamentaux. La principale justification de cette divergence sémantique est celle de la nature spécifique de l'Union européenne, construite comme un ordre d'intégration économique qui doit assurer l'effectivité de son propre système juridique tant sur le plan horizontal que vertical. Dans cette perspective, la sécurité juridique ne s'inscrit plus seulement dans un rapport horizontal entre les citoyens et l'État comme en droit allemand, mais également dans un rapport vertical entre les citoyens, les États membres et l'Union européenne : « *la sécurité juridique [donc] sera l'un des éléments utilisés pour renforcer la stabilité et l'édifice communautaires [...] associé aux exigences d'unicité de l'ordre juridique communautaire et d'application uniforme du droit européen* »³⁵⁵. Dans cette perspective, le juge de l'Union offre une conception renouvelée de la sécurité juridique par l'intégration de nouvelles composantes que sont l'unité et la cohérence.

³⁵¹ « *Nous avons [...] une notion de droit allemand [...] qui tend essentiellement à limiter l'exercice de la puissance publique. Il s'agit fondamentalement d'une règle de protection des citoyens contre l'insécurité que peuvent engendrer pour eux les changements de cap dans l'action des pouvoirs publics [...] notion qui est celle que la Cour a d'abord admise* », J-P. PUISOCHET, H. LEGAL, *Le principe de la sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, *op. cit.*

³⁵² M. FROMONT, *Le principe de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 178.

³⁵³ CJCE, 13 juillet 1965, *Lermmerz-Werke c. Haute Autorité de la CECA*, aff. 111/63, Rec. 835, p. 853. Pour plus d'approfondissement sur l'introduction et le rôle joué par le principe de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de Justice, voy. entre autres J-C. GAUTRON, « *Le principe de protection de la confiance légitime* », *op. cit.*, p. 210 ; F. HUBEAU, *Le principe de la protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, *CDE*, 1983, p.143-162 ; D. SIMON, « *La confiance légitime en droit communautaire, vers un principe de la volonté de l'auteur de l'acte ?* » in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du Professeur Alfred RIEG*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 733-753.

³⁵⁴ Pour des études approfondies sur l'articulation entre le principe de la sécurité juridique et la confiance légitime, voy. J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, *op. cit.*, p. 988-1002 ; I. FOURNOL, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et en droit administratif français*, thèse dactyl., Université Paris II, 1999 ; J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, *op. cit.*

³⁵⁵ C. NAOME, « *La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes* », *op. cit.*, p. 108.

89. La définition dégagée par le Professeur Rostane MEDHI apparaît donc être la plus adaptée pour conclure sur les sens intrinsèques de la sécurité juridique en droit de l'Union, car elle combine à la fois son sens générique (inspiré du droit allemand), et son sens spécifique (propre à l'Union européenne). Si elle l'associe à la stabilité et à la prévisibilité du droit en tant que principe « *multidimensionnel* », elle le qualifie aussi de principe « *protéiforme* » non seulement au regard de son rôle « *archétypal* » — en tant que principe de structuration de l'ordre juridique communautaire — mais également au regard de son caractère « *matriciel* », en tant que source conceptuelle d'autres principes³⁵⁶. Dans le même temps, sa reconnaissance en tant que principe général du droit permet au juge de l'intégrer au patrimoine et traditions communes des États membres³⁵⁷, s'immiscant insidieusement dans les prétoires nationaux dont « *l'effet de contagion* » favorise la cimentation d'un sens européen de sécurité juridique.

2§) La sédimentation du sens européen de sécurité juridique

90. L'engouement contemporain pour la sécurité juridique – ou plutôt pour l'insécurité juridique – forme un terrain fertile à son renouveau conceptuel dans les systèmes juridiques nationaux³⁵⁸. En effet, l'internationalisation du droit³⁵⁹, la mondialisation de l'État de droit³⁶⁰, l'interpénétration consécutive des systèmes juridiques³⁶¹ sont autant de facteurs propices à la montée en puissance de l'insécurité juridique³⁶² en Europe. Cependant, la diversité des expressions et des concepts liés de près ou de loin à la sécurité juridique est susceptible

³⁵⁶ R. MEDHI, « Variations sur le principe de sécurité juridique », *op. cit.*, p. 180. Sur le caractère matriciel du principe de la sécurité juridique voy. notamment B. MATHIEU, Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme, *Dalloz*, 1995, chron. p. 211.

³⁵⁷ Si cette démarche peut apparaître comme discrétionnaire puisque seul le droit allemand consacrait un tel principe (C. SALVIEJO, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, *op. cit.*, p. 50-64, spéc. p. 54 ; P. PESCATORE, « *Les principes généraux du droit en tant que source du droit communautaire - Rapport communautaire* », 12^{ème} congrès de la FIDE, 1986), cet emprunt au droit national est récurrent pour cette catégorie de principe (voy. D. SIMON, Y-a-t-il des principes généraux en droit communautaires ?, *op. cit.*, p. 81 ; F. MODERNE, « La notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des États membres de l'Union européenne », in *Réalités et Perspectives des droits fondamentaux*, Actes du colloque de l'Université de Montpellier I des 4 et 5 novembre 1999, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 35-84 ; J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, LGDJ, Paris, 2010, 6^{ème} éd., p. 188 ; J. MOLINIER, *Les principes fondateurs de l'Union Européenne*, PUF, Paris, coll. « Droit & Justice », 2005, p. 85-94).

³⁵⁸ T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 113-132.

³⁵⁹ M. DELMAS-MARTY, A. SUPIOT, L'internationalisation du droit : dégradation ou recomposition ?, *Esprit*, 2012/11, p. 35-51.

³⁶⁰ J. CHEVALLIER, « La mondialisation de l'État de droit », in *Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe ARDANT*, LGDJ, Paris, 1999, p. 325-337.

³⁶¹ M. DELMAS-MARTY, La mondialisation du droit : chances et risques, *Dalloz*, 1999, chron. p. 43.

³⁶² Voy. *De la sécurité juridique*, Rapport annuel du Conseil d'État, La Documentation française, Paris, 1991 ; N. MOLFESSIS, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », in *La sécurité juridique et la complexité du droit*, Rapport annuel du Conseil d'État, La Documentation française, Paris, 2006, p. 391-406, spéc. p. 391.

d'entraver toute tentative de clarification. Cette pluralité de degrés et de conceptions se révèle être le reflet d'autonomisation et d'appropriation de la notion par chaque tradition juridique³⁶³. Malgré le caractère multiforme de la sécurité juridique dans les droits nationaux européens, des analyses comparatives entre les différentes conceptions nationales sont révélatrices d'une convergence matérielle effective. Comme le relève le doyen Louis FAVOREAU, la sécurité juridique n'apparaît jamais explicitement dans le texte constitutionnel³⁶⁴ à l'exception du Portugal et de l'Espagne³⁶⁵. Ceci ne l'empêche pas de s'imposer dans ces États comme un principe fondamental ou à valeur constitutionnelle de par son rattachement à l'État de droit, au principe de la légalité ou au principe de non-rétroactivité de la loi pénale³⁶⁶. En outre, elle est utilisée dans l'ensemble des systèmes juridiques avec des dérivés conceptuels. L'ensemble des droits européens reprennent l'architecture sémantique arborescente caractéristique du principe. Madame Anne-Laure VALEMBLOIS souligne qu'en droit européen « *le principe de sécurité juridique est rarement utilisé seul : il est la plupart du temps associé à des règles ou principes qui sont considérés comme ses corollaires, c'est-à-dire des principes ou des règles plus techniques qui le précisent ou le concrétisent ; ces corollaires le suppléent d'ailleurs également très fréquemment* »³⁶⁷. C'est cette pluralité de « corollaires » se concentre autour d'un socle commun de sécurité juridique qui transcenderait l'ensemble des conceptions nationales et qui favorisent, au-delà des disparités nationales, d'extraire ce fameux sens commun.

91. Justifiée par l'ampleur d'une telle démarche, l'ambition de notre étude comparative³⁶⁸ se limitera à l'analyse des sens généraux de la sécurité juridique, autrement dit l'accessibilité, la prévisibilité, la stabilité, la certitude, l'espérance, ainsi que la cohérence et l'unité du droit. Par ailleurs, celle-ci se délimitera aux États européens les plus aboutis dans leur conception de la sécurité juridique et dont les différents aspects pourront être agrémentés, éventuellement, par

³⁶³ M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, PUF, Paris, 2006, p. 261-270, spéc. p. 262.

³⁶⁴ L. FAVOREAU, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Paris, 2015, 7^{ème} éd., p. 406-415, spéc. p. 407.

³⁶⁵ La Constitution espagnole du 27 décembre 1978 consacre explicitement la sécurité juridique à l'article 9 alinéa 3 : « *la Constitution garantit le principe de légalité, la hiérarchie des normes, la publicité des normes, la non-rétroactivité des dispositions infligeant des sanctions plus sévères ou restreignant les droits individuels, la sécurité juridique, la responsabilité et l'interdiction de l'arbitraire des pouvoirs publics* » ; tandis que la Constitution Portugaise du 25 avril 1976 le consacre de manière limitée : « *quand des raisons de sécurité juridique, d'équité ou d'intérêt public, d'importance exceptionnelle qui devra être motivée, l'exigeront, le Tribunal constitutionnel pour attribuer aux effets de l'inconstitutionnalité ou de l'illégalité une portée plus restrictive* ».

³⁶⁶ Ces composantes permettent de déterminer une consécration formelle indirecte, et sont intégrées à l'ensemble des Constitutions européennes, voy. C. SALVIEJO, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, op. cit., p. 24-31.

³⁶⁷ A.-L. VALEMBLOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit., p. 188.

³⁶⁸ Notre analyse se fonde principalement sur l'étude du Professeur Jürgen SCHWARZE sur le principe de la sécurité juridique en Europe, J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, op. cit., p. 949-958.

l'apport conceptuel de systèmes juridiques plus récents. En outre, si de nombreux auteurs³⁶⁹ ont procédé à une typologie selon les sens fonctionnels, il apparaît plus opportun de s'écarter de celle-ci au profit d'une classification autour des doubles dimensions objectives (A) et subjectives du principe (B). Spécifiquement, il apparaît indispensable de focaliser cette étude sur la conception de la sécurité juridique en droit français pour mettre en exergue tant les avancées que les éventuelles lacunes sémantiques par rapport au sens européen.

A- L'acceptation généralisée du versant objectif

92. Le premier constat est celui d'une généralisation du sens objectif de la sécurité juridique, cette convergence achevée s'expliquant notamment par son apparition et sa diffusion précoce dans le paysage juridique européen (1°). Malgré les difficultés initiales, la jurisprudence française en dégage un sens sophistiqué et similaire au *jus commune*, notamment en reconnaissant une valeur constitutionnelle à l'ensemble de ses composantes objectives (2°).

1°) Une réception majoritaire dans les droits nationaux

93. « *Expression la plus élémentaire* » de la sécurité juridique selon le Professeur Nicolas MOLFESSIS³⁷⁰, l'accessibilité constitue le sens le plus fréquemment attribué à cet impératif. En effet, la notion européenne englobe ses deux aspects que sont l'accessibilité matérielle (entendue comme l'accès du citoyen au droit et à un tribunal) et l'accessibilité intellectuelle (entendue comme la compréhension du droit). Ils se manifestent au travers d'une multitude de concepts finalistes tels que la publicité des normes, la clarté, la précision, la lisibilité ou encore l'intelligibilité. Dans le cadre de l'accessibilité matérielle, la publicité des normes juridiques est reconnue comme un impératif primordial puisqu'il permet au citoyen d'accéder à la connaissance du droit, et de bénéficier si besoin d'une protection juridictionnelle adéquate³⁷¹. Cette exigence est systématiquement liée à un impératif ou un objectif de sécurité juridique par les jurisprudences nationales, à l'instar de la Cour constitutionnelle espagnole qui affirme que

³⁶⁹ Cette classification est reprise systématiquement dans les thèses afférentes à la thématique de la sécurité juridique : T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 18-52 ; A-L. VALEMBLOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, *op. cit.*, p. 189. Nous précisons que si certaines jurisprudences ont été empruntées à ces travaux de recherche sur les sites des juridictions étrangères nommés dans cette étude, certaines ont été empruntées à ces travaux de recherche en raison de contraintes matérielles.

³⁷⁰ N. MOLFESSIS, La sécurité juridique et l'accès des règles de droit, *RTD Civ.*, 2000, p. 662.

³⁷¹ Cela est liée à l'idée d'une sécurité juridique procédurale, voy. sur ce point *infra*, n° 512.

« *cette garantie [...] se trouve en intime relation avec le principe de la sécurité juridique* »³⁷². De même, les prétoires nationaux abondent de décisions et d'arrêts érigeant les impératifs de clarté et de précision des normes juridiques comme des composantes intrinsèques au principe de sécurité juridique. C'est le cas notamment de la Cour constitutionnelle hongroise, qui retient une « *conception subsidiaire du principe de la sécurité juridique en tant qu'il implique la clarté et la rédaction des normes* »³⁷³, ainsi que la plupart des juridictions d'Europe centrale et orientale qui « *reconnaissent à l'unisson que le principe de la sécurité juridique implique la clarté et la précision des normes juridiques* »³⁷⁴. L'accessibilité intellectuelle ou substantielle est, quant à elle, généralement absorbée par les juridictions nationales avec les exigences de clarté et de précision, comme par exemple en droit espagnol³⁷⁵.

94. Outre l'accessibilité, les droits nationaux incorporent dans la notion de sécurité juridique des mécanismes assurant la prévisibilité et la stabilité juridiques, et ce afin de préserver la certitude ou la fiabilité juridique à l'égard des sujets de droit. La Cour d'arbitrage belge déclare en ce sens que « *selon le principe fondamental de la sécurité juridique, le législateur ne peut porter atteinte sans justification objective et raisonnable à l'intérêt que possèdent les sujets de droit à se trouver en mesure de prévoir les conséquences juridiques de leurs actes* »³⁷⁶. Le juge constitutionnel portugais a également construit son propre principe autour de ce raisonnement dichotomique, la sécurité juridique comprenant « *d'un côté la stabilité des décisions [...] et d'un autre côté [...] la nécessaire certitude et prévisibilité par les citoyens des effets juridiques des actes normatifs applicables aux différents rapports de la vie en Communauté* »³⁷⁷. Précisément, c'est au nom de la stabilité prévisibilité matérielle que les États européens reconnaissent le principe de la légalité comme corollaire essentiel à la sécurité

³⁷² Tribunal constitutionnel espagnol, 2 novembre 1989, n° 179/1989, cité dans A-L. VALEMBLOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit., p. 190.

³⁷³ Cour constitutionnelle de Hongrie, 30 juin 1995, 42/1995. Voy. également l'arrêt du 3 mars 1992 de la Cour constitutionnelle hongroise (n° 11/1992) dans laquelle elle condamne le législateur quant à l'imprécision et l'incertitude résultant de loi, estimant que « *le non-respect de ces exigences viole le principe constitutionnel de la sécurité juridique* ».

³⁷⁴ C'est le cas notamment du juge croate, qui condamne certaines législations nationales ambiguës sur le fondement du principe de la sécurité juridique, voy. Cour suprême de Croatie, 29 janvier 1997, U-I-697/1995 ; Cour suprême d'Estonie, 5 octobre 2000, 3-4-1-8-2000, qui évoque la lisibilité et la clarté de la loi du point de vue l'exigence de sécurité juridique ; le Tribunal Constitutionnel polonais a pu également déclarer incompatible certaines dispositions générales ne permettant pas une interprétation précise et univoque avec le principe de sécurité juridique, voy. Tribunal constitutionnel polonais, 13 février 2001, K 19/99, B.J.I, POL -2001-1-008.

³⁷⁵ « *Les situations juridiques des administrés pourront être protégées car ces derniers ne pourront définir et défendre leurs droits, car eux et les pouvoirs publics ne seront soumis effectivement à l'ordre juridique que si les destinataires des normes ont une possibilité effective d'en avoir connaissance au moyen d'un instrument de diffusion générale qui authentifie leur existence et leur contenu* », Tribunal constitutionnel d'Espagne, 2 novembre 1989, n° 179/1989.

³⁷⁶ Cour d'arbitrage de Belgique, 11 février 1993, n° 10/93, pt. B.9.3.

³⁷⁷ Tribunal constitutionnel du Portugal, 11 décembre 1998, n° 508/98, cité par L. NUNES DE ALMEIDA, « Table ronde internationale : Constitution et sécurité juridique-Portugal », *AIJC*, 1995, p. 249.

juridique³⁷⁸. Ils intègrent également des mécanismes de stabilisation temporelles comme les délais de recours³⁷⁹, l'encadrement de la rétroactivité législative³⁸⁰ ainsi que de la mutabilité du droit³⁸¹. Enfin, les prétoires nationaux assimilent volontiers à l'impératif de sécurité juridique des exigences liées à la prévisibilité du droit, à l'instar du droit allemand³⁸².

95. Sous l'impulsion du droit de l'Union, les droits nationaux développent également une signification moderne liée à la cohérence et l'efficacité du droit³⁸³, dont la corrélation a pu encore être affirmée récemment par la Cour constitutionnelle de Belgique³⁸⁴. La cohérence du droit se manifeste au travers des exigences liées à l'application uniforme du droit ou de la jurisprudence, ainsi que des éventuelles contradictions contenues dans la loi. Plus rarement, quelques États relient explicitement la notion d'efficacité du droit à celle la sécurité juridique³⁸⁵.

96. Ainsi, la systématisation des composantes objectifs de la sécurité juridique permet de mieux comprendre et d'évaluer la réception de son objectif en Europe. S'il existe des variantes entre les juridictions nationales sur la place accordée à certaines composantes (notamment la cohérence et l'unité du droit), force est de constater que ces approches dévoilent une harmonisation substantielle de la sécurité juridique objective, harmonisation à laquelle participe la conception française de la sécurité juridique.

2°) Une réception tardive en droit français

97. Comme le fait remarquer un article récent en droit constitutionnel français, « cela fait maintenant près de trente années que [la sécurité juridique] est attendue, préconisée, envisagée. Mais cela fait autant d'années qu'elle se fait attendre, en dépit des avancées notables qui ont

³⁷⁸ J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Montchrestien, 2010, 5^{ème} éd., p. 7 et suiv.

³⁷⁹ Par exemple, la Cour constitutionnelle maltaise considère que la règle liée à l'instauration des délais de recours constitue une garantie du principe de la sécurité juridique, Cour constitutionnelle de Malte, 7 octobre 1997, 504R/95. Pour plus de précision voy. A-L. VALEMBLOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit., p. 205-207.

³⁸⁰ Certains États tels que la Belgique, la Suisse, la Hongrie, le Luxembourg et la Grèce rattachent la rétroactivité législative avec le principe de légalité. Intrinsèquement, l'impératif de la sécurité juridique constitue l'objectif essentiel du principe de non-rétroactivité des lois, *ibid.*, p. 213-214.

³⁸¹ Le tribunal constitutionnel espagnol a pu affirmer en ce sens qu'une « *trop grande rigidité dans l'application donnerait lieu à une pétrification du droit qui serait finalement contraire au principe de la sécurité juridique* », voy. en ce sens Tribunal constitutionnel de l'Espagne, 15 novembre 2000, n° 273/2000.

³⁸² *Supra*, n° 70.

³⁸³ B. LASSERRE, L'eupéanisation de l'office du juge : vers un *jus commune* procédural ?, *RUE*, 2019, p. 204.

³⁸⁴ « *Il ressort de l'interprétation donnée de l'article 1382 du Code civil par la Cour de cassation que la condition d'effacement préalable de la décision de justice en cause vise à garantir la sécurité juridique et à préserver la cohérence du système juridictionnel* », Cour constitutionnelle de Belgique, 30 juin 2014, n° 99/2914, pt. B.7.1.

³⁸⁵ Cour constitutionnelle italienne, 30 mars 1995, n° 94/1995, cité dans A. PIZORUSSO, P. PASSAGLIA, « Table ronde internationale : Constitution et sécurité juridique- Italie », *AJJC*, 1995, p. 199-255, spé. p. 223 et suiv.

pris la forme d'applications diverses»³⁸⁶. L'appétit frénétique des plumes doctrinales ne parvient pas à éclipser le mystère entourant son existence réelle, et ce tant au regard de son absence de consécration dans la lettre de la Constitution³⁸⁷ qu'au regard de la réticence des juges à la reconnaître comme telle. La conception française est emplie de contradictions, dans la mesure où, si la sécurité juridique est un principe « introuvable »³⁸⁸ et souvent décrié, est pourtant présent dans le paysage jurisprudentiel. En effet, on assiste depuis quelques années à un phénomène de « constitutionnalisation progressive de la substance de ce droit à la sécurité juridique »³⁸⁹. Favorisée par la pression croissante de la Cour de Justice³⁹⁰, la jurisprudence française a finalement reconnu la dimension objective de la sécurité juridique.

98. Dépourvu de toute consécration tant prétorienne que textuelle, le Conseil constitutionnel procède à une constitutionnalisation implicite du principe de sécurité juridique en octroyant une valeur constitutionnelle à l'ensemble de ses composantes³⁹¹. Le principe constitutionnel de clarté de la loi est ainsi le premier dérivé à impulser ce processus. Comprenant l'idée de précision et de « *concrétisabilité de la règle* »³⁹², il forme un « *élément essentiel de la sécurité juridique* »³⁹³. Il a d'ailleurs été consacré en ce sens dans la décision du 10 juin 1998³⁹⁴, dans laquelle le Conseil estime qu'une loi conforme à la Constitution se doit d'être « *suffisamment claire et précise pour satisfaire aux exigences découlant de l'article 34 de la Constitution* ». Le distinguant expressément du principe de

³⁸⁶ F. GRECH, Le principe de sécurité juridique dans l'ordre constitutionnel français, *RFDC*, 2015/2, n° 102, p. 405.

³⁸⁷ L'idée d'une constitutionnalisation du principe par le pouvoir constituant avait été évoquée par l'ancien Président de la République Nicolas SARKOZY à propos de la réforme concernant la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République, mais cette proposition n'avait pas aboutie, le Comité soulignant « *la difficulté qu'il y avait à percevoir l'ensemble des implications de ce principe* », F. GRECH, Le principe de sécurité juridique dans l'ordre constitutionnel français, *op. cit.*, p. 425-428.

³⁸⁸ V. TCHEN, L'introuvable principe de sécurité juridique, *Recueil Dalloz*, 1996, n° 31, p. 433-435.

³⁸⁹ V. BORZEIX, La QPC, quelle confiance légitime, quelle sécurité juridique ?, *Revue de droit public et de sciences politiques en France et à l'étranger*, 2010, n° 4, p. 981-1002.

³⁹⁰ B. MATHIEU, La sécurité juridique : un produit d'importation « *made in France* » (À propos des décisions 99-421-DC et 99-422 DC du Conseil Constitutionnel), *Dalloz*, 2000, n° 4, p. 7.

³⁹¹ B. MATHIEU, « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in *Droit constitutionnel. Mélanges Patrice GÉLARD*, LGDJ, Paris, 1999, p. 301.

³⁹² A. FLÜCKIGER, Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal, *CCC*, 2007, n° 21.

³⁹³ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « La sécurité juridique : le point de vue du juge constitutionnel », in *Sécurité juridique et complexité du droit*. Rapport public du Conseil d'État, La Documentation française, Paris, 2006, p. 368-375 ; voy. également G. CARCASSONE, Le principe de sécurité juridique, *Le Point*, 1999, n° 1374, p. 14 ; C. LEPAGE, Le principe de sécurité juridique est-il devenu un principe de valeur constitutionnelle?, *Gaz. Pal.*, 1999, p. 2 ; B. MATHIEU, Réflexion en guise de réflexion sur le principe de sécurité juridique, *CCC*, 2001, n° 11 ; F. LUCHAIRE, La sécurité juridique en droit constitutionnel français, *CCC*, 2001, n° 11.

³⁹⁴ C.C, 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, n° 98-401 DC, pt. 10.

clarté³⁹⁵, il reconnaît également l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité, fondé sur les articles 4, 5, 6 et 16 de la Constitution. Usuellement, cet objectif se définit comme la faculté pour tout citoyen de disposer « *d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables* »³⁹⁶, le législateur se devant alors « *dans l'exercice de [sa] compétence, de respecter les principes et règles de valeur constitutionnelle [...] [ainsi que] l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi [...] qui lui imposent [...] d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* »³⁹⁷. En dépit de leur distinction substantielle³⁹⁸, ces exigences expriment le sens global de l'accessibilité (matérielle et substantielle) des lois, et poursuivent à cette fin un objectif conjoint de sécurité juridique objective. Par ailleurs, l'interprétation extensive du juge constitutionnel lui permet de développer d'autres composantes dans l'appréciation de la qualité des lois. C'est le cas de la simplification et de la codification du droit³⁹⁹ qui participent à la clarification et la rationalisation du droit, ainsi que de la censure des dispositions législatives non normatives ou disposant d'une normativité incertaine⁴⁰⁰. Si ces exemples constituent de la sorte les « *témoignages de la constitutionnalisation progressive de l'exigence de sécurité juridique* »⁴⁰¹, ils coïncident surtout avec les sens européens de cohérence et d'unité du droit.

99. La jurisprudence extensive du Conseil constitutionnel aboutit parallèlement à l'émergence de composantes dédiées à la garantie de la prévisibilité et la stabilité de

³⁹⁵ « *Le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, qui découlent des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* », C.C, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, n° 2001-455 DC, pt. 9.

³⁹⁶ C.C, 16 décembre 1989, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains Codes*, n° 99-421 DC, pt. 13. Voy. plus récemment C.C, 4 août 2006, *Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, n° 2016-737 DC, pt. 8.

³⁹⁷ C.C, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, n° 2001-455 DC, pt. 9.

³⁹⁸ Fusionnées dans un seul et même objectif, l'accessibilité et l'intelligibilité forment deux branches de l'accessibilité *lacto sensu* : « *l'accessibilité vise, dans un but de transparence, un accès matériel à la règle de droit impliquant lui-même un droit à l'information. L'intelligibilité au contraire concerne l'accessibilité intellectuelle du droit, c'est-à-dire sa lisibilité, sa "compréhensibilité"* », voy. A. JANNEQUIN, *L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, *RFDA*, 2009, p. 913 ; voy. également M-A. FRISON-ROCHE, W. BARANES, *Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi*, *Recueil Dalloz*, 2000, n° 23, p. 361-368 ; J.-M. LARRALDE, *Intelligibilité de la loi et accès au droit*, *LPA*, 2002, n° 231, p. 12. ; P. MALAURIE, *L'intelligibilité des lois*, *Pouvoirs*, 2005, n° 114, p. 131-137 ; P. BON, « *L'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi* », in *Itinéraires d'un constitutionnaliste. En hommage à Francis DELPÉRIÉ*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 175-176 ; P. RRAPI, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèse », 2014.

³⁹⁹ C.C, 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, n° 2003-473 DC, rec. p. 382, pt. 21 ; N. MOLFESSIS, *Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique*, *RTD Civ.*, 2000, p. 186-193.

⁴⁰⁰ C.C, 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, n° 2004-500, pt. 12.

⁴⁰¹ A-L. VALEMBLOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, *CCC*, 2005, n° 7 ; B. MATHIEU, « *La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient* », *op. cit.*, p. 301 ; voy. également A. BORZEIX, « *La question prioritaire de constitutionnalité : quelle confiance légitime, quelle sécurité juridique ?* », *RDP*, 2010, n° 4, p. 986.

l'ordonnement juridique. Le Conseil a de la sorte consacré la constitutionnalité de la non-rétroactivité des lois pénales⁴⁰² et encadre strictement la rétroactivité des lois non répressives, notamment depuis sa décision du 18 décembre 1998⁴⁰³. Dans le cadre spécifique du contentieux des lois de validation⁴⁰⁴, le juge constitutionnel apprécie l'atteinte de la rétroactivité par rapport à l'objectif général de prévisibilité et de sécurité juridique⁴⁰⁵ poursuivi par le législateur, et ce grâce à l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁰⁶.

100. Emboîtant le pas de son homologue constitutionnel, le Conseil d'État a admis la valeur constitutionnelle du principe de clarté et de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité du droit⁴⁰⁷, et ce bien avant la reconnaissance explicite du principe de sécurité juridique par l'arrêt *KPMG*⁴⁰⁸. Cela étant, la sécurité juridique « *était largement prise en compte à travers un certain nombre de principes dérivés plus ciblés* »⁴⁰⁹. Cependant, sa valeur était limitée, le juge faisant souvent « *la part trop belle aux principes de la légalité et de mutabilité* »⁴¹⁰. C'est pourquoi il est loisible de retrouver des traces tacites de la sécurité juridique objective dans le cadre du contentieux de l'annulation et de l'abrogation concernant d'une part les actes administratifs légaux créateurs de droit⁴¹¹ et d'autre part le principe de non-rétroactivité des actes réglementaires⁴¹² ainsi que dans le cadre du contentieux de l'annulation relatif à un acte administratif illégal non devenu définitif⁴¹³. Le contentieux de la responsabilité pour faute d'une

⁴⁰² « *Considérant que le principe de non-rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, en vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'en matière répressive* », C.C., 7 novembre 1997, *Loi portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier*, n° 97-391 DC, pt. 6. Le Conseil Constitutionnel a par ailleurs étendu sa jurisprudence concernant le principe de la non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, C.C., 3 septembre 1986, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*, n° 86-215 DC, Rec. p. 130, pt. 23. À titre indicatif, voy. B. DE LAMY, *Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, CCC, 2009, n° 26.

⁴⁰³ C.C., 18 décembre 1998, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*, n° 98-404 DC, pt. 5.

⁴⁰⁴ C.C., 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, n° 80-119 DC, Rec. p. 46, pts 4-7 ; voy. plus récemment C.C., 14 février 2014, *SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Maflow France* [Validation législative des délibérations des syndicats mixtes instituant le « versement transport »], n° 2013-366 QPC, pts 3-8.

⁴⁰⁵ Voy., entre autres, B. MATHIEU, *Rétroactivité des lois fiscales et sécurité juridique : l'application concrète d'un principe implicite*, RFDA, 1999, p. 89.

⁴⁰⁶ *Infra*, n° 487 et suiv.

⁴⁰⁷ Voy. entre autres CE 8 juillet 2005, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique SGEN-CFDT*, n° 110435, Rec. Lebon p. 708 ; CE, Sect., 29 octobre 2013, *Association les amis de la rade et des calanques*, req. n° 360085.

⁴⁰⁸ CE, 24 mars 2006, *KPMG et autres*, n° 288460, Rec. Lebon, p. 154 (*GAJA*, 2019, n° 104).

⁴⁰⁹ S. BOISSARD, *Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité administrative de tous moyen d'action et sans transiger sur le respect du principe de l'égalité ? Le difficile dilemme du juge administratif*, CCC, 2001, n° 11.

⁴¹⁰ *Ibidem*.

⁴¹¹ CE, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, n° 74010, Rec. Lebon, p. 790 ; CE, 30 novembre 1990, *Association Les Verts*, n° 103889, Rec. Lebon, p. 339.

⁴¹² CE, Ass., 25 juin 1948, *Société du journal l'Aurore*, n° 94511, Rec. Lebon, p. 289.

⁴¹³ CE, Ass., 6 mai 1966, *Ville de Bagnaux*, n° 55283, Rec. Lebon, p. 303. Le Conseil d'État précisant que tout acte faisant l'objet d'un retrait est réputé n'ayant jamais existé, CE, Ass. 26 décembre 1925, *Rodière*, n° 88369, Rec. Lebon, p. 1025 (*GAJA*, 2019, n° 38).

collectivité publique⁴¹⁴ et celui de la fonction publique⁴¹⁵ forment aussi des terrains favorables au développement d'une sécurité juridique objective implicite.

101. Identiquement, la sécurité juridique ne se rencontre que très rarement à l'« *état pur* »⁴¹⁶ dans la jurisprudence du juge judiciaire. Néanmoins, la Cour de Cassation reprend en substance les déclinaisons classiques de la sécurité formelle ainsi que de la sécurité procédurale⁴¹⁷. Dans cette optique, la doctrine y relie une pluralité de concepts et de principes⁴¹⁸. Le droit applicable au jour de la demande⁴¹⁹, le principe de non-rétroactivité des lois⁴²⁰ et la rétroactivité controversée des lois de validation⁴²¹, les décisions de justice ayant acquis force de chose jugée⁴²², l'exigence de clarté, d'accessibilité et de prévisibilité de la norme⁴²³, la thématique des revirements de jurisprudence⁴²⁴, sont autant d'expressions témoignant d'une reconnaissance substantielle implicite. Si la réticence du juge à employer un tel principe nuit à sa cohérence conceptuelle, l'interprétation judiciaire de la notion de sécurité juridique présente des similitudes indéniables avec la conception européenne, quand bien même elle présente un caractère implicite.

102. Par opposition, les systèmes juridiques nationaux manifestent une certaine réserve quant à la consécration d'une dimension plus subjectivée axée sur la protection de l'individu, donnant lieu à une acceptation aléatoire et embryonnaire du sens subjectif.

⁴¹⁴ CE, Sect., 24 avril 1964, *Société des huileries de Chauny*, Rec. Lebon, p. 245 ; voy. également C. BROUELLE, *Confiance légitime et responsabilité publiques*, *RDJ*, 2009, n° 2, p. 321.

⁴¹⁵ CE, Sect., 3 novembre 1995, *Mme. Velluet*, n° 82096, Rec. Lebon, p. 389. Le contentieux afférent aux annulations de certains concours donnant lieu souvent à une prévalence de la légalité au détriment de la sécurité juridique, voy. en ce sens CE, Sect., 10 octobre 1997, *Lugan*, n° 170341, Rec. Lebon, p. 346 .

⁴¹⁶ H. HUGLO, *La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique*, *CCC*, 2001, n° 11.

⁴¹⁷ G. CANIVET, *Le point, de vue du juge judiciaire et du juge administratif : l'expérience de la Cour de cassation française*, *LPA*, 2006, n° spéc. 254. p. 23.

⁴¹⁸ J.-G. HUGLO, *La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique*, *CCC*, 2001, n° 11.

⁴¹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 25 novembre 1997, *Bull. civ. I*, n° 328, p. 222 (*RTD Civ.*, 1998, p. 210, obs. N. MOLFESSIS).

⁴²⁰ Ce principe est consacré à l'article 2 du Code Civil : « *la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* ».

⁴²¹ Voy. en ce sens Cass. 1^{ère} civ., 2 février 2000, *Bull. civ. I*, n° 53, p. 36, et Cass. 1^{ère} civ., 20 juin 2000, *Bull. civ. I*, n° 191, p. 123 (*RTD Civ.*, 2000, n° 3, p. 670, obs. N. MOLFESSIS) ; M.-L. NIBOYET, *La conformité à la Convention EDH de la loi de validation du 12 avr. 1996 : "l'affaire du tableau d'amortissement", épilogue judiciaire?*, *Dalloz*, 2000, p. 699.

⁴²² Cass. 1^{ère} civ., 22 juillet 1986, *Bull. civ. I*, n° 225, p. 214.

⁴²³ Cass. crim., 6 février 1997, *Bull. crim.*, n° 49, p. 157 ; N. MOLFESSIS, *La sécurité juridique et l'accès aux règles de droit*, *RTD Civ.*, 2000, n° 3, p. 662.

⁴²⁴ N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET, LexisNexis, Paris, coll. « Cour de Cassation », 2005. Du même auteur *La portée des revirements de jurisprudence*, *RTD Civ.*, 1998, n° 1, p. 210-212 et *La sécurité juridique et la jurisprudence vue par elle-même*, *RTD Civ.*, 2000, n° 3, p. 666-669.

B- Une acceptation contingente du versant subjectif

103. S'érigeant comme la cure d'un mal objectif, la dimension subjective de la sécurité juridique attise la méfiance première des juges car elle remet en cause la toute-puissance du droit objectif et entre, en conséquence, en contradiction avec d'autres principes tel que la légalité ou encore celui de l'immutabilité. Néanmoins, l'intégration réussie du versant subjectif en droit allemand ainsi que l'influence de la Cour de Justice de l'Union européenne incitent les juges nationaux à outrepasser leur réticence, manifestant progressivement un intérêt accru à ce versant controversé face à l'éventail de potentialités offert par celui-ci (1°). Sans faire exception, les juges français voient d'un mauvais œil cette facette subjective qui est susceptible de menacer la pérennité et la cohérence de leur système juridique. Néanmoins, l'écart entre la « diabolisation » des juges à l'encontre de cette subjectivisation et le contenu intrinsèque de leurs décisions des écrits suggère une tout autre conclusion en faveur de l'émergence tacite du sens subjectif en droit français (2°).

1°) Une réception timorée dans les droits nationaux

104. Comme chacun le sait, la sécurité juridique ne se concentre plus uniquement sur la prévalence de la sécurité *du* droit mais intègre désormais celle des justiciables au travers de la sécurité *dans* le droit. Ceci favorise l'éclosion de concepts tels que le principe de bonne foi, de droits acquis ou de confiance légitime. Fer de lance symbolique de la subjectivisation du droit⁴²⁵, la notion de confiance légitime est « *centralisée dans les civilisations européennes, jouant un rôle particulier dans l'univers juridique [...]* »⁴²⁶. Située au carrefour de la prévisibilité, de la certitude, de la mutabilité et de la légalité, cette notion reflète « *le besoin de sécurité, de fiabilité, et de stabilité dans un monde en mutation, générateur d'insécurité et caractérisé par la dépendance de l'individu vis-à-vis des prestations, des décisions et règlements étatiques* »⁴²⁷. *A priori*, la filiation génétique entre le principe de la sécurité juridique et la confiance légitime fait consensus en droit constitutionnel comparé. Seule l'intensité du degré d'interchangeabilité et de connectivité conceptuelle varie selon les traditions juridiques⁴²⁸. Les utilisations les plus abouties en reviennent aux droits néerlandais

⁴²⁵ *Infra*, n° 156 et n° 354.

⁴²⁶ L. NIKLAS, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, Economica, Paris, coll. « Études sociologiques », 2006, p. 123.

⁴²⁷ E. PREVEDOUROU, *Le principe de confiance légitime en droit public français*, Sakkoulas, Athènes, p. 89.

⁴²⁸ F. MODERNE, « À la recherche d'un fondement constitutionnel au principe de protection de la confiance légitime », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS*, Dalloz, Paris, 2002, p. 595.

et hellénique, qui appliquent avec aisance et sans distinction tant le principe de la confiance légitime que celui de la sécurité juridique⁴²⁹. À l'exception de ces systèmes, la confiance légitime découle majoritairement du principe de la sécurité juridique⁴³⁰ en tant que « *sous-principe* »⁴³¹ comme en droit constitutionnel espagnol, où le Tribunal énonce volontiers que « *le principe de la sécurité juridique [...] protège assurément la confiance des citoyens* »⁴³². De même, selon l'étude du Professeur Jürgen SCHWARZE, le droit slovène considère que les atteintes à la confiance peuvent des citoyens en la législation en vigueur peuvent impacter négativement sur le degré de sécurité juridique de ces derniers⁴³³. De surcroît, certains juges assimilent la notion de confiance à d'autres sources tels que l'État de droit ou encore le principe de la légalité⁴³⁴. Différemment, les États de *Common law* associent ces principes à ceux de la loyauté ou de l'estoppel⁴³⁵. Ceci explique qu'en droit britannique, les principes équivalents d'*estoppel* et d'*expectative legitimation* soient assimilés à la « *garantie d'un exercice loyal et prudent du pouvoir étatique* », le premier permettant aux justiciables d'obtenir la réparation du préjudice subi en raison de fausses informations données par l'administration⁴³⁶. Cela étant, le principe de la confiance légitime peut donc être assimilé à des notions aussi variées que le principe de la confiance dans la législation en vigueur⁴³⁷, la notion d'*expectative legitime* en droit danois⁴³⁸, ou encore à la notion d'estoppel⁴³⁹, que l'on retrouve également en droit

⁴²⁹ Le droit administratif grec présente des similitudes avec le droit allemand, consacrant une valeur constitutionnelle au principe de la confiance légitime (Conseil d'État hellénique, 6 juin 1979, n° 2346/78, p. 290). Toutefois, si la Cour reconnaît son rattachement à la sécurité juridique, elle ne l'érige pas en tant que composante subjective mais en tant que principe autonome se situant au même niveau que celui-ci, voy. pour plus de détails P. MOUZOURAKI, *Le principe de la confiance légitime en droit administratif hellénique*, *RFDA*, 2005, p. 143. Concernant le droit néerlandais, il convient de préciser que la confiance légitime est utilisée sous le vocable « d'attente légitime ». Son originalité se limite toutefois à la seule sémantique, voy. J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, *op. cit.*, p. 949-958.

⁴³⁰ La jurisprudence constitutionnelle portugaise fait également figure d'exception puisqu'elle adopte une position inversée en faisant dériver la sécurité juridique du principe de confiance légitime, voy. en ce sens L. NUNES DE ALMEIDA, « Table ronde internationale : Constitution et sécurité juridique-Portugal », *op. cit.*, p. 254.

⁴³¹ Voy. en ce sens D. TRIANTAFYLLOU, *La confiance légitime en tant qu'instrument de cohésion en droit communautaire*, *RFDA*, 2000 p. 246, ainsi que M-H. PLANCHON, *Le principe de la confiance légitime devant la Cour de justice des Communautés européennes*, *CDE*, 1983, p. 143.

⁴³² Tribunal Constitutionnel de l'Espagne, 4 octobre 1990, n° 150/1990.

⁴³³ Cour constitutionnelle de Slovénie, 6 février 1997, U-I-322/96.

⁴³⁴ C'est le cas du droit polonais, voy. Tribunal constitutionnel polonais, 31 janvier 1996, K 9/95, B.I.J POL-96-1-002.

⁴³⁵ M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, *op. cit.*, p. 267-269.

⁴³⁶ S'il est admis que le droit britannique ne consacre pas les principes de confiance et de sécurité juridique, es principes d'estoppel et d'attente légitime en constituent des équivalences substantielles. Voy. également G. RADBRUCH, *La sécurité du droit d'après la théorie anglaise*, *ADP*, 1936, p. 988 ; C. JAUFFRET-SPINOSI, *Comment juge le juge anglais ?*, *Droits*, 1989, n° 9, p. 57.

⁴³⁷ Cour constitutionnelle de Slovénie, 24 juin 1998, U-I-284/94, n° 14/99.

⁴³⁸ J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, *op. cit.*, p. 949-948.

⁴³⁹ Le droit britannique est dépourvu de « *concept correspondant au principe de la sécurité juridique ou de la protection de la confiance légitime* ». Cependant, les concepts des *expectatives legitimes* et de l'*estoppel* comprennent des éléments de confiance et de sécurité juridique, justifiant son intégration dans le champ de l'étude. Voy. à titre d'illustration G. RADBRUCH, *La sécurité en droit d'après la théorie anglaise*, *APD*, 1936, p. 86.

international⁴⁴⁰. Malgré les disparités nationales quant à sa source conceptuelle ou sa nature juridique, la confiance légitime constitue une composante fondamentale du sens européen de la sécurité juridique.

105. En outre, son intronisation progressive dans les prétoires nationaux a pu inciter certains juges à faire preuve d'audace en incorporant des instruments de nature subjective originellement issus de droit privé ou du droit de l'Union européenne, tels que le principe de bonne foi ou encore des droits acquis. Ces derniers généralement sont utilisés comme des baromètres interprétatifs qui permettent aux juges de mesurer concrètement la nécessité de la mise en œuvre de la protection de la confiance, spécifiquement dans le contentieux du retrait des actes administratifs créateurs de droit. En droit portugais, le juge se fonde corrélativement sur le principe de la confiance légitime et le respect des droits acquis afin de justifier la non-annulation d'un acte administratif, à moins que ce dernier soit illégal⁴⁴¹. Mêmement, le droit italien consacre le principe de bonne foi en tant que principe constitutionnel non écrit, qu'il déduit du principe de la confiance légitime⁴⁴². Ces derniers ne bénéficient pas toutefois d'une acceptation unanime dans les droits nationaux. Cette absence de rayonnement s'expliquant d'une part, par les difficultés d'harmonisation dans l'appréhension en matière contentieuse du retrait des actes administratifs dans lesquelles sont utilisés ces principes et, d'autre part, parce que ceux-ci entretiennent un rapport de dérivation en tant que composantes concrètes d'appréciation de la confiance. En effet, le principe de droit acquis intervient souvent en amont de l'appréciation de la confiance, tandis que le principe de bonne foi en forme régulièrement un élément d'appréciation intrinsèque. Ces principes sont donc éclipsés par leur absorption dans la conception de la confiance légitime.

106. Par voie de conséquence, la sécurité juridique au sens européen se pare donc de sens multiples représentés par des déclinaisons plurielles, qui se révèlent plus ou moins affirmées selon les traditions et les sensibilités étatiques à l'égard de ce penchant subjectif. Si la confluence objective est arrivée à une pleine maturité grâce au puissant effet unificateur de « *la main invisible* »⁴⁴³ de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, il est vrai que les contours de son sens subjectif commencent seulement à se dessiner à l'échelle

⁴⁴⁰ B. FAUVARQUE-COSSON, *La confiance légitime et l'estoppel*, Société de législation comparée, coll. « Droit comparé et européen », 2007, vol. IV ; A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public. Précédé d'un aperçu de la théorie de l'estoppel en droit anglais*, Pedone, Paris, 1979.

⁴⁴¹ J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, *op. cit.*, p. 981.

⁴⁴² F. CAPELLI, « Principes généraux du droit - Rapport italien », *12^{ème} congrès de la FIDE*, Paris, 1986, p. 183-208.

⁴⁴³ P. BRUNET, « La sécurité juridique, nouvel opium des juges ? », in *Frontières du droit, critiques des droits. Billets d'humeur en l'hommage à Danièle LOCHAK*, LGDJ, Paris, coll. « Droit et société », 2007, p. 247-250, spéc. p. 247.

européenne. Pourtant, cette mosaïque n'affecte nullement l'unité substantielle du principe. Bien au contraire, Ces déclinaisons créent des points de convergence propices à l'émergence d'un « *fonds constitutionnel commun aux démocraties européennes* »⁴⁴⁴. Ces reconnaissances de plus en plus explicites des dérivés subjectifs du principe laissent présager une consolidation aboutie – et assumée – du sens subjectif dans la conception européenne de la sécurité juridique pour l'avenir. Même si la méfiance à l'égard de toute subjectivité est encore palpable (mais contestable) dans l'esprit des juges français, ces derniers semblent accepter en demi-teintes la dimension subjective du principe de sécurité juridique.

2°) Une réception inavouée en droit français

107. À l'évidence, les juges français font montre d'hésitation et tâtonnent dans la reconnaissance explicite du versant subjectif de leur principe. Le juge constitutionnel en fait en reconnaissance subreptice (a) tandis que la position des juges administratifs et judiciaires est des plus ambiguës (b). En dépit de leur refus catégorique et constant quant à toute consécration explicite, leurs interprétations actuelles trahissent manifestement une consolidation certes souterraine mais présente de cette dimension controversée.

a- Une reconnaissance subreptice par le juge constitutionnel

108. Le Conseil Constitutionnel fut le premier à refuser l'introduction de dérivés subjectifs dans sa jurisprudence, à commencer par le principe de confiance légitime. Ainsi-a-t-il affirmé « *qu'aucune norme constitutionnelle ne garantit [...] un principe dit "de confiance légitime"* »⁴⁴⁵, lui déniait de la sorte toute valeur constitutionnelle. Toutefois, certaines décisions viennent tempérer, voire infirmer, cette position jurisprudentielle. D'abord, il est loisible d'y retrouver des principes qui sont habituellement liés aux aspects subjectifs de la sécurité juridique, du moins par les autres juridictions européennes. C'est le cas de la protection des droits acquis, dont « *la faiblesse de la protection constitutionnelle est révélée* » par « *la prévalence de la mutabilité législative* »⁴⁴⁶. C'est le cas également du principe de la protection

⁴⁴⁴ B. MATHIEU, « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », *op. cit.*, p. 301.

⁴⁴⁵ C.C, 30 décembre 1996, *Loi de finances pour 1997*, n° 96-385 DC, pt. 18.

⁴⁴⁶ A-L. VALEMBLOIS, La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, *op. cit.* ; certains auteurs ont pu cependant faire le parallèle entre la protection des acquis et de « *la règle du cliquet anti-retour* » évitant que le législateur ne prive l'exercice d'une liberté constitutionnelle de certaines garanties, voy. en ce sens F. LUCHAIRE, La sécurité juridique en droit constitutionnel français, CCC, 2001, n° 11 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, Paris, 2002, p. 497 et 498 ; E. JOANNARD-LARDANT, Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime en droit fiscal, *RDF*, 2014, n° 10, p. 17.

de l'économie des contrats légalement conclu. Érigé comme un principe « *sentinelle* »⁴⁴⁷ selon le Professeur Bertrand MATHIEU, il vise à protéger de manière effective la stabilité des relations contractuelles⁴⁴⁸, ce qui n'est pas sans rappeler en substance le principe de bonne foi. Par ailleurs, ce principe est associé doctrinalement à l'impératif de la sécurité juridique, notamment grâce à son rattachement à l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC)⁴⁴⁹. Le fait qu'il soit orienté vers la protection de la sécurité juridique contractuelle en faveur des individus conforte l'impression d'un dérivé certes implicite, mais bel et bien subjectif sur le plan notionnel et fonctionnel. De surcroît l'interprétation de certaines composantes objectives de la sécurité juridique donne lieu à des appréciations casuistiques qui démontre un certain penchant vers la subjectivisation⁴⁵⁰. Pour preuve, il arrive que le juge constitutionnel se place du point de vue du destinataire de la norme pour mesurer l'effectivité de l'objectif constitutionnel d'intelligibilité et d'accessibilité⁴⁵¹. Cet objectif invite alors le législateur à prendre en considération le degré de compréhensibilité des destinataires des lois. Cela étant, la doctrine avait admis que le Conseil Constitutionnel prenait en considération la qualité des destinataires de la norme (collectivités territoriales) dans sa décision n° 2001-447 DC, ce qui lui permettait de renforcer le niveau de précision exigée du législateur concernant la complexité intrinsèque de certaines lois de financement⁴⁵². Bien qu'assimilé à un objectif constitutionnel⁴⁵³, l'appréciation prétorienne de l'exigence d'intelligibilité semble s'opérer davantage en faveur d'une reconnaissance implicite du versant subjectif de la sécurité juridique.

⁴⁴⁷ B. MATHIEU, Liberté contractuelle et sécurité juridique : les oracles ambigus des sages de la rue de Montpensier, *LPA*, 1997, n° 29, p. 7.

⁴⁴⁸ C.C, 13 janvier 2002, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi*, n° 2202-465 DC, Rec. p. 43, pt. 4.

⁴⁴⁹ L'article 16 de la Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen constitue pour certains auteurs le fondement constitutionnel implicite de la sécurité juridique, voy. F. LUCHAIRE, La sécurité juridique en droit constitutionnel français, *op. cit.* ; B. MATHIEU, « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », *op. cit.*, p. 301.

⁴⁵⁰ Notamment depuis l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), voir en ce sens J. BONNET, « La QPC et l'intérêt du justiciable », in J. BONNET (dir.), J. ARLETTAZ (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et des libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, Pedone, Paris, 2015, p. 9-22.

⁴⁵¹ Sur la subjectivisation du contentieux, voir *infra*, n° 342.

⁴⁵² C.C, 18 juillet 2001, *Loi relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie*, n° 200-447 DC, pt. 24.

⁴⁵³ P. DE MONTALIVER, Les objectifs de valeur constitutionnelle, *CCC*, 2006, n° 20 ; F. LUCHAIRE, Brèves remarques sur une création du Conseil Constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnel, *RFDC*, 2000, n° 64, p. 675-684.

109. Enfin, la reconnaissance de la protection des « *situations légalement admises* »⁴⁵⁴ ainsi que l'émergence récente du principe d'espérance légitime⁴⁵⁵, ont pu relancer les débats sur une éventuelle constitutionnalisation implicite du principe de la confiance légitime et partant, celle de la sécurité juridique subjective⁴⁵⁶. Concernant la rétroactivité des lois, le juge constitutionnel a en effet reconnu que le législateur pouvait modifier ou abroger des lois antérieures « *sans toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles [...]. Il méconnaîtrait la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 s'il portait aux situations légalement acquises une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant* »⁴⁵⁷. Le Conseil constitutionnel a rattaché cette notion à l'article 16 et à la garantie des droits, c'est-à-dire au fondement constitutionnel de la sécurité juridique. Une autre décision de 2013 vient également confirmer cette consécration furtive. Dans le cadre d'une affaire concernant la rétroactivité d'une législation fiscale, le Conseil ajuste son considérant de principe, en affirmant « *qu'en particulier, il ne saurait sans motif d'intérêt général suffisant ni porter atteinte aux situations légalement acquises ni remettre en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations* »⁴⁵⁸, laissant entrer tacitement le principe de confiance légitime au sein de son prétoire⁴⁵⁹. De même, le juge constitutionnel a récemment déclaré inconstitutionnel un régime légal concernant des prélèvements libératoires exceptionnels applicables à certains types de revenus, « *le législateur [ayant] remis en cause les effets qui pouvaient légitimement être attendus par les contribuables* » sur l'application d'un tel régime⁴⁶⁰. Ce faisant, il apprécie par l'examen effectif des attentes légitimes des contribuables à l'aune du contrôle objectif de constitutionnalité de la loi de façon relativement similaire aux raisonnements des juges allemand et communautaire à l'égard du principe de la protection de la confiance légitime. S'il apparaît quelque peu prématuré de généraliser d'en

⁴⁵⁴ C.C, 19 décembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*, n° 2013-682 DC, pt. 14. Voy. aussi M. DISANT, La confiance légitime fait son entrée dans le contentieux constitutionnel français, *LPA*, 2015, n° 65, p. 9-12.

⁴⁵⁵ Voy. en ce sens C. BLANC-FILY, La notion conventionnelle d'espérance légitime : convergences et divergences entre appréhensions prétoriennes nationale et européenne, *RFDA*, 2015, p. 527.

⁴⁵⁶ Voy. la doctrine récente F. GRECH, Le principe de sécurité juridique dans l'ordre constitutionnel français, *op. cit.*, p. 405-428 ; E. DOUET, *Contribution à l'étude de la sécurité juridique en droit fiscal interne français*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1997, t. 280.

⁴⁵⁷ C.C, 24 juin 2011, *Société Électricité de France* [Police de l'eau : retrait ou modification d'une autorisation], n° 2011-141 QPC, pt. 5.

⁴⁵⁸ C.C, 19 décembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*, n° 2013-682 DC, pt. 14.

⁴⁵⁹ M. DISANT, La confiance légitime fait son entrée dans le contentieux constitutionnel français, *LPA*, 2015, n° 65, 9-12 ; E. JOANNARD-LARDANT, Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime en droit fiscal, *op. cit.*, p. 12-23 ; B. DELAUNAY, La confiance légitime entre discrètement au Conseil constitutionnel, *AJDA*, 2014, p. 649.

⁴⁶⁰ C.C, 5 décembre 2014, *M. Jean-François V.* [Contribution exceptionnelle sur les hauts revenus], n° 2014-435 QPC, pt. 9.

proclamer la constitutionnalisation substantielle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, l'intégration accentuée de la prise en compte des attentes légitimes des destinataires de la norme dans l'interprétation de la constitutionnalité des lois fait pencher sérieusement la balance en faveur de l'émergence d'une théorie de la protection de la confiance légitime⁴⁶¹, sentiment qui est d'autant plus conforté par la subjectivisation actuelle du contentieux.

b- Une reconnaissance circonscrite par les juges administratifs et judiciaires

110. Téméraire, le Conseil d'État a franchi le « *Rubicon* »⁴⁶² en consacrant explicitement le principe de sécurité juridique dans l'arrêt *KPMG* de 2006⁴⁶³. Malgré cette avancée remarquable, le juge administratif maintient une résistance indéfectible quant à une éventuelle reconnaissance du principe de confiance légitime en tant que principe général du droit administratif⁴⁶⁴, allant même jusqu'à refuser la perche tendue par les juges de première instance sur cette question⁴⁶⁵. Visiblement, le Conseil d'État reste fidèle à l'objectivité inhérente à son office en ayant « *plutôt tendance à prêter à la sécurité juridique le visage rassurant du docteur Jekyll et à la confiance légitime la figure effrayante de Mr Hyde* »⁴⁶⁶. Pourtant, l'officialisation du principe de la sécurité juridique a transformé profondément l'office du juge administratif et son opposition traditionnelle face à la toute-puissance du principe de la légalité⁴⁶⁷. Pour preuve, le juge

⁴⁶¹ A-L. VALEMBLOIS, La constitutionnalisation de l'exigence de la sécurité juridique, *op. cit.*

⁴⁶² B. SEILLIER, Sécurité juridique et office du juge administratif, *RDP*, 2016, n° 3, p. 765.

⁴⁶³ CE, 24 mars 2006, *KPMG et autres*, n° 288460, Rec. Lebon, p. 154 (*GAJA*, 2019, n° 104).

⁴⁶⁴ M. HEERS, La sécurité juridique en droit administratif français : vers une consécration du principe de confiance légitime ?, *RFDA*, 1995, n° 5, p. 963-970 ; J-M. WOEHRLING, « La France peut-elle se passer du principe de la confiance légitime ? », in *Gouverner, administrer, juger. Mélanges Jean WALINE*, Dalloz, Paris, 2002, p. 749-764 ; P. FRAISSEX, La notion de confiance légitime dans la jurisprudence administrative française, *RRJ*, 1999, p. 405 ; P. PUISSOCHET, « “Vous avez dit confiance légitime” ? (le principe de confiance légitime en droit communautaire) », *op. cit.*, p. 582 ; F. MELLERAY, « La revanche d'Emmanuel Levy ? L'introduction du principe de protection de la confiance légitime en droit public français », *Droit et Société*, 2004, n° 56-57, p. 147 ; G. PELLISIER, Développements récents de l'impératif de sécurité juridique, *LPA*, 1998, n° 22, p. 6.

⁴⁶⁵ Dans un arrêt du 8 décembre 1994, le Tribunal administratif avait consacré le principe de confiance légitime afin de compenser l'absence de mesures transitoires ou d'accompagnement l'annulation du décret litigieux provoquant une interruption brutale de l'activité économique jusqu'ici licite. (TA Strasbourg, 8 décembre 1994, *Entreprise Transports Freymuth c. Ministère de l'environnement*, n° 931085 (J. POMMIER, Conditions de la responsabilité sans faute de l'État du fait de règlements pris pour l'application d'une loi, *AJDA*, 1995, p. 555). La Cour administrative d'appel de Nancy (CAA Nancy, 17 juin 1999, *Ministre de l'Environnement c. Entreprise Transports Freymuth*, n° 95NC00226, 96NC01927, 96NC01928) avait infirmé cet arrêt, estimant que « *l'entreprise Freymuth ne pouvait se prévaloir de la méconnaissance d'un principe de confiance légitime qui résulterait du droit communautaire ni, en tout état de cause, du droit administratif interne* », rejet qui fut confirmé par le Conseil d'État, CE, 9 mai 2001, *Entreprise Transports Freymuth*, n° 210944, Rec. Lebon, p. 865.

⁴⁶⁶ B. PLESSIX, Sécurité juridique et confiance légitime, *RDP*, 1^{er} mai 2016, n° 3, p. 799.

⁴⁶⁷ Sur ce constat, L. TESOKA, Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français, *AJDA*, 2006, n° 40, p. 2214-2219 ; D. LABETOULLE, « Principe de légalité et sécurité juridique », in *Mélanges Guy BRAIBANT*, Dalloz, Paris, 1996, p. 403-410 ; S. BOISSARD, Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité administrative de tous moyens d'action et sans transiger sur le respect

détermine de plus en plus les conséquences de certaines illégalités au regard de leur incidence sur les situations individuelles⁴⁶⁸. Parallèlement, l'émergence d'une « *dynamique de subjectivisation* »⁴⁶⁹ est susceptible de rendre inopérante cette résistance. De nombreuses illustrations jurisprudentielles démontrent au contraire que le juge administratif est bien loin d'être totalement étranger à des interprétations subjectives de la sécurité juridique⁴⁷⁰. Pour preuve, en prenant en considération les perturbations disproportionnées qui pèsent sur les opérateurs économiques qui pouvaient légitimement concourir à la stabilité de leur situation juridique, le juge prend en considération la situation particulière des requérants par exemple en mettant en place des mécanismes de droits transitoires afin de soulager l'imprévisibilité occasionnée par ladite perturbation. Ce raisonnement lui permet de faire varier une obligation soi-disant objective en fonction du degré de connaissance subjective que les intéressés peuvent avoir de la prévisibilité d'un changement de réglementation, se plaçant plutôt comme un principe d'approche *in concreto* que véritablement subjectif⁴⁷¹. Au surplus, dans la lettre même de l'arrêt *KPMG*, certains auteurs ont pu déceler un début de subjectivisme, remettant ainsi en question la consécration d'un véritable principe objectif de sécurité juridique⁴⁷². Enfin, le basculement définitif vers le sens subjectif de la sécurité juridique a été définitivement amorcé subjectivisation par la consécration récente du principe de l'espérance dans l'arrêt *Société Gétécom* de 2008⁴⁷³ dans une affaire portant sur la rétroactivité fiscale et le revirement jurisprudentiel. Dans la même logique, le juge administratif a pu écarter postérieurement la « petite rétroactivité » de la loi de finances sur le fondement de l'espérance légitime. Selon lui, le crédit d'impôt avait été remis en cause par la loi de finances pour 2000 alors même que celui-ci « *de nature à laisser espérer son application sur l'ensemble de la période prévue* »⁴⁷⁴. Si la doctrine se méfie encore du principe de confiance légitime, en ce qu'il serait susceptible de

du principe de légalité ? Le difficile dilemme du juge administratif, *op. cit.* ; J. CHEVALLIER, La dimension symbolique du principe de légalité, *RDP*, 1990, p. 1673.

⁴⁶⁸ B. PLESSIX, *op. cit.*, p. 799.

⁴⁶⁹ P. FRAISSEIX, La « subjectivisation » du droit administratif, *LPA*, 2004, n° 207, p. 12.

⁴⁷⁰ B. PLESSIX, Sécurité juridique et confiance légitime, *op. cit.*, p. 799.

⁴⁷¹ J-M WOEHLING, « La France peut-elle se passer du principe de la confiance légitime ? », *op. cit.*, p. 749-764.

⁴⁷² « *Une lecture littérale de l'arrêt peut alors surprendre. Aucun principe général ou matriciel de sécurité n'y est en effet posé de manière explicite dans le considérant de principe de la décision [...]. L'arrêt KPMG aboutit donc (de manière involontaire ?) à l'événement d'un principe de confiance légitime "à la française" plus que d'un principe général de sécurité juridique* », F. MELLERAY, L'arrêt KPMG consacre-t-il vraiment le principe de sécurité juridique ?, *AJDA*, 2006, n° 17, p. 897. Cette opinion est également partagée par P. CASSIA, La sécurité juridique, un « nouveau » principe général du droit aux multiples facettes, *Recueil Dalloz*, 2006, n° 18, p. 1190.

⁴⁷³ CE, 19 novembre 2008, *SA Getecom*, n° 292948, Rec. p. 425.

⁴⁷⁴ CE, 9 mai 2012, *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique c. Société EPI*, n° 308996 Rec. Lebon p. 200 (*RFDA*, 2013, 576, chron. H. LABAYLE, F. SUDRE, X. DUPRE DE BOULOIS et L. MILANO).

mettre en «*péril les objets essentiels de l'ordre juridique*»⁴⁷⁵ en soumettant l'action administrative au «*diktat de l'administré quant à l'assurance de sa propre sécurité*»⁴⁷⁶, la jurisprudence semble avoir franchi le cap d'une acceptation certes timorée mais perceptible de sa facette subjective, d'autant plus flagrant que ce «*mal subjectif*» apparaît finalement en filigrane dans les plus anciens mécanismes du droit administratif. Cette défiance rend encore plus perplexe que le Conseil d'État en avait déjà dessiné les contours dans son arrêt *KPMG*, la facette subjective tant redoutée étant consacrée «*en arrière-plan de la consécration en 2006 du principe soi-disant objectif de sécurité juridique*»⁴⁷⁷. Pour l'instant, conformément à ses engagements communautaires⁴⁷⁸, ce dernier se cantonne à en faire seulement application lorsque la situation juridique est régie par le droit de l'Union européenne⁴⁷⁹. Le débat reste manifestement ouvert en ce qui concerne les situations exclusivement régies par le droit interne⁴⁸⁰.

111. À l'instar de son homologue administratif, la Cour de cassation fait exclusivement usage du principe de confiance légitime dans l'hypothèse où elle exerce son office de juge «*naturel*» du droit de l'Union. Dans un arrêt récent⁴⁸¹, la première Chambre civile a ainsi reconnu la conventionnalité de la limitation de la suspension du délai de prescription de l'article L. 122-1 du Code de l'énergie. En l'occurrence, cette suspension empêchait les requérants d'entamer une procédure judiciaire ou arbitrale pour résoudre le litige, pourtant admise au titre de la directive n°2008/52CE du 21 mai 2008. De manière plus remarquable, la Cour de cassation fait application de la notion de sécurité juridique dans le cadre du contrôle de conventionnalité

⁴⁷⁵ S. CALMES, *Le principe de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, op. cit., p. 487-488.

⁴⁷⁶ B. BONNET, L'analyse des rapports entre administration et administrés au travers du prisme des principes de sécurité juridique et de confiance légitime, *RFDA*, 2013, n° 4, p. 718.

⁴⁷⁷ B. PLESSIX, Sécurité juridique et confiance légitime, op. cit., p. 799.

⁴⁷⁸ «*Le droit de réclamer la protection de la confiance légitime s'étend à tout particulier qui se trouve dans une situation de laquelle il ressort que l'administration a fait naître dans son chef des espérances fondées*», CJCE, 19 mai 1983, *Vassilis Mavridis c. Parlement européen*, aff. n° 289/81, Rec. 1983 p. 01731, pt. 3.

⁴⁷⁹ CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette*, n° 194658 et 196116, Rec. p. 1025 (*AJDA*, 1999, p. 462, chron. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR) ; CE, 9 mai 2001, *Entreprise Transports Freymuth*, n° 210944, Rec. Lebon, p. 865.

⁴⁸⁰ Le juge des référés du Tribunal administratif de Besançon a soulevé d'office dans une ordonnance en date du 29 septembre 2016 le principe de confiance légitime pour rejeter la suspension d'une délibération portant atteinte à la dignité humaine. En l'espèce, il s'agissait de l'attribution du nom d'André Tisserand à une rue alors que ce dernier est connu pour avoir été engagé dans la milice française. Selon les requérants, cette nomination à l'intérêt public communal et aux intérêts moraux, à l'honneur et à la mémoire des victimes de barbarie nazie. Si cette ordonnance est fortement contextualisée par l'émotion suscitée par cet hommage, la formule du juge est pour le moins inédite et mérite d'être soulignée : «*eu égard à la confiance légitime, qui s'attache en principe, à en un engagement ainsi formulé sans ambiguïté lors de l'audience devant le juge administratif*», voy. TA Besançon, 23 septembre 2016, n° 1601413, pt. 8. Pour plus de détails, voy. L. IL, Le principe de confiance légitime serait-il entré en droit public interne ?, *LPA*, 2017, n° 3, p. 6.

⁴⁸¹ Pour un exemple récent, Cass. 1^{ère} civ., 9 juin 2017, n° 16-12.457. Pour une application récente, Cass. 2^{ème} civ., 18 avril 2019, n° 17-21189.

strasbourgeois. Dans un arrêt de principe, le juge judiciaire considère que « *la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable, pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge* »⁴⁸². Selon certains auteurs, l'expression d'un « droit acquis » employée dans cette expression confère le sentiment d'une consécration « *faussée* »⁴⁸³ de cette notion dans la mesure où elle servirait en réalité de camouflage à la reconnaissance implicite du principe de confiance légitime, comme pour l'arrêt *KPMG*. Mêmement, la notion d'espérance légitime est utilisée lorsque le litige soulève une inconventionnalité potentielle l'aune de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 du droit de la Convention européenne⁴⁸⁴. À notre connaissance, aucune de ces notions n'est reconnue en dehors du contrôle de conventionnalité, à l'exception du principe de l'estoppel⁴⁸⁵.

112. Comme le relève le Professeur Philippe RAIMBAULT, « *reconnaître sans le dire la sécurité juridique alors même qu'elle-même implique logiquement de n'adopter que des normes précises et sans ambiguïtés frise effectivement la contradiction* »⁴⁸⁶. S'il est vrai que la dimension subjective est substantiellement présente dans les motivations juridiques, une acceptation plus décomplexée serait la bienvenue, ne serait que par souci de clarté et de sécurité juridique. Au surplus, une telle reconnaissance favoriserait une systématisation vectrice d'harmonisation et de sécurisation de la notion à l'égard des justiciables et du droit européen, notamment pour ce qui est de la consécration récente du principe d'espérance légitime. La Professeure Valérie MICHEL invite toutefois la tempérance en considérant que ce scepticisme résulte davantage d'une confusion terminologique que d'un réel refus doctrinal⁴⁸⁷. Indépendamment qu'il soit assumé ou non, il appert à la lumière de ces éléments d'analyse que

⁴⁸² Cass. 1^{ère} civ., 11 juin 2009, n° 07-14.932.

⁴⁸³ E. BEN MERZOUK, La fausse consécration du principe de sécurité juridique, *Dalloz*, 2003, p. 2722.

⁴⁸⁴ Voy. par ex. Cass. 1^{ère} civ., 13 février 2019, n° 18-13748.

⁴⁸⁵ Cass. Com, 20 septembre 2011, n° 10-22.888 (*JCP G*, 2011, 1250, note D. HOUTCIEFF ; *RTD. Civ.*, 2011, 760, obs. B. FAGES). Le principe de l'estoppel « *permet de sanctionner le comportement par lequel un plaideur ou un cocontractant se contredit au détriment d'autrui* » et à laquelle est rattaché le principe de loyauté, de cohérence et donc à la sécurité juridique subjective, C. MARECHAL, L'estoppel à la française consacrée par la Cour de cassation comme principe général du droit, *Recueil Dalloz*, 2012, p. 167.

⁴⁸⁶ P. RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, op. cit., p. 596.

⁴⁸⁷ « *L'homophonie coïncide avec la part d'implicite restant dans les arrêts KPMG [...] Sa jurisprudence rejoint celle de la Cour de justice en ce qu'il juge nécessaire, dans certains, l'adoption de mesure transitoires mais les fondements diffèrent : sécurité juridique pour le Conseil d'État et confiance légitime pour la Cour de Justice. En empruntant au registre lexical musical ou linguistique, l'on peut donc considérer qu'il y a homophonie, à savoir une identité de sens – ici de principes formalisés sous des signes différents – des fondements de ce principe* », V. MICHEL, Brèves observations sur l'application des principes de sécurité juridique et de confiance légitime, *Gaz. Pal.* 12 février 2009, n° 43, p. 43.

le principe sécurité juridique « à la française »⁴⁸⁸ intègre une dimension à la fois objective et subjective, qui s'inscrit pleinement dans le *jus commune* européen.

*

* *

113. Se caractérisant par une polysémie généralisée, la sécurité juridique se définit habituellement par son inconstance sémantique ainsi que par la pluralité des concepts et de déclinaisons venant enrichir et consolider son noyau dur substantiel. Au-delà d'un aspect labyrinthique qui est topique de la structure arborescente du principe, notre démarche comparatiste met en exergue l'existence d'un sens commun de la sécurité juridique à l'échelle européenne, dont le contenu est très fortement inspiré des conceptions germanique et communautaire. La sécurité juridique « européanisée » pourrait alors se définir comme suit : « *la protection contre la rétroactivité, l'assurance d'une consolidation à terme des situations juridiques individuelles même constituées illégalement, la clarté, la précision, la cohérence, donc la connaissance et non moins la publicité effective et suffisante de la règle applicable, le respect des engagements et promesses, voire la fidélité aux encouragements prodigués, la stabilité de l'environnement juridique au vu duquel on a entrepris une activité long terme ; la sécurité, c'est non moins la confiance qu'on peut placer dans l'effectivité de la sauvegarde de l'ordre public et dans la sanction des illégalités ou désordres d'autrui quand ils nuisent à ses propres droits, tout autant bien sûr que l'assurance pour chacun de sa propre sûreté personnelle* »⁴⁸⁹.

114. Assurément, l'européanisation du sens de la sécurité juridique est le produit d'un processus de circularité dont les prétoires européens en représentent les ponts d'interaction conceptuelle. La juridiction strasbourgeoise a également contribué activement à l'élaboration de ce sens européen. En l'intégrant dans sa jurisprudence, la Cour européenne a non seulement inspiré les juridictions nationales, mais a développé en parallèle sa propre conception de la sécurité juridique. Sa réappropriation du principe traduit ainsi une sorte de « conventionnalisation » de la notion, et ce afin de le réadapter aux objectifs du droit de la Convention.

⁴⁸⁸ F. MELLERAY, L'arrêt KPMG consacre-t-il vraiment le principe de sécurité juridique ?, *op. cit.*, p. 897-899 ; P. CASSIA, La sécurité juridique, un « nouveau » principe général du droit aux multiples facettes, *op. cit.*, p. 1190-1195.

⁴⁸⁹ B. PACTEAU, La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?, *AJDA*, 1995, n° H.S, p. 151-155.

SECTION II : LA « CONVENTIONNALISATION » DE LA NOTION DE SECURITE JURIDIQUE

115. Participant à la création d'un ordre public européen⁴⁹⁰, la Cour de Strasbourg dispose d'une jurisprudence imprégnée d'un fort dynamisme interprétatif⁴⁹¹ qui lui octroie une place centrale dans l'élaboration du droit européen des droits de l'homme⁴⁹². En tant qu'interprète de la Convention⁴⁹³, le juge doit sans cesse faire preuve d'innovations conceptuelles en partant à la « découverte » de nouveaux concepts juridiques afin d'assurer une protection toujours plus effective des droits fondamentaux⁴⁹⁴. Fréquemment désignée comme le symbole d'un gouvernement des juges⁴⁹⁵, leur consécration n'est pourtant pas ni le fruit du hasard, ni celui de velléités interprétatives. En réalité, selon le Président Jean-Paul COSTA, « *la plupart des concepts juridiques dont la Cour se sert ne dérivent pas du texte de la Convention ; ils sont une création jurisprudentielle. [...] Il existe en fait différentes sources nationales d'inspiration pour ce processus de "création conceptuelle" de la Cour de Strasbourg ; [...] en ce sens elle joue le rôle d'un pont entre telle ou telle influence juridique nationale spécifique et la communauté des systèmes de droit représentée à Strasbourg* »⁴⁹⁶. C'est ce phénomène « d'import-export » qui contribue à la création de ce « *jus commune* » en matière de droits de l'homme⁴⁹⁷, et en particulier, au principe de sécurité juridique.

⁴⁹⁰ F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in P. TAVERNIER, *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)*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Organisation internationales et relations internationales », 1996, p. 39-80 ; C. PICHERAL, *L'ordre public européen. Droit communautaire droit européen des droits de l'homme*, La Documentation Française, Paris, coll. « Monde européen et international », 2001.

⁴⁹¹ F. SUDRE, À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme, *JCP G*, 2001, n° 28, p. 1365.

⁴⁹² M. DE SALVIA, La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, *CCC*, 2001, n° 11.

⁴⁹³ En vertu de l'article 32 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *la compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles qui lui seront soumises [...]* ».

⁴⁹⁴ « *La Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques et illusoire, mais concrets et effectifs* », CEDH, Ch., 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, §24 (*GACEDH*, 2019, n° 2).

⁴⁹⁵ J-P. COSTA, « La Cour européenne des droits de l'homme, un juge qui gouverne ? », in *Études en l'honneur de Gérard TIMIST*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 67-87.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 72.

⁴⁹⁷ J-P. COSTA, Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales, *RTDH*, 2004/57, p. 101-110, spéc. p. 103 ; voy. également M. DELMAS-MARTY, *Raisonnement la raison d'État. Vers une Europe des droits de l'homme*, PUF, Paris, coll. « Les Voies du droit », 1989.

116. À l'image du principe de proportionnalité, l'intégration dudit principe est le résultat d'une « *fertilisation croisée* »⁴⁹⁸. Concept exogène⁴⁹⁹, il est emprunté au droit de l'Union pour être qualifié de « *principe inhérent tant en droit de la Convention qu'en droit communautaire* » dans l'arrêt *Marckx contre Belgique*⁵⁰⁰, ce qui ne l'empêche de tomber en désuétude dans les années succédant sa consécration. Cet idéal reste néanmoins présent dans les limbes jurisprudentiels grâce au principe de la prééminence du droit. Génétiquement liée à ce dernier, l'interdépendance conceptuelle de la sécurité juridique avec son principe-mère se cristallise par une lutte commune contre l'arbitraire. Cependant, l'euphémisation croissante de la notion, couplée à sa référenciation accrue dans les opinions séparées et dans les griefs des requérants, incite le juge à « redécouvrir » son principe au début des années 2000⁵⁰¹ **(1§)**. Progressivement, la Cour s'inspire des jurisprudences constitutionnelles nationales et du juge de l'Union pour élaborer une conception à la fois moderne et sophistiquée de son principe, mais surtout compatible avec les contraintes de son prétoire. Ce dernier est alors une notion remodelée pour assurer l'effectivité du droit de la Convention et la protection des droits et libertés qui s'y rattache, aboutissant à la consolidation d'un véritable principe « au sens de » **(2§)**.

⁴⁹⁸ J. BELL, "Mechanisms for Cross-fertilization of Administrative Law in Europe", in J. BEATSON et T. TRIDIMAS (éd.), *New Directions in European Public Law*, Hart publishing, Oxford, 1998, p. 147.

⁴⁹⁹ B. PACTEAU, La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?, *op. cit.*, p. 151.

⁵⁰⁰ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §58 (*GACEDH*, 2019, n° 51). Si l'influence germanique n'est pas mentionnée, elle est cependant fortement présente dans la conception conventionnelle de la sécurité juridique, voy. en ce sens C. GREWE, Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français : le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *RUDH*, 2004, p. 26-32.

⁵⁰¹ CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, §56.

1§) Une « interdépendance »⁵⁰² originelle avec la prééminence du droit

117. Malgré la genèse quelque peu abrupte du principe⁵⁰³, sa reconnaissance dans la jurisprudence conventionnelle pouvait lui présager un avenir prometteur. Pourtant, son succès initial laisse place à un désintérêt tout aussi soudain. Son caractère inachevé avait d'ailleurs pu faire douter la doctrine sur son contenu réel en droit de la Convention. En ce sens, le Professeur Michel DE SALVIA constatait, dans l'un des premiers travaux consacrés à cette thématique, que si « *la sécurité juridique occupe une place importante parmi les notions qui sous-tendent certaines solutions jurisprudentielles, elle ne saurait cependant atteindre [...] un degré de force et de cohérence tel qu'elle puisse servir à orienter l'interprète de façon précise et univoque* »⁵⁰⁴. « *Implicite* » dans le paysage conventionnel⁵⁰⁵, la sécurité juridique apparaît dès lors comme une notion indéterminée, restée à l'« *état gazeux* »⁵⁰⁶, et qui, en conséquence, se retrouve dépourvue de racines conceptuelles solides et de sens explicites. Considérée comme l'un des éléments de la prééminence du droit⁵⁰⁷ et de l'État de droit⁵⁰⁸, la sécurité juridique nourrit une interdépendance génétique avec ces notions. C'est dans la prohibition contre l'arbitraire, que prend racine le principe et que le juge européen entame la construction implicite de son sens conventionnel **(A)**. Progressivement, la Cour procède à son enrichissement conceptuel afin de le façonner selon sa propre conception de la sécurité juridique. Son approche constructive lui confère alors un sens autonome **(B)**.

⁵⁰² Cette expression empruntée à K. GRABARCZYK *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUAM, Aix-Marseille, 2008.

⁵⁰³ Dans l'arrêt *Marckx contre Belgique*, la Cour ne fait nullement mention de la source endogène du principe, énonçant seulement que ce principe « *est nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire* », voy. CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §58 (*GACEDH*, 2019, n° 51).

⁵⁰⁴ M. DE SALVIA, La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, *op. cit.*

⁵⁰⁵ CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, §56.

⁵⁰⁶ E. BORDES, « Radioscopie jurisprudentielle du principe de sécurité juridique. Analyse des évolutions possibles à la lumière de la QPC », in VIII^{ème} congrès national de AFDC, Nancy, 16, 17 et 18 juin 2011 [en ligne: <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN7/bordesTD7.pdf>].

⁵⁰⁷ CEDH, Gde. Ch., 28 octobre 1999, *Brumărescu c. Roumanie*, req. n° 28342/95, Rec. 1999-VII, §62 (*JCP G*, 2000, I, 203, 10, obs. F. SUDRE).

⁵⁰⁸ CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, Rec. 2000-III, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, §56.

A- Le développement conceptuel du principe dans la prééminence du droit

118. Contrastant avec le discours du juge dans l'arrêt *Baranowski contre Pologne*⁵⁰⁹ l'assimilation de la sécurité juridique à l'État de droit s'apparente plus à un effet de mode que celle d'une volonté réelle de construire la notion sur ce modèle, en démontre la préférence à peine dissimulée de la Cour pour la prééminence du droit⁵¹⁰. En outre, comme le soulève le Professeur Éric CARPANO, il existe aujourd'hui un consensus permettant de considérer « *les expressions "Rule of law" et "État de droit" comme étant équivalentes en ce qu'elles insistent sur la nécessité de couler les relations individus-pouvoirs publics dans un rapport de droit afin de préserver l'autonomie des individus et d'empêcher l'arbitraire des pouvoirs publics* »⁵¹¹. S'il est vrai que la *Rule of law* reprend le seul aspect matériel de l'État de droit⁵¹², des auteurs britanniques s'accordent pour lui donner un contenu substantiel au travers des idéaux de justice, de liberté et de démocratie⁵¹³. Loin d'opposer ces différents concepts, la *Rule of law* intègre ceux de l'État de droit et de la démocratie, dont la Cour a pu admettre leur consubstantialité dans l'arrêt *K.-H.W. contre Allemagne*⁵¹⁴. Considérant « *qu'il est légitime pour un État de droit d'engager des poursuites pénales à l'encontre de personnes qui se sont rendues coupables de crimes sous un régime antérieur* », l'État de droit et le régime démocratique forment « *les pierres angulaires de la Convention, comme en atteste son préambule* ». Si le juge consacre l'État de droit comme un principe fondamental du droit conventionnel, en réalité, il l'intègre

⁵⁰⁹ *Ibidem*.

⁵¹⁰ Même si les références au couple sécurité juridique/ prééminence du droit sont peu nombreuses (35 arrêts selon le site de la Cour), seuls quatre arrêts font référence à la sécurité juridique en tant que « *principe [...] implicite dans la Convention et qui constitue l'un des éléments fondamentaux de l'État de droit* », faisant référence *mutandis mutandis* à l'arrêt *Baranowski* précit. Voy. aussi CEDH, 13 juillet 2004, *Ciszewski c. Pologne*, req. n° 38668/97, §29 ; CEDH, 24 janvier 2008, *Riad et Idiab c. Belgique*, req. n° 787/03 et 29810/03, §78 ; CEDH, 14 février 2008, *Hussain c. Roumanie*, req. n° 12338/02, §83 ; CEDH, 27 novembre 2003, *Shamsa c. Pologne*, req. n° 45355/99 et 45357/99, §58. [Source : <https://hudoc.echr.coe.int/fre>]

⁵¹¹ E. CARPANO, *États de droit et droits européens : l'évolution du modèle de l'État de droit dans le cadre de l'europanisation des systèmes juridiques*, L'Harmattan, Paris, coll. « Logiques juridiques », 2005, p. 252, spéc. p. 249-245. *Contra* C. HUSSON RONCHONGAR, La redéfinition permanente de l'État de droit par la Cour européenne des droits de l'homme, *Civitas Europa*, 2016/2, n° 37, p. 183-220. Pour une lecture récente, voy. C. ROMAINVILLE, La protection de l'État de droit par la Convention européenne des droits de l'homme et l'exigence de légalité, *RDLF*, 2019, chron. n° 33.

⁵¹² J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Montchrestien, Paris, 2010, 1992, 5^{ème} éd., p. 13 et suiv.

⁵¹³ Selon Ronald DWORKIN, « *la Rule of law est [...] l'idéal d'une règle conçue par une conception publique exigeante des droits individuels. Elle ne distingue pas [...] entre la Rule of law et la justice substantielle, au contraire elle exige [...] que des règles de droit capturent et mette en œuvre les droits moraux* », in R. DWORKIN, « Political judges and The Rule of law », *Matter of principal*, 1985, p. 4-33, spéc. p. 12.

⁵¹⁴ CEDH, Gde. Ch., 22 mars 2001, *K.-H.W c. Allemagne*, req. n° 37201/97, Rec. 2001-II. Voy. P. TAVERNIER, L'affaire du "Mur de Berlin" devant la Cour européenne. La transition vers la démocratie et la non-rétroactivité en matière pénale, *RTDH*, 2001/48, p. 1159-1181 ; F. MASSIAS, Prééminence du droit et sécurité juridique, à propos de la surveillance du Mur de Berlin, *RSC*, 2001, p. 639.

pleinement à la prééminence du droit par la référence explicite au préambule⁵¹⁵. Cette assimilation sémantique se manifeste également au travers des nombreuses traductions de la « *Rule of law* » par « *État de droit* »⁵¹⁶. C'est pourquoi la prééminence du droit est, selon nous, la source conceptuelle principale de la sécurité juridique en droit de la Convention. Ceci justifie que cette étude se concentre exclusivement sur l'analyse du lien conceptuel les unissant, la sécurité juridique prenant naissance d'abord dans la prohibition de l'arbitraire (1°), puis dans la concrétisation de la prééminence du droit (2°).

1°) Une genèse commune dans la lutte contre l'arbitraire

119. Qualifiée de « *principe fondamental* »⁵¹⁷ ou de « *principe général* »⁵¹⁸, la prééminence du droit dispose d'une place centrale dans les préambules des textes fondateurs. Reconnue d'abord dans le statut du Conseil de l'Europe du 5 mai 1949 comme l'un des éléments « *sur lesquels se fonde toute démocratie* » aux côtés de « *la liberté individuelle* » et de la « *liberté politique* »⁵¹⁹, elle devient l'épicentre du préambule de la Convention européenne du 4 novembre 1950 au titre d'instrument de « *garantie collective* » des droits, instrument qui est lui-même issu du « *patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques* » des États européens⁵²⁰. Fournissant dès l'origine « *une clé précieuse pour l'interprétation de la*

⁵¹⁵ « *Derrière cette argumentation se cache en vérité une volonté de faire prévaloir les principes fondamentaux de la Convention [...] ceux de la démocratie et de la prééminence du droit assimilés en l'espèce à l'État de droit par la Cour* », in E. CARPANO, *États de droit et droits européens : l'évolution du modèle de l'État de droit dans le cadre de l'europanisation des systèmes juridiques*, op. cit., p. 296. Cette hypothèse a d'ailleurs été confirmée au paragraphe 41 de l'arrêt CEDH, 3 décembre 2019, *I. L. c. Suisse*, req. n° 72939/16, dans lequel le principe de sécurité juridique est rattaché « *aux éléments fondamentaux à la fois de la Convention et de l'État de droit* ».

⁵¹⁶ Dans les statuts des textes fondateurs ainsi que dans l'arrêt *Golder*, la « *prééminence du droit* » est traduite par « *Rule of law* », voy. dans sa version anglaise CEDH, Plén., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, série A. 18, §34 (*GACEDH*, 2019, n° 27).

⁵¹⁷ CEDH, Ch., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, req. n° 6538/74, série A. 30, §55 (*JDI*, 1980, 471, obs. P. ROLLAND) ; voy. également CEDH, 29 juillet 1987, *Worm c. Autriche*, req. n° 22714/93, §40 et CEDH, Ch., 7 octobre 1988, *Salabiaku c. France*, req. n° 10519/83, §27.

⁵¹⁸ « *Le droit interne se conforme lui-même à la Convention, y compris aux principes généraux énoncés ou impliqués par elle, notamment celui de la prééminence du droit expressément mentionné dans le préambule de la Convention* », CEDH, Gde. Ch., 8 juillet 2004, *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, req. n° 48797/99, Rec. 2004-VII, §461 (, 2009).

⁵¹⁹ En vertu de l'alinéa 3 du préambule du Statut du Conseil de l'Europe du 5 mai 1949 : « *Inébranlablement attachés aux valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun de leurs peuples et qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable* ». Il est également consacré à son article 3 : « *Tout Membre du Conseil de l'Europe reconnaît le principe de la prééminence du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il s'engage à collaborer sincèrement et activement à la poursuite du but défini au chapitre 1^{er}* ».

⁵²⁰ Cette formulation est également utilisée dans l'arrêt CEDH, Plén., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, série A. 18, §34 (*GACEDH*, 2019, n° 27). Voy. également CEDH, Ch., 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, série A. 26, req. n° 5856/72, §63 (*JDI*, 1980, 457, obs. P. ROLLAND).

Convention »⁵²¹, l'invocation de la prééminence du droit dans son arrêt *Golder contre Royaume-Uni*⁵²² de 1975 fait en ce sens office de tremplin interprétatif afin d'enrichir, par une interprétation extensive, le catalogue des droits fondamentaux conventionnel en consacrant le droit d'accès à un tribunal. Comme la plupart des « *notion[s] inhérente[s] à l'ensemble des articles de la Convention* »⁵²³, son omniscience dans le paysage jurisprudentiel ne parvient pas à masquer ses incertitudes conceptuelles. Ceci lui vaut d'ailleurs des appellations disparates comme notion « *vague et indéterminée* »⁵²⁴, « *principe général* »⁵²⁵, « *principe-concept* »⁵²⁶ ou encore « *principe-synthèse* »⁵²⁷. Malgré cela, la doctrine tend à s'accorder sur la reconnaissance de son caractère à la fois matriciel et autonome.

120. La prééminence du droit a pour principal objectif d'assurer un degré minimal de protection contre les atteintes arbitraires des États parties dans la mise en œuvre de leurs obligations conventionnelles⁵²⁸, précisément en limitant toutes les activités étatiques par l'existence préalable d'une règle de droit⁵²⁹. Étendard symbolique de la prohibition contre l'arbitraire, cette finalité reflète l'influence conceptuelle de la *Rule of Law*. Correspondant littéralement « *au règne du droit* » ou encore « *le pouvoir de droit* »⁵³⁰, Albert Venn DICEY est le premier à en élaborer une théorie. Celle-ci repose sur le constat que « *nul ne peut être puni ni légalement assujéti à des sanctions pesant sur sa personne ou sur ses biens si ce n'est pas pour une infraction à la loi légalement établie par les juridictions ordinaires de l'État* », et ajoute que « *tout homme [...] est soumis à la loi ordinaire du royaume et à la juridiction des*

⁵²¹ P. WACHSMANN, « La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le droit des organisations internationales. Recueil d'études à la mémoire de Jacques SCHWOB*. Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 282-285, spéc. p. 243.

⁵²² CEDH, Plén., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n°4451/70, série A. 18, §34 (GACEDH, 2019, n° 27).

⁵²³ CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, req. n° 19776/92, Rec. 1996-III, §50 (JCP G, 1997, I, 4000, n° 11, obs. F. SUDRE). Voy. plus récemment CEDH, Gde. Ch., *Mozer c. République de Moldova et Russie*, 23 février 2016, req. n° 11138/10, §134.

⁵²⁴ M. MELCHIOR, « Notions "vagues" ou "indéterminées" et "lacunes" dans la Convention européenne des droits de l'homme », *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. WIARDA*, Köln, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, Berlin, 1990, p. 411-419, spéc. p. 411.

⁵²⁵ K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUAM, Aix-Marseille, 2008, p. 194-210.

⁵²⁶ X. SOUVIGNET, *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 131.

⁵²⁷ J.-Y. MORIN, « L'État de droit : émergence d'un principe du droit international », *RCADI*, 1995, t. 254, p. 9-462 spéc. p. 229.

⁵²⁸ « *Dans cette mesure fait défaut le degré minimal de protection juridique dans une société démocratique* », CEDH, Plén., 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, req. n° 8691/79, série A. 82, §79. « *Le contrôle judiciaire [...] constitue un élément essentiel pour déduire au minimum le risque d'arbitraire. Il va de pair avec la prééminence du droit* », CEDH, Ch., 29 novembre 1988, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85, série A. 145-B, §58.

⁵²⁹ Sur la clause d'ordre public et l'obligation de légiférer, voir *infra*, n° 252 et suiv.

⁵³⁰ E. ZOLLER, « *Rule of law* », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/PUF, Lamy, Paris, 2003, p. 1378-1380, spéc. p. 1379.

tribunaux ordinaires »⁵³¹. Cette liaison avec la prééminence du droit s’observe dans les arrêts *Lawless et Golder*⁵³² dans lesquels la Cour énonce que le but de la Convention est de « *protéger la liberté et la sûreté de la personne contre des arrestations et des détentions arbitraires* »⁵³³. Cette corrélation sera ensuite clairement reconnue dans l’arrêt *Winterwerp contre Pays-Bas*⁵³⁴, le juge précisant en l’occurrence qu’« *une détention arbitraire ne peut jamais passer pour “régulière”* », et ce pour toute société démocratique « *adhérant à la prééminence du droit* »⁵³⁵. Au fil de sa jurisprudence, la Cour adjoint à l’examen de la régularité de la détention une formule plus qu’éloquente en affirmant « *qu’il est important de satisfaire au principe général de la sécurité juridique* »⁵³⁶, reconnaissant le lien conceptuel unissant les deux principes. On notera par ailleurs que la Cour procède à une systématisation de la sécurité juridique dans le champ de l’article 5§1. Par exemple, dans l’arrêt *Borer contre Suisse*⁵³⁷ de 2008, elle rappelle que toute détention d’une personne en l’absence de base légale « *est incompatible avec les principes de la sécurité juridique et de la protection contre l’arbitraire, qui constituent des éléments fondamentaux à la fois de la Convention et de l’Etat de droit* »⁵³⁸. Aussi, dans l’arrêt *Svetoslav Hristov contre Bulgarie*⁵³⁹, le juge déclare la violation de l’article 5§1 en l’espèce pour « *méconnaissance du principe de la sécurité juridique* », puisque la base légale de la privation de liberté en l’espèce ne permettait pas de prévenir l’absence d’arbitraire⁵⁴⁰. Utilement, dans l’arrêt *Tsitsiriggos contre Grèce*⁵⁴¹, il a pu constater la violation de l’article 5§1, relevant d’abord « *l’état d’incertitude entourant la base légale* » quant aux motifs de la détention provisoire qui avait dû faire l’objet d’une régularisation *a posteriori* par

⁵³¹ A-V. DICEY, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, Mac Millan, Londres, 1973, cité dans C. SALVIEJO, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, thèse dactyl. Université de Montpellier I, 2003, p. 70.

⁵³² CEDH, Plén., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, série A. 18, §34 (*GACEDH*, 2019, n° 27).

⁵³³ CEDH, Ch., 1^{er} juillet 1961, *Lawless c. Irlande (n° 3)*, req. n° 332/57, série A. 3, §14.

⁵³⁴ CEDH, 24 octobre 1979, *Winterwerp c. Pays Bas*, req. n° 6301/73, série A. 33. Voy. parmi tant d’autres CEDH, Ch., 18 décembre 1986, *Bozano c. France*, req. n° 9990/82, série A. 111, §54 ; CEDH, Ch., 24 septembre 1992, *Herczegfalvy c. Autriche*, req. n° 10533/83, §63 ; CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, req. n° 19776/92, Rec. 1996-III, §50 (*JCP G*, 1997, I, 4000, n° 11, obs. F. SUDRE) ; CEDH, Gde. Ch., 8 avril 2004, *Assanidzé c. Géorgie*, Rec. 2004-II, req. n° 71503/01, §171 ; CEDH, Gde. Ch., 29 janvier 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, req. n° 13229/03, Rec. 2008-I, §67 ; CEDH, 1^{er} septembre 2015, *Khlaifia et autres c. Italie*, req. n° 16483/12, §63.

⁵³⁵ *Ibid.*, §39.

⁵³⁶ CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, §52. Voy. aussi CEDH, 31 juillet 2000, *Jėčius c. Lituanie*, Rec. 2000-IX, req. n° 34578/97, §56 ; CEDH, Gde. Ch., *Medvedyev et autres c. France*, 29 mars 2010, req. n° 3394/03, Rec. 2010-III, §80 ; CEDH, 24 avril 2014, *Herman et Seradzishvili c. Grèce*, req. n° 26418/11 et 45884/11, §58 ; CEDH, 4 mars 2015, *Hassan et autres c. France*, req. n° 46695/10 54588/10, Rec. 2014-VI, §59 ; CEDH, 23 juillet 2015, *François c. France*, req. n° 26690/11, §48.

⁵³⁷ CEDH, 10 septembre 2010, *Borer c. Suisse*, req. n° 22493/06.

⁵³⁸ *Ibid.*, §47.

⁵³⁹ CEDH, 13 avril 2011, *Svetoslav Hristov c. Bulgarie*, req. n° 36794/03.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, §35.

⁵⁴¹ CEDH, 17 avril 2012, *Tsitsiriggos c. Grèce*, req. n° 29747/09.

le juge, et qui n'offrirait pas en conséquent « *une protection suffisante contre l'arbitraire, qui constitue un élément essentiel de la légalité de la détention au sens de l'article 5§1* »⁵⁴². À la lumière cette évolution jurisprudentielle, il est manifeste que c'est dans le contrôle concret des mesures prises par l'État dans la prévention d'une ingérence arbitraire qu'émerge en demi-teinte d'une sécurité juridique en sommeil⁵⁴³ pour lutter contre l'arbitraire des pouvoirs publics⁵⁴⁴.

2°) Une concrétisation souterraine dans la prééminence du droit

121. Selon le Professeur Frédéric SUDRE, la sécurité juridique participe naturellement à la prééminence du droit, puisqu'elle « *implique "le droit au droit", c'est-à-dire le droit à la sécurité juridique* »⁵⁴⁵. Si cette dernière constitue un objectif que doit poursuivre la sécurité juridique, elle forme également un principe à la fois normatif et ontologique correspondant à une certaine image de la justice véhiculée par la Cour⁵⁴⁶. Ceci explique que sa réalisation concrète et effective repose sur cette même sécurité juridique. C'est ainsi qu'en appréciant le « degré d'arbitraire » requis au nom de la prééminence du droit la Cour européenne dessine concomitamment les contours sémantiques et conventionnels de son futur principe. Cette esquisse prend naissance d'une part, dans la qualité de la loi et, d'autre part, dans le droit à un procès équitable. Si le juge constitue le rempart naturel contre l'arbitraire⁵⁴⁷, il doit également disposer de pouvoirs d'appréciation suffisamment amples pour éviter de porter atteinte de manière discrétionnaire aux droits individuels⁵⁴⁸. Selon le Professeur Patrick WACHSMANN, « *la protection contre l'arbitraire n'implique pas seulement une surveillance adéquate de l'exécutif, elle commande aussi une définition par la loi des circonstances autorisant l'exécutif à pratiquer de telles ingérences ainsi que des conditions dans lesquelles il est habilité à les*

⁵⁴² *Ibid.*, §§48-58. C'est en raison de cette proximité avec l'arbitraire que la Cour exige, en principe, une sécurisation objective *a maxima* de la légalité nationale, voy. *infra*, n° 443.

⁵⁴³ En réalité, on pourrait considérer la corrélation faite avec la sûreté personnelle dans l'arrêt *Golder* est déjà une forme de consécration implicite du principe, aux côtés de la prééminence du droit, CEDH, Plén., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, série A. 18, §34 (*GACEDH*, 2019, n° 27).

⁵⁴⁴ C'est dans la continuité de cet objectif que naîtront les dérives subjectifs du principe, voir *infra*, n° 355 et suiv.

⁵⁴⁵ F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », *op. cit.*, p. 56.

⁵⁴⁶ P. WACHSMANN, « La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 282-285.

⁵⁴⁷ « *La prééminence du droit implique, entre autres, qu'une ingérence de l'exécutif dans les droits d'un individu soit soumise à un contrôle efficace que doit normalement assurer [...] le pouvoir judiciaire car il offre des garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière* », CEDH, Ch., 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, req. n° 5029/71, série A. 28, §55 (*JDI*, 1980, 463, obs. P. ROLLAND).

⁵⁴⁸ La Cour a pu étendre la protection de l'individu contre l'arbitraire dans le cadre des voies de recours, en appréciant par exemple l'étendue des pouvoirs du juge lui permettant d'éviter toute atteinte arbitraire dans l'exercice de son contrôle judiciaire : voy. notamment CEDH, Ch., 29 août 1990, *E. c. Norvège*, req. n° 11701/85, série A. 176, §60 et CEDH, Ch., 24 juin 1982, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, req. n° 7906/77, série A. 150, §40.

réaliser»⁵⁴⁹. C'est pourquoi la Cour a d'ailleurs inscrit « *la loi dans la prééminence du droit* »⁵⁵⁰, ce qui explique que les standards d'accessibilité et de prévisibilité forment à la fois la source conceptuelle et les instruments de concrétisation principaux de la sécurité juridique objective⁵⁵¹.

122. En effet, l'examen de la qualité de la loi constitue le foyer de la genèse implicite de la sécurité juridique dans le champ de l'article 8 de la Convention⁵⁵² en raison de leur adjonction dans la prééminence du droit. Dans l'arrêt *Sunday Times contre Royaume-Uni*⁵⁵³, le lien entre la prééminence du droit et la qualité de la loi est seulement sous-entendu par la formule « *selon l'objet et le but de la Convention* »⁵⁵⁴, pour être ensuite admis sans ambiguïté dans l'arrêt *Malone contre Royaume-Uni* en 1984⁵⁵⁵. Dans cette affaire relative aux interceptions par la police des communications postales, la Cour raccorde pour la première fois la prévisibilité de la règle de droit au principe de la prééminence du droit : « *à ses yeux, le membre de phrase "prévu par la loi" ne se borne pas à renvoyer en droit interne, mais concerne aussi la "qualité de la loi" ; il la veut compatible avec la prééminence du droit, mentionnée dans le préambule de la Convention* »⁵⁵⁶. En rattachant cet énoncé à l'arrêt *Golder*, la Cour indique que la protection de l'arbitraire intègre également le contrôle du contenu de la loi autorisant les ingérences étatiques⁵⁵⁷. Elle entérine par la même occasion ce truchement en déclarant que « *la*

⁵⁴⁹ P. WACHSMANN, « La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 243.

⁵⁵⁰ M. DELMAS-MARTY, « Légalité pénale et prééminence du droit selon la CEDH », in *Droit pénal contemporain. Mélanges André VITU*, Cujas, Paris, 1984, p. 150-167, spéc. p. 154.

⁵⁵¹ *Infra*, n° 265.

⁵⁵² CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §58 (GACEDH, 2019, n° 51).

⁵⁵³ « *Les requérants ne prétendent pas que les termes "prévu par la loi" exige pareil texte dans leurs cas ; ils ne leur semblent nécessaire que si [...] les règles de la Common law sont incertaines au point de ne pas correspondre au concept consacré, d'après eux par ces termes : le principe de sécurité juridique* », la Cour excluant une telle référence dans sa motivation au paragraphe 49, se contentant de retenir que « *la loi doit suffisamment accessible [...] et [...] à même de prévoir [...] les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé* », CEDH, Ch., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, req. n° 6538/74, série A. 30, §47 (JDI, 1980, 471, obs. P. ROLLAND).

⁵⁵⁴ « *Elle a essentiellement pour objet de protéger l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics dans sa vie privée ou familiale* », CEDH, Plén., 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique, dite « Affaire linguistique Belge »*, req. n° 1474/62, série A. 6, §7 (GACEDH, 2019, n° 9). Ainsi, « *interpréter les mots "vie privée" et "domicile" [...] répondrait à l'objet et au but essentiel de l'article 8 : prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires* », CEDH, Ch., 16 décembre 1992, *Niemeitz c. Allemagne*, req. n° 13710/88, § 31 (AFDI, 1992, p. 629, obs. V. COUSSIRAT-COSTERE ; RTDH, 1993, p. 410, chron. P. LAMBERT et F. RIGAUX, n° 47).

⁵⁵⁵ CEDH, Plén., 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, req. n° 8691/79, série A. 82, §83. Voy. également CEDH, Ch., 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, req. n° 5029/71, série A. 28, §§55-60 (JDI, 1980, 463, obs. P. ROLLAND) ; CEDH, Ch., 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, req. n° 11801/85, série A. 176-A, §§27-38 (GACEDH, 2019, n° 5) et CEDH, Ch., 24 avril 1990, *Huvig c. France*, req. n° 11105/84, série A. 176-B, §30. Plus récemment voy. CEDH, 3 mai 2015, *Pruteanu c. Roumanie*, req. n° 30181/05, §§43-58.

⁵⁵⁶ CEDH, Plén., 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, req. n° 8691/79, série A. 82, §67.

⁵⁵⁷ P. WACHSMANN, « La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 253.

“loi” irait à l’encontre de la prééminence du droit si le pouvoir d’appréciation accordé à l’exécutif ne connaissait pas de limites. En conséquence, elle doit définir l’étendue et les modalités d’exercice d’un tel pouvoir avec une netteté suffisante [...] pour fournir à l’individu une protection adéquate contre l’arbitraire »⁵⁵⁸. La prééminence du droit nécessite donc la mise en place d’un degré de prévisibilité légale suffisant pour pallier un éventuel risque d’arbitraire dans la mise en œuvre de l’ingérence⁵⁵⁹. Or, si la sécurité juridique n’est pas mentionnée dans l’arrêt, elle est dissimulée dans les composantes objectives de la qualité de la loi. De plus, la prohibition de l’arbitraire ne s’applique pas seulement à l’encontre des normes juridiques des États et des ingérences législatives, mais également à l’égard du pouvoir d’appréciation des autorités exécutives et judiciaires⁵⁶⁰. En effet, « la prééminence du droit serait vaine si la règle pouvait se borner à permettre à ses autorités d’apporter aux droits reconnus par la Convention des limitations dont elles décideraient librement [...] ; il faut donc vérifier que la compétence conférée comporte un minimum de limites, que la jurisprudence aussi bien que la règle écrite peuvent tracer »⁵⁶¹. Par cette « vérification », la Cour associe à la prééminence du droit des principes qui seront ensuite transvasés dans la sécurité juridique. Dans l’arrêt *Hornsby contre Grèce*⁵⁶², la sécurité juridique n’est pas mentionnée dans la lettre de l’arrêt. Elle est cependant ancrée dans la motivation du juge au travers de l’examen du respect de l’autorité de chose jugée, qui impose que toute décision de justice donnée par un tribunal de manière définitive ne puisse plus être remise en cause⁵⁶³. Cet ancrage qui sera reconnue explicitement dans l’arrêt *Brumărescu*⁵⁶⁴.

123. À ce stade, le principe de sécurité juridique subsiste de manière souterraine dans la jurisprudence, éclipsée par la prééminence du droit. Il s’apparente de la sorte à une sorte de coquille vide dont le rôle se cantonne à la concrétisation de son principe-mère. Cependant, les différents raccords des sens traditionnellement attribués à la sécurité juridique à la prééminence lancent les premiers germes conceptuelle du principe « au sens de ». L’arrêt *Brumărescu*⁵⁶⁵,

⁵⁵⁸ CEDH, Ch., 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, op. cit., §68.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, §79.

⁵⁶⁰ CEDH, Ch., 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, req. n° 5029/71, série A. 28, §55 (JDI, 1980, 463, obs. P. ROLLAND).

⁵⁶¹ P. WACHSMANN, « La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », op. cit., p. 265.

⁵⁶² CEDH, Ch., 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, req. n° 18357/91, § 40 (GACEDH, 2019, n° 33).

⁵⁶³ *Infra*, n° 144.

⁵⁶⁴ CEDH, Gde. Ch., 28 octobre 1999, *Brumărescu c. Roumanie*, req. n° 28342/95, Rec. 1999-VII, §62, (JCP G, 2000, I, 203, 10, obs. F. SUDRE)

⁵⁶⁵ La Cour se référant fréquemment au « principe de sécurité juridique » dans sa jurisprudence, notre propos tend à se concentrer sur son contenu substantiel, préférant axer notre analyse sur « la notion » de sécurité juridique. Sur la qualification de principe, voir *infra*, n° 167 et suiv.

adopté en 1999, sonne alors la fin de cette relation symbiotique, et ouvre une voie émancipatrice propice à l'autonomisation du principe.

B- L'autonomisation progressive de la sécurité juridique

124. Étymologiquement issu du latin *auto* – soi-même – et *nomos* – la règle ou la loi – l'autonomie se définit par la « *capacité de quelqu'un à être autonome ou à ne pas être dépendant d'autrui, qui confectionne ou évolue indépendamment d'autre chose* »⁵⁶⁶. D'un point de vue philosophique, elle désigne la capacité pour un « *individu à être soi-même* »⁵⁶⁷ en étant en quelque sorte l'auteur de sa propre loi, indépendamment des contraintes extérieures. Précisément, dans le cadre de cette étude, l'autonomie d'une notion ou d'un concept s'apprécie au regard de sa capacité à évoluer seul(e) dans un environnement juridique, se caractérisant par un sens (autonomie conceptuelle) et des fonctionnalités (autonomie fonctionnelle) qui lui sont propres. Cette autonomisation n'exclut pas l'existence d'un lien de subordination ou de dépendance avec sa source conceptuelle, à condition que la notion puisse bénéficier d'un champ conceptuel dans laquelle s'épanouir et trouver son identité, à l'instar du principe conventionnel de sécurité juridique.

125. L'effort de systématisation des composantes de la prééminence du droit et leur transfert dans le champ conceptuel de la sécurité juridique ont renforcé l'autonomisation fonctionnelle de la notion (1°). Par la théorie de l'inhérence, la Cour étend le domaine matériel de la sécurité juridique en lui offrant la possibilité de déployer progressivement ses bienfaits à une multitude de dispositions conventionnelles qui entérine définitivement son émancipation (2°). S'étendant à l'ensemble du droit de la Convention, le principe acquiert une autonomie fonctionnelle qui participe à la construction de son identité en affirmant consécutivement son autonomie conceptuelle.

1°) Un détachement croissant avec son principe-mère

126. Du fait de la place essentielle dont il dispose dans la prééminence du droit⁵⁶⁸, l'article 7 constitue un terreau propice à l'enrichissement conceptuelle de la sécurité juridique.

⁵⁶⁶ *Dictionnaire Poche Larousse*, Larousse, Paris, 2019, éd., 2020, p. 60.

⁵⁶⁷ M. FOESSEL, Kant ou les vertus de l'autonomie, *Études*, 2011/3, t. 414, p. 341-351.

⁵⁶⁸ « *La garantie que consacre l'article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de la protection de la Convention* », CEDH, Ch., 22 novembre 1995, *S.W c. Royaume-*

Initialement, le juge strasbourgeois faisait uniquement référence à la prééminence du droit, d'abord implicitement dans l'arrêt *Kokkinakis contre Grèce*⁵⁶⁹, lorsque la Cour affirme que la loi pénale ne peut s'appliquer « *de manière extensive au détriment de l'accusé notamment par analogie* »⁵⁷⁰, puis explicitement dans l'arrêt *S.W contre Royaume-Uni*⁵⁷¹, lorsque le juge impose que l'infraction pénale « *soit clairement définie par la loi* »⁵⁷² dans la continuité du principe de la légalité des délits et des peines adjoint au principe de sécurité juridique⁵⁷³. Dans l'arrêt *Ecer et Zeyrek contre Turquie*⁵⁷⁴, si le juge réitère la prééminence du droit comme le fondement essentiel de l'article 7, elle insère la notion de sécurité juridique avant l'appréciation de la clarté et de la prévisibilité de l'infraction en affirmant que « *le principe de la sécurité juridique [commande] que les actes constitutifs de cette infraction [...] y soient clairement énoncés* »⁵⁷⁵. Le principe de non-rétroactivité de la loi pénale – consacré à l'article 7§1 – témoigne lui aussi de cette corrélation naturelle entre prééminence du droit et sécurité juridique. Son principe dérogatoire – la rétroactivité *in mitius* – se fonde aussi sur la sécurité juridique dans l'arrêt *Scoppola contre Italie*⁵⁷⁶. L'opinion concordante des juges jointe à l'arrêt met en relief un tel raisonnement en affirmant que « *les principes de la sécurité juridique, de la prééminence du droit et de la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère imposent aux autorités de ne pas appliquer au détriment d'un accusé, une loi qui ne pouvait pas être connue au moment du prononcé du jugement* »⁵⁷⁷. C'est dire si la sécurité constitue un élément consubstantiel au contrôle opéré dans le cadre de l'article 7⁵⁷⁸.

127. De surcroît, le transfert et l'incorporation des principes de l'autorité de chose jugée et de la bonne administration de la justice dans le champ conceptuel de la sécurité juridique – qui proviennent – originellement de la prééminence du droit – met pareillement en évidence l'affranchissement de la notion par rapport à son principe source. Dans l'arrêt *Hornsby* précité,

Uni, req. n° 20166/92, série A. 335-B, §§34-35 (*GACEDH*, 2019, n° 38) ; CEDH, Ch., 22 novembre 1995, *C.R c. Royaume-Uni*, req. n° 20190/92, série A. 245.

⁵⁶⁹ CEDH, Ch., 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, req. n° 14307/88 (*GACEDH*, 2019, n° 56).

⁵⁷⁰ *Ibid.*, §52.

⁵⁷¹ CEDH, 22 novembre 1995, *S.W c. Royaume-Uni*, req. n° 20166/92, série A. 335-B, §§34-35 (*GACEDH*, 2019, n° 38).

⁵⁷² *Ibid.*, §§4-35.

⁵⁷³ *Infra*, n° 502 et suiv.

⁵⁷⁴ CEDH, 27 mai 2001, *Ecer et Zeyrek c. Turquie*, req. n° 29295/95 et 29363/95, Rec. 2001-II. Voy. également concernant l'interprétation jurisprudentielle d'une condamnation pénale CEDH, 22 juillet 2003, *Gabbari Moreno c. Espagne*, req. n° 68066/01. Pour une application récente en matière d'infraction continue, voy. CEDH, 27 janvier 2015, *Rohlana c. République Tchèque*, req. n° 59552/08, §57.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, §33.

⁵⁷⁶ CEDH, Gde. Ch., 17 décembre 2009, *Scoppola c. Italie (n° 2)*, req. n° 10249/03. Voy. *infra*, n° 506.

⁵⁷⁷ Opinion concordante du juge MALINVERNINI, à laquelle se rallient les juges CABRAL BARRETO et ŠIKUTA, jointe à l'arrêt *Scoppola*, *op. cit.*

⁵⁷⁸ C. SALVIEJO, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, *op. cit.*, 2003. p. 83.

la Cour ne fait pas seulement référence à l'autorité de chose jugée, mais également au principe de bonne administration de la justice, qu'elle mentionne comme un « *élément de l'État de droit* » qui serait inefficace si l'administration n'exécutait pas les décisions de justice⁵⁷⁹. Recouvrant l'ensemble des mécanismes matériels et substantiels que doit avoir une justice pour être bien administrée⁵⁸⁰, ce principe sera raccordé postérieurement à la sécurité juridique dont il constitue désormais l'un des éléments substantiels⁵⁸¹ notamment en matière de réglementation afférente aux délais de recours qui vise selon une formule célèbre « *à assurer la bonne administration de la justice et le respect, en particulier, du principe la sécurité juridique* »⁵⁸².

128. Enfin, en dehors de l'agrégation de principes susmentionnés, la volonté d'autonomisation du juge se manifeste par la place réservée à l'examen de la sécurité juridique dans la motivation de certains arrêts, faisant l'objet d'une sorte d'aparté spécifique et distinct lui permettant de devenir « *une véritable garantie matérielle autonome* »⁵⁸³. Dans l'arrêt *Salov contre Roumanie*⁵⁸⁴, la Cour consacre une partie de sa motivation au respect de la sécurité juridique afin d'examiner le degré d'arbitraire résultant de la requête tardive en révision effectuée par le pouvoir exécutif sur un jugement définitif. Aussi, dans l'arrêt *Stanca Popescu contre Roumanie*⁵⁸⁵ qui, elle, porte sur la remise en cause d'un jugement ordonnant la restitution du terrain de la requérante, le juge européen examine « *la violation alléguée de l'article 6§1 de la Convention à raison de l'atteinte alléguée au principe de la sécurité des rapports juridiques* »⁵⁸⁶. Dernier exemple, dans l'arrêt *Oleksandr Volkov contre Ukraine*⁵⁸⁷, le juge examine la conventionnalité des délais de prescription à l'aune des exigences conventionnelles

⁵⁷⁹ CEDH, Ch., 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, req. n° 18357/91, §39 (*GACEDH*, 2019, n° 33).

⁵⁸⁰ N. LAVAL, *La bonne administration de la justice*, *LPA*, 1999, n° 160 p. 12.

⁵⁸¹ L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, 2006, p. 222.

⁵⁸² CEDH, Ch., 28 octobre 1998, *Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne*, req. n° 28090/95, §45 (*Dalloz*, 1999, obs. N. FRICERO) ; CEDH, 25 janvier 2000, *Miragall Escolano et autres c. Espagne*, req. n° 38366/97 et suiv., Rec. 2000-I, §33 ; voy. plus récemment, CEDH, 30 juin 2016, *Duceau c. France*, req. n° 29151/11, §36.

⁵⁸³ X. SOUVIGNET, *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 220.

⁵⁸⁴ CEDH, 6 septembre 2005, *Salov c. Ukraine*, req. n° 65518/01, Rec. 2005-VIII, §§93-97. En l'espèce, la Cour examine spécifiquement la « *sécurité juridique, prééminence du droit et présomption d'innocence* ». Voy. également CEDH, 15 novembre 2011, *Sivova et Koleva c. Bulgarie*, req. n° 30383/03, §§66-75. Pour cet arrêt, voir *supra*, n° 617.

⁵⁸⁵ CEDH, 7 juillet 2009, *Stanca Popescu c. Roumanie*, req. n° 8727/03.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, §§94-108.

⁵⁸⁷ CEDH, 27 mai 2013, *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, Rec. 2013-I, req. n° 21722/11. En l'espèce les délais de prescription avaient instauré pour limiter temporellement les sanctions disciplinaires des magistrats. Sur la conventionnalité des délais de prescription, voy. *infra*, n° 308 et suiv.

du procès équitable, et plus particulièrement, au regard du « *respect du principe de la sécurité juridique* » concluant *in fine* à la violation de l'article 6§1 sur ce fondement⁵⁸⁸.

2°) Son déploiement subséquent dans l'ensemble de la jurisprudence

129. Globalement, cette étude rejoint l'opinion du Professeur Xavier SOUVIGNET selon laquelle « *l'autonomie du principe de sécurité juridique [...] ne s'exerce qu'à l'égard du texte conventionnel, et notamment de ses dispositions ; pas à l'égard de la prééminence du droit* »⁵⁸⁹. Cependant, si cet auteur en conclut logiquement à l'existence d'une subordination conceptuelle, un tel lien n'est pas obligatoirement incompatible avec ce processus d'autonomisation. En effet, le développement d'un champ d'application propre à la sécurité juridique lui permet de devenir un « *principe actif* »⁵⁹⁰ dans la jurisprudence. La Cour l'utilise d'ailleurs en dehors de toute référence à la prééminence du droit. Selon nous, si l'autonomisation ne doit pas être perçue comme synonyme d'indépendance, elle n'est pas non plus synonyme de subordination. Cela ne lui empêche pas de conserver un assujettissement conceptuel avec son principe matriciel. Elle confère la possibilité à une notion ou un principe de s'épanouir dans un domaine particulier avec les instruments dérivés qui lui sont propres et favorisent l'apparition d'un noyau dur sémantique. La notion de sécurité juridique se divise alors en une pléthore de déclinaisons qui lui permet « *d'intégrer des aspects spécifiques au droit de la CEDH, compte tenu du contexte dans lequel elle est appelée à se déployer* »⁵⁹¹.

130. C'est donc par l'autonomisation que la sécurité juridique poursuit son émancipation en dehors des sentiers habituels de la prééminence du droit, concourant ainsi à son arborescence sémantique. Ainsi déploie-t-elle ses premiers effets dans le champ de l'article 1 du Protocole n° 1, dans lequel elle est désormais un instrument de mesure de la légalité et de la validité conventionnelle de l'acte ou du titre de propriété. Dans le contentieux massif de l'expropriation indirecte, la Cour a d'abord fondé l'analyse de la conventionnalité de l'ingérence sur le principe de la prééminence du droit. Néanmoins, à partir de l'affaire *Pasculli contre Italie*⁵⁹², le juge se fonde exclusivement sur la sécurité juridique pour contrôler la légalité de l'ingérence. Constatant que « *l'absence d'un acte formalisant l'expropriation et intervenant au plus tard au moment*

⁵⁸⁸ *Ibid.*, §§132-147.

⁵⁸⁹ X. SOUVIGNET, *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 209.

⁵⁹⁰ B. MATHIEU, Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique, *CCC*, 2001, n° 11.

⁵⁹¹ M. DE SALVIA, La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*

⁵⁹² CEDH, 17 mai 2005, *Pasculli c. Italie*, req. n° 36818/97.

où le propriétaire a perdu toute maîtrise du bien, l'élément qui permettra de transférer au patrimoine public le bien occupé et d'atteindre une sécurité juridique est le constat d'illégalité de la part du juge, valant déclaration de transfert de propriété », la Cour exclut un tel régime d'une « expropriation en bonne et due forme » car ce dernier n'offre pas « un degré suffisant de sécurité juridique »⁵⁹³ en l'absence d'acte formel qui engendre une imprévisibilité légale au détriment des droits de la requérante. Plus rarement, la sécurité juridique se retrouve au sein des droits politiques protégés par l'article 3 du Protocole n° 1 de la Convention concernant les conditions d'éligibilité en matière électorale⁵⁹⁴. Présente dans l'arrêt *Ždanoka contre Lettonie*⁵⁹⁵ concernant le retrait de la requérante sur les listes électorales pour défaut de connaissance suffisante de la langue officielle du pays, la Cour n'hésite pas à condamner l'État au regard de l'application de ce critère d'éligibilité, jugés en l'espèce trop restrictif et par conséquent incompatible avec « l'équité procédurale et la sécurité juridique »⁵⁹⁶.

131. Après avoir « dégagé » son principe, la Cour a procédé à sa consolidation et son remodelage sémantique au gré de son interprétation jurisprudentielle, aboutissant *in fine* à l'élaboration d'un principe « au sens » du droit de la Convention.

2§) La consolidation d'un principe « au sens » de

132. La sécurité juridique au sens conventionnel présente des similarités communes avec les autres approches analysées précédemment. D'abord, elle s'exprime au travers d'une multitude de formes et d'expressions, la Cour considérant tour à tour la sécurité juridique comme un « principe »⁵⁹⁷, un « principe général »⁵⁹⁸, un « souci »⁵⁹⁹, une « exigence »⁶⁰⁰ ou encore un « intérêt »⁶⁰¹. En outre, la sécurité juridique conventionnelle s'illustre par une polysémie complexe retraçant une pluralité de significations répertoriées entre sa dimension

⁵⁹³ *Ibid.*, §§89-94.

⁵⁹⁴ CEDH, 19 octobre 2004, *Melnitchenko contre Ukraine*, req. n° 17707/02, Rec. 2004-X, §45.

⁵⁹⁵ CEDH, Gde. Ch., 16 mars 2006, *Ždanoka c. Lettonie*, Rec. 2006-IV, req. n° 58278/00 (*GACEDH*, 2019, n° 65) ; voy. plus récemment CEDH, *G.K. c. Belgique*, 21 mai 2019, req. n° 58302/10, §53 (*RTDH*, 2019, n° 120, note. T. GAUDIN).

⁵⁹⁶ *Ibid.*, §107.

⁵⁹⁷ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §58 (*GACEDH*, 2019, n° 51).

⁵⁹⁸ CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, §56.

⁵⁹⁹ Cette expression est notamment récurrente dans les opinions séparées des juges, qui n'hésitent pas à proposer ou à mettre en exergue les améliorations ou défaillances de la jurisprudence de la Cour, voy. par ex. : opinion séparée du juge ZAGREBELSKY, sous l'affaire CEDH, Gde. Ch., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara*, req. n° 34503/97 (*GACEDH*, 2019, n° 64), concernant l'encadrement des revirements de jurisprudence, ou encore l'opinion concordante du juge Costa sous l'affaire CEDH, 21 mai 2005, *Enhorn c. Suède*, req. n° 56529/00, dans le cadre de l'article 5.

⁶⁰⁰ CEDH, Gde. Ch., 5 juillet 2016, *Jeronovičs c. Lettonie*, req. n° 44898/10, §58.

⁶⁰¹ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §58 (*GACEDH*, 2019, n° 51).

objective liée à la stabilité et la prévisibilité du système conventionnel, et sa dimension subjective ; liée à la protection des droits fondamentaux. Par voie de conséquence, elle se construit autour d'un rapport de dérivation semblable à celui existant en droit de l'Union européenne ou en droit allemand⁶⁰², dérivation qui est à l'origine de l'arborescence sémantique et conceptuelle du principe.

133. Si certains aspects traduisent une construction sémantique inspirée du sens européenisé, d'autres sont exemplaires des transformations substantielles consécutives à son insertion dans le droit de la Convention. À cet égard, la Cour de Strasbourg mixte la conception globalisée des différentes approches nationales avec sa propre conception de la notion, favorisant de la sorte une convergence perfectionnée de la multitude de sens attribués à la sécurité juridique, et qui, par suite, est reprise par les juges « naturels » de la Convention. Le sens objectif de la sécurité juridique conventionnelle traduit un fort degré de convergence avec la conception européenisée du principe, puisque la Cour instaure un standard élevé de la qualité des lois au travers de la prévisibilité et la stabilité **(A)**. Cependant, le sens subjectif de la sécurité conventionnelle se démarque quelque peu par rapport aux autres droits européens. En effet, grâce à une interprétation constructive, la Cour développe une approche individualiste de la sécurité juridique fortement inspirée des racines germaniques du principe. Se dissociant pour partie de la vision internationale de la sécurité juridique (axée sur les États souverains) elle adopte une position centrée sur la sécurité juridique subjective individuelle, qui s'ancre dans l'essence même du système de la Convention qu'est la protection effective des droits fondamentaux **(B)**.

A- La réappropriation prétorienne du sens objectif

134. Le premier sens attribué à la sécurité juridique en droit de la Convention est celui de la prévisibilité de la « loi » que la Cour intègre au contrôle de la légalité des ingérences ou des restrictions étatiques⁶⁰³. Dans cette optique, la sécurité juridique se décline autour des composantes traditionnelles de la légalité comme l'accessibilité, la prévisibilité, la clarté ou encore la précision **(1°)**. Synonyme également de stabilité juridique, cette facette de la sécurité

⁶⁰² C'est ce rapport de dérivation qui donne naissance à ce que cette étude nomme les dérivés ou les déclinaisons du principe.

⁶⁰³ C'est le cas des articles contenant une clause d'ordre public : l'article 2 (droit à la vie), article 7§1 (non-rétroactivité de la loi pénale), article 7 (principe de légalité des délits et des peines) et les paragraphes 2 des articles 8 à 11 (droit au respect de la vie familiale, liberté de pensée, de conscience et de religion, liberté d'expression et liberté de réunion et d'association).

juridique pourrait se heurter à l'essence évolutive de l'office de la Cour européenne, et former un obstacle à son dynamisme interprétatif. Pourtant, son intégration lui confère aux déclinaisons objectives de nouvelles perspectives, aboutissant à une vision perfectionnée et réadaptée de la légalité européenne (2°).

1°) Le perfectionnement des déclinaisons liées à la qualité de la « base légale »

135. Consécutivement au phénomène d'acculturation juridique, le juge a adopté une conception hybride entre la tradition continentale (conception formaliste) et la tradition de *Common law* (conception matérielle) précisant dans l'arrêt *Sunday Times contre Royaume-Uni*⁶⁰⁴ que le mot « loi » englobe à la fois le droit écrit et le droit non écrit entrant dans la catégorie des notions « autonomes »⁶⁰⁵. Cette approche matérielle permet à la Cour d'apprécier le contenu réel et effectif de la norme nationale, finalement peu regardante quant à son aspect formel⁶⁰⁶. Le juge a pu accorder le label de « loi » à des textes normatifs de portée générale tels que les règlements pénitentiaires⁶⁰⁷, une circulaire ministérielle⁶⁰⁸ ou encore un code de déontologie⁶⁰⁹. L'expression « prévue par la loi » implique également un contrôle substantiel. Dans l'arrêt *Sunday Times*⁶¹⁰, la Cour explicite les critères de sélection permettant à une loi nationale de satisfaire aux exigences inhérentes à la « qualité de loi ». Selon la Cour, « *il faut que la loi soit suffisamment accessible : le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas*

⁶⁰⁴ CEDH, Ch., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, req. n° 6538/74, série A. 30, §§47-59 (JDI, 1980, 471, obs. P. ROLLAND).

⁶⁰⁵ F. SUDRE, « Le recours aux notions autonomes », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit & Justice », 1998, p. 93-131.

⁶⁰⁶ Une exception peut toutefois être retenue s'agissant de l'exigence liée à un « tribunal établi par la loi » imposée dans le cadre de l'article 6§1, où la Cour adopte une position plus restrictive de la conception de « loi ». Plutôt réservée dans l'arrêt *Zand contre Autriche*, la Commission avait reconnu la conventionnalité de la base légale en l'espèce quant à la création du tribunal autrichien créé par décret ministériel sur le fondement d'une loi législative, précisant que cette disposition est « conforme à la Convention, et ce d'autant plus que l'article 6§1 de la Convention ne prescrit pas de quelle manière le législateur doit pourvoir à la création des tribunaux », Comm EDH, 16 mai 1977, *Zand c. Autriche*, req. n° 7360/76, D.R. 15. Depuis, la Cour a retenu une conception stricte de la loi estimant que « l'introduction du terme "établi par la loi" dans l'article 6 de la Convention a pour objectif d'éviter que l'organisation du système judiciaire [...] ne soit laissée à la discrétion de l'Exécutif et de faire en sorte que cette matière soit régie par une loi du Parlement », CEDH, 22 juin 2000, *Coëme et autres c. Belgique*, req. n° 32492/96 et suiv., Rec. 2000-VII, §98, ainsi que l'opinion concordante du juge concordante du Juge CONFORTI jointe à l'arrêt.

⁶⁰⁷ Voy. par ex. CEDH, Plén., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, série A. 18, §44 (GACEDH, 2019, n° 27) ; CEDH, Ch., 25 mars 1983, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 5947/7 et suiv., série A. 61, §95.

⁶⁰⁸ CEDH, Ch., 19 décembre 1994, *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi c. Autriche*, req. n° 15153/89, série A. 302, §§30-31.

⁶⁰⁹ CEDH, 25 mars 1985, *Barthold c. Allemagne*, req. n° 8734/79, série A. 90, §46.

⁶¹⁰ CEDH, Ch., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, req. n° 6538/74, série A. 30, §§47-50 (JDI, 1980, 471, obs. P. ROLLAND).

donné. En second lieu, on ne peut considérer comme une “loi” qu’une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s’entourant de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d’un acte déterminé ».

136. En écho au sens européen de sécurité juridique, l’accessibilité en droit de la Convention comprend les deux visages de l’accessibilité matérielle et de l’accessibilité substantielle. Peu exigeante pour la première, la Cour se contente d’une simple publication de la règle de droit. À ce titre, la Cour a pu condamner l’État français pour le maintien en détention d’étrangers en zone de transit en raison d’une circulaire ministérielle non publiée⁶¹¹. *A contrario* dans une affaire suisse⁶¹², le juge a admis qu’un règlement international de radio télécommunication non publié au journal officiel suisse n’est pas constitutif d’une entrave à son accessibilité. À propos de l’accessibilité intellectuelle, la Cour se montre en revanche plus attentive dans l’exercice de son contrôle⁶¹³, celle-ci veillant à ce que le requérant dispose d’éléments suffisants pour que le contenu de la règle de droit soit portée à sa connaissance⁶¹⁴, et ce qu’il s’agisse d’une loi écrite⁶¹⁵ ou jurisprudentielle⁶¹⁶.

137. L’essentiel du contrôle de la qualité de la loi réside dans le degré « raisonnable »⁶¹⁷ de la prévisibilité de la base légale litigieuse. Elle s’apprécie au regard de sa clarté et de sa précision, parfois indépendamment de l’examen de l’accessibilité⁶¹⁸. Selon la jurisprudence, la « loi » doit « user de termes assez clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions » elle habilite la puissance publique à porter atteinte à un droit protégé par la Convention⁶¹⁹. En d’autres termes, le requérant doit disposer de la

⁶¹¹ CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, req. n° 19776/92, Rec. 1996-III, §§50-54 (*JCP G*, 1997, I, 4000, n° 11, obs. F. SUDRE)

⁶¹² CEDH, Plén., 28 mars 1990, *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, req. n° 10890/84, §68 (*JDI*, 1990, 719, obs. P. ROLLAND) ; CEDH, 22 mai 1990, *Autronic AG c. Suisse*, série A. 178, req. n° 12726/87, §§54-57.

⁶¹³ La Cour se montre moins indulgente à l’égard de certains requérants, en particulier pour les professionnels peu diligents qui ont à leur disposition les moyens nécessaires pour se renseigner sur les règles de droit qui leur sont applicables, et adopter leur comportement conséquence. Sur la responsabilisation des requérants professionnels à l’encontre de leur sécurité juridique subjective, voir infra, n° 567 et 578.

⁶¹⁴ CEDH, Ch., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, req. n° 6538/74, série A. 30, §§47-50 (*JDI*, 1980, 471, obs. P. ROLLAND).

⁶¹⁵ CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, req. n° CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, req. n° 19776/92, Rec. 1996-III, §53 (*JCP G*, 1997, I, 4000, n° 11, obs. F. SUDRE).

⁶¹⁶ CEDH, Ch., 25 mars 1983, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 5947/7 et suiv., série A. 61, §88 ; CEDH, Ch., 24 mai 1988, *Müller et autres c. Suisse*, req. n° 10737/84, série A. 133, §29 (*GACEDH*, 2019, n° 59).

⁶¹⁷ Voy. par ex. en matière pénale sur le degré « raisonnable » de prévisibilité de l’infraction : CEDH, 22 novembre 1995, *S.W c. Royaume-Uni*, req. n° 20166/92, série A. 335-B, §36 (*GACEDH*, 2019, n° 38) ; CEDH, 10 octobre 2006, *Pessino c. France*, req. n° 40403/02 §35 (*AJDA*, 2009, 1164, note B. PACTEAU).

⁶¹⁸ Voy. par ex. CEDH, Ch., 25 mars 1998, *Kopp c. Suisse*, req. n° 23224/94, §62.

⁶¹⁹ CEDH, Plén., 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, req. n° 8691/79, série A. 82, §67 ; CEDH, Ch., 25 juin 1997, *Halford c. Royaume-Uni*, req. n° 20605/92, §49 ; CEDH, 21 juin 2016, *Oleynik c. Russie*, req. n° 23559/07, §74.

capacité de prévoir sa conduite pour bénéficier d'une protection adéquate et effective contre l'arbitraire⁶²⁰. La prévisibilité comprend également l'impératif de précision de la loi. Ce dernier se manifeste de manière éloquente dans le cadre de l'article 7§1 au travers des principes de légalité des délits des peines. Par exemple, dans son arrêt de principe *Kokkinakis contre Grèce*⁶²¹, le juge énonce « *qu'une infraction doit être clairement définie par la loi. Cette condition se trouve remplie lorsque l'individu peut savoir, à partir du libellé de la clause pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité* ». La Cour a pu également condamner des lois fiscales internes qui ne répondaient pas aux exigences de « *précision et de prévisibilité qu'implique la notion de loi au sens de la Convention* »⁶²².

138. Outre la précision de la loi, la Cour examine la clarté et la cohérence de la « loi », le droit français ayant notamment fait l'objet de maintes condamnations sur ce fondement. Dans la fameuse affaire *Geoffre de la Pradelle*⁶²³, si la Cour reconnaît que si les règles de publicité collectives poursuivent un objectif de stabilité des rapports juridiques, elle pointe cependant « *l'extrême complexité du droit positif* » résultant de la législation afférente à la protection des sites historiques. Elle dénonce notamment « *un état d'insécurité juridique* » quant à la nature du décret de classement nécessaire à la saisine de la juridiction compétente ainsi qu'au mode de calcul du délai de recours. En conséquence, la législation française n'offrait pas selon la Cour une « *cohérence et une clarté suffisante* », empêchant dès lors le requérant de bénéficier d'un accès concret et effectif au droit. Aussi, le manque de cohérence et de clarté d'indemnisation du régime des hémophiles contaminés par le virus du Sida par transfusion sanguine a été sanctionné par la Cour européenne⁶²⁴. Dans les arrêts *Bellet contre France, F.E et Lagrange*⁶²⁵, la Cour s'intéresse au point de vue du requérant au moment de l'acceptation de l'offre du fonds d'indemnisation et sur sa capacité à mesurer les conséquences d'une telle

⁶²⁰ Voy. par ex. CEDH, 26 mars 2003, *Léander c. Suède*, req. n° 9248/81, série A 116, §51; CEDH, 24 mars 1988, *Olsson c. Suède (n° 1)*, série A. 130, req. n° 10465/83 (*JDI* 1989, 789, obs. P. TAVERNIER).

⁶²¹ CEDH, Ch., 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, req. n° 25/05/1993, §52 (*GACEDH*, 2019, n° 56).

⁶²² CEDH, Ch., 22 septembre 1994, *Hentrich c. France*, req. n° 13616/88, §42 (*JCP G*, 1995, I, 3823, n° 41 et 51, chron. F. SUDRE). Sur l'imprécision de la notion de révélation et de donataire en matière d'impositions et de compatibilité afférentes aux dons perçue par des associations, voy. CEDH, 30 septembre 2011, *Association les Témoins de Jéhovah c. France*, req. n° 8916/05 §§68-72.

⁶²³ CEDH, Ch., 19 décembre 1992, *Geoffre de la Pradelle, c. France*, req. n° 12964/87, §37 (*Dalloz*, 1993, 562, note F. BENOIT-ROHMER).

⁶²⁴ Ce contentieux a engendré de profondes modifications en droit interne, en particulier dans la jurisprudence de la Cour de cassation, voy. Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 2006, *Consorts D.*, *Bull. civ I*, n° 179 (*JCP. G*, 200, I, 280, chron. G VINEY). Pour une analyse plus détaillée, voy. A. DEBET, *L'influence de la CEDH sur le droit civil*, Dalloz, Paris, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèse », 2002, p. 176.

⁶²⁵ CEDH, *Bellet c. France*, req. n° 23805/94, §§28-38 (*AJDA*, 1996, obs. J-F. FLAUSS); CEDH, Ch., 30 octobre 1998, req. n° 38212/97, §§41-48 (*RTD Civ.*, 1999, p. 490, obs. J-P MARGUENAUD, J. RAYNARD); CEDH, 10 octobre 2000, *Lagrange c. France*, req. n° 39485/9, §§24-32.

décision, pour constater que son choix procédural l'a privé de toute action parallèle en demande d'indemnisation pour le préjudice subi. Si le juge rappelle que l'effectivité du droit d'accès demande qu'un individu jouisse d'une « *possibilité claire et concrète de contester un acte constituant une ingérence dans ses droits* », la Cour souligne qu'au regard de travaux préparatoires et de la loi, le requérant pouvait « *raisonnement croire* » à ses possibilités d'introduire d'autres actions aux fins d'indemnisation. La Cour condamne subséquemment le droit français en raison du « *manque de clarté* » évident de sa législation, qui n'a pas empêché d'éviter un « *malentendu quant aux modalités d'exercice des recours offerts et aux limitations découlant de leur exercice simultanée* ». Si la Cour n'y fait pas expressément mention, c'est bien la sécurité juridique objective – notamment procédurale – qui est en réalité examinée en l'espèce⁶²⁶.

139. Enfin, les exigences liées à la qualité de la « loi » ont été transposées au sein même du système conventionnel dans le cadre « du bref exposé de la loi », *condition sine qua non* de la validité des réserves émises par les États parties au titre de l'article 57§1 de la Convention⁶²⁷. Dans son arrêt de principe *Belilos contre Suisse*⁶²⁸, la Cour soumet ces réserves au respect des exigences de clarté et de précision en appréciant leur degré de généralité formelle. En prohibant de la sorte des termes trop « *vagues ou amples pour que l'on puisse en apprécier le sens et le champ d'application* », ceci garantit aux États parties à la Convention « *que la réserve ne va pas au-delà des dispositions explicitement écartées* »⁶²⁹, ces déclinaisons forment donc les conditions de validité substantielle de la réserve⁶³⁰.

⁶²⁶ « “La clarté” étant assimilable à l'impératif de qualité du droit et les “garanties destinées à éviter un malentendu” à l'impératif de prévisibilité du droit », L. MILANO, *Le droit d'accès à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 286-287. L'appréciation de ces exigences de « clarté » et de « garanties » seront rattachées postérieurement à l'examen de la qualité de la loi et de la sécurité juridique, voy. CEDH, Ch., 28 octobre 1998, *Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne*, req. n° 28090/95, §45 (*Dalloz*, 1999, obs. N. FRICERO) et *infra*, n° 266-268.

⁶²⁷ « Tout État peut, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article. Toute réserve émise conformément au présent article comporte un bref exposé de la loi en cause ».

⁶²⁸ CEDH, 29 avril 1988, *Belilos c. Suisse*, req. n° 10328/83, série A. 132 (*RGDIP*, 1989, 273, note G. COHEN-JONATHAN) ; CEDH, Ch., 25 août 1993, *Chorherr c. Autriche*, req. n° 13308/87, série A. 266-B, §§19-22 (*RUDH*, 1996, p. 7 et 1993, p. 380, chron. F. SUDRE).

⁶²⁹ *Ibid.*, §59.

⁶³⁰ CEDH, Ch., 22 mai 1990, *Weber c. Suisse*, req. n° 11034/84, §38. La Cour semble en faire une appréciation stricte à la lumière du nombre de réserves invalidées : CEDH, 3 octobre 2000, *Eisenstecken c. Autriche*, req. n° 29477/95, Rec. 2000-X, §29 ; CEDH, 7 juillet 2014, *Grande Stevens c. Italie*, req. n° 18640/10 et suiv., §210, à condition que l'État se prévaut de sa propre réserve pour que la Cour puisse procéder à l'examen de sa conventionnalité sur le fondement de ces déclinaisons, voir en ce sens CEDH, 6 juin 2019, *Nodet c. France*, req. n° 47342/14 (*JCP G*, 2019, act. 674, zoom L. MILANO).

140. En résumé, le sens objectif de la sécurité juridique conventionnelle signifie que la loi nationale se doit d'être accessible, prévisible, claire, cohérente et compréhensible par le requérant. Cela atteste d'une certaine convergence par rapport au « *jus commune* » européen analysé précédemment, la Cour procédant en parallèle à des améliorations en ayant recours à une appréciation souple, conformément à l'approche flexible de la légalité européenne qu'elle retient⁶³¹. Ce faisant, le droit de la Convention intègre la nécessaire stabilité des normes juridiques dans le contenu de la sécurité juridique.

2°) Le perfectionnement des déclinaisons liées à la stabilité du droit

141. « *Charpente des sociétés humaines* »⁶³², la stabilité du droit assure la certitude ou fiabilité de l'ordre juridique. Dans cet esprit, la stabilité conventionnelle se distingue en trois types de stabilité : une stabilité de « nature légale », correspondant à l'examen de la stabilité des lois internes **(a)** ; une stabilité de nature « procédurale », avec la mise en œuvre de mécanismes procéduraux **(b)** ; enfin une stabilité d'ordre jurisprudentielle par laquelle la Cour analyse le degré de continuité des divergences et les revirements jurisprudentiels **(c)**.

a- La stabilité « légale »

142. Cette première stabilité est sans doute la plus évidente du fait de la corrélation naturelle entre la légalité et le principe de la sécurité juridique⁶³³. La Cour y incorpore des figures typiques de la sécurité juridique, tel que le principe de la non-rétroactivité en matière pénale ou le principe du *non bis in idem*⁶³⁴ et qui font partie des composantes assurant la stabilité légale du système conventionnel. Toutefois – et c'est ici que se situe la rupture avec la conception traditionnelle de la sécurité juridique –, c'est l'apport de la jurisprudence en tant que source de droit qui constitue le sens perfectionné de la stabilité légale par la Cour européenne. En effet, la stabilité ne venant pas seulement de la loi au sens formel, mais aussi par le biais d'une jurisprudence constante, qui vient compléter ou pallier l'insécurité formelle de certaines lois⁶³⁵.

⁶³¹ De formule constante, la Cour rappelle que « *la portée de la notion de prévisibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires* ». L'appréciation du degré de prévisibilité est donc soumise à une forte casuistique propice au développement d'une contextualisation néfaste pour la sécurité juridique, voy. en ce sens *infra*, n° 542 et suiv.

⁶³² R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Éd. A. Rousseau, Paris, 1911, p. 110.

⁶³³ L. TESOKA, Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français, *AJDA*, 2006, n° 40, p. 2214-2219.

⁶³⁴ CEDH, Ch., 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, req. n° 25/05/1993, §52 (*GACEDH*, 2019, n° 56).

⁶³⁵ Malgré l'imprécision de la loi, « *il existait une jurisprudence constante de la Cour fédérale de justice [...] nette, abondante et amplement commentée, et qui était de nature à permettre aux milieux commerciaux et à leurs conseils*

b- La stabilité « procédurale »

143. La Cour a pu étendre la conventionnalité à un panel conséquent de mécanismes et de délais associés de près ou de loin à la sécurité juridique. Elle a ainsi pu admettre la conventionnalité des délais de prescription sur le fondement du principe de la sécurité juridique⁶³⁶, se soumettant elle-même à cette exigence à cause du délai de six mois instauré par l'article 35 §1⁶³⁷. Le sens le plus emblématique de la sécurité juridique en matière de stabilité procédurale est celui d'une bonne administration de la justice. Selon la célèbre formule de la Cour, « *la réglementation relative aux délais à respecter pour former un recours vise à assurer une bonne administration de la justice et le respect, en particulier, du principe de sécurité juridique* »⁶³⁸. Principe phare du droit administratif et du droit européen⁶³⁹, disposant d'une « *place éminente dans une société démocratique* »⁶⁴⁰, la bonne administration de la justice est considérée selon la Cour comme un principe général de l'article 6⁶⁴¹. Tout comme la sécurité juridique, elle est empreinte d'une certaine ambivalence⁶⁴² qui rend difficile son identification. Selon le Professeur Jacques ROBERT, la bonne administration de la justice est à la fois une « *notion-ambition* » et une « *notion-justification* » d'une part, parce qu'elle représente un idéal de justice bien administrée, recouvrant « *un ensemble de critères et de conditions prédéterminées* »⁶⁴³ dans lequel l'on retrouve d'ailleurs les exigences liées à la qualité du

de régler leur conduite », CEDH, Ch., 20 novembre 1989, *Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, req. n° 10572/83, série A. 190, §30.

⁶³⁶ CEDH, Ch., 22 novembre 1996, *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 22083/93 et 22095/93, Rec. 1996-IV, §51 (RTDH, 1998, p.781, note J. SACE). La Cour examine tant le *dies a quo* que le *dies ad quem* sous l'angle de la sécurité juridique, voir *infra*, n° 298 et suiv.

⁶³⁷ CEDH, Ch., 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp ("vagabondage") c. Belgique*, req. n° 2832/66, 2835/66, 2899/66, série A. 12, §50 (GACEDH, 2019, n° 20). Voy. également CEDH, Gde. Ch., 8 mars 2006, *Blečić c. Croatie*, req. n° 59532/00, Rec. 2006-III, §68 (RDP 2007, 868, obs. G. GONZALEZ) ; CEDH, Gde. Ch., 29 juin 2012, *Sabri Güneş c. Turquie*, req. n° 27396/06, §39.

⁶³⁸ Pour exemple, voy. CEDH, Ch., 28 octobre 1998, *Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne*, req. n° 28090/95, §45 (Dalloz, 1999, obs. N. FRICERO) ; CEDH, 4 avril 2001, *Léoni c. Italie*, req. n° 43269/98, §23 ; CEDH, 12 janvier 2002, *Zvolský et Zvolská c. République tchèque*, Rec. 2002-IX, req. n° 46129/99, §46.

⁶³⁹ Pour une étude approfondie sur cette question voir R. BOUSTA, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, L'Harmattan, Paris, coll. « Logiques juridiques », 2010 ; M-C. RUNAVOT, La « bonne administration » : consolidation d'un droit sous influence européenne, *RFDA*, 2010, p. 395.

⁶⁴⁰ CEDH, Ch., 17 janvier 1970, *Delcourt c. Belgique*, req. n° 2689/65, série A. 11, §25 ; CEDH, 17 janvier 2008, *Ryakib Biryukov c. Russie*, req. n° 14810/02, Rec. 2008-I, §37.

⁶⁴¹ CEDH, Ch., 10 octobre 1992, *Boddaert c. Belgique*, req. n° 12919/87, §39.

⁶⁴² Voy. en sens B. BERTRAND (dir.), L. COUTRON (dir.) et P. IDOUX (dir.), *L'ambivalence de la bonne administration de la justice*, actes du colloque des 22 et 23 octobre 2015, Éd. du CREAM, Montpellier, 2017. Voy. également R. CHAPUS, George Vedel et l'actualité d'une « notion fonctionnelle » : l'intérêt d'une bonne administration de la justice, *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2003, n° 1, p. 3-18 ; H. APCHAIN, Retour sur la notion de bonne administration de la justice, *AJDA*, 2012, p. 587 ; M-C. RUNAVOT, La « bonne administration » : consolidation d'un droit sous influence européenne, *RFDA*, 2010, p. 395.

⁶⁴³ J. ROBERT, La bonne administration de la justice, *AJDA*, 1995, n° spéc., 117-118.

droit⁶⁴⁴ ; d'autre part, parce que ce principe constitue un instrument fonctionnel nécessaire à l'appréciation des limitations étatiques justifiant des mesures restrictives au droit d'accès à un tribunal⁶⁴⁵. « *Notion-gigogne* »⁶⁴⁶, elle apparaît dès lors comme l'un de ses éléments substantiels à la sécurité juridique⁶⁴⁷, ce qui engendre quelques interrogations quant aux relations conceptuelles entretenues entre ces deux notions. S'il est indéniable que la sécurité juridique participe à une bonne administration de la justice, c'est bien sous l'angle de la prévisibilité et ses déclinaisons qu'est réalisé en pratique le contrôle de proportionnalité de la Cour⁶⁴⁸. Le principe de bonne administration apparaît donc plus comme un principe gémellaire de la sécurité juridique, même si substantiellement, ils entretiennent un rapport d'interdépendance. Par exemple, dans l'arrêt *Kemp et autres contre Luxembourg*⁶⁴⁹, l'irrecevabilité du moyen en l'espèce au motif qu'il n'a pas fait l'objet de la précision requise par la juridiction nationale constitue une limitation non proportionnée par rapport « *au but de garantir la sécurité juridique et la bonne administration de la justice* »⁶⁵⁰. Si le principe de la sécurité juridique se situe à la jonction entre la prééminence du droit et le principe de bonne administration de la justice⁶⁵¹, la bonne administration de la justice peut être raccordée aux déclinaisons objectives du principe.

c- La stabilité « jurisprudentielle »

144. Si la sécurité juridique n'est plus synonyme d'immutabilité pure et simple, les perturbations, souvent traumatiques engendrées par les fameux « *changements de cap* »⁶⁵² au

⁶⁴⁴ Voy. en ce sens M. FROMONT « Le renforcement des garanties de bonne administration et de bonne justice administrative en Europe », in *Itinéraires d'un constitutionnaliste. En hommage à Francis DELPEREE*, Bruylant, Bruxelles, 2008 p. 547-588 ; J-P. JEAN et H. PAULIAT, L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité, *Recueil Dalloz*, 2005, p. 598.

⁶⁴⁵ N. LAVAL, La bonne administration de la justice, *LPA*, 1999, n° 160, p. 12. C'est le cas notamment en ce qui concerne les limitations applicables à certaines catégories de requérants comme les mineurs et les aliénés (CEDH, Plén., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, série A. 18, §39 (*GACEDH*, 2019, n° 27) ainsi que les limitations relatives au « délai raisonnable » afin de limiter l'engorgement des prétoires nationaux (CEDH, 78 juillet 1986, *Lithgow c. Royaume-Uni*, req. n° 006/80 et suiv., §197).

⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 12.

⁶⁴⁷ L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 221.

⁶⁴⁸ CEDH, Ch., 28 octobre 1998, *Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne*, req. n° 28090/95, §45 (*Dalloz*, 1999, obs. N. FRICERO).

⁶⁴⁹ CEDH, 24 août 2008, *Kemp et autres c. Luxembourg*, req. n° 17140/05.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, §60.

⁶⁵¹ L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 222.

⁶⁵² Expression empruntée à L. BURGOGUE-LARSEN, « De l'art de changer de cap, libres propos sur les nouveaux revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Liberté, justice*,

gré des évolutions sociales, viennent perturber non seulement l'ordre juridique établi, mais aussi la stabilité des situations juridiques des acteurs de la Convention. Comme le relève le Professeur Thomas PIAZZON, « *l'instabilité du droit objectif ne constitue un grave danger pour la sécurité juridique que si les droits subjectifs sont remis en cause, ou que des situations juridiques sont bouleversées sans préavis et au détriment des prévisions des sujets de droit* »⁶⁵³. Cela étant, la sécurité juridique se confond avec le principe de l'autorité de chose jugée ainsi que l'impératif de cohérence jurisprudentielle.

145. La règle de l'autorité de la chose jugée entretient un rapport connexe avec la sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour. En effet, « *l'arrêt ayant revêtu l'autorité de chose jugée met définitivement un terme au litige en assurant de la sorte la paix et la sécurité juridique* »⁶⁵⁴. La sécurité dite « *des rapports juridiques* »⁶⁵⁵ signifie donc « *que la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause* »⁶⁵⁶, présupposant à cette fin l'autorité de la chose jugée⁶⁵⁷. Cette autorité est dite définitive « *au sens de la Convention* », autrement dit lorsque la décision a été exécutée et le jugement prononcé⁶⁵⁸. Ce faisant, la Cour a admis la conventionnalité de certaines procédures permettant la réouverture d'un procès à l'aune de certains critères en particulier en matière pénale⁶⁵⁹, à condition toutefois que ces réouvertures ne soient pas constitutives d'« *appels déguisés* ». L'atteinte au principe de la sécurité juridique ou des rapports juridiques ne se justifie qu'au

tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. I, p. 335-350.

⁶⁵³ T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Défrénois, Paris, coll. « Doctorat & Notariat », 2009, t. 35, p. 44.

⁶⁵⁴ E. PRÉVÉDOUROU, *Le principe de confiance légitime en droit public français*, Sakkoulas, Athènes, 1998, p. 47.

⁶⁵⁵ CEDH, Gde. Ch., 28 octobre 1999, *Brumărescu c. Roumanie*, req. n° 28342/95, Rec. 1999-VII, §62 (*JCP G*, 2000, I, 203, 10, obs. F. SUDRE) ; parmi d'autres, voy. CEDH, 17 décembre 2002, *Boc c. Roumanie*, req. n° 33353/96, §43 ; CEDH, 4 mars 2003, *Chiriacescu c. Roumanie*, req. n° 31804/96, §39 ; CEDH, 19 septembre 2014, *Rozalia Avram c. Roumanie*, req. n° 19037/07, §31.

⁶⁵⁶ CEDH, Gde. Ch., 28 octobre 1999, *Brumărescu c. Roumanie*, req. n° 28342/95, Rec. 1999-VII, §62 (*JCP G*, 2000, I, 203, 10, obs. F. SUDRE).

⁶⁵⁷ CEDH, 24 juillet 2003, *Riabykh c. Russie*, req. n° 52854/99, Rec. 2003-IX, §§52-58 ; CEDH, 3 juin 2008, *S.C. Pilot Service S.A. Constanța c. Roumanie*, req. n° 1477/02, §119.

⁶⁵⁸ CEDH, 20 juillet 2004, *Nikitine c. Russie*, req. n° 50178/99, Rec. 2004-VIII, §38.

⁶⁵⁹ Voy. par ex. CEDH, 8 mai 2011, *Butușină c. Roumanie*, req. n° 30818/04, §33.

regard de motifs substantiels impérieux⁶⁶⁰. Cette conception participe à un renouvellement du lien unissant entre l'autorité de chose jugée et la sécurité juridique⁶⁶¹.

146. L'un des sens les plus novateurs de la sécurité juridique en droit de la Convention est sans doute l'encadrement des divergences et des revirements de jurisprudence. Source de prédilection d'instabilité juridique, c'est au cœur même de ce mal que se renouvelle la conception de la sécurité juridique, et de son antonyme qu'est l'insécurité juridique. Devenue un instrument clé dans l'interprétation évolutive et progressiste du juge de Strasbourg, la sécurité juridique ne constitue pas non plus un frein à cette interprétation, mais l'accompagne d'un nouvel objectif qu'est celui de l'impératif de cohérence jurisprudentielle⁶⁶².

147. Distincte de la « *cohérence comportementale* »⁶⁶³ ou législative⁶⁶⁴ qui concerne les parties au litige, la cohérence jurisprudentielle est reliée à l'élaboration d'un système juridique unifié et stable⁶⁶⁵. Mentionnée sporadiquement⁶⁶⁶ dans la jurisprudence et davantage invoquée par les parties⁶⁶⁷, la notion de cohérence constitue pourtant un objectif intrinsèque à la sécurité juridique. Au sens conventionnel, notamment *in globo*⁶⁶⁸, la sécurité juridique impose « *une certaine cohérence de l'ordre juridique qui passe par une interprétation et une application*

⁶⁶⁰ « *En vertu de ce principe, aucune partie n'est habilitée à solliciter la supervision d'un jugement définitif et exécutoire à la seule fin d'obtenir un réexamen de l'affaire et une nouvelle décision à son sujet. Les juridictions supérieures ne doivent utiliser leur pouvoir de supervision que pour corriger les erreurs de fait ou de droit et les erreurs judiciaires et non pour procéder à un nouvel examen. La supervision ne doit pas devenir un appel déguisé et le simple fait qu'il puisse exister deux points de vue sur le sujet n'est pas un motif suffisant pour rejeter une affaire. Il ne peut être dérogé à ce principe que lorsque des motifs substantiels et impérieux l'exigent* », CEDH, 24 juillet 2003, *Riabykh c. Russie*, req. n° 52854/99, Rec. 2003-IX, §52. Voir *infra*, n°607 et suiv.

⁶⁶¹ Voy. en ce sens la thèse de M. LAFOURCADE, *La réouverture des procédures juridictionnelles consécutives à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. L'éclairage français*, LGDJ, Paris, coll. Bibliothèque sciences criminelles, 2014, t. 60.

⁶⁶² *Infra*, n° 649.

⁶⁶³ *Infra*, n° 280.

⁶⁶⁴ *Infra*, n° 273.

⁶⁶⁵ Le Professeur Denys SIMON définit la cohérence par une approche synonymique : « *intégrité, unité, homogénéité, équilibre, continuité, complétude logique, rationalité, harmonie [...]* ». La cohérence est donc le contraire de « *l'incohérence, de la confusion, de la désintégration, du désordre* ». À ce titre, il réunit trois acceptions fonctionnelles de la notion : l'autonomie de validité de l'ordre juridique, l'ordonnancement et la rationalisation du système juridique en édulcorant les contradictions et les lacunes, ainsi que la sauvegarde de la cohésion et de la cohérence à des fins de pérennisation du système juridique, D. SIMON, « Rapport introductif. Cohérence et ordre juridique communautaire », in V. MICHEL (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, PUS, Strasbourg, 2009, p. 25-40, spéc. p. 26 et suiv.

⁶⁶⁶ Hormis l'arrêt *Cossey contre Royaume-Uni*, aucune jurisprudence de la Cour n'explique le lien unissant la sécurité juridique et la cohérence jurisprudentielle. La seule mention d'un éventuel « principe de cohérence jurisprudentielle » est effectuée par le juge PINTO DE ALBUQUERQUE lorsqu'il critique la position adoptée par la juridiction nationale : « *si elle ne respecte pas le principe primordial de l'égalité, elle ne respecte pas non plus le principe de la cohérence de la jurisprudence* », voy. l'opinion concordante jointe à l'arrêt CEDH, 4 juin 2015, *Moreno Diaz Peña et autres c. Portugal*, req. n° 44262/10, §10.

⁶⁶⁷ « *La partie intervenante critique la jurisprudence de la Cour en raison de son imprévisibilité et de l'insécurité juridique qu'elle engendre ; elle invite la Cour à adopter une approche plus cohérente* », CEDH, Gde. Ch., 10 février 2009, *Zolotoukhine c. Russie*, req. n° 14939/03, §69.

⁶⁶⁸ *Infra*, n° 414.

uniforme du droit »⁶⁶⁹. Si dans l'arrêt *Marckx contre la Belgique*⁶⁷⁰ le juge adjoint la stabilité des relations juridiques préconstituées au principe de la sécurité juridique, il faudra attendre les précisions de l'arrêt *Cossey contre Royaume-Uni*⁶⁷¹ pour qu'il fasse un lien explicite entre les deux notions. Selon la lettre de cet arrêt, « *si la Cour ne se trouve pas liée par ses décisions antérieures [...] elle a toutefois coutume d'en suivre et appliquer les enseignements, dans l'intérêt de la sécurité juridique et du développement cohérent de la jurisprudence de la Convention* ». La cohérence est ici présentée comme une garantie indéfectible de la sécurité juridique *in globo*. Dans une autre affaire britannique concernant les peines perpétuelles⁶⁷², la Cour entérine ce rapport sans faire mention *expressis verbis* de l'impératif de cohérence en énonçant que « *sans être formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi que la Cour ne s'écarte pas sans motif valable des précédents* ». De surcroît, le juge concilie la cohérence jurisprudentielle avec la nécessité de faire évoluer sa jurisprudence par rapport aux différentes évolutions d'ordre social ou juridique⁶⁷³ dans les systèmes juridiques des États contractants. La cohérence devient alors synonyme d'adaptabilité jurisprudentielle, ce qui est concomitamment gage de sécurité et de vitalité juridiques⁶⁷⁴. Manifestement, la Cour dégage une approche flexible de la cohérence, qui se montre particulièrement perceptible pour le contrôle de conventionnalité exercé sur les revirements nationaux. En effet, si la Cour précise dans les affaires *Unedic et Legrand contre France*⁶⁷⁵ que « *la sécurité juridique et la protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas de droit acquis à une jurisprudence constante* », elle confère implicitement l'assurance d'une jurisprudence cohérente, en phase avec les évolutions et les consensus européens. Si elle ne consacre pas de droit à une jurisprudence constante, il est clairement sous-entendu qu'elle reconnaît un droit à une

⁶⁶⁹ A-L. VALEMBLOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2005, t. 22, p. 198.

⁶⁷⁰ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §58 (GACEDH, 2019, n° 51).

⁶⁷¹ CEDH, Plén., 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, req. n° 10843/84, série A. 184, §35.

⁶⁷² CEDH, Gde. Ch., 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, req. n° 46295/99, Rec. 2002-IV, §68.

⁶⁷³ CEDH, Ch., 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, série A. 26, req. n° 5856/72, §31 (JDI, 1980, 457, obs. P. ROLLAND).

⁶⁷⁴ « *La Convention étant avant tout un mécanisme de protection des droits de l'homme, la Cour doit cependant tenir compte de l'évolution de la situation dans les États contractants et réagir [...] au consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre [...] il est d'une importance cruciale si la Cour devait faillir à une approche dynamique et évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration* », CEDH, Gde. Ch., 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, req. n° 46295/99, Rec. 2002-IV, §68.

⁶⁷⁵ CEDH, 18 décembre 2008, *Unedic c. France*, req. n° 20153/04, §74 (JCP G, 2009, I 143, obs. F. SUDRE), et CEDH, 26 mai 2011, *Legrand c. France*, req. n° 23228/08, §36 (JCP G, 2011, act. 730, note C. PICHERAL ; JCP G, 2011, act. 742, comm. A. MARAIS ; RDP, 2012, p.785, chron. F. SUDRE, G. GONZALEZ, L. MILANO et H. SURREL) ; voy. plus récemment CEDH, 4 mars 2014, *Fazli Aslaner c. Turquie*, req. 36073/04, §53.

jurisprudence « *cohérente* »⁶⁷⁶. De surcroît, l'impératif de cohérence s'étend également au niveau des divergences nationales susceptibles de menacer la stabilité et la bonne application du droit conventionnel⁶⁷⁷. Dans cette optique, l'intention de la Cour est de préserver la stabilité de son propre système, ce qui n'est pas sans laisser place à une certaine part de discrétionnarité interprétative⁶⁷⁸.

148. En définitive, « *l'exigence d'unité et de stabilité de la jurisprudence, qui doit être combinée avec un certain degré d'évolution et de créativité, vise à prévoir toute forme d'incohérence involontaire qui aurait pour conséquence de nuire à la qualité de la justice comme à la sécurité juridique* »⁶⁷⁹. La Cour a perfectionné les significations imputables à la stabilité juridique notamment au regard de la qualité de la loi et de la stabilité jurisprudentielle en y accolant le concept de cohérence, qu'elle inscrit, dans une moindre mesure, dans une perspective élargie de protection et d'effectivité des droits⁶⁸⁰. En accueillant cette notion dans sa jurisprudence, le juge en approfondit concomitamment la facette subjective dans une perspective d'adaptation de la notion à la thématique de l'effectivité des droits fondamentaux.

B- Les particularités du sens subjectif de la sécurité juridique

149. Le sens subjectif de la notion conventionnelle de sécurité juridique s'inspire de deux conceptions juridiques : celle du droit germanique et européen, axée sur la protection des droits fondamentaux, et celle du droit international général, axée sur la protection de la souveraineté des États. La construction du volet subjectif tend toutefois davantage vers la conception allemande car elle coïncide davantage avec la nature spécifique du texte conventionnel et la protection des droits fondamentaux qu'il garantit (**b**). Le droit de la Convention a ainsi réussi le pari « *d'un triomphe d'une vision subjective de la sécurité juridique envisagée comme un rempart offert aux individus pour faire échec à l'arbitraire supposé des États parties à la Convention* »⁶⁸¹. Au sens de la Convention, la sécurité juridique n'est donc plus seulement collective, elle est également (et surtout) individuelle (**1°**). La consolidation du principe de

⁶⁷⁶ Sur ce point, voy. *infra*, n° 524.

⁶⁷⁷ C'est à l'aune de cet impératif que la Cour examine la stabilité des relations juridiques et le degré d'incertitude pour évaluer la conventionnalité d'une telle pratique par rapport à l'article 6§1, *infra*, n° 529.

⁶⁷⁸ Sur cette critique, voir *infra*, n° 644.

⁶⁷⁹ B. STIRN, « La mise en œuvre homogène de la jurisprudence au sein de la juridiction administrative française », Discours prononcé d'une délégation de la Cour administrative fédérale allemande, 6 mars 2012, Leipzig.

⁶⁸⁰ Sur l'incohérence des arrêts de la Cour, voy. *infra*, n° 705.

⁶⁸¹ T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, op. cit., p. 131.

sécurité juridique « au sens de » la Convention s'opère subséquentement en lien avec l'objectif d'effectivité des droits (2°).

1°) Une sens spécifique par rapport à la conception internationale

150. Si le droit de la Convention et le droit international général disposent tous deux d'une sécurité juridique subjective, leur divergence conceptuelle résulte de l'identité du sujet de droit que le principe a à charge de protéger dans leur système respectif. Alors que pour le second la sécurité juridique subjective est, par essence, de nature étatique (i), elle est fondamentalement de nature individuelle pour ce qui est du système de la Convention (ii).

a- Une sécurité fondamentalement étatique en droit international général

151. Appartenant à l'un des « huit grands vassaux de tout ordre juridique »⁶⁸², la sécurité juridique imprègne naturellement le droit international. Cependant, sa nature varie selon le prisme sous lequel elle est abordée. Les manuels consacrés à cette discipline évoquent prioritairement l'aspect objectif du principe de sécurité juridique⁶⁸³. La sécurité juridique est souvent d'ailleurs corrélée aux controverses anciennes portant sur la reconnaissance du droit international en tant que qu'ordre juridique⁶⁸⁴. En raison de la qualité des États comme sujets souverains de droit international, la sécurité juridique se greffe d'une dimension subjective qui repose sur la réciprocité du respect de leurs engagements internationaux entre ces derniers, conformément au principe du *pacta sunt servanda*. Dans l'une des rares études consacrées à cette thématique, le Professeur Robert KOLB souligne ce principe requiert « *une certaine cohérence dans les comportements propres eu égard au fait qu'ils affectent des tiers et suscitent de légitimes intérêts en la constance de la continuité de ces comportements* »⁶⁸⁵. Pour l'auteur,

⁶⁸² R. KOLB, La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques, *African Yearbook of international law*, 2002, p. 103-142, spéc. p. 103.

⁶⁸³ La sécurité juridique est « *une caractéristique comportant la stabilité, la prévisibilité et l'absence d'arbitraire que doit présenter un ordre juridique pour inspirer la confiance aux sujets de droit* » et constitue par la même « *la valeur fondamentale à laquelle, selon la doctrine dominante, doit aspirer un ordre juridique* », J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 1023. Elle est également selon Charles DE VISSCHER « *la stabilité au moins relative des situations juridiques établies* », C. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, Pedone, Paris, 1970, 4^{ème} éd., p. 213.

⁶⁸⁴ Pour quelques lectures, voy. P-M DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public », *Académie du droit international de la HAYE*, 2000, vol. 297, p. 9-489 ; J. D'ASPERMONT, Hart et le positivisme en droit international, *RGDIP*, 2009-3, p. 1-21 ; J. COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *APD*, 1986, vol. 31, p. 58-105 ; A. PELLET, L'adaptation du droit international aux besoins changeant de la société internationale, *RCADI*, 2007, vol. 329, p. 9-47.

⁶⁸⁵ R. KOLB, La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques, *op. cit.*, p. 110. Voy. également du même auteur *Théorie du droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2^{ème} éd, 2013, p. 73 et suiv., et *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, PUF, Paris, 2000.

la sécurité juridique est éminemment subjective en ce qu'elle vise à protéger les intérêts étatiques Sans aller jusqu'à reconnaître un droit fondamental subjectif à la sécurité juridique⁶⁸⁶, cette sécurité juridique s'exprime sous de multiples formes. Le principe de bonne foi, la confiance mutuelle en constituent les expressions les plus évidentes. Cette conception de la sécurité juridique est notamment confirmée par la Cour internationale de Justice dans sa célèbre affaire des tests nucléaires⁶⁸⁷. Explicite, son paragraphe 46 mérite d'être retranscrit tel quel dans la présente étude : « *l'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale, surtout à une époque où, dans bien des domaines, cette coopération est de plus en plus indispensable. Tout comme la règle du droit des traités pacta sunt servanda elle-même, le caractère obligatoire d'un engagement international assumé par déclaration unilatérale repose sur la bonne foi. Les États intéressés sont fondés à exiger que l'obligation ainsi créée soit respectée* »⁶⁸⁸. Il s'agit donc d'une sécurité juridique protectrice des intérêts étatiques.

152. Bien qu'il constitue une branche autonome du droit international général⁶⁸⁹, le droit de la Convention n'échappe pas à cette sécurité juridique étatique. Quand bien même elle tenterait d'y déroger, les États parties à la Convention n'hésitent pas à le lui rappeler pour dénoncer une jurisprudence estimée imprévisibilité ou trop constructive⁶⁹⁰. Loin de s'en montrer indifférente, la Cour reconnaît une certaine forme de sécurité juridique étatique qu'elle détourne astucieusement au profit de la défense des droits fondamentaux⁶⁹¹. Dans un arrêt récent, elle a déclaré « *avoir conscience de l'importance de la sécurité juridique en droit international et de ce que l'on ne peut attendre des États qu'ils mettent en œuvre une obligation internationale qu'ils n'ont pas d'abord acceptée* »⁶⁹². Cela ne l'empêche aucunement de leur imposer une nouvelle obligation au titre de l'article 10 de la Convention en raison « *d'une évolution perceptible en faveur de la reconnaissance, sous certaines conditions, d'un droit à la liberté d'information en tant qu'élément inhérent à la liberté de recevoir et de communiquer des*

⁶⁸⁶ *Infra*, n° 178.

⁶⁸⁷ CIJ, 21 décembre 1974, *Affaires des essais nucléaires (Australie c. France)*, C.I.J Recueil 1974, p. 253. Pour un commentaire détaillé sur cette affaire nous renvoyons à B. BOLLECKER-STERN, *L'affaire des essais nucléaires français devant la Cour internationale de justice*, *AFDI*, 1974, vol. 20, p. 299-333.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, §43.

⁶⁸⁹ F. SUDRE avec la collaboration de MILANO (L.), SURREL (H.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, coll. « Droits fondamentaux », 2019, 14^{ème} éd., p. 54 et suiv. ; L. BURGOGUE-LARSEN, *Le droit international des droits de l'homme existe-t-il ?*, *RDLF*, 2017, chron. n° 08.

⁶⁹⁰ *Infra*, n° 376.

⁶⁹¹ Pur plus de développements, voir *infra*, n° 381.

⁶⁹² CEDH, Gde. Ch., 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, req. n° 18030/11, §150 (*RTDH*, 2017, 623, note. H. SURREL).

informations protégées par l'article 10 de la Convention »⁶⁹³. La sécurité juridique des États repose sur le respect de leurs engagements réciproques, engagement qui se cristallise dans la garantie collective de la Convention européenne des droits de l'homme. Comme l'explique une opinion individuelle, « *les autorités nationales, y compris les tribunaux, doivent agir d'une façon qui s'accorde avec le principe du pacta sunt servanda et se conformer à la lettre et aux principes des arrêts et décisions de la Cour, y compris ceux qui sont rendus contre d'autres Parties contractantes. En tant que premiers gestionnaires de la Convention, les autorités nationales doivent donc se conformer au dernier mot de la Cour, à qui est confié le maintien uniforme de "l'instrument constitutionnel de l'ordre public européen" dès lors que le niveau interne de protection des droits de l'homme est inférieur à celui de la Cour* »⁶⁹⁴. La conception conventionnelle de la sécurité juridique subjective emprunte à la sécurité juridique internationale dans la mesure où elle vise à protéger les États de bonne foi contre ceux qui ne respecteraient pas la garantie collective dans laquelle se trouve la protection des droits fondamentaux⁶⁹⁵.

b- Une sécurité fondamentalement individuelle en droit de la Convention

153. Formant une branche autonome – sinon atypique⁶⁹⁶ – du droit international général, le droit international des droits de l'homme se démarque par l'effacement de l'obligation de réciprocité, dans la mesure où les traités adoptés en la matière imposent des obligations étatiques à l'égard des individus⁶⁹⁷. En tant que « *mécanisme de protection des droits de l'homme* »⁶⁹⁸, le droit de la Convention n'échappe pas à la règle. Très tôt, la Cour européenne s'est montrée désireuse d'afficher la spécificité du droit qu'elle interprète. Dans l'arrêt *Irlande*

⁶⁹³ *Ibid.*, §151.

⁶⁹⁴ Opinion dissidente du juge PINTO DE ALBUQUERQUE jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 17 novembre 2017, *Huchinson c. Royaume-Uni*, req. n° 57592/08, pt. 45.

⁶⁹⁵ « *L'exécution d'un arrêt de la Cour suppose que la Haute Partie contractante concernée fasse preuve de bonne foi. Comme la Cour l'a indiqué dans le premier arrêt Mammadov [...] toute la structure de la Convention repose sur le postulat général que les autorités publiques des États membres agissent de bonne foi. Cette structure englobe la procédure de surveillance, et l'exécution d'un arrêt doit se faire de bonne foi [...]* », CEDH, Gde. Ch., (Procédure fondée sur l'article 46§4), 29 mai 2019, *Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan*, req. n° 15172/13, §214.

⁶⁹⁶ L. BURGOGUE-LARSEN, *Le droit international des droits de l'homme existe-il ?*, RDLF, 2017, chron. n° 08.

⁶⁹⁷ F. SUDRE avec la collaboration de MILANO (L.), SURREL (H.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, coll. « Droits fondamentaux », 2019, 14^{ème} éd., p. 57 et suiv. Cette différence a notamment été consacrée à l'article 60§5 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités : « *Les paragraphes 1 à 3 ne s'appliquent pas aux dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire, notamment aux dispositions excluant toute forme de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités* ».

⁶⁹⁸ CEDH, Gde. Ch., 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, req. n° 46295/99, Rec. 2002-IV, §68.

contre *Royaume-Uni*⁶⁹⁹, elle a ainsi énoncé qu'à « *la différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui [...] bénéficient d'une garantie collective* »⁷⁰⁰. Cette spécificité se retrouve également dans l'arrêt *Loizidou contre Turquie*⁷⁰¹. L'effacement de la réciprocité au nom de la préservation de l'ordre public européen et de garantie collective des droits de l'homme concourt à l'effacement initial d'une sécurité juridique subjective étatique au profit d'une sécurité juridique subjective individuelle⁷⁰². C'est ici que réside le sens spécifique du principe conventionnel.

2°) Un sens spécifique par rapport à la conception européenne

154. La Cour européenne confirme la spécificité du sens subjectif du principe de sécurité juridique d'abord par l'émergence et la consolidation de déclinaisons subjectives **(a)** puis par la concordance des finalités du principe et de ses dérivés avec les objectifs d'effectivité du droit et des droits conventionnels **(b)**.

a- La réappropriation prétorienne des déclinaisons subjectives

155. Consécutivement au phénomène d'acculturation juridique, la Cour reprend la plupart des déclinaisons subjectives déjà existantes dans les ordres juridiques internes et internationaux. Ainsi retrouve-t-on dans le paysage conventionnel des principes assez familiers comme la confiance légitime **(i)**, la bonne foi **(ii)** la protection des droits acquis **(iii)** ainsi que l'espérance légitime **(iv)**.

⁶⁹⁹ CEDH, Plén., 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71, série A. 25 (JDI, 1980, 449, obs. P. ROLLAND).

⁷⁰⁰ *Ibid.*, §89.

⁷⁰¹ CEDH, Gde. Ch., 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie (Exceptions préliminaires)*, req. n° 5318/89, §70 (GACEDH, 2019, n° 1).

⁷⁰² Toutefois, cette spécificité n'exclut aucunement toute considération à l'égard de vision internationale de la sécurité juridique subjective comme en atteste la recrudescence des appels à la sécurité juridique émises par les États parties à l'encontre de la jurisprudence européenne. Sur les intérêts subjectifs étatiques et individuels de sécurité juridique voy. *infra*, n° 178 et n° 375 et suiv.

i- La confiance légitime

156. Inhérente au droit de la Convention⁷⁰³, la confiance légitime se définit comme le sentiment de confiance et de fiabilité que le citoyen place dans le droit afin de fonder ses prévisions juridiques⁷⁰⁴. C'est donc naturellement qu'elle puise sa source conceptuelle dans la prééminence du droit⁷⁰⁵, la sécurité juridique assurant la liaison conceptuelle entre les deux notions comme le montre l'arrêt *Lykourazos contre Grèce*⁷⁰⁶. En l'espèce, le requérant avait été déchu de son mandat parlementaire en raison d'une incompatibilité professionnelle instaurée postérieurement à son élection par le biais d'une révision constitutionnelle. Estimant que ce dernier ne pouvait légitimement prévoir que son élection serait postérieurement entachée d'illégalité, le juge constate la violation de l'article 1^{er} du Protocole n° 3 de la Convention à défaut d'individualisation suffisante des règles électorales. Le rapport de dérivation entre les notions suscitées est particulièrement clair : la confiance légitime reflète l'imprévisibilité individuelle résultant de cette révision constitutionnelle, perturbant les prévisions faites par le requérant, qui s'est fié légitimement à des élections légales et respectueuses d'une certaine sécurité juridique objective, rétablissant *in fine* la confiance de l'individu dans la justice conformément à la prééminence du droit⁷⁰⁷. Habituellement, la confiance légitime assure la défense du « confiance du public » dans les actions des autorités publiques ou judiciaires⁷⁰⁸. En ce sens, la Cour a pu affirmer que « *l'existence de procédures adéquates permettant de mettre en jeu la responsabilité des agents de l'État est indispensable pour préserver la confiance du public et répondre aux inquiétudes légitimes que peut susciter le recours à la force meurtrière [...]. L'absence de telles procédures ne peut qu'exacerber les craintes quant à l'existence de motivations inavouables* »⁷⁰⁹. Résurgence de ses racines conceptuelles avec la prééminence du droit, la confiance légitime s'intègre dans la protection des individus contre

⁷⁰³ CEDH, 24 juin 2008, *Adamsons c. Lettonie*, req. n° 3669/03, §130.

⁷⁰⁴ CEDH, Gde. Ch., 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne*, req. n° 31443/96, Rec. 2004-V, §184 (*GACEDH*, 2019, n° 74).

⁷⁰⁵ Aucune jurisprudence de la Cour ne concrétise le lien entre confiance légitime et prééminence du droit, la Cour se référant plutôt à l'État de droit, voy. CEDH, Gde. Ch., 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne*, req. n° 31443/96, Rec. 2004-V, §184 (*GACEDH*, 2019, n° 74). Voy. entre autres, CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie*, req. n° 13279/05, §57 (*JCP G*, 2012, doct. 87, F. SUDRE) ; CEDH, 30 octobre 2015, *Ferreira Santos Pardal c. Portugal*, req. n° 30123/10, §42.

⁷⁰⁶ « *Sans tenir compte de la circonstance que cette élection avait eu lieu en 2000 dans la parfaite légalité, la Cour suprême [...] a privé les électeurs du candidat qu'ils avaient librement et démocratiquement choisi pour les représenter [...] en méconnaissance du principe de la confiance légitime* ». CEDH, 15 juin 2006, *Lykourazos c. Grèce*, req. n° 33554/03, Rec. 2006-VIII, §57.

⁷⁰⁷ Il s'agit ici de l'effet « tutélaire » associé aux dérivés subjectifs dans les hypothèses de conflits entre les sécurités juridiques étatique et individuelle, voy. *infra*, n° 455 et suiv.

⁷⁰⁸ *Infra*, n° 354 et suiv.

⁷⁰⁹ CEDH, 4 mai 2001, *McKerr contre Royaume-Uni*, req. n° 28883/95, Rec. 2001-III, §160.

l'arbitraire. Comme l'explique une étude, « *ce n'est pas tant la confiance dans une attente concrète qui est visée ici que l'espoir placé dans un système juridique "sain". C'est la sécurité juridique dans son acceptation générale et découlant directement de l'État de droit qui est prise en compte* »⁷¹⁰.

ii- La bonne foi

157. Se définissant comme un « *exigence de loyauté, de respect du droit et de fidélité des engagements* »⁷¹¹, la bonne foi est une notion connexe à la confiance légitime. D'origine internationale⁷¹², le principe de bonne foi nourrit une proximité conceptuelle avec le principe de sécurité juridique, notamment en raison de son lien conceptuel avec la prééminence du droit. Si ces notions possèdent des fonctionnalités similaires, elles se différencient néanmoins quant à leurs effets. La bonne foi « *poursuit un objectif de conciliation des intérêts et d'équilibre entre les parties* », tandis que la prééminence du droit « *penche résolument du côté de l'effectivité des droits individuels et de la défense de la société démocratique* »⁷¹³. En effet, la bonne foi est mobilisée tant par les États parties et par les individus afin de faire pencher la balance du contrôle strasbourgeois en leur faveur. Pour les premiers, la notion se rapproche d'un principe de loyauté étatique⁷¹⁴ ou de « *loyauté conventionnelle* » liée à l'obligation préventive de réparation de l'illicite⁷¹⁵. Elle sert surtout d'appui argumentatif à l'autorité étatique pour prouver à la Cour la bonne exécution de ses obligations conventionnelles⁷¹⁶ et à l'inverse, par les juges pour en démontrer le non-respect⁷¹⁷. Similairement, la bonne foi du requérant lui permet de bénéficier ou non de la protection des droits conventionnels⁷¹⁸. Finalement assez peu

⁷¹⁰ C. SALVIEJO, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, op. cit., p. 118-119.

⁷¹¹ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, PUF, Paris, 2000.

⁷¹² La Cour s'appuie sur l'article 31§1 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des Traités pour consacrer le principe de bonne foi, CEDH, Plén., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, série A. 18, §34 (GACEDH, 2019, n° 27).

⁷¹³ X. SOUVIGNET, *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 140.

⁷¹⁴ « *En conséquence, les autorités nationales, y compris les tribunaux, doivent agir d'une façon qui s'accorde avec le principe et se conformer à la lettre et aux principes des arrêts et décisions de la Cour, y compris ceux qui sont rendus contre d'autres Parties contractantes. En tant que premiers gestionnaires de la Convention, les autorités nationales doivent donc se conformer au dernier mot de la Cour, à qui est confié le maintien uniforme de "l'instrument constitutionnel de l'ordre public européen" dès lors que le niveau interne de protection des droits de l'homme est inférieur à celui de la Cour* », opinion dissidente du juge PINTO DE ALBUQUERQUE jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 17 novembre 2017, *Huchinson c. Royaume-Uni*, req. n° 57592/08, pt. 45.

⁷¹⁵ F. SUDRE, L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH*, 2008/76, p. 917-947, spéc. p. 924.

⁷¹⁶ Voy. CEDH, Gde. Ch., 19 février 2009, *A et autre c. Roumanie*, req. n° 3455/05, §246.

⁷¹⁷ Voy. par ex. l'opinion concordante commune aux juges NUSSBERGER MAHONEY jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 5 juillet 2016, *Buzadji c. République de Moldova*, req. n° 23755/07.

⁷¹⁸ CEDH, 13 septembre 2011, *Sarisoy c. Turquie*, req. n° 19641/05, §22.

présente dans la motivation de la Cour, la bonne foi est rarement énoncée en lien avec le principe de sécurité juridique, à l'exception du contentieux relatif à la satisfaction équitable au titre de l'article 41⁷¹⁹.

iii- La notion de droits acquis

158. Le principe des droits acquis, qui connaît un franc succès auprès de son homologue européen, est absent du paysage conventionnel, ce qui explique le caractère lacunaire des travaux liés à cette notion en droit de la Convention. La Cour européenne affiche une méfiance récurrente à l'égard de ce concept subjectif. Dans la lettre de l'arrêt *Unedic contre France*⁷²⁰, elle affirme sans ambiguïtés possibles que « *les exigences de la sécurité juridique et de protection de la confiance légitime ne consacrent pas de droit acquis à une jurisprudence constante* »⁷²¹. Cependant, elle a pu admettre dans certains arrêts que certains biens ou créances puissent créer des droits acquis au profit des requérants. Usité majoritairement par les parties au litige⁷²², la Cour n'utilise le concept de droits acquis que très rarement dans son raisonnement. Dans l'arrêt *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society et Yorkshire Building Society contre Royaume-Uni*⁷²³, elle se sert de la notion des droits acquis invoquée par les sociétés requérantes pour déterminer l'applicabilité en l'espèce de l'article 1^{er} du Protocole n° 1. En l'occurrence, elle confirme la position de la Commission qui avait retenu que les actions en restitution engagées par lesdites sociétés peuvent être considérées comme des « biens » au sens de la Convention, puisque les requérantes « *possédaient des biens sous la forme de droits acquis à restitution qu'elles cherchaient à exercer directement et indirectement au moyen des diverses procédures judiciaires engagées* »⁷²⁴. De manière négative, dans les affaires françaises *Brosset-Triboulet et Depalle*⁷²⁵, la Cour tranche de manière catégorique que le requérant ne peut se prévaloir d'un quelconque droit acquis justifiant une éventuelle dérogation quant à la destruction dudit bien, constatant *in casu* la non-

⁷¹⁹ *Infra*, n° 456.

⁷²⁰ CEDH, 18 décembre 2008, *Unedic c. France*, req. n° 20153/04 (*JCP G*, 2009, I 143, obs. F. SUDRE).

⁷²¹ *Ibid.*, §74.

⁷²² CEDH, 2 avril 2009, *Vassiliadis c. Grèce*, req. n° 32086/06, §40.

⁷²³ CEDH, 23 octobre 1997, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society et Yorkshire Building Society c. Royaume-Uni*, req. n° 21319/93, 21449/93 et 21675/93, §70.

⁷²⁴ *Ibid.*, §80.

⁷²⁵ CEDH, Gde. Ch., 20 mars 2010, *Brosset-Triboulet et autres c. France*, req. n° 34078/02, §92 ; CEDH, Gde. Ch., 29 mars 2010, *Depalle c. France*, req. n° 34044/02, Rec. 2010-III, §89 (*JCP G*, 2010, act. 451, G. GONZALEZ). Ces affaires portaient sur l'obligation de démolir aux frais du propriétaire requérant d'un bien régulièrement acquis situé sur le domaine public maritime

violation de du droit de propriété. Enfin, dans l'arrêt *Van Marle et autres contre Pays-Bas*⁷²⁶, le juge exclut la reconnaissance de droit acquis par l'instauration de dispositions transitoires par le législateur national. À l'évidence, le principe de protection des droits acquis n'a pas d'existence effective dans la jurisprudence de la Convention. Cette absence s'explique notamment parce que cette notion se prête davantage à la matière contractuelle ou économique, qu'à la protection la protection des droits fondamentaux⁷²⁷, mais aussi parce qu'elle semble absorbée par un autre dérivé subjectif du contentieux européen des droits de l'homme : l'espérance légitime.

iv- L'espérance légitime

159. En l'état actuel de sa jurisprudence, aucun arrêt de la Cour n'effectue de raccord substantiel explicite entre l'espérance légitime et la sécurité juridique⁷²⁸, ce qui n'est pas sans créer une certaine obscurité sur la nature du lien qui l'unit au principe⁷²⁹. Pièce maîtresse dans la jurisprudence relative au droit des biens, l'espérance légitime est caractérisée par l'existence « *une base suffisante en droit interne pour que l'on puisse qualifier la créance du requérant de valeur patrimoniale* »⁷³⁰. Bien que distincte dans leur utilisation, l'espérance légitime et la sécurité juridique entretiennent une proximité substantielle, voire même une certaine confusion. Dans les arrêts *Maurice et Draon contre France*⁷³¹, la Cour se fonde exclusivement sur la notion d'espérance légitime pour constater la violation de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 suite à l'application rétroactive de la loi du 4 mars 2002 ayant privé les requérants de leur espérance légitime d'obtenir une indemnisation en réparation du préjudice subi. Or, « *derrière la recherche d'une espérance légitime des requérants, la question de la sécurité juridique est*

⁷²⁶ CEDH, Ch., 26 juin 2006, *Van Marle et autres c. Pays-Bas*, req. n° 8543/79 et suiv., série A. 150, §30.

⁷²⁷ Ceci explique que cette notion se cantonne aux droits économiques et patrimoniaux de l'article 1^{er} du Protocole n° 1, et de l'article 41 sur la satisfaction équitable (CEDH, 13 septembre 2011, *Ali Kiliç et autres c. Turquie*, req. n° 13178/05, §35 et, plus récemment, CEDH, 7 février 2017, *Gümrukçüler et autres c. Turquie (n° 2)*, req. n° 9580/03, §44).

⁷²⁸ Nous mentionnerons le lien évasif effectué dans l'arrêt CEDH, 23 oct. 1997, *National and Provincial Building Society c. Royaume-Uni*, req. n°21319/93, 21449/93, 21675/93, Rec. 1997-VIII, dans lequel la Cour considère que la dépossession des biens détenus à l'origine par les sociétés requérantes s'est opérée « *au mépris du principe de sécurité juridique et de l'espérance légitime* » (§75).

⁷²⁹ J-B. WALTER, *L'espérance légitime*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque des thèses », p. 169-178. Concernant le droit interne, voy. également D. BAILLEUL, De l'espérance légitime d'obtenir un avantage à l'espérance légale de conserver un droit, *AJDA*, 2010, p. 1828-1830.

⁷³⁰ CEDH, Gde. Ch., 28 septembre 2004, *Kopecný c. Slovaquie*, req. n°44912/98, Rec. 2004-IX, §45 (*AJDA*, 2005, 541, chron. J-F. FLAUSS ; *RTD Civ.*, 2006, 263, note J-P. MARGUENAUD).

⁷³¹ CEDH, Gde. Ch., 6 octobre 2005, *Maurice c. France*, req. n° 11810/03, Rec. 2005-IX, §§65-72 (*JCP G*, 2006, I, 109, n° 16, chron. F. SUDRE ; *AJDA* 2005, 1924, obs. M-C. MONTECLER ; *RTD Civ.*, 2005, 743, obs. J-P. MARGUENAUD) ; CEDH, Gde. Ch., 6 octobre 2005, *Draon c. France*, req. n° 1513/03, §§65-72.

implicite »⁷³². En vertu des principes dégagés dans sa jurisprudence, pour qu'une créance dispose d'une valeur patrimoniale et puisse à ce titre obtenir la qualification de « bien » au sens de la Convention, il faut premièrement établir l'existence de cette fameuse « base légale suffisante », confortée par une pratique jurisprudentielle. Dès lors, c'est seulement si la valeur patrimoniale est établie que la notion de confiance légitime est établie par le juge et produit pleinement ses effets⁷³³. Autrement dit, la sécurité juridique subordonne l'application de l'espérance légitime – différenciée de toute « *contestation réelle* » ou « *prétention défendable* »⁷³⁴ –, cette dernière participant dans cette perspective à la concrétisation effective de la sécurité juridique. Par conséquent, si la frontière théorique entre les deux notions reste nébuleuse, leur articulation parvient toutefois à mettre en évidence une connexité conceptuelle⁷³⁵. Cette subordination est par ailleurs renforcée par la restriction du champ matériel de l'espérance légitime, la sécurité juridique étant plus largement appliquée par la Cour, et ce en dépit des quelques écarts récents de la Cour européenne⁷³⁶.

160. Contrairement à ce qui a pu être évoquée par la doctrine⁷³⁷, la conception subjective de la sécurité juridique prônée par la Cour n'est pas une fabrication intégralement strasbourgeoise. Elle emprunte de manière détournée au droit international en consacrant des dérivés subjectifs comme le principe de bonne foi. Elle s'accapare à son propre compte le principe de confiance légitime du droit de l'Union ou de droit acquis en droit français. À première vue, le sens subjectif de la sécurité juridique conventionnel se confond avec celui du droit allemand et n'a donc aucune originalité en soi. Cependant, la réadaptation de chacun ces dérivés marque l'émergence d'un véritable principe de sécurité juridique « au sens » de sa jurisprudence, dans

⁷³² C. BLANC-FILY, La notion conventionnelle d'espérance légitime : convergences et divergences entre appréhensions prétoriennes nationale et européenne, *op. cit.*, p. 527.

⁷³³ CEDH, Ch., 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera S.A. et autres contre Belgique*, req. n° 17849/91, A., 332, §29 (*AJDA*, 1996, 376, chron. J-F. FLAUSS ; *RTD Civ.*, 1996, 1019, obs. J-P. MARGUENAUD, *Gaz. Pal.*, 1996, n° 285, note C. PETTITI). Voy. également CEDH, Ch., 29 novembre 1991, *Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande*, req. n° 12742/87, série A. 222, §51 (*AJDA*, 1992, 15, chron. J-F. FLAUSS, *JDI*, 1992, n° 3, 813, note P. TAVERNIER).

⁷³⁴ CEDH, Gde. Ch., 2 mars 2005, *Von Maltzan et autres c. Allemagne*, req. n° 71916/01.

⁷³⁵ C. BLANC-FILY, La notion conventionnelle d'espérance légitime : convergences et divergences entre appréhensions prétoriennes nationale et européenne, *op. cit.* p. 527. Cette étude diverge de celle de l'auteur. En effet, même si le contrôle du degré de sécurité juridique requis est intrinsèque à l'examen de l'espérance légitime, celle-ci en constitue simplement une composante, la sécurité juridique ayant un sens beaucoup large que les simples attentes des requérants, voy. *infra*, n° 355 et suiv., et n° 450.

⁷³⁶ La référence à la notion d'espérance légitime s'est étendue à d'autres droits comme le droit à la protection de la vie privée, voy. en ce sens CEDH, Gde. Ch., 24 juin 2004, *Von Hannover c. Allemagne*, req. n° 59320/00, Rec. 2004-VI, §69 (*GACEDH*, 2019, n° 42) ainsi qu'en matière de procès équitable, CEDH, 9 novembre 2006, *Sacilor Lormines c. France*, req. n° 65411/01, Rec. 2006-XIII, §60 (*RFDA*, 2007, 342, note J-L. AUTIN et F. SUDRE).

⁷³⁷ *Infra*, n° 342 et suiv.

la mesure où son élaboration et son application sont résolument orientées vers la concrétisation de la protection effective des droits fondamentaux.

b- La réadaptation de la notion aux objectifs d'effectivité des droits fondamentaux

161. Dans son sens générique, l'effectivité est entendue comme ce qui tend à « *produire des effets* »⁷³⁸. Elle correspond alors à un « *devoir être du droit* »⁷³⁹ en déterminant « *ce qui se réalise en fait pour être valable ou opposable aux tiers, ce qui se prouve dans les faits et dont l'existence indiscutable en justifie la reconnaissance ou l'opposabilité* »⁷⁴⁰. Initialement, l'effectivité était subordonnée selon la conception kelsénienne à son application concrète par les organes de l'ordre juridique et par le caractère répressif de la norme⁷⁴¹. Elle se traduit par « *l'application correcte du droit, conforme à sa lettre ou du moins à son esprit* »⁷⁴². Aujourd'hui, la doctrine admet un sens renouvelé de la notion à travers la concrétisation subjective de la règle⁷⁴³, autrement dit par sa capacité à être réceptionnée par les sujets de droit. Dans cette perspective, l'effectivité du droit est liée, selon le Professeur Pierre LASCOUMES, au « *degré de concrétisation dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit* »⁷⁴⁴. Malgré les difficultés théoriques inhérentes à son identification, la doctrine associe volontiers cet impératif avec la validité juridique ou encore à « *l'effectuation* » du droit⁷⁴⁵.

162. En droit international⁷⁴⁶, l'effectivité du droit se mesure au degré de réception des traités dans les ordres juridiques internes, réception qui détermine soit son applicabilité, soit son ineffectivité pratique⁷⁴⁷, ce qui explique qu'elle soit placée au cœur des débats et des

⁷³⁸ *Dictionnaire Poche Larousse*, Larousse, Paris, 2019, éd., 2020, p. 268.

⁷³⁹ S. BESSON, « L'effectivité des droits de l'homme : du devoir être, du pouvoir être et de l'être en matière de droits de l'homme », in *L'homme et son droit. Mélanges en l'honneur de Marco BORGHI à l'occasion de son 65^{ème} anniversaire*, Zürich, Schulthess, 2011, p. 53-83.

⁷⁴⁰ Y. LEROY, La notion d'effectivité du droit, *Droit et société*, 2001, n° 79, p. 715-732, spéc. p. 715.

⁷⁴¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962, p. 15.

⁷⁴² F. RANGEAON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1998, p. 126.

⁷⁴³ J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'Année sociologique*, LVII, 1958, p. 3 ; A. JEANMMAUD, « Le concept d'effectivité du droit », in P. AUVERGNON (dir.), *L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions ?*, Actes du séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale, 2006, p. 34-51 ; P. LASCOUMES, E. SERVERIN, Théories et pratiques de l'effectivité du droit, *Droit et société*, n° 2, 1986, p. 101-124.

⁷⁴⁴ P. LASCOUMES, « Effectivité », in A-J ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1993, 2^{ème} éd., p. 217.

⁷⁴⁵ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in V. CHAMPEIL-DESPLATS (dir.) et D. LOCHAK (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris Ouest, Paris, 2008, p. 11-16, spéc. p. 11-12.

⁷⁴⁶ Pour une approche globale de la notion en droit international, voy. F. COUVEINHES-MATSUMOTO, *L'effectivité en droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2014.

⁷⁴⁷ Y. LEROY, La notion d'effectivité du droit, *Droit et société*, 2001, n° 79, p. 715-732.

théories afférentes à la philosophie des droits de l'homme⁷⁴⁸. Le système de la Convention européenne la consacre très tôt dans sa jurisprudence comme l'une de ses finalités fondamentales. « *L'effectivité, et plus encore l'effectivité des droits apparaît comme l'objectif ultime du juge-garant des droits de l'homme, qui va ainsi orienter en son sens son activité d'interprétation, justifiant un affranchissement certains par rapport aux directives d'interprétation du droit international général* »⁷⁴⁹. Ceci s'incarne au travers de la redondante formule de l'arrêt *Airey contre Irlande*⁷⁵⁰ selon laquelle « *la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* ». ⁷⁵¹ Omniprésente dans la jurisprudence de la Cour, l'effectivité du droit consiste à mesurer le degré de réception concrète de la norme conventionnelle dans les ordres juridiques internes aux fins d'une meilleure protection des droits. Elle est donc davantage source d'effectivité *des* droits que *du* droit de la Convention, bien que la première participe à la réalisation de la seconde. Ainsi, selon le Professeur Éric MILLARD, « *les droits de l'homme n'existent comme droits qu'à partir du moment où ils sont effectivement consacrés et protégés, c'est-à-dire à partir du moment où une action attentatoire aux droits de l'homme peut effectivement, par des voies juridiques être prévenue ou si elle a eu lieu, donner lieu à une réaction juridique* »⁷⁵². En luttant contre la passivité des États parties dans la mise en oeuvre des obligations conventionnelles, la Cour renforce les conditions matérielles d'exercice des droits conventionnels sur le fondement de l'effectivité⁷⁵³.

163. Polyvalente, la notion d'effectivité présente quelques similitudes avec la notion de sécurité juridique. Comme le souligne le Professeur Luc HEUSCHLING, ce sont les qualités formelles du droit qui assurent au premier rang sa réalisation concrète, et en ce sens, la sécurité juridique objective⁷⁵⁴. Lorsque la Cour examine la qualité d'une « loi » au sens de la

⁷⁴⁸ E. MILLARD, Précision et effectivité des droits de l'homme, *RevDH.*, 2015, n° 7, en ligne au lien suivant : <https://journals.openedition.org/revdh/1215>.

⁷⁴⁹ H. RASPAIL, « Effectivité des droits de l'homme et extension des obligations internationales », in E. DUBOUT (dir.), S. TOUZE (dir.), *Refonder les droits de l'homme. Des critiques aux pratiques*, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire », 2019, p. 117-150, spéc. p. 119.

⁷⁵⁰ CEDH, Ch., 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73 (*GACEDH*, 2019, n° 2).

⁷⁵¹ *Ibid.*, §24.

⁷⁵² E. MILLARD, « Effectivité des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE, *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2008, p. 349-352, spéc. 352.

⁷⁵³ B. DEZANGLES, « Effectivité, efficacité et efficience dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in V. CHAMPEIL-DESPLATS (dir.) et D. LOCHAK (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 41-57.

⁷⁵⁴ L. HEUSCHLING, « "Effectivité", "efficacité", "efficience" et "qualité" d'une norme par un droit, analyse des mots et concepts », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET, *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité*, Bruylant, Bruxelles, coll. « À la croisée des droits », 2012, p. 89-117.

Convention, c'est toujours pour assurer la plus grande effectivité de la norme conventionnelle⁷⁵⁵. Le critère de la prévisibilité et de précision de la « loi » au sens de la Convention permet à la Cour d'apprécier l'effectivité de l'accès formel et substantiel du requérant au regard d'éléments factuels tels que la publication officielle de la loi ou l'interprétation jurisprudentielle⁷⁵⁶. Ce sont donc les composantes de la sécurité ou – la sécurité juridique en elle-même dans des champs circonscrits – qui mesurent le degré de concrétisation du droit conventionnel dans la protection des droits des justiciables. L'examen de la sécurité juridique fusionne se confond alors avec celui de l'effectivité des droits dans l'appréciation de la qualité de la loi⁷⁵⁷. De même, l'effectivité des droits impose à la Cour d'interpréter sa jurisprudence « à la lumière des conditions d'aujourd'hui » ainsi qu'au regard du « *consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre* »⁷⁵⁸. Le juge adapte sa jurisprudence en fonction des différents changements juridiques et sociétaux, l'interprétation évolutive s'inscrivant « dans une recherche de l'effectivité puisqu'elle vise à mettre les droits en phase avec le réel »⁷⁵⁹. Or, mettre en phase les droits avec le réel, c'est assurer la pérennité et l'adaptabilité de son système, et consolider par la même la sécurité juridique de la norme jurisprudentielle en assurant leur application future dans les ordres juridiques internes. En ce sens, il existe un lien fondamental entre sécurité juridique et l'effectivité des droits garantis par la Convention⁷⁶⁰. S'il est vrai que l'effectivité et la sécurité juridique peuvent s'opposer dans le cadre de la dialectique traditionnelle entre mutabilité et stabilité de la jurisprudence⁷⁶¹, l'adaptation du droit aux faits et aux droits internes participe à la sécurité juridique telle qu'interprétée par la Cour, présentée comme un instrument d'accompagnement des perturbations jurisprudentielles aux fins d'une meilleure protection des droits fondamentaux.

*

* *

⁷⁵⁵ *Infra*, n° 256 et suiv.

⁷⁵⁶ Voy. par ex. CEDH, Gde Ch., 20 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, req. n° 34044/96, 35532/97 et 44801/98, Rec. 2001-II (RSC, 2001, 639, obs. F. MASSIAS ; RTDH, 2001, 1109, note P. TAVERNIER).

⁷⁵⁷ Ce qui donne lieu à l'émergence d'une sécurité juridique procédurale, voy. *infra*, n° 277.

⁷⁵⁸ CEDH, Gde. Ch., 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, req. n° 46295/99, Rec. 2002-IV, §68.

⁷⁵⁹ B. DEZANGLES, « Effectivité, efficacité et efficience dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 41-57.

⁷⁶⁰ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne. Prendre l'idée simple au sérieux*, FUSL, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 665-705, spéc. p. 692.

⁷⁶¹ *Infra*, n° 484.

164. Partant d'une notion indéfinie, le juge lui a attribué progressivement un sens conventionnel qui s'intègre pleinement dans la conception européenne de la sécurité juridique. En effet, la « conventionnalisation » du principe témoigne d'un effort constant de la Cour pour construire un principe à la fois pluriel et sophistiqué. Son détachement progressif avec son principe-mère qu'est la prééminence du droit lui permet de se forger sa propre identité, qui s'est construite en deux temps. Dans un premier temps, la sécurité juridique conventionnelle dispose d'une « identité d'emprunt » résultant de l'« ingestion » des différentes conceptions internationale, européenne, et nationales de la notion. Elle intègre alors les sens objectifs (prévisibilité, accessibilité, clarté, précision, cohérence, unité) et subjectifs (espérance légitime, bonne foi, confiance légitime, *pacta sunt servanda*). Ce mimétisme a une force symbolique essentielle. Il permet la Cour de se rapprocher progressivement des juridictions nationales tout en conférant une sorte de « *légitimité axiologique* »⁷⁶² à un principe qui reste encore controversé. Dans un second temps, la Cour s'approprie son principe, en le modelant à son image, et selon sa propre conception de ce que doit être la sécurité juridique en droit de la Convention, notamment à l'aune des objectifs de la Convention. C'est ici que se trouve la véritable identité du principe « au sens de ». Les conceptions objectives et subjectives se voient substantiellement « augmentées » et perfectionnées par l'interprétation de la Cour. La légalité se veut procédurale mais également plus flexible, la stabilité se veut plus protectrice de l'autorité de chose jugée et de la cohérence jurisprudentielle. L'espérance légitime se veut innovante pour protéger, à titre principal, les droits patrimoniaux des requérants. La confiance légitime devient un instrument de protection contre les abus des autorités publiques et judiciaires. La sécurité juridique subjective se veut (surtout) individuelle et non exclusivement étatique, l'intérêt des États partie à la sécurité se cristallisant alors dans la garantie collective des droits fondamentaux pour mieux servir les intérêts individuels. Ainsi, la notion conventionnelle de sécurité juridique contient un « noyau dur » pluri identitaire qui converge vers un seul objectif qu'est l'effectivité du droit de la Convention.

⁷⁶² P. RAIMBAULT, La sécurité juridique, nouvelle ressource argumentative, *Revue du notariat*, 2008, n° 2, p. 517-543, spéc. p. 535.

CONCLUSION DU CHAPITRE

165. Assurément, il est difficile de reprocher à la doctrine de qualifier la sécurité juridique de « *notion vague et non dépourvue d'un certain verbalisme* »⁷⁶³. Partir à l'exploration substantielle de la sécurité juridique en droit européen, puis en droit de la Convention, est une aventure périlleuse tant la notion revêt des formes et des aspects variés. La nébulosité notoire des notions et « sous-principes » qui la composent rend difficile toute entreprise de systématisation sémantique. Il apparaîtrait néanmoins prématuré et catégorique de conclure à l'absence de définition de la sécurité juridique, car si « *la sécurité juridique est plurivoque, elle n'en est pas pour autant équivoque* »⁷⁶⁴. Si la diversité de ses dérivés pourrait être perçue comme des manifestation de traditions juridiques divergentes, elle ne constitue nullement un obstacle à l'existence d'un « *jus commun* » européen de sécurité juridique. Une brève analyse comparative a pu démontrer que la majorité des États européens intègre sous le label « sécurité juridique » un ensemble d'éléments certes hétéroclites, mais dont le contenu s'harmonise peu à peu grâce à des phénomènes de circularité et – de compétitivité⁷⁶⁵ – entre les prétoires européens et nationaux. Cela étant, et indépendamment de sa nationalité ou de son origine, la sécurité juridique est toujours synonyme de prévisibilité, de certitude, de clarté, de précision d'accessibilité, de confiance, de stabilité, de bonne foi, de bonne administration de la justice, et de cohérence. En outre, les conceptions de la sécurité juridique européenne et nationales ont en commun une même architecture arborescente qui explique la tendance caractéristique de la sécurité juridique à la dérivation conceptuelle. Prosaïquement, l'État de droit et la *Rule of law* forment les racines du « tronc sécurité juridique », et les différentes déclinaisons ses ramifications qui, elles-mêmes, donnent naissance à de nouveaux « bougeons » qui alimenteront la conceptualisation future de la sécurité juridique en Europe.

166. À l'évidence, le droit de la Convention n'échappe pas à cette structure conceptuelle, qui est à la fois le fruit de l'interprétation constructive du juge strasbourgeois et de la conséquence de la réception de ce sens européen. Cette arborescence constitue la force du principe car elle atteste d'une appropriation sophistiquée – bien que perfectible – d'une notion

⁷⁶³ F. POLLAUD-DULIAN, À propos de la sécurité juridique, *RTD Civ.*, 2001, p. 491.

⁷⁶⁴ B. PACTEAU, La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?, *AJDA*, 1995, n° H.S, p. 151-155.

⁷⁶⁵ « Dans un contexte sinon de "guerre des juges", du moins de concurrence larvée entre des juridictions toutes désireuses d'incarner plus et mieux que les autres la défense du Droit dans l'imaginaire collectif. Une fois l'expression intégrée par une juridiction, il est difficile aux autres juges de lui laisser le monopole de cette référence, sous peine cette fois d'apparaître "en retard" l'analyse stratégique fait apparaître une sorte de contrainte mimétique qui demeure néanmoins juridique [...]. L'imbrication entre la recherche de légitimité et la quête d'extension des pouvoirs des juges est ici totale, l'une justifiant l'autre », P. RAIMBAULT, La sécurité juridique, nouvelle ressource argumentative, *op. cit.*, p. 535-536.

réadaptée aux objectifs d'effectivité du droit de la Convention. Après avoir analysé l'appropriation d'« un » principe, reste encore à évaluer la pertinence de sa nature conceptuelle.

CHAPITRE 2 : LA QUALIFICATION EQUIVOQUE DU « PRINCIPE » DE SECURITE JURIDIQUE

« Toutes ces vérités ne se peuvent démontrer, et cependant ce sont les fondements et les principes de la géométrie. Mais comme la cause qui les rend incapables de démonstration n'est pas leur obscurité mais au contraire leur extrême évidence, ce manque de preuve n'est pas un défaut, mais plutôt une perfection. D'où l'on voit que la géométrie ne peut définir les objets ni prouver les principes ; mais pour cette seule et avantageuse raison, que les uns et les autres sont dans une extrême clarté naturelle, qui convainc la raison plus puissamment que le discours »⁷⁶⁶

167. Érigée dès sa consécration comme un « principe »⁷⁶⁷, la sécurité juridique suscite rapidement les faveurs du juge de la Cour, qui lui octroie une place prépondérante au sein de sa jurisprudence. « Nécessairement inhérent au droit de la Convention »⁷⁶⁸, appartenant aux valeurs « sous-jacentes »⁷⁶⁹ du système conventionnel, ces formules élogieuses ne peuvent que favoriser une adhésion quasi unanime de son caractère principal. Cependant, cette proclamation catégorique ne parvient pas à dissimuler l'obscurité entourant les fondements de cette identification. Grande absente des travaux préparatoires du Conseil de l'Europe et du texte de la Convention⁷⁷⁰, la sécurité juridique est dépourvue de toute définition textuelle ou prétorienne⁷⁷¹, ce que la Cour admet d'elle-même en reconnaissant qu'elle est « implicite dans l'ensemble des articles de la Convention »⁷⁷². Cette imprécision globale érode la légitimité du

⁷⁶⁶ B. PASCAL, *De l'esprit géométrique et de l'art de persuader*, Éd. Flammarion, Paris, 1968, p. 25.

⁷⁶⁷ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31 (*GACEDH*, 2019, n° 51).

⁷⁶⁸ *Ibid.*, §58

⁷⁶⁹ CEDH, Gde. Ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n° 16574/08, Rec. 2013-I, §66 (*JCP G*, 2013, act. 242, obs. F. SUDRE).

⁷⁷⁰ S'il est possible de rattacher indirectement la sécurité juridique à la clause d'ordre public, cette acceptation n'englobe pas l'ensemble de ses composantes sémantiques.

⁷⁷¹ La seule définition jurisprudentielle est celle du juge MARTENS qui énonce de manière lacunaire que la sécurité juridique est « comprise comme empêchant le "désordre juridique" », opinion partiellement dissidente du juge MARTENS jointe à l'arrêt CEDH, Ch., 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, req. n° 12849/87, série A. 214-C, pt. 9.

⁷⁷² CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, §56 ; CEDH, 6 décembre 2007, *Beian c. Roumanie*, req. n° 30658/05, Rec. 2007-V, §39 ; CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et*

juge quant à l'affirmation d'un « principe » de sécurité juridique⁷⁷³, d'autant plus que la notion souffre d'une polymorphie manifeste. La Cour n'utilise en effet pas moins d'une dizaine d'expressions en référence à la sécurité juridique. Évoquant souvent la seule « *sécurité juridique* »⁷⁷⁴, la « *sécurité des rapports juridiques* »⁷⁷⁵ ou encore la « *sécurité juridique des liens familiaux* »⁷⁷⁶, la Cour la qualifie parfois comme un « *intérêt* »⁷⁷⁷, « *une exigence* »⁷⁷⁸, « *un souci* »⁷⁷⁹, « *un facteur* »⁷⁸⁰, voire même « *un angle* »⁷⁸¹ ou « *un degré* »⁷⁸². Le juge oscille aussi avec la qualification de « *valeur* »⁷⁸³. S'il est vrai que cet *imbroglio* formel est exclu dans la version anglaise des arrêts de la Cour – qui fait référence systématiquement au principe du “*legal certainty*”⁷⁸⁴ – une telle confusion vient éprouver la pertinence de sa proclamation théorique en tant que « principe ». Le constat de cette polymorphie incite en conséquence à examiner le bien-fondé de cette qualification. Outrepassant les obstacles engendrés par le foisonnement obscur des controverses doctrinales, la construction d'une typologie générale des critères d'identification d'un principe se révèle nécessaire pour attester de la véracité (ou de

Perihan req. n° 13279/05, §56 (*JCP G*, 2012, doct. 87, F. SUDRE) ; CEDH, Gde. Ch., 29 novembre 2016, *Paroisse Gréco-Catholique Lupeni et autres c. Roumanie*, req. n° 76943/11, §116.

⁷⁷³ *Supra*, n° 1-3.

⁷⁷⁴ Voy. par ex., CEDH, Gde. Ch., 5 février 2015, *Bochan c. Ukraine* (n° 2), req. n° 22251/08, Rec. 2015-I, §30.

⁷⁷⁵ CEDH, Gde. Ch., 28 octobre 1999, *Brumărescu c. Roumanie*, req. n° 28342/95, Rec. 1999-VII, §62 (*JCP G*, 2000, I, 203, 10, obs. F. SUDRE).

⁷⁷⁶ CEDH, 12 janvier 2006, *Mizzi c. Malte*, req. n° 26111/02, Rec. 2006-I, §114 ; CEDH, 19 juillet 2016, *Călin et autres c. Roumanie*, req. n° 25057/11, 34739/11 et 20316/12, §101.

⁷⁷⁷ CEDH, Plén., 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, req. n°10843/84, série A. 184, §35.

⁷⁷⁸ CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie*, req. n° 13279/05, §55 (*JCP G*, 2012, doct. 87, F. SUDRE).

⁷⁷⁹ CEDH, Gde. Ch., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n° 34503/97, §6 (*GACEDH*, 2019, n° 64).

⁷⁸⁰ CEDH, Ch., 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp ("vagabondage") c. Belgique*, req. n° 2832/66, 2835/66 et 2899/66, série A. 12, §50 (*GACEDH*, 2019, n° 20) ; CEDH, 29 avril 1988, *Belilos c. Suisse*, req. n° 10328/83, série A. 132, §59 (*RGDIP*, 1989, 273, note G. COHEN-JONATHAN).

⁷⁸¹ CEDH, Gde. Ch., 15 novembre 2016, *A. et B. c. Norvège*, req. n° 24130/11 et 29758/11, Rec. 2010-VI, §59 (*GACEDH*, 2019, n° 26).

⁷⁸² CEDH, 27 mai 2010, *Sarica et Dilaver c. Turquie*, req. n° 11765/05, §45.

⁷⁸³ « *Ainsi le veulent la sécurité juridique et la prééminence du droit, qui font partie des valeurs fondamentales sous-jacentes à la Convention* », CEDH, Gde. Ch., 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, req. n° 53080/13, §89. On observera que la qualification de « valeur » est toutefois moins répandue que celle de « principe ».

⁷⁸⁴ Par contraste avec la polymorphie française, la Cour emploie systématiquement le “*principal of legal certainty*” dans la version anglaise des arrêts. Peu de réponses peuvent être apportées pour justifier l'existence d'une telle variabilité sémantique. Il arrive parfois à la Cour de privilégier la version française par rapport à la version anglaise aux fins d'extension de la protection des droits conventionnels, comme le démontre le Professeur Jean-Pierre MARGUENAUD (J-P. MARGUENAUD, « Le rayonnement interprétatif de la version française de la CEDH », in *L'homme et le droit. En hommage au Professeur Jean-François FLAUSS*, Pedone, Paris, coll. « Mélanges », 2014, p. 555-570). En droit de l'Union, les divergences linguistiques et de traduction ont pu faire l'objet d'études majeures, voy. par ex. A BAILLEUX (dir.), Y. CARTUYVELS (dir.) H. DUMONT (dir.) et F. OST, *Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre. Hommage au recteur Michel VAN DE KERCHOVE*, FUSB, Bruxelles, 2009. Pour le droit de la Convention, il existe qu'un nombre limité d'articles consacrés aux langues et à la linguistique (J. BRANNAN, Le rôle du traducteur à la Cour européenne des droits de l'homme, *Traduire*, 2009, p. 24-35 ; P. DUPARC-PORTIER et A. MASSON, La question des langues en Europe : entre paradoxes et divergences juridiques, *RTDH*, 2007/72, p. 1051-1085). À notre sens, cette multitude d'expressions traduirait une volonté prétorienne de mettre en exergue les différences d'intensité et de normativité de la sécurité juridique.

l'impertinence) de la nature principielle de la sécurité juridique (**Section I**). Cependant, cette exploration conceptuelle ne saurait s'achever sans franchir le cap de sa catégorisation. Véritable « principe caméléon », sa souplesse interprétative lui confère une capacité adaptative ouvrant la porte à une pluralité de catégories possibles. S'il dispose de certaines similitudes avec les principes fondamentaux ainsi que les principes généraux du droit, qu'aucune de ces classifications ne fournit une réponse pleinement satisfaisante pour englober toutes les subtilités conceptuelles du principe. Devant procéder à une classification « sur mesure » seyant à sa malléabilité interprétative, le choix d'un principe général s'impose alors comme la catégorisation la plus pertinente (**Section II**).

SECTION I : UNE NATURE PRINCIPIELLE INCERTAINE

168. En droit interne, la nature juridique de la sécurité juridique est sujette à discussions. Alors qu'en droit administratif sa nature principielle fait l'unanimité⁷⁸⁵, la doctrine constitutionnaliste tâtonne entre la qualification de « *principe* »⁷⁸⁶ et celle de simple « *exigence* »⁷⁸⁷. Si la Cour de cassation ne manifeste aucune réticence à la qualifier de « *principe* »⁷⁸⁸, cette question divise la doctrine. Certains affichent une position circonspecte en la reléguant au rang d'une simple exigence⁷⁸⁹, tandis que d'autres s'interrogent sur l'émergence potentiel d'un droit fondamental à la sécurité juridique, en réponse à son inflation exponentielle dans les discours juridiques et politiques⁷⁹⁰. À défaut d'apporter une réponse claire, cette hétérogénéité doctrinale ne fait qu'agraver malheureusement le mystère autour de la sécurité juridique. Au niveau européen, la qualification de sa nature principielle ne soulève *a priori* aucune difficulté dans les travaux consacrés aux principes en droit de la Convention. C'est le

⁷⁸⁵ *Supra*, n° 100.

⁷⁸⁶ Voy. par ex. B. MATHIEU, *Réflexion en guise de réflexion sur le principe de sécurité juridique*, CCC, 2001, n° 11.

⁷⁸⁷ A-L. VALEMBLOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2005, t. 22.

⁷⁸⁸ *Supra*, n° 101 et *infra*, n° 651.

⁷⁸⁹ N. MOLFESSIS, *La portée des revirements de jurisprudence*, *RTD Civ.*, 1998, n° 1, p. 210 ; A. CRISTEAU, *L'exigence de sécurité juridique*, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 2814 ; F. POLLAUD-DULIAN, *À propos de la sécurité juridique*, *RTD Civ.*, 2001, p. 491.

⁷⁹⁰ « *Le droit positif doit mieux prendre en compte le besoin individuel de sécurité juridique sans que cela se fasse au détriment de la lisibilité du droit objectif lui-même, c'est-à-dire sans que cela conduise à une véritable pulvérisation du droit objectif [...] au détriment de l'ordre de la cohérence et de la prévisibilité [...]. C'est la raison pour laquelle la possibilité offerte aux sujets de droit de faire valoir un droit subjectif à la sécurité juridique doit être strictement circonscrite* », in T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Defrénois, Paris, coll. « Doctorat & Notariat », 2009, t. 35, p. 433.

cas du Professeur Mouloud BOUMGHAR, qui affirme que toute reconnaissance formelle emporte « *potentiellement la qualification de principe au sens conceptuel du terme* », précisant que « *la réalité formelle deviendra l'un des éléments de définition notionnelle* »⁷⁹¹. C'est le cas également de Madame Katarzyna GRABARCZYK qui le classifie parmi les principes généraux conventionnels, aux côtés de la prééminence du droit, de la proportionnalité et de la dignité humaine⁷⁹². Bien qu'adoptant des approches différentes, ces études se fondent sur la création prétorienne de la sécurité juridique par la Cour européenne. Pourtant, sa polymorphie interroge toujours sur la pertinence de cette qualification. Comme le relève le Professeur Patrick MORVAN, « *les principes juridiques sont abondamment mis à contribution pour ne rien exprimer* »⁷⁹³. C'est pourquoi, avant d'aller plus loin dans notre étude, il convient de déterminer si, au-delà de l'apparence formelle d'un principe, il existe bel et bien substantiellement et conceptuellement d'un principe de sécurité juridique en droit de la Convention. D'emblée, l'identification de sa nature principielle s'avère labyrinthique, d'abord en raison des incertitudes provenant de la notion de « principe » (1§) et ensuite, en raison des incertitudes intrinsèques liées à la polymorphie du « principe » de sécurité juridique tel qu'interprété par la Cour européenne (2§).

1§) Les ambiguïtés extrinsèques provenant de la notion de « principe »

169. Puisqu'il est plus aisé de définir la sécurité juridique par ce qu'elle n'est pas que par ce qu'elle est, il convient donc de débiter avec les incompatibilités conceptuelles de la notion de principe, qui pourront être exclues directement du champ de l'étude du fait de leur inadaptation ou de leur incompatibilité théoriques ou conceptuelles avec le principe de sécurité juridique dégagé par le juge (A). Cette élimination permettra de mettre en évidence sa compatibilité avec d'autres catégories telles que les valeurs et les normes (B).

⁷⁹¹ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, Pedone, Paris, coll. « Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme », 2010, p. 24-26.

⁷⁹² K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUAM, Aix-Marseille, 2008.

⁷⁹³ P. MORVAN, « Principes », in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, coll. « Quadrige-Dicos Poche », 2003, p. 1201-1205.

A- Les incompatibilités conceptuelles du « principe » de sécurité juridique

170. Traditionnellement, un principe se définit comme « *une règle ou une norme générale de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques* »⁷⁹⁴. Cette définition générique retient la double qualification ambiguë de norme et de règle de droit⁷⁹⁵. En outre, la question de la qualification en tant que « droit fondamental » n'est pas dénuée d'intérêt face à la pauvreté des manuels consacrant une partie de leur contenu à cette question⁷⁹⁶, et en comparaison avec l'intérêt contemporain consacré à cette thématique⁷⁹⁷. Pourtant ni la qualification de règle de droit (1°), ni celle de droit fondamental (2°), ne paraissent compatible avec la notion de principe, ni correspondre aux spécificités du principe de sécurité juridique en droit de la Convention.

1°) L'exclusion prudente d'une « règle » de droit

171. Selon Ronald DWORKIN, si les règles juridiques et les principes appartiennent tous deux à la catégorie des normes juridiques, ils se distinguent par leur mode de production et par leurs effets en droit positif⁷⁹⁸. En effet, « *une norme "précise" – dont une "règle" – est une norme immédiatement susceptible d'application à des cas concrets : une norme qui peut être utilisée en tant que prémisse majeure dans le syllogisme juridictionnel [...] une norme structurellement vague – donc un "principe" – est une norme qui, d'un côté exige la création d'autres normes [...] pour lui donner la capacité de résoudre des cas concrets. Mais de l'autre*

⁷⁹⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, coll. « Quadrige Dicos poche », 2018, 12^{ème} éd., p. 806-807.

⁷⁹⁵ Cette confusion s'observe également dans les travaux de Michel VIRALLY. Évoquant dans un premier temps la commodité de l'expression « principe » pour désigner « *des normes plus générales et abstraites* », il les reconnaît quelques lignes plus loin comme des « *règles juridiques abstraites* » qui ont vocation s'appliquer à une pluralité de situations concrètes, in M. VIRALLY, « Le rôle des "principes" dans le développement du droit international », in *Mélanges en hommage à Paul GUGGENHEIM*, Éd. Faculté de droit de l'université de Genève, Genève, p. 531-554, spéc. p. 533.

⁷⁹⁶ Trois manuels seulement évoquent la question d'un « droit à la sécurité juridique » : D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2010, 2^{ème} éd., p. 669-672 ; L. FAVOREU, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Paris, 7^{ème} éd., 2015, p. 406-415, ainsi que J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, coll. « Méthodes du droit », 2012, 5^{ème} éd., p. 42-44. S'ils réfutent cette hypothèse en droit interne, aucun des deux n'effectue en revanche de transposition catégorielle avec la sécurité juridique interprétée en droit de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁷⁹⁷ M-A. GRANGER, Existe-il un « droit fondamental à la sécurité » ?, *RSC*, 2009, p. 273-296 ; P-J. PARARAS, « Le droit à la sécurité », in *L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage au professeur Paul TAVERNIER*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 889-898 ; M. AFROUKH, L'émergence d'un droit à la sécurité des personnes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme ?, *RDP*, 2015, n° 1, p. 139 ; P. JOURDAIN, « Existe-il un droit subjectif à la sécurité ? » in N. NICOD, *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ?*, Actes du colloque des 19 et 20 octobre 2006, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2008, n° 7, p. 77-83.

⁷⁹⁸ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Paris, 1995, p. 123.

côté, elle peut bien être exécutée ou concrétisée de plusieurs façons différentes et alternatives »⁷⁹⁹. Au-delà l'opulence des écrits doctrinaux sur cette distinction, trois éléments de différenciation emportent majoritairement la conviction des théoriciens et seront également ceux retenus dans le cadre cette étude.

172. Le premier critère est celui de la généralité, étant entendue selon le Professeur DENYS DE BECHILLON comme l'aptitude d'une norme à pouvoir s'appliquer à un nombre indéterminé de situations⁸⁰⁰. La pertinence d'un tel critère est fréquemment critiquée. Malgré l'impossibilité d'en donner une « *définition satisfaisante* »⁸⁰¹, une règle de droit est une règle de conduite précise, générale, abstraite et obligatoire⁸⁰², disposant en ce sens d'un contenu prescriptif, prohibitif ou permissif. Elle sert également de « *référence* » ou de « *modèle* » déterminant comment les choses doivent être⁸⁰³. À la différence des règles, les principes sont réputés imprécis. « *Ils orientent la décision, en offrant des arguments pour une certaine solution, mais ils ne la déterminent pas* »⁸⁰⁴. Pourtant, tout principe a une vocation naturelle vers la généralité, tout comme la règle de droit. En ce sens, la Professeure SYLVIE CAUDAL s'interroge sur la pertinence pratique de cette distinction, puisque le juge fait tout autant référence au caractère général des principes qu'à celui des règles juridiques. Cela étant, elle rejette le critère de la généralité comme preuve d'identification des principes, estimant que « *le critère de distinction n'est pas toujours apparent, et lorsqu'il est explicité [...] ce n'est pas la généralité qui est visée mais plutôt le caractère supplétif ou impératif de ces normes [...]. Or, ce critère n'a nullement vocation à être généralisé à la distinction d'ensemble entre règles et principes* »⁸⁰⁵. Tendait tous les deux à la généralité, leur distinction s'opère davantage sur leur degré d'application, comme le relève JEAN BOULANGER. Selon cet auteur, « *la règle juridique est générale en ce qu'elle est établie pour un nombre indéterminé d'actes et de faits [...] elle est édictée en vue d'une situation juridique déterminée. Un principe, au contraire, est général en ce qu'il comporte une série indéfinie d'applications* »⁸⁰⁶.

⁷⁹⁹ R. GUASTINI, « Les principes de droit en tant que source de perplexité », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Economica, Paris, coll. « Études juridiques », 2008, n° 30, p. 113-123, spéc. p. 116.

⁸⁰⁰ D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Éd. Odile Jacob, Paris, 1997, p. 28-33.

⁸⁰¹ J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 1969, 3^{ème} éd., p. 17.

⁸⁰² S. GUINCHARD (dir.), T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, Paris, 2016, 24^{ème} éd., p. 925.

⁸⁰³ A. JEAMMAUD, La règle de droit comme modèle, *Recueil Dalloz*, 1990, p. 199, spéc. p. 200.

⁸⁰⁴ R. GUASTINI, « Les principes de droit en tant que source de perplexité », *op. cit.*, p. 116

⁸⁰⁵ S. CAUDAL, « Rapport introductif », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, *op. cit.*, p. 1-19, spéc. p. 8.

⁸⁰⁶ J. BOULANGER, « Principes généraux et droit positif », in *Le droit privé au milieu du XX^{ème} siècle. Études offertes à Georges RIPERT*, LGDJ, Paris, 1950, t. 1, n° 5, p. 56 ; voy. également L. ROBERT-WANG, « Règle de droit », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, « Quadrige-Dicos Poche », 2003, p. 1326-1329.

173. Le second critère s'attache à l'origine de la norme juridique, la règle étant issue d'une autorité habilitée à produire du droit tandis que les principes sont l'œuvre du juge dans sa recherche de la « *bonne réponse* »⁸⁰⁷. Que les principes soient donc « *inventés* » ou « *découverts* » par un juge⁸⁰⁸, ils s'articulent en complément des règles de droit. Finalement, il importe peu que cette action soit le produit de la « bouche de la loi » ou bien la preuve irréfutable d'un pouvoir discrétionnaire⁸⁰⁹ du moment que l'autorité émettrice est compétente pour produire et interpréter du droit. Puisque la Cour est compétente pour trancher « *toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles qui lui seront soumises* »⁸¹⁰, la question de la compétence ne semble pas poser de difficultés particulières et démontre davantage l'existence d'un principe que d'une « règle » de sécurité juridique dans sa jurisprudence.

174. Le dernier critère – le plus important – est celui qui a inspiré la célèbre maxime dworkienne du « tout ou rien », selon laquelle les règles et les principes se distinguent non pas en fonction de leur contenu ou de leur force juridique, mais selon leur mode d'application⁸¹¹. En effet, les règles de droit ont vocation à s'appliquer pour des cas juridiques identifiés comme tels. Cela étant, dans l'hypothèse d'un conflit entre deux règles de droit, seule la règle valide aura vocation à s'appliquer à tous cas les préalablement identifiés⁸¹². Or, la validité des principes n'est pas immuable, et dépend en réalité « *du poids ou de l'importance* »⁸¹³ que le juge lui donnera en fonction du cas spécifique. Pour le dire autrement, les principes impliquent une pondération de la part du juge qui « *doit prendre en considération le poids relatif de chacun d'eux* »⁸¹⁴ pour trouver la solution au litige et le trancher. À cette fin, le Professeur Robert ALEXY souligne que les règles relèvent de la subsomption en raison de leur validité ou de leur invalidité, tandis que les principes forment des « *mandats d'optimisation* » pouvant être conciliés entre eux⁸¹⁵. Ce mécanisme engendre deux conséquences majeures. La première est

⁸⁰⁷ G. TUSSEAU, « Métathéorie de la notion de principe », in S. CAUDAL, (dir), *Les principes en droit*, op. cit., 75-112, spéc. p. 84-86.

⁸⁰⁸ E. MAULIN, « L'invention des principes », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, op. cit., p. 23-47, spéc. p. 26.

⁸⁰⁹ Si pour Ronald DWORKIN, le juge ne fait que rechercher « la bonne réponse » conformément à la règle de droit selon l'idéal-type représenté par la figure de Hercule. *A contrario* le Professeur Franck MODERNE pense que la reconnaissance même d'une lacune implique *ipso facto* « un jugement de valeur sur le caractère complet du droit positif existant » et procède d'une interprétation discrétionnaire, in F. MODERNE, *Légitimité des principes généraux et théorie du droit*, RFDA, 1999, p. 728.

⁸¹⁰ Article 32 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

⁸¹¹ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 84-85.

⁸¹² *Ibid.*, p. 143-145.

⁸¹³ *Ibid.*, p. 84.

⁸¹⁴ G. TUSSEAU, « Métathéorie de la notion de principe », op. cit., p. 84-86.

⁸¹⁵ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, SphurkrampVerlagGmbH, Allemagne, 1994 ; G. TUSSEAU, « Métathéorie de la notion de principe », op. cit., spéc. p. 95-97.

l'instauration d'une « *loi de compétition* » correspondant à une prévalence relative d'un principe sur l'autre⁸¹⁶. La seconde — consécutive à la première — est celle de l'arbitraire inévitable du juge dans l'accomplissement de cette pondération, puisqu'il dispose d'une plus grande souplesse interprétative dans la conciliation d'un principe que dans celle d'un droit⁸¹⁷. Ces constatations sont transposables à la sécurité juridique. D'abord, elle est intégrée au contrôle de proportionnalité. C'est sous l'angle du principe de sécurité juridique que la Cour évalue la conventionnalité des délais nationaux sous l'angle de l'article 6§1 en vérifiant que la législation nationale ne porte pas atteinte de manière disproportionnée au principe⁸¹⁸. Ensuite, ce principe n'a pas vocation à être absolu et doit s'effacer par rapport à d'autres objectifs comme la mutabilité du droit ou le progrès des normes⁸¹⁹. Son utilisation n'est pas aussi rigide qu'une règle de droit. Il bénéficie d'une certaine souplesse, la sécurité juridique prenant parfois la forme d'un simple argument⁸²⁰. Enfin, il est sujet à une interprétation malléable du juge qui lui permet de s'adapter à une multitude de cas, et favorise de la sorte l'interprétation casuistique⁸²¹. Visiblement, la qualification d'un principe de sécurité juridique est l'illustration d'un choix prétorien pour conserver et illustrer cette adaptabilité propre aux principes conventionnels⁸²². C'est pourquoi la qualification de « règle » de sécurité juridique doit être exclue. Il en va de même pour celle de « droit fondamental ».

⁸¹⁶ *Ibid.*, p. 90-99.

⁸¹⁷ *Ibid.*, p. 97.

⁸¹⁸ CEDH, 20 juillet 2004, *Nikitine c. Russie*, req. n° 50178/99, Rec. 2004-VIII, §56.

⁸¹⁹ « *La Cour ne se trouve pas liée par ses décisions antérieures [...]. Elle a toutefois coutume d'en suivre et appliquer les enseignements, dans l'intérêt de la sécurité juridique et du développement cohérent de la jurisprudence relative à la Convention. Cela ne l'empêcherait pourtant pas de s'en écarter si des raisons impérieuses lui paraissaient le demander. Un tel revirement pourrait, par exemple, se justifier s'il servait à garantir que l'interprétation de la Convention cadre avec l'évolution de la société et demeure conforme aux conditions actuelles* », CEDH, Plén., 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, req. n° 10843/84, série A. 184, §35.

⁸²⁰ Sur l'usage argumentatif du principe de sécurité juridique, voy. *infra*, n° 394.

⁸²¹ Sur ce point, *infra*, n° 439 et suiv.

⁸²² Cette souplesse est inhérente à sa qualification en tant que principe interprétatif et *in fine*, en tant que principe général, voy. *infra*, n° 215.

2°) L'exclusion justifiée d'un « droit fondamental »

175. Produit d'importation germanique⁸²³, la notion de « droit fondamental » est toujours aussi controversée⁸²⁴. Qu'elle soit assimilée aux « *droits de valeur constitutionnelle* »⁸²⁵ et conçue simplement comme un prolongement des « *libertés publiques* »⁸²⁶, qu'elle soit le fruit d'une « *juridicisation* »⁸²⁷ des droits de l'homme, ou du « *continuel surgissement* » du droit⁸²⁸, son absence de définition précise⁸²⁹ et de catégorisation expresse⁸³⁰ lui vaut la désignation négative de « *mot-valise fourre-tout* »⁸³¹. À défaut de trouver une définition suffisamment unanime sur les contours d'un tel concept⁸³², il convient dans un premier temps de relever les éléments permettant de « *savoir pourquoi un droit, une liberté, une garantie, un principe sont*

⁸²³ À l'instar de la sécurité juridique, le concept de « droit fondamental » est inscrit dans la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 aux articles 1 à 19 (Section I : « Les droits fondamentaux »). Pour plus de précisions concernant l'émergence historique des droits fondamentaux en Allemagne, voy. M. FROMONT, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », in *Recueil d'Études en hommage à Charles Eisenmann*, Éd. Cujas, Paris, 1975, p. 69-64 ; O. JOUANJAN, La théorie allemande des droits fondamentaux, *AJDA*, 1998, n° spéc., p. 44-51 ; D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2001, t. 87.

⁸²⁴ De manière particulièrement citrique, le Professeur Patrick WACHSMANN regrettait l'intégration prématurée d'un tel concept en droit français au regard des lacunes inhérentes à la justice constitutionnelle. Il a pu ainsi souligner que « *le droit français est loin d'avoir atteint la "perfection" [...] de sorte que l'étiquette "droits fondamentaux" est largement usurpée [...]* », relevant l'« *outrecuidance* » de la comparaison avec le droit allemand, voy. P. WACHSMANN, « L'importation en France de la notion des droits fondamentaux », *RUDH*, 2004, p. 40-49, spéc. p. 40. Pour un autre point de vue critique, voy. A. TROIANIELLO, Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ?, *Le Débat*, 2003/2, n° 124, p. 58-72.

⁸²⁵ V. CHAMPEIL-DESPLATS, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Dalloz*, 1995, p. 323.

⁸²⁶ P. WACHSMANN, L'importation en France de la notion des « droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 40-49, spéc. p. 40.

⁸²⁷ L. FAVOREU, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Paris, 2015, 7^{ème} éd., p. 73-77.

⁸²⁸ E. PICARD, *L'émergence des droits fondamentaux en France*, *AJDA*, 1998, n° spéc., p. 6.

⁸²⁹ La notion de droit fondamental est dépourvue tant de définition textuelle que prétorienne en droit français. Elle entre pour la première fois dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel en 1990 lorsque qu'il mentionne les « *libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle* » concernant le respect des engagements internationaux, sans toutefois en apporter une définition explicite ou une liste exhaustive des droits concernés, voy. C.C., *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, 22 janvier 1990, n° 98-269 DC, pt. 33.

⁸³⁰ G. PECES-BARBA MARTINEZ effectue une classification matérielle en distinguant les droits relatifs à la personne en soi des droits dans la société, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, Paris, 2004, p. 409-414.

⁸³¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 466-467.

⁸³² Ces divergences portent sur la substitution des « libertés publiques » et des « libertés fondamentales » par les droits fondamentaux. Si elle engendre « *un changement d'approche dans la question des libertés et de leur protection* » (M-J. REDOR, Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux, *Cahier de la recherche en droit fondamental*, 2002, n° 1, p. 92), elle provoque également des interrogations sur leur catégorisation autonome par rapport à ces « libertés publiques ». Pour plus de détails, voy. P. WACHSMANN, L'importation en France de la notion des « droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 40-49 ; E. PICARD, *L'émergence des droits fondamentaux en France*, *op. cit.*, p. 6 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *op. cit.*, p. 323 ; L. FAVOREU, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Paris, 7^{ème} éd., 2015, p. 63-108 ; M-L PAVIA, Éléments de réflexion sur la notion de droit fondamental, *LPA*, 1994, n° 54, p. 9. Pour une étude approfondie et détaillée sur la question, voy. S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux droits fondamentaux. Analyse des discours juridiques français*, Mare & Martin, 2017, spéc. p. 207.

"fondamentaux" »⁸³³ (a) puis, dans un second temps, d'en faire la transposition à la sécurité juridique conventionnelle pour déterminer si elle peut entrer dans cette catégorie conceptuelle (b).

a- Un cadre théorique approximatif

176. À cause des insuffisances notoires qui englobent la notion de « *droit fondamental* »⁸³⁴, il est difficile de déterminer avec précision des critères constitutifs en raison de leur relativité (i). Cette difficulté imprègne également la théorie des critères constitutifs d'un droit fondamental d'un État. Même si elle est tombée dans une forme de désuétude, elle semble faire l'objet d'une redécouverte dans les droits européens, redécouverte qui offrira un éclairage supplémentaire sur les critères constitutifs d'un droit fondamental (ii).

i- La relativité des critères constitutifs d'un droit fondamental individuel

177. Selon la célèbre définition du Doyen Louis FAVOREU, les droits fondamentaux correspondent « *aux droits et libertés protégés par des normes constitutionnelles ou (et) européennes et internationales* »⁸³⁵, privilégiant de la sorte une approche formelle liée à la consécration en droit subjectif. À la vue de l'abondance de la littérature doctrinale sur la notion de droit subjectif⁸³⁶, cette étude se limitera à sa définition générique. Les droits subjectifs sont majoritairement compris comme « *des prérogatives [...] que le droit objectif consacre et sauvegarde au profit des sujets de droit* »⁸³⁷, formant une « *permission à laquelle répondent des obligations correspondantes de la part des destinataires appropriés* »⁸³⁸. Or, cette acception présuppose d'ériger la justiciabilité et la garantie juridictionnelle comme éléments de

⁸³³ V. CHAMPEIL-DESPLATS, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *op. cit.*, p. 323.

⁸³⁴ Sur ce constat, E. BALLOT, *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, Mare & Martin, Paris, coll. « Bibliothèque des thèses », 2014.

⁸³⁵ L. FAVOREU, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2009, p. 870.

⁸³⁶ Pour un panel exhaustif des courants et débats doctrinaux entourant la notion de droit subjectif, nous renvoyons notamment à D. GUTMAN « Droit subjectif », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, coll. « Quadrige-Dicos Poche », 2003, p. 529-533. Pour une vision théorique des droits subjectifs, voy. P. MOOR, « "Droit subjectif" et "sujet de droit" dans une théorie du droit comme processus », in *Études en l'honneur de Gérard TIMSIT*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 141-167.

⁸³⁷ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Paris, 2006, p. 161.

⁸³⁸ L. FAVOREU, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 104. Le Professeur Jean-Louis BERGEL en donne également une définition élargie : « *ce sont des prérogatives attribuées à des individus ou des groupes d'individus reconnues et protégées par le droit subjectif, et qui leur confèrent certains pouvoirs leur permettant de préserver leurs intérêts dans un domaine réservé, en imposant à autrui le respect de leur droit* », in J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, coll. « Méthodes du droit », 2012, 5^{ème} éd., p. 39-40.

définition⁸³⁹. Là encore, les divergences doctrinales sont multiples. Alors que le Professeur Étienne PICARD ne retient pas la garantie juridictionnelle comme un critère prépondérant, puisqu'elle constitue à la fois le moyen et la conséquence de la fundamentalité⁸⁴⁰, d'autres auteurs en font une condition *sine qua non* à sa qualification⁸⁴¹. Cela étant, il apparaît préférable de se placer sur le second critère de la justiciabilité. Toujours selon le Doyen Louis FAVOREAU, « la justiciabilité des droits fondamentaux est liée à leur caractère de droit subjectif, du fait qu'il s'agit de droits subjectifs. Les individus pourront demander [...] la protection de leurs droits fondamentaux »⁸⁴². C'est donc ce critère qui fonderait l'existence d'un droit subjectif, et indirectement, celle d'un droit fondamental.

178. *A contrario*, le Professeur Étienne PICARD adopte une approche substantielle axée sur la fundamentalité intrinsèque du droit. Éclipsant la perspective formelle⁸⁴³, il définit les droits fondamentaux comme des droits « suffisamment essentiels au jurisléateur, et qui s'avèrent susceptibles de prévaloir contre telle autre prétention qui pourrait s'y opposer », précisant que « ces prétentions peuvent être des pouvoirs, des compétences, voire d'autres droits, d'autres principes juridiques ou diverses exigences »⁸⁴⁴. Ce faisant, la « fundamentalité » est le produit d'un « effet de prévalence »⁸⁴⁵. Elle peut provenir de sources multiples, allant d'une norme formelle – nationale ou supranationale – à une interprétation prétorienne lui conférant des effets « *infra et extra normatifs* »⁸⁴⁶. Elle est également variable dans ses effets en raison de la relativité des droits, formant en ce sens une « échelle de fundamentalité »⁸⁴⁷. Partant, un droit

⁸³⁹ Comme le souligne le Professeur Marie-Joël REDOR, « puisqu'il n'y a pas de droit sans sanction juridictionnelle, le droit fondamental est nécessairement assorti d'une telle sanction ; la garantie juridictionnelle est donc un élément de définition du droit fondamental en tant qu'il est d'abord un droit », M.-J. REDOR, Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux, *op. cit.*, p. 93.

⁸⁴⁰ E. PICARD, L'émergence des droits fondamentaux en France, *op. cit.* p. 6. De même, les Professeurs Dominique CHAGNOLLAUD et Guillaume DRAGO soulignent qu'en matière de libertés fondamentales « le critère de la protection juridictionnelle n'est pas constitutif d'un indice de reconnaissance mais plutôt d'une conséquence liée à l'importance du caractère fondamental d'une liberté qui est dès lors fondée sur l'appréciation du juge », en l'occurrence constitutionnel, in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, *Dictionnaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 284-285.

⁸⁴¹ L'existence d'un contrôle juridictionnel est régulièrement intégrée dans les critères d'identification d'un droit fondamental, peu importe le droit en cause, voy. en ce sens M.-A. GRANGER, Existe-il un « droit fondamental à la sécurité » ?, *op. cit.*, p. 280 et O. LECUCQ, « Existe-t-il un droit fondamental au séjour des étrangers ? », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Dalloz, Paris, 2007, p. 1637-1650.

⁸⁴² L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2009, p. 788.

⁸⁴³ « Ce n'est pas tant le droit formel qui produit les droits fondamentaux ; ce sont bien plutôt les droits fondamentaux qui saisissent le droit et le charpentent en sa structure générale : ses différentes catégories techniques et formelles tendent à assurer cette prévalence, mais sans qu'aucune d'elles ne parvienne à épuiser le fond général et commun de ces droits fondamentaux », E. PICARD, L'émergence des droits fondamentaux en France, *op. cit.*, p. 6.

⁸⁴⁴ *Ibidem*.

⁸⁴⁵ *Ibidem*.

⁸⁴⁶ *Ibidem*.

⁸⁴⁷ *Ibidem*.

fondamental est un droit « *prééminent* » par « *essence* » et placé « *au fondement* » de tout système juridique⁸⁴⁸.

179. En sus de la dichotomie traditionnelle entre le critère formel et le critère substantiel, le Professeur Véronique CHAMPEIL-DESPLATS adjoint à cette définition deux autres critères. Le premier est la dimension structurelle du droit fondamental dans le sens où « *il fonde un ensemble ou un sous-ensemble ordonné de normes qui en dérivent. Il en assure l'identité, la validité et la cohérence* ». Le second est un critère lié à l'universalité du droit en ce qu'il s'inscrit dans la plupart des ordres juridiques nationaux et internationaux⁸⁴⁹. Bien que ces critères se rapprochent des deux autres, ils apportent quelques éclairages essentiels pour déterminer si le principe de sécurité juridique est – ou non – un droit fondamental. Avant de répondre définitivement à cette question, un rapide regard sur la définition des droits fondamentaux sous le prisme étatique paraît légitime dans la mesure où le principe est dorénavant invoqué par les États parties à la Convention⁸⁵⁰.

ii- L'anachronisme des critères constitutifs d'un droit fondamental de l'État

180. À première vue, suggérer l'idée qu'il puisse exister des droits fondamentaux pour les États paraît inopportun puisqu'ils ont d'abord été pensés et construits contre ces derniers⁸⁵¹. Pourtant, cette dernière a connu un certain succès dans les courants jusnaturalistes⁸⁵². La théorie « étatisée » des droits fondamentaux repose sur une conception subjectiviste d'un « *État-personne* » conçu comme un sujet souverain de droit international⁸⁵³. Entendus comme des « *êtres collectifs [...] les États, comme les individus physiques, ont des droits et des devoirs réciproques [...] nécessaires à leur fin, à la réalisation de leur but : la satisfaction du besoin primordial de sociabilité* »⁸⁵⁴. Selon les travaux de Christian WOLFF, les États possèderaient

⁸⁴⁸ *Ibidem*.

⁸⁴⁹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « L'affirmation des droits fondamentaux : quelles significations ? Quelles conséquences ? », in *Les Cahiers français : document d'actualité*, La Documentation française, Paris, 2010, p. 19-23, spéc. p. 22. Lire du même auteur La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Dalloz*, 1995, p. 324.

⁸⁵⁰ *Infra*, n° 376.

⁸⁵¹ P. WACHSMANN, « Droits fondamentaux et personnes morales », in J-C. BARBATO (dir.), J-D. MOUTON (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Actes du colloque du 21 septembre 2007 et 3 avril 2009, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de l'Union européenne », 2010, p. 225-235, spéc. p. 232.

⁸⁵² Pour un résumé des facteurs historiques et doctrinaux de la théorie des droits fondamentaux, voy. notamment G. GIDEL, Droits et devoirs des nations, théorie classique des droits fondamentaux des États, *RCADI*, 1925, n° 10, p. 546-592.

⁸⁵³ O. DE FROUVILLE, Une conception démocratique du droit international, *Revue européenne de sciences sociales*, 2001, n° 120, p. 101-144, spéc. p. 102-110.

⁸⁵⁴ P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public*, Rousseau & Cie, Paris, 1922, t. 1, p. 395.

des « *droits fondamentaux* » absolus, inviolables et inaliénables⁸⁵⁵ qui seraient l'expression de leur liberté souveraine⁸⁵⁶. Allant jusqu'à leur attribuer une valeur constitutionnelle, ils regroupent plus généralement les qualités et attributs spécifiques d'un État⁸⁵⁷. S'inspirant de la distinction classique entre les droits primitifs et les droits secondaires⁸⁵⁸, Louis LE FUR soulève deux définitions de la notion de « droit fondamental ». La première – la plus communément admise – correspond à l'ensemble des « *droits essentiels des États, ceux sans lesquels ils ne pourraient vivre et desquels découlent tous leurs autres droits* »⁸⁵⁹. La seconde – plus controversée – est axée sur l'existence de droits particuliers découlant de la volonté des individus, « *de sorte que les droits des États pour le droit international et ceux des individus pour le droit interne apparaît comme le fondement de tout l'édifice juridique* »⁸⁶⁰. En bref, les droits fondamentaux étatiques regroupent les « *droits subjectifs qui seraient en quelque sorte inhérents à la personne de l'État dans l'état de nature* »⁸⁶¹. Malgré quelques divergences⁸⁶², cinq droits sont majoritairement identifiés comme tels : le droit de conservation, le droit d'indépendance, d'égalité, de respect et de commerce international⁸⁶³. On note que la sécurité juridique ne figure pas parmi les éléments de cette liste.

181. Si elle a été un « *moment du droit* »⁸⁶⁴, cette théorie s'est rapidement éteinte au profit de conceptions plus modernes. En raison d'un « *automorphisme naïf* »⁸⁶⁵, la théorie classique des droits fondamentaux des États a été victime d'une obsolescence quasi programmée⁸⁶⁶. Par

⁸⁵⁵ G. GIDEL, Droits et devoirs des nations, théorie classique des droits fondamentaux des États, *op. cit.*, p. 542.

⁸⁵⁶ C. WOLFF, *Principes du droit de la nature et des gens*, Marc Michel Rey, Amsterdam, 1758, t. 3, p. 257.

⁸⁵⁷ G. GIDEL, Droits et devoirs des nations, théorie classique des droits fondamentaux des États, *op. cit.*, p. 542. Voy. O. DE FROUVILLE, Une conception démocratique du droit international, *op. cit.*, p. 108 à 109.

⁸⁵⁸ Selon Paul FAUCHILLE, les droits primitifs découlent nécessairement « *du fait même de l'existence des États [...] Sans eux, les États n'existeraient pas comme entité politique indépendante et souveraine [...] Ils naissent, vivent et s'éteignent avec les États* », tandis que les droits secondaires regroupent « *des intérêts politiques ou économique variables [qui] règlent des situations particulières et naissent de relations spéciales entre deux ou plusieurs États* ». Ainsi, la première catégorie est constituée de droits étatiques inaliénables, contrairement à la seconde, dont le contenu est susceptible de modifications, P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public*, *op. cit.*, p. 396.

⁸⁵⁹ L. LE FUR, *Précis de droit international public*, Dalloz, Paris, 1933, 4^{ème} éd., p. 381.

⁸⁶⁰ *Ibidem*.

⁸⁶¹ O. DE FROUVILLE, Une conception démocratique du droit international, *op. cit.*, p. 109.

⁸⁶² Pour certains, le droit au respect mutuel ou le droit de conservation constituerait le droit matriciel des États en droit international, voy. L. LE FUR, *Précis de droit international public*, *op. cit.*, p. 381.

⁸⁶³ G. GIDEL, Droits et devoirs des nations, théorie classique des droits fondamentaux des États, *op. cit.*, p. 596.

⁸⁶⁴ *Ibidem*.

⁸⁶⁵ J-D. MOUTON, « Introduction : Présentation d'une proposition doctrinale », in J-C. BARBATO (dir.), J-D. MOUTON (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Actes du colloque du 21 septembre 2007 et 3 avril 2009, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de l'Union européenne », 2010, p. 1-17, spéc. p. 2.

⁸⁶⁶ L. LE FUR, *Précis de droit international public*, *op. cit.*, p. 380. Plus récemment F. POIRAT, « Les droits fondamentaux des États en droit international public », in J-C. BARBATO (dir.), J-D. MOUTON (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Actes du colloque du 21 septembre 2007 et 3 avril 2009, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de l'Union européenne », 2010, p. 237-266.

ailleurs, la montée en puissance de l'individualisme a pris le pas les droits fondamentaux des États⁸⁶⁷. S'il apparaît donc abscons de l'évoquer dans cette étude, elle n'apparaît totalement dépourvue de pertinence dans la mesure où l'« argument sécurité juridique » est invoqué par l'État partie en droit de la Convention pour contrer une jurisprudence imprévisible ou allant dans le sens d'une extension jugée inappropriée du champ de leurs obligations conventionnels⁸⁶⁸. En outre, cette théorie a été « ressuscitée » récemment en droit de l'Union européenne, à l'occasion d'un colloque⁸⁶⁹. Portant sur des sujets différents, certaines contributions doctrinales témoignent de la mutation (et de la résurgence) de la théorie classique. Les droits fondamentaux étatiques ne sont plus désormais des « droits de » mais des « droits à » autrement dit des droits défensifs et revendicatifs⁸⁷⁰. Cette mutation – qui touchent aussi les personnes publiques⁸⁷¹ – cadre avec la finalité inhérente à l'« argument sécurité juridique » invoqué par les États parties en droit de la Convention. Cependant, que ce soit au regard de la théorie individuelle ou au regard de la théorie étatique des droits fondements, cette catégorie conceptuelle se révèle totalement inadapté au principe conventionnel de sécurité juridique.

b- Un concept inadapté à la sécurité juridique

182. Au-delà de ses insuffisances conceptuelles notoires, le « *label droit fondamental* »⁸⁷² comprend d'une part un aspect formel, tendant à sa consécration textuelle et/ou jurisprudentielle, et d'autre part, un aspect substantiel, axé sur sa « *fondamentalité* » et sa reconnaissance en tant que droit subjectif⁸⁷³. Or, cette catégorie se révèle impertinente pour le « principe » de sécurité juridique, tant du point de vue du critère formel (a) que substantiel (b).

⁸⁶⁷ V. CHAMPEIL-DESPLATS, La théorie générale de l'État est aussi une théorie des droits libertés fondamentales, *Jus politicum*, n° 8, 2012 [disponible en ligne : <http://juspoliticum.com/uploads/pdf/JP8-Champeil-Desplats-1.pdf>].

⁸⁶⁸ Voy. CEDH, Gde. Ch., 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)*, req. n° 74025/01 (*AJDA*, 2006, 475, chron. J-F. FLAUSS). Pour plus de détails, voy. *infra*, n° 376.

⁸⁶⁹ Voy. notamment les contributions de J-D. MOUTON, « Introduction : Présentation d'une proposition doctrinale », *op. cit.*, p. 1-17, spéc. p. 2 et S. BARBOU DES PLACES, « Conclusion. Les droits fondamentaux des États membres de l'Union européenne : enjeux et limites d'une proposition doctrinale », in J-C. BARBATO (dir.), J-D. MOUTON (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne. Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, *op. cit.*, p. 289-326.

⁸⁷⁰ Ainsi, la question des droits fondamentaux est davantage corrélée à l'émergence d'un intérêt subjectif et protestataire des États à l'égard d'une jurisprudence supranationale quelque peu audacieuse, voy. sur ce point *infra*, n° 376.

⁸⁷¹ Voy. la thèse de O. MAETZ, *Les droits fondamentaux des personnes publiques*, Publication de l'Institut Universitaire Varenne, LGDJ, Paris, 2011. Parmi ces droits, l'auteur y énonce un droit à la sécurité juridique qui est détourné par la personne publique. Le Professeur Florian POULET fait également état de cette inversion des droits fondamentaux en faveur d'une protection procédurale au détriment des droits des administrés, voy. F. POULET, Sécurité juridique et fermeture du prétoire, *AJDA*, 2019, p. 1088.

⁸⁷² N. MOLFESSIS, Droit fondamental. Un label incontrôlé, *JCP G*, 2009, p. 32.

⁸⁷³ M-A. GRANGER, Existe-il un « droit fondamental à la sécurité » ?, *op. cit.*, 2009, p. 273-296.

i- L'impertinence du critère formel

183. Comme cela était pressenti dans les développements précédents, la sécurité juridique ne peut être reconnue comme un droit fondamental de l'État, à défaut d'appartenir à la liste exhaustive des droits fondamentaux étatiques énumérées précédemment. S'il est vrai que la doctrine s'est assez peu intéressée à cette notion de ce point de vue⁸⁷⁴, le respect de l'interprétation judiciaire et des normes de droit international est généralement envisagé comme un devoir à la charge de l'État dans le cadre de ses obligations internationales, notamment à l'égard de leur obligation de bonne foi et du respect du principe du *pacta sunt servanda*⁸⁷⁵. En d'autres termes, leur sécurité juridique est assurée par le droit international, sans pour autant leur conférer un droit subjectif⁸⁷⁶. Ce constat vaut également pour le droit de la Convention. Si la Cour se réfère ponctuellement à la sécurité juridique subjective des États parties⁸⁷⁷, la Cour européenne n'a jamais, en l'état actuel de sa jurisprudence, consacré un droit fondamental en leur faveur⁸⁷⁸, se limitant à simple usage argumentatif à des fins persuasives⁸⁷⁹. Cette carence référentielle est également patente pour les justiciables. En dépit d'une interprétation subjectivisée du « principe »⁸⁸⁰, la Cour se refuse, pour l'heure, à consacrer un quelconque « droit à la sécurité juridique » – ni un « droit fondamental à la sécurité juridique »⁸⁸¹ – en faveur des individus.

⁸⁷⁴ R. KOLB, La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques, *African Yearbook of international law*, 2002, p. 103-142. Sur la conception de la sécurité juridique en droit international, voy. *supra*, n° 151.

⁸⁷⁵ *Supra*, n° 151.

⁸⁷⁶ L. LE FUR, *Précis de droit international public, op. cit.*, p. 400.

⁸⁷⁷ *Infra*, n° 385. Aucun texte conventionnel ne fait référence explicite à la sécurité juridique étatique, les textes officiels faisant mention de la cohérence ou de la clarté de jurisprudence européenne, voy. par ex. la Déclaration de Brighton sur la responsabilité partagée, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme du 20 avril 2012.

⁸⁷⁸ *Infra*, n° 382 et 393.

⁸⁷⁹ *Infra*, n° 394.

⁸⁸⁰ *Infra*, n° 342.

⁸⁸¹ La Cour ne fait aucunement mention dans sa jurisprudence à un « droit fondamental à la sécurité juridique ». Si deux arrêts font référence au « droit à la sécurité juridique » (CEDH, 27 mai 2004, *OGIS-Institut Stanislas, Ogec St. Pie x et Blanche de Castille et autres c. France*, req. n° 42219/98 et 54563/00, §57 et CEDH, 18 décembre 2008, *Unedic c. France*, req. n° 20153/04, §34 (*JCP G*, 2009, I 143, obs. F. SUDRE), cette expression n'est pas utilisée dans la motivation de la Cour. Dans la première affaire, le droit à la sécurité juridique est invoqué par le requérant sur le fondement du droit communautaire, tandis que dans la seconde ne mentionne le droit à la sécurité que dans la partie « en fait », le Conseil des Prud'hommes de Paris évoquant l'existence d'un « principe général du droit à la sécurité juridique ». À défaut donc de consécration textuelle, notre étude se concentrera sur la recherche d'une fondamentalité substantielle de la sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour par son rattachement à l'ordre public européen.

ii- L'absence nuancée de fundamentalité substantielle

184. La sécurité juridique pourrait s'apparenter à un « droit fondamental » individuel du point de vue de la fundamentalité substantielle. En tant qu'« *instrument constitutionnel de l'ordre public européen* »⁸⁸², la protection des droits fondamentaux est la raison d'être de la Convention⁸⁸³ qui a, comme on le sait, pour objectif d'assurer leur garantie effective⁸⁸⁴. Leur consolidation forme, selon le Professeur Henri LABAYLE, « *un socle commun de valeurs objectives* »⁸⁸⁵. Ce faisant, il associe le contenu des droits fondamentaux aux « *valeurs fondamentales ou imminentes dans une société démocratique* »⁸⁸⁶. Ainsi, l'intégration de la notion de sécurité juridique au sein de ce patrimoine de valeurs communes pourrait toutefois constituer un prélude à la recherche de sa « fundamentalité ». Si la Cour n'effectue aucun lien explicite entre sécurité juridique et ordre public européen, elle reconnaît toutefois que cette dernière forme une « *valeur sous-jacente à la Convention* »⁸⁸⁷ au même titre que la prééminence du droit⁸⁸⁸. Cependant, et comme le soulève à nouveau le Professeur LABAYLE, la Cour européenne se montre peu rigoureuse quant à l'identification matérielle des droits fondamentaux, dont le contenu comprend tout à la fois des droits intangibles et des principes liés à l'État de droit⁸⁸⁹. Au demeurant, le Professeur Frédéric SUDRE admet que le droit à la sécurité juridique fait partie des huit droits « *porteurs de valeurs communes essentielles* » qui « *sont proprement constitutifs de la démocratie* », renforçant son propos en affirmant que ces derniers « *des droits fondamentaux [...] qui composent l'ordre public européen* »⁸⁹⁰. Partant, la sécurité juridique disposerait d'une fundamentalité substantielle découlant de son raccord implicite à l'ordre public européen par le biais de la prééminence du droit et de l'État de droit.

185. Si le principe de sécurité juridique dispose d'une certaine fundamentalité en raison de sa dimension axiologique, il n'en est pas pour autant un « droit fondamental ». Premièrement,

⁸⁸² CEDH, Gde. Ch., 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, req. n° 15318/89, §75 (*GACEDH*, 2019, n° 1) ; CEDH, Gde. Ch., 21 juin 2016, *Al-Dulimi et Montana Managemer Inc. c. Suisse*, req. n° 5809/08, §145.

⁸⁸³ « *Pour trancher cette question, la Cour doit tenir compte de la nature particulière de la Convention, instrument constitutionnel de l'ordre public européen conçu pour la protection des droits des êtres humains* », CEDH, Gde. Ch., 16 mai 2015, *Sargsyan c. Azerbaïdjan*, req. n° 40167/06, Rec. 2015-IV, §147.

⁸⁸⁴ CEDH, Ch., 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, série A. 26, req. n° 5856/72, §63 (*JDI*, 1980, 457, obs. P. ROLLAND).

⁸⁸⁵ H. LABAYLE, *Droits fondamentaux et droit européen*, *AJDA*, 1998, p. 75.

⁸⁸⁶ *Ibidem*. Ces valeurs comprennent la prééminence du droit, le pluralisme ou encore la dignité humaine.

⁸⁸⁷ CEDH, Gde. Ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n° 16574/08, Rec. 2013-I, §66 (*JCP G*, 2013, act. 242, obs. F. SUDRE) ; CEDH, Gde. Ch., 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, req. n° 53080/13, §89.

⁸⁸⁸ CEDH, 28 mars 2000, req. n° 28358/95, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, §56.

⁸⁸⁹ H. LABAYLE, *Droits fondamentaux et droit européen*, *op. cit.*, p. 77.

⁸⁹⁰ F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », *op. cit.*, p. 56-57.

la sécurité juridique inscrite dans l'ordre public européen n'est pas, à proprement parler, de nature individuelle. Son rattachement à l'ordre public européen procède en réalité de l'objectivisation d'une valeur commune à l'ensemble des États parties qui vise à protéger l'effectivité des droits au nom de la garantie collective⁸⁹¹. Deuxièmement, si l'on se place du côté de l'autre critère d'identification qu'est la justiciabilité, le caractère fluctuant et malléable du « principe » dans la jurisprudence strasbourgeoise n'offre pas un contrôle juridictionnel systématique, ce qui l'exclut également de la catégorie des droits subjectifs et, logiquement, des droits fondamentaux⁸⁹². Par exemple, si le non-respect du principe de sécurité juridique peut servir de fondement à la condamnation de l'État partie au titre de l'article 6§1⁸⁹³, son utilisation dans les autres domaines de la Convention n'emporte pas de sanction en son nom. Le principe joue alors un rôle d'aiguilleur ou de « *ressource argumentative* »⁸⁹⁴ au service de la motivation. Quand bien même cette étude se pencherait sur le second critère de l'invocabilité, l'impertinence de cette qualification serait maintenue. La sécurité juridique invoquée par les requérants dans leurs griefs ne donne pas nécessairement lieu à une analyse de la Cour dans sa motivation⁸⁹⁵, ni d'ailleurs à une condamnation sur ce fondement⁸⁹⁶. Elle constitue davantage l'expression d'un besoin individuel – perçu comme « *objet du désir* »⁸⁹⁷ – que celle de l'émergence d'une véritable justiciabilité. Elle est en conséquence trop aléatoire pour retenir avec certitude la qualification de droit subjectif⁸⁹⁸. Troisièmement, s'il existe une signification

⁸⁹¹ « *Le principe de la prééminence du droit implique également le "droit au droit", c'est-à-dire à la sécurité juridique* », in F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », *op. cit.*, p. 56.

⁸⁹² *Contra* E. PICARD, L'émergence des droits fondamentaux en France, *op. cit.*, p. 23. Selon le Professeur Etienne PICARD, la relativité est une constante intrinsèque à la fundamentalité des droits fondamentaux établissant une « *échelle de la fundamentalité* ». Sa variabilité interprétative ne fait pas obstacle à l'existence de sa fundamentalité substantielle.

⁸⁹³ « *La Cour conclut que l'incertitude jurisprudentielle dans le cadre de laquelle a été examinée l'action formée par les intéressés, à laquelle s'ajoute en l'espèce l'absence d'utilisation prompte du mécanisme prévu par le droit interne pour assurer la cohérence des pratiques au sein même de la plus haute juridiction du pays, a porté atteinte au principe de la sécurité juridique et, en cela, a eu pour effet de priver les requérants d'un procès équitable. Il y a donc eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison de la méconnaissance du principe de la sécurité juridique* », CEDH, Gde. Ch., 29 novembre 2016, *Paroisse Gréco-Catholique Lupeni et autres c. Roumanie*, req. n° 76943/11, §§134-135.

⁸⁹⁴ P. RAIMBAULT, La sécurité juridique, nouvelle ressource argumentative, *Revue du notariat*, 2008, n° 2, p. 517-543.

⁸⁹⁵ CEDH, 14 décembre 2006, *Bogdanowski c. Italie*, req. n° 72177/01, §56 ; CEDH, 15 janvier 2013, *Eusko Abertzale Ekintza – Accio nNacionalista Vasca (eae-anv) c. Espagne (n° 2)*, req. n° 40959/09, §§45-50 ; CEDH, 29 avril 2014, *Preda c. Roumanie*, req. n° 9584/02 et suiv, §107 ; CEDH, 22 décembre 2015, *G.S.B. c. Suisse*, req. n° 28601/11, §54.

⁸⁹⁶ Par exemple, dans l'arrêt *Ogis-Institut Stanislas et autres c. France*, les requérants invoquent un « *droit à la sécurité juridique* » qui n'est pas repris dans la motivation de la Cour, CEDH, Gde. Ch., *Ogis-Institut Stanislas, Ogec St. Pie x et Blanche de Castille et autres c. France*, req. n° 42219/98 et 54563/00, §57.

⁸⁹⁷ Formule empruntée à D. COHEN, « Le droit à ... », in *L'avenir du droit, Mélange en hommage à François TERRE*, Dalloz-PUF, Paris, Éd. Du juriste 1999, p. 394.

⁸⁹⁸ Cela étant, la sécurité juridique « *ne représente pas un droit subjectif directement invocable par les particuliers* », in B. MATHIEU, La sécurité juridique : un principe clandestin mais efficient », in *Droit constitutionnel. Mélanges Patrice GÉLARD*, LGDJ, Paris, 1999, p. 301-305, spéc. p. 302.

subjective inhérente à la sécurité juridique conventionnelle, elle s'exprime dans la recherche d'un équilibre des intérêts individuels et étatiques⁸⁹⁹. Si cet équilibre peut se réaliser en faveur de la première, « *elle ne saurait conduire à délaisser totalement la dimension collective de la sécurité juridique et ne peut donc se présenter sous la forme d'un droit subjectif à la sécurité juridique* »⁹⁰⁰. Cela vaut également du point de vue de la sécurité juridique subjective des États parties à l'égard de la sécurité juridique *in globo*⁹⁰¹. Dernièrement, une telle reconnaissance provoquerait des effets incompatibles avec le but même du système conventionnel qu'est le progrès des normes. « *Si la question se pose de savoir s'il existe ou s'il faut [...] reconnaître un véritable droit subjectif à la sécurité juridique [...], cela risquerait de provoquer une véritable érosion du système juridique par une extrapolation excessive des pouvoirs du juge [...] et qui pulvériserait la sécurité juridique qui s'attache à la prévisibilité des solutions* »⁹⁰². Nous partageons cette position qui relève finalement du simple bon sens. L'intronisation d'un droit à la sécurité juridique est « *dangereuse* » puisque tout individu, en tant que titulaire de ce droit, pourrait systématiquement l'invoquer⁹⁰³. Ceci empêcherait toute évolution jurisprudentielle et abouterait à une paralysie totale du droit de la Convention⁹⁰⁴, « *figeant [alors] le droit en entravant sa nécessaire évolution* »⁹⁰⁵. À la limite de la vision apocalyptique, introduire un droit fondamental à la sécurité juridique serait radicalement source d'insécurité juridique. C'est dire si « *la consécration d'un droit à la sécurité juridique serait une bien mauvaise façon de répondre à de bonnes questions* »⁹⁰⁶.

186. Partageant la réflexion du Professeur Frédéric POLLAUD-DULIAN, « *la sécurité juridique constitue seulement un besoin, un intérêt que le législateur doit prendre en compte, mais parmi d'autres. Il représente certainement l'un des impératifs ou des intérêts légitimes que le législateur doit avoir à l'esprit [...]. Il est donc excessif de vouloir assimiler ce besoin ou cet intérêt à un droit subjectif [...]. Il contribue à expliquer certaines règles mais n'a pas, en soi,*

⁸⁹⁹ *Infra*, n° 412.

⁹⁰⁰ P. RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, LGDJ, Paris, coll. « Thèses », 2009, p. 598.

⁹⁰¹ *Infra*, n° 375.

⁹⁰² J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, coll. « Méthodes du droit », 2012, 5^{ème} éd., p. 44.

⁹⁰³ En ce qui concernant le droit fondamental à la sécurité, Monsieur Marc-Antoine GRANGER constatait également qu'une « *telle reconnaissance supposerait qu'en cas d'atteinte portée à sa sécurité, tout individu puisse de plein droit obtenir soit une réparation soit la mise en place d'une mesure de prévention destinée à couvrir la carence révélée. Or il faut peut-être se réjouir qu'une correspondance systématique entre atteinte à la sécurité et sanction n'ait été prévue* », M.-A. GRANGER, Existe-il un « droit fondamental à la sécurité » ?, RSC, 2009, p. 281. Voy. aussi A. CRISTEAU, L'exigence de sécurité juridique, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 2814.

⁹⁰⁴ Ceci explique que la Cour se refuse à consacrer un droit acquis à une jurisprudence constante pour les justiciables, voy. CEDH, 18 décembre 2008, *Unedic c. France*, req. n° 20153/04, §74 (JCP G, 2009, I 143, obs. F. SUDRE).

⁹⁰⁵ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 43-44.

⁹⁰⁶ T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 431.

la valeur d'un droit subjectif»⁹⁰⁷. Si la fundamentalité de la sécurité juridique est manifeste, elle reflète plutôt sa classification potentielle en tant que principe fondamental⁹⁰⁸. Dans tous les cas, le principe conventionnel de sécurité juridique reste définitivement incompatible avec celle d'un « droit » et doit donc être exclue du champ de notre étude.

B- Les compatibilités conceptuelles du « principe » de sécurité juridique

187. Contrairement aux concepts précédents, la notion de principe s'articule aisément avec d'autres catégories conceptuelles. Tel est le cas de la notion de « valeur » (1°), dont le qualificatif a déjà été utilisé par la Cour européenne, et de la notion de « norme », dont l'association s'effectue de manière implicite (2°).

1°) Une assimilation explicite à la « valeur » sécurité juridique

188. Dérivée étymologique du verbe latin *valere*, la notion de « valeur » signifie originellement « *vigueur et puissance* »⁹⁰⁹. Aujourd'hui, elle se définit comme « *ce qui est posé comme vrai, beau, bien selon des critères personnels ou sociaux et sert de référence, de principe moral* »⁹¹⁰. Au sens philosophique, elle est liée à l'axiologie⁹¹¹ tandis qu'au sens juridique elle se dissocie généralement de celle de droit. En effet, si ce dernier est « *affecté par l'émergence d'une sémantique des valeurs [...] le droit a plutôt tendance à exclure l'idée de valeur* »⁹¹². Cette exclusion est la résultante de la conception juspositiviste dégagée par Hans KELSEN qui, par opposition au courant jusnaturaliste⁹¹³, rejette toute association entre le droit et les valeurs

⁹⁰⁷ F. POLLAUD-DULIAN, À propos de la sécurité juridique, *op. cit.*, p. 491.

⁹⁰⁸ « *À y regarder de près, on s'aperçoit que les soi-disant droits que l'on proclame se confondent souvent, soit avec des principes fondamentaux ou des principes généraux du droit, soit avec des libertés publiques (ce qui soit dit en passant, est depuis l'origine le cas des droits de l'homme)* », in D. GUTMAN « Droit subjectif », *op. cit.*, p. 531.

⁹⁰⁹ *Dictionnaire Latin-Français : le Grand Gaffiot*, Hachette, Paris, 2000, p. 1644.

⁹¹⁰ *Ibid.*, p. 1193. Le terme de valeur se définit également comme « *un jugement personnel plus ou moins en accord avec celui de la société de l'époque* », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Paris, 1997, vol. 2, p. 424.

⁹¹¹ H. RABAULT, « Droit et axiologie : la question de la place des "valeurs" dans le système juridique », Congrès français de droit constitutionnel organisé par l'AFDC à Nancy du 16 au 18 juin 2011, p. 1 [disponible en ligne : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN5/rabaultTD5.pdf>].

⁹¹² *Ibid.*, p. 3.

⁹¹³ « *Alors que les positivistes estiment en général qu'il n'y a qu'un seul droit, le droit positif [...], les jusnaturalistes pensent qu'il en existe deux, le droit positif et le droit naturel, et que ce dernier est connaissable* ». La divergence conceptuelle réside dans la connaissance ou non de ces valeurs en droit positif, in M. TROPER, *La philosophie du droit*, PUF, Paris, coll. « Que sais-je ? », 2014, p. 16-21.

morales⁹¹⁴. Réduites alors à de simples « *émotions* »⁹¹⁵, les valeurs n'ont pas vocation à produire des effets en droit positif.

189. Cependant, dans un système juridique axé sur la protection des droits fondamentaux, le juge strasbourgeois ne peut difficilement en faire fi des valeurs. Interprète d'un instrument vivant⁹¹⁶, qui justifient une interprétation extensive des droits à « *la lumière des conditions de vie actuelles* »⁹¹⁷, il ne peut échapper à leur attractivité. Qu'il s'agisse d'une « simple » technique jurisprudentielle⁹¹⁸ ou de la manifestation d'une interprétation axiologique fondée sur leur défense et leur protection⁹¹⁹, les études doctrinales sont unanimes pour reconnaître l'utilisation fréquente par la Cour des valeurs fondamentales ou démocratiques. Cette omniprésence de références expresses s'effectue toutefois au détriment de toute définition prétorienne. Dans une étude récente, son auteur explique qu'une valeur « au sens » du droit de la Convention se compose d'une part, d'un aspect démocratique et, d'autre part, d'un aspect fondamental quant à son contenu⁹²⁰. Cela étant, seules les valeurs considérées comme indispensables à la viabilité de la société démocratique sont susceptibles d'entrer dans ce champ⁹²¹. Bien que la sécurité juridique n'ait été désignée qu'exceptionnellement par le juge comme une « *valeur sous-jacentes à la Convention* »⁹²², ou comme une « *valeur fondamentale* »⁹²³, il ne fait nul doute qu'elle appartient à cette catégorie⁹²⁴, ce que confirme

⁹¹⁴ « *Du point de vue d'une connaissance scientifique, on ne saurait admettre qu'il existe des valeurs absolues en général [...], ces idées ne pouvant reposer que sur une foi religieuse* », in H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962, p. 87.

⁹¹⁵ A. VIALA, « *Valeurs et principes (Distinction)* », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2008, p. 769-772.

⁹¹⁶ CEDH, Ch., 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, série A. 26, req. n° 5856/72, §31 (JDI, 1980, 457, obs. P. ROLLAND).

⁹¹⁷ *Ibidem*.

⁹¹⁸ « *Le recours aux valeurs se présente comme une technique jurisprudentielle originale consistant [...] à faire intervenir plus ou moins directement un ensemble de valeurs dans leur argumentation, que cela entraîne ou non des conséquences médiatees sur la solution adoptée* », in C. HUSSON-ROCHCONGAR, *Droit international des droits de l'homme et valeurs. Le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2012, p. 3.

⁹¹⁹ C. BLANC-FILY, *Valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Essai critique sur l'interprétation axiologique du juge européen*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme-Thèses », 2016, p. 28-34.

⁹²⁰ *Ibid.*, p. 12.

⁹²¹ Madame Charlotte BLANC-FILY en déduit une « *hiérarchie entre les principes moraux et éthiques de second rang et les valeurs considérées comme indispensables à la viabilité du système conventionnel* », qui, elles, sont marquées du sceau de la fundamentalité, *ibid.*, p. 12-13.

⁹²² CEDH, Gde. Ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n° 16574/08, Rec. 2013-I, §66 (JCP G, 2013, act. 242, obs. F. SUDRE).

⁹²³ CEDH, Gde. Ch., 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, req. n° 53080/13, §89 ; CEDH, Gde. Ch. 20 mars 2018, *Radomilja et autres c. Croatie*, req. n° 37685/10 et 22768/12, §138.

⁹²⁴ Aucune des deux études mentionnées n'érigent la sécurité juridique au rang de valeur. Si la Professeure Céline HUSSON-ROUCHCONGAR fait référence à l'atteinte à la sécurité juridique engendrée par l'instrumentalisation incertaine et ambiguë des valeurs sur la jurisprudence de la Cour (voy. en ce sens C. HUSSON-ROUCHCONGAR, *Droit international des droits de l'homme et valeurs. Le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes*

d'ailleurs son inscription dans l'ordre public européen ou les relations conflictuelles qu'elle nourrit avec les autres valeurs⁹²⁵.

190. Cependant, l'assimilation entre « principe » et « valeur » paraît contradictoire avec les développements précédents puisqu'à la différence des principes, les valeurs n'ont pas la capacité de produire des effets normatifs. Toutefois, les principes constituent les normes juridiques de transposition des choix sociétaux au sein de l'ordre juridique. « *Dès lors, les valeurs sont les fondamentaux éthiques des principes, qui eux sont amenés à produire inévitablement des effets juridiques* »⁹²⁶. Par ailleurs, certains principes peuvent avoir une dimension morale ou éthique, comme l'avait admis le positiviste Ronald DWORKIN⁹²⁷. Cette relation d'interdépendance entre « principe » et « valeur » imprègne la sécurité juridique conventionnelle. Comme l'explique le Professeur Alexandre VIALA, ces deux concepts sont complémentaires d'une part, parce que les valeurs représentent la dimension formelle en incarnant un *ethos* substantiel aux droits de l'homme, et d'autre part, parce que les principes incarnent leur dimension formelle en se hissant au sommet de la hiérarchie des normes juridiques⁹²⁸. Ce faisant, le « principe » de sécurité juridique concourt à la normativité de la « valeur » sécurité juridique présente dans le patrimoine commun des valeurs de la Convention, comme dans tout système ou ordre juridiques⁹²⁹. Par conséquent, l'usage de la « valeur sécurité juridique » n'est donc pas une entrave à la pertinence à la qualification de « principe » en droit de la Convention.

2°) Une assimilation implicite à la « norme » sécurité juridique

191. L'articulation entre la notion de principe et celle de norme juridique suscite tant de questions discutées et discutables qu'établir une catégorisation aussi tranchée de la « norme sécurité juridique » s'avère illusoire, ne serait-ce que face à la complexité des théories doctrinales consacrées au concept de « norme ». Traditionnellement, une norme est « *un terme de comparaison [...] une mesure ou un standard par rapport auquel on qualifie la conformité*

spécialisés, op. cit., p. 384-385), Madame Charlotte BLANC-FILY ne fait pas mention de la sécurité juridique en tant que valeur, C. BLANC-FILY, *op. cit.*, p. 83.

⁹²⁵ L. FRANÇOIS, « La fiabilité du droit, dite sécurité juridique », in *La Sécurité juridique*, Actes du colloque organisé par la conférence du jeune barreau de Liège, 14 mai 1993, éd. du jeune barreau de Liège, 1993, p. 8-20, spéc. p. 12 et suiv.

⁹²⁶ C. BLANC-FILY, *Valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Essai critique sur l'interprétation axiologique du juge européen*, *op. cit.*, p. 28-34.

⁹²⁷ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 69-101 et 109-151.

⁹²⁸ A. VIALA, « *Valeurs et principes (Distinction)* », *op. cit.*, p. 769.

⁹²⁹ Voir *supra*, n° 79.

de l'objet ou de l'action »⁹³⁰ et qui s'identifie comme une « référence [...], une description de ce qui devrait être selon un point de vue déterminé »⁹³¹. Plus précisément, les normes juridiques constituent une catégorie spécifique de normes. Elles correspondent à des prescriptions juridiques destinées à régir et à organiser les relations sociales par la contrainte juridique – appelée normativité – qui se manifeste au travers de sa juridicité et de sa sanction⁹³². De manière synthétique, la Professeure Sylvie CAUDAL distingue deux acceptions différentes de la notion de norme juridique. Une première définition déontique, dans laquelle « les normes juridiques sont assimilées aux règles juridiques dont le contenu doit être prescriptif, prohibitif ou permissif »⁹³³. Suivant une conception normativiste, une norme est juridique dès son intégration dans un ordre juridique dans lequel elle produit des effets contraignants et s'inscrit dans une hiérarchie normative. Une seconde définition définit la norme au travers de sa fonctionnalité en tant « qu'instrument de mesure de ce qui doit être »⁹³⁴. C'est dans cette seconde catégorie qu'elle classe les principes et notamment les principes juridiques⁹³⁵.

192. À l'instar des règles juridiques, cette assimilation ne donne lieu à aucune acceptation unanime. Selon la conception kelsénienne, les principes se distingueraient des normes juridiques car ils peuvent être à la fois moraux et/ou sociaux. De ce fait, ils n'entrent dans cette catégorie qu'à partir du moment où ils ont acquis une dimension juridique⁹³⁶. Par opposition, pour Ronald DWORKIN, les principes appartiennent la catégorie des normes juridiques, formant une « méta-catégorie » qui englobe à la fois les principes et les règles⁹³⁷. En dépit de ces divergences, il convient de retenir qu'une norme juridique est susceptible de contenir des principes juridiques. Finalement, « il importe peu de trancher entre ces divers usages qui soit font de la règle un synonyme de norme, soit une catégorie de normes [...]. Toutes ces définitions font toujours de la norme la catégorie générale [...] qui englobe toutes les autres catégories spécifiques »⁹³⁸. Dans la même perspective, le Professeur Michel TROPER affirme que « les principes ne sont pas autre chose que des normes, qui ne se distinguent des autres normes que par leur degré élevé de généralité, ou leur caractère vague

⁹³⁰ O. PFERSMANN, « Norme », D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, coll. « Quadrige-Dicos Poche », 2003, p. 1080.

⁹³¹ E. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », CCC, La normativité, 2007, n° 21 ; A. JEAMMAUD, La règle de droit comme modèle, *Recueil Dalloz*, 1990, p. 199.

⁹³² J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 44-54, spéc. p. 44.

⁹³³ S. CAUDAL, « Rapport introductif », op. cit., p. 4.

⁹³⁴ *Ibidem*.

⁹³⁵ *Ibid.*, p. 6.

⁹³⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 93.

⁹³⁷ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit. *A contrario*, voy. la théorie de H.-L.-A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2^{ème} éd, 2005.

⁹³⁸ E. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », CCC, 2007, n° 21.

et programmatique. [...]. En pratique il est d'ailleurs courant de désigner certaines normes [...] par le mot "principe" »⁹³⁹. S'il y a bien un principe qui entre dans cette catégorie de norme, c'est bien le principe de sécurité juridique.

193. Comme d'autres principes conventionnels⁹⁴⁰, la sécurité juridique se caractérise par son imprécision conceptuelle. Cette analyse apporte heureusement certains éclaircissements sur la nature réelle de ce « principe ». Par exclusion, il apparaît nettement que la sécurité juridique n'est ni une règle de droit, ni un droit fondamental dans la jurisprudence de la Cour. Par comparaison, il a été admis que son affirmation explicite en tant que « valeur » n'entrave aucunement celle de son caractère principiel. En outre, la qualification de norme juridique est peut également être retenue. Après avoir levé le voile sur les incertitudes inhérentes à la notion de « principe », il convient désormais de poursuivre cette exploration identitaire en dissipant celles inhérente au « principe » conventionnel de sécurité juridique.

2§) Les ambiguïtés intrinsèques provenant du « principe » conventionnel de sécurité juridique

194. Au sens étymologique, la notion de principe provient du latin *principium* (concentration de *primo* qui signifie premier, et de *capere* qui signifie prendre)⁹⁴¹ assimilé au commencement, à la première place ou encore ce qui est à l'origine de toute chose. De ce sens est également déduit celui d'« importance »⁹⁴² ou « de règle tenue pour absolue »⁹⁴³. Dans une dimension plus philosophique, André LALANDE regroupe trois types de principes⁹⁴⁴. D'abord les principes ontologiques, qui relèvent de la métaphysique. Ils servent de fondements explicatifs à ce qui est, et forment les caractéristiques de toute chose ou réalité. Ensuite les principes logiques, qui désignent un corpus de règles de droit regroupé sous forme méthodique.

⁹³⁹ M. TROPER, *La philosophie du droit*, PUF, Paris, coll. « Que sais-je ? », 2014, p. 76.

⁹⁴⁰ « Malgré la confusion conceptuelle régnant autour de la notion de principe juridique, souvent assimilée à celle de règle de droit ou de norme juridique, et qui entraîne une identification tout naturellement complexifiée de la dimension principielle de la subsidiarité, celle-ci semble mériter son assertion prétorienne au rang de principe », in L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse dactyl., Université de Montpellier, 2015, p. 106.

⁹⁴¹ P. MORVAN, *Le principe en droit privé*, Éd. Panthéon-Assas, Paris, coll. « Droit privé », 1999, p. 11.

⁹⁴² Selon le Professeur Philippe JESTAZ, « est principe la norme qu'on appelle ainsi pour lui attribuer, à tort ou à raison, une importance particulière », in P. JESTAZ, « Principes généraux, adages et sources du droit en droit français », in P. JESTAZ, *Autour du droit civil. Écrits dispersés, idées convergentes*, Dalloz, Paris, 2005, p. 223-259, spéc. p. 223.

⁹⁴³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 806-807.

⁹⁴⁴ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., p. 827.

On y retrouve aussi les axiomes⁹⁴⁵. Enfin, les principes normatifs, qui recoupent ce que le droit doit être. Concernant son sens juridique, un principe est apprécié comme « *une règle ou norme générale de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques* », ou comme une « *règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant comme une autorité supérieure* »⁹⁴⁶. Le droit international évoque également l'existence de « *propositions premières dégagées [...] des règles particulières de l'ordre juridique* »⁹⁴⁷. Enfin, les principes peuvent former également des « *normes fondamentales et structurellement indéterminées* »⁹⁴⁸. La signification du mot « principe » se situe visiblement à un carrefour de pistes sémantiques complexes. Le Professeur Patrick MORVAN décriait en ce sens que les principes « *prolifèrent dans les branches du droit les plus immatures. Le succès du mot a ruiné sa valeur singulière, noyée dans un pluriel ampoulé* »⁹⁴⁹. Plus optimiste, le président Jean-Paul COSTA affirmait qu'en dehors de son caractère naturellement hétérogène, la diversité des principes était l'emblème même de l'attitude « *pragmatique, finaliste et volontariste [de la Cour] en ce que celle-ci cherche le meilleur moyen pour protéger les droits et libertés garantis par la Convention* », se félicitant de cet « *heureux mélange de théorie et de pratique* »⁹⁵⁰. Les fluctuations sémantiques du principe semblent tant être la résultante d'un usage abusif des juges⁹⁵¹ que d'acceptions doctrinales divergentes⁹⁵². L'opacité entourant la notion de principe rend périlleuse toute tentative de théorisation, aussi « *fabuleuse* » soit-elle⁹⁵³. Dépasant cet aspect onirique,

⁹⁴⁵ P. MORVAN, « Principes », *op. cit.*, p. 1202. On y retrouve dans cette catégorie les règles ou encore les maximes juridiques qui correspondent au troisième sens conféré au principe dans sa définition juridique : « *Maxime générale juridiquement obligatoire bien que non écrite dans un texte législatif* », in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 806-807.

⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 806.

⁹⁴⁷ A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 1987, p. 317. Voy. aussi M. COUSTON, « Les principes en droit international », in S. CAUDAL, *Les principes en droit*, *op. cit.*, p. 305-319. On retrouve également l'idée de proposition chez Jean BOULANGER : « *on appelle principes [...] l'ensemble des propositions directrices. [...] Il existe en droit des propositions auxquelles des séries de solutions positives sont subordonnées. Ces propositions doivent être considérées comme des principes* », in J. BOULANGER, « Principes généraux et droit positif », in *Le droit privé au milieu du XX^{ème} siècle. Études offertes à Georges RIPERT*, LGDJ, Paris, 1950, n° 5, t. 1, p. 56.

⁹⁴⁸ R. GUASTINI, « Les principes de droit en tant que source de perplexité », *op. cit.*, p. 114-115.

⁹⁴⁹ P. MORVAN, « Principes », *op. cit.*, p. 1204.

⁹⁵⁰ J-P. COSTA, « La Cour européenne des droits de l'homme et les principes », in S. CAUDAL (dir), *Les principes en droit*, *op. cit.*, p. 369-375, spéc. p. 375.

⁹⁵¹ « *Vers quelque horizon que l'on se tourne, le terme "principe" se trouve caractérisé par sa polysémie et l'usage abusif qui en est fait* », in M. BOUGHMAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, Pedone, Paris, coll. « Publication de la Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme (FMDH) », 2010, p. 1-2.

⁹⁵² « *En tant que telle, la notion de principe ne sert que d'instrument pour l'analyse doctrinale du droit positif* », in P. GÉRARD, Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit, *Déviance et société*, 1988, n° 1, p. 75-90, spéc. p. 75.

⁹⁵³ L. DUBOUIS, « Le droit à cheval sur les principes généraux » in *Drôle(s) de droit(s). Mélanges en l'honneur de Elie ALFANRANDI*, Dalloz, Paris, 2000, p. 251-268, spéc. p. 251.

quelques auteurs sont parvenus à une ébauche de classification, comme le Professeur Jerzy WROBLESKI⁹⁵⁴, Jean BOULANGER⁹⁵⁵ ou René CHAPUS⁹⁵⁶. Bien que « *les principes [...] donnent le sentiment que les questions qui les entourent ne seront jamais définitivement résolues* »⁹⁵⁷, l'ébauche d'une typologie générale des principes (A) au sein de cette étude est cependant nécessaire pour fixer une grille d'identification conceptuelle pour valider – ou invalider – la nature principielle de la sécurité juridique conventionnelle (B).

A- Essai d'une typologie générale des critères d'identification d'un « principe »

195. Si le Professeur François TERRE louait les qualités de la doctrine sans laquelle le droit ne serait qu'un « *amas de règles et de décisions [formant] un fouillis inextricable* »⁹⁵⁸, l'enchevêtrement des différentes définitions doctrinales entourant la notion de principe inspire malheureusement plus de perplexité que de clarté. Si les approches classiques confèrent un premier élément de réponse (1°), elles se montrent toutefois insuffisantes pour mettre en évidence toutes les subtilités définitionnelles des principes. Comme le relève un auteur, si le principe est « *pris seulement d'une manière abstraite et générale, dans sa pureté principielle, la sécurité juridique court le risque d'être frappée d'insignifiance* »⁹⁵⁹. Le concours complémentaire d'approches contemporaines apportera alors un éclairage appréciable (2°).

⁹⁵⁴ Jerzy WROBLESKI distingue cinq types de principes : les *principes positifs* du droit, concernant une norme formulée textuellement dans le droit positif ; les *principes implicites* du droit découlant du droit positif ; les *principes extrasystémiques* qui n'appartiennent à aucune des deux catégories suscitées et forment une sorte de catégorie *sui generis* ; les *principes-nom* du droit caractérisant les traits essentiels d'une institution juridique ; enfin, les *principes-construction* qui sont interprétés et appliqués tels quels dans l'ensemble du droit, in J. WROBLESKI, « Principe du droit », A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1993, 2^{ème} éd., p. 318-319.

⁹⁵⁵ Jean BOULANGER retient cinq acceptation du terme « principe » en droit privé : une notion philosophique et jusnaturaliste ; un caractère fondamental du droit positif ; une conception doctrinale permettant de présenter les institutions juridiques, un ensemble de règles concernant certaines dispositions du code civil ; enfin, des notions disposant d'une ample généralité et qui donnent lieu à des multiples solutions en droit positif, in J. BOULANGER « Principes généraux du droit en droit positif », *op. cit.*, p. 51. Voy. aussi sur les principes en droit privé : F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruylant-Christophe, Bruxelles, 1887 ; A. JEAMMAUD, *Les principes dans le droit français du travail*, *Dr. soc.*, 1982, p. 618-629.

⁹⁵⁶ R. CHAPUS, *De la valeur juridique des principes généraux du droit et de autres règles jurisprudentielles en droit administratif*, *Dalloz*, 1966, p. 9 ; M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Dalloz, Paris, 2010 ; B. GENEVOIS, *Principes généraux du droit*, *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2010 ; F. MODERNE, *Légitimité des principes généraux et théorie du droit*, *RFDA*, 1999, p. 728 ainsi que *Principes fondamentaux, principes généraux*, *RFDA*, 1998, p. 595 ; D. TRUCHET, *Les principes du droit public*, PUF, Paris, coll. « Que sais-je ? », 2018, 4^{ème} éd., spéc. p. 58-70.

⁹⁵⁷ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Production et sens des principes : relecture analytique*, *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2011, n° 11, p. 38-58, spéc. p. 40.

⁹⁵⁸ F. TERRE, *Introduction générale du droit*, *op. cit.*, p. 223.

⁹⁵⁹ J.-M. SAUVE, « Allocution d'ouverture », in B. FAUVARQUE-COSSON (dir.) et J.-L. DEWOST (dir.), *L'entreprise et la sécurité juridique*, Actes du colloque du 21 novembre 2014, Société de législation comparée, Paris, coll. « Colloques », 2015, vol. 25, p. 7-24, spéc. p. 9.

1°) Les apports insuffisants des approches classiques

196. Traditionnellement, la typologie des principes s'articule principalement autour d'un triptyque de critères : la positivité (a), la généralité(b), ainsi que la normativité (c)⁹⁶⁰.

a- La défaillance patente du critère de la positivité

197. Globalement, il est admis qu'une norme puisse être qualifiée de principe dès lors qu'elle dispose d'un impact en droit positif. Sa « valeur positive »⁹⁶¹ s'identifie généralement par une reconnaissance « formelle » dans un texte fondamental ou dans une interprétation prétorienne. Ce critère donne lieu à l'une des premières catégorisations entre les principes explicites et implicites. Les principes dits explicites sont expressément formulés par l'autorité normative dans un texte juridique. Ils constituent habituellement le reflet de valeurs sociales ou politiques⁹⁶². La catégorie des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » en est l'exemple le plus péremptoire. Par opposition, les principes implicites sont absents des textes juridiques. Ils sont le produit d'une interprétation d'une norme positive, dont l'élaboration repose soit sur la *ratio legis* – entendue comme la raison d'être d'une norme – soit par le biais d'un raisonnement déductif – et quelque peu arbitraire – d'un interprète qui le présente comme tel⁹⁶³. Ils sont donc déjà « latents dans le système juridique »⁹⁶⁴, le juge procédant seulement leur découverte⁹⁶⁵.

198. Les principes consacrés au niveau supranational appartiennent généralement à la seconde catégorie, les juges les « découvrant » dans des sources exogènes et endogènes. Ainsi est-il communément admis que les principes du droit de l'Union européenne ou du droit international proviennent aléatoirement de sources textuelles ou prétoriennes⁹⁶⁶. Ceci donne logiquement naissance à une seconde distinction entre les principes *du* droit et les principes *de*

⁹⁶⁰ Ces critères ont notamment été dégagés dans des travaux afférents au principe de subsidiarité, voy. en ce sens L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 93-98.

⁹⁶¹ N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, Paris, coll. « Voies du droit », 1996, p. 182.

⁹⁶² V. CHAMPEIL-DESPLATS, Production et sens des principes : relecture analytique, *op. cit.*, p. 41-42.

⁹⁶³ F. MODERNE, Les principes : entre permanence et nouveauté, *op. cit.*, p. 723.

⁹⁶⁴ R. GUASTINI, « Les principes de droit en tant que source de perplexité », *op. cit.*, p. 119.

⁹⁶⁵ F. MODERNE, Principes fondamentaux, principes généraux, *Actualités des principes généraux du droit*, *RFDA*, 1998, p. 498.

⁹⁶⁶ Voy. notamment D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, Paris, coll. « Droit fondamental », 2001, 3^{ème} éd. ; J. MOLINIER, *Les principes fondateurs de l'Union Européenne*, PUF, Paris, coll. « Droit & Justice », 2005.

droit⁹⁶⁷. Les premiers regroupent ceux qui sont propres au système de l'Union comme les principes fondateurs, tandis que les seconds rassemblent les principes communs à l'ensemble des systèmes juridiques internes que les juges s'approprient par la voie de l'acculturation juridique. En transposant ce critère dans le cadre de l'identification des principes généraux, Madame Katarzyna GRABARCZYK dégage aisément ces principes exogènes. En revanche, la relativité et la confusion de la positivité en indiquent les limites quant à l'identification de principes propres à la Convention. Selon elle, « *l'identification formelle des principes endogènes peut être qualifiée de peu concluante. Le critère formel devient inopérant [...]. Par conséquent, la forme que prend un concept n'est pas un élément déterminant et unique permettant de constater le recours du juge à cette technique. Ainsi, créant plus de confusions que de réponses, l'identification formelle détermine la mise en place d'une grille de lecture [...] beaucoup plus complète* »⁹⁶⁸. L'ajout d'une telle réserve contraste également avec la réflexion initiale selon laquelle toute reconnaissance formelle emporte « *potentiellement la qualification de principe au sens conceptuel du terme* »⁹⁶⁹. En raison des carences intrinsèques à la positivité, son incapacité à établir, par elle seule, l'existence théorique d'un principe appelle à la recherche d'autres éléments définitionnels.

b- L'intérêt renouvelé de la généralité

199. Critère distinctif par excellence, un principe est caractérisé par sa double généralité. Quantitative, car elle procure une certaine adaptation face au nombre indéterminé de situations auxquelles il est censé s'appliquer. Qualitative, grâce à son expression naturellement vague et abstraite⁹⁷⁰. Compte tenu des clivages relatifs à sa portée, certains n'hésitent pas à l'évincer de leur propre grille analytique⁹⁷¹. Dans une étude consacrée aux principes en droit de la Convention, son auteur réfute la pertinence du critère de la généralité à cause des nombreux rapports dérivatifs qu'entretiennent les principes. « *L'existence d'un tel emboîtement de principes par "filiation" témoigne du caractère inégal de la généralité en fonction de la situation du principe dans l'arbre généalogique* »⁹⁷². Certains principes ont donc vocation à

⁹⁶⁷ Sur cette distinction, voy. G. PROTIERE, Les principes généraux dans la jurisprudence internationale : éléments d'une différenciation fonctionnelle, *RDJ*, 2008, p. 259.

⁹⁶⁸ K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 147.

⁹⁶⁹ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 24.

⁹⁷⁰ V. CHAMPEIL-DESPLATS, Production et sens des principes : relecture analytique, *op. cit.*, p. 41.

⁹⁷¹ S. CAUDAL, « Rapport introductif », *op. cit.*, p. 8.

⁹⁷² M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* p. 58. Dans sa recherche de conceptualisation des principes, l'auteur rejette le critère

être plus généraux que d'autres. Le constat de l'actuelle déliquescence du critère entérine cette exclusion⁹⁷³. Néanmoins, le reproche d'une généralité décroissante et inégalitaire entre les principes est l'occasion d'envisager de nouvelles perspectives. Cette généralité « dégradée »⁹⁷⁴ confère une malléabilité au principe qui lui offre la capacité de s'adapter aux nombres incalculables de cas qui se présentent devant la Cour. Loin d'être déficiente, cette dilution participe en réalité à une meilleure concrétisation des principes, et un durcissement de leur protection en renforçant leur finalité primitive⁹⁷⁵. Ceci est plutôt la marque d'un renouvellement modernisé du sens conféré la généralité⁹⁷⁶. Si elle n'est certainement plus un critère aussi « prestigieux » qu'autrefois⁹⁷⁷, elle conserve, sous ce prisme, un intérêt réel justifiant pleinement son maintien dans notre typologie.

c- Le dépassement des obstacles liés à la normativité

200. La normativité désigne « l'aptitude d'une règle à produire des effets normatifs »⁹⁷⁸. Nourrissant un lien consubstantiel avec le droit⁹⁷⁹, la normativité est insécable de la contrainte juridique⁹⁸⁰, en particulier en droit de l'Union européenne, où la création de droits et obligations à l'égard des États membres et des particuliers en forme « un attribut fondamental »⁹⁸¹. Naturellement, les normes de *jus cogens* du droit international en sont également des

de la généralité ainsi que l'approche fonctionnaliste de Ronald DWORKING et Robert ALEXY qu'il juge inadapté à la jurisprudence de la Cour. Son choix s'est dès lors porté vers des critères matériels d'identification tels que la prééminence du droit et la fonction étatique de structuration et d'organisation de l'ordre juridique.

⁹⁷³ S. CAUDAL « Rapport introductif », *op. cit.*, p. 8.

⁹⁷⁴ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 55.

⁹⁷⁵ Le principe de la prééminence du droit, en tant que principe matriciel de la Convention, dispose à cet égard d'une multitude de dérivés principiels dont la sécurité juridique. Or, il a été démontré dans le chapitre précédent que non seulement la sécurité juridique participe à sa concrétisation comme instrument de mesure dans le cadre de la prohibition contre l'arbitraire, mais acquiert également une certaine autonomie (*supra*, n° 124 et suiv.). Ceci renforce son application à l'ensemble du droit de la Convention, lui permettant de s'étendre aux plus grands nombres de cas qui se présentent devant la Cour. Par ricochet, cela accentue donc le respect de la prééminence du droit.

⁹⁷⁶ C'est également le point de vue dégagé par le Professeur Mouloud MOUMGHAR, *ibid.*, p. 71. À la différence de ce dernier qui considère en effet que la généralité réside dans la régulation prétorienne entre les règles de principe et les règles d'exception par la Cour, nous y voyons plutôt un prolongement de la généralité première des principes.

⁹⁷⁷ « Toute proposition qui peut être formulée en termes très généraux et abstraits acquiert de ce seul fait, un prestige particulier [...] d'où la difficulté rencontrée pour faire descendre de leur piédestal les principes », in, C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, PUF, Paris, coll. « Droit fondamental », 1985, p. 164.

⁹⁷⁸ F. PICOD, *La normativité du droit communautaire*, CCC, 2007, n° 21.

⁹⁷⁹ J. CHEVALLIER, *Présentation*, CCC, 2007, n° 21.

⁹⁸⁰ « Le propre du droit est d'être un " ordre de contraintes " [...], de régir par des actes de contraintes les conduites considérées comme indésirables et contraires à ses prescriptions », in H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 87.

⁹⁸¹ F. PICOD, *La normativité du droit communautaire*, *op. cit.*

manifestations explicites⁹⁸². Cependant, cette première définition est source de confusions de par son association implicite à la notion de juridicité insinuée par les « effets normatifs » et par son association explicite à une « règle » de droit⁹⁸³, alors que la juridicité et la normativité apparaissent comme des éléments distincts. En dehors des études spécifiques liant l'anthropologie et le droit⁹⁸⁴, il existe un nombre restreint de travaux s'attardant sur la notion de juridicité. Critère attributif des règles juridiques⁹⁸⁵ elle correspond à « *la qualité de ce qui est juridique, de ce qui est de droit* »⁹⁸⁶, par opposition à la normativité, qui concerne la catégorie des normes. De surcroît, la juridicité s'intéresse aux effets d'une règle du point de vue de leurs émetteurs et de leurs sources, alors que la normativité s'axe davantage sur sa réception par les destinataires ainsi que sur leur effectivité dans la sphère juridique⁹⁸⁷. En dépit de ces disparités, l'assimilation entre juridicité et normativité est certes contestable, mais n'est pas hérétique. En s'appuyant sur les travaux des Professeurs François OST et Michel VAN DE KERKHOVE⁹⁸⁸, une analyse consacrée au principe de subsidiarité identifie deux conceptions de la juridicité : une approche formelle – qui est rapidement évincée par ses auteurs – et une approche matérielle, s'axant sur les effets juridiquement contraignants qui en découlent. L'étude en déduit un amalgame matériel entre les deux notions pour justifier ensuite l'examen exclusif de la normativité⁹⁸⁹. *A contrario*, d'autres admettent que « *la normativité [puisse] servir d'indice – ou plus encore de critère – à la juridicité, sans que la réciproque ne soit permise* »⁹⁹⁰. En somme, que la juridicité soit distincte ou non de la normativité, l'étude d'une des notions engendre vraisemblablement l'étude de l'autre. Puisque la catégorisation de règle a été évincée, et que notre propos se consacre à l'effectivité de la sécurité juridique dans l'ensemble du droit de la Convention, la normativité s'accommode plus facilement à la mesure de ses effets normatifs que le critère de la « juridicité ». Cet évincement vaut également pour la

⁹⁸² E. DECAUX, Déclarations et Conventions en droit international, CCC, 2007, n° 21.

⁹⁸³ Les règles de droit et les principes ont été précédemment jugés conceptuellement incompatibles.

⁹⁸⁴ Nous renvoyons principalement à E. LE ROY, Le tripode juridique. Variation anthropologique sur un thème de flexible droit, *L'année sociologique*, 2007, vol. 57, p. 341-351, spéc. p. 320 et suiv.

⁹⁸⁵ Par exemple, le Professeur François TERRE attribue deux critères d'identification aux règles que sont la sanction ainsi que la juridicité, F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 43.

⁹⁸⁶ B. BARRAUD, L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique (première partie : présentation), *APD*, 2013, p. 365-415, spéc. p. 369.

⁹⁸⁷ « *La juridicité est une qualité liée à une observation externe et dépendante principalement des émetteurs ou des sources de la règle ; la normativité (ou fait d'être normatif) est une qualité qui provient exclusivement d'un jugement interne, celui des récepteurs ou destinataires [...], ce qui conduit à la lier à l'idée d'effectivité* », *ibid.*, p. 383.

⁹⁸⁸ F. OST et M. VAN DE KERKHOVE, « Les colonnes d'Hermès : à propos des directives d'interprétation en droit », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 135-153.

⁹⁸⁹ L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 108-109.

⁹⁹⁰ B. BARRAUD, L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique (première partie : présentation), op. cit., p. 383.

sanction – critère de la juridicité⁹⁹¹ – au profit de l'examen de sa force contraignante. Ce choix se justifie notamment par le rôle argumentatif joué par le principe de sécurité juridique dans la motivation du juge⁹⁹². En bref, le critère de la normativité se montre moins étreint que celui de la juridicité car il permet d'englober tous les usages du principe. Il sera donc retenu dans cette étude.

201. Parallèlement, l'utilisation du terme de « règle » dans la définition précitée laisse supposer qu'elle seule dispose d'une force contraignante. Étant donné que les principes en sont dissemblables, ils ne pourraient prétendre en conséquence à une quelconque normativité. Cette réflexion doit être nuancée. D'abord, les principes – à l'instar des règles – forment une catégorie de normes juridiques. Or, une norme juridique (en particulier prescriptive) se manifeste par une multitude de facettes et de connotations⁹⁹³. Dans cette hypothèse, elles prennent la forme de « principes » qui produisent potentiellement des effets normatifs. Cette réponse n'est pas exempte non plus de toute contrariété. En effet, si le postulat selon lequel toute norme juridique produit des effets juridiquement contraignants, par opposition à l'intégration d'un principe dans l'ordre juridique n'entraîne pas nécessairement la production d'effets normatifs, contrevenant *de facto* à la conception normativiste. Hans KELSEN reconnaissait dans cette perspective que les principes juridiques ne signifient pas pour autant qu'ils soient du droit ou qu'ils en ont le caractère⁹⁹⁴. Cette distinction est autant plus forte en droit international puisque la normativité des principes ne fait pas l'unanimité. Une « *appellation aussi incontrôlée* »⁹⁹⁵ les relègue souvent à de simples « *propositions* »⁹⁹⁶, que certains ont pu qualifier de « *médiocre* »⁹⁹⁷. Ce constat favorise soit leur exclusion⁹⁹⁸, soit incite à proposer des alternatives qui, au final, ne

⁹⁹¹ *Ibidem*.

⁹⁹² P. RAIMBAULT, La sécurité juridique, nouvelle ressource argumentative, *op. cit.*, p. 517-543.

⁹⁹³ « *Il y a alors une variété possible de contenus : la prescription peut consister en une autorisation, une permission, une habilitation, une interdiction, une obligation [...]. Il y a une variété de portées : la prescription peut être à portée individuelle, collective, générale ; elle peut viser des personnes identifiées ou être impersonnelles* », in E. MILLARD, Qu'est-ce qu'une norme juridique ?, *op. cit.*

⁹⁹⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 89 et 153.

⁹⁹⁵ P-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *Académie du droit international de la HAYE*, 2000, vol. 297, p. 180 et suiv.

⁹⁹⁶ A. PELLET, *Droit International public*, *op. cit.*, p. 317. Le fait qu'ils soient qualifiés de propositions ne leur ôtent cependant pas toute dimension contraignante. Jean BOULANGER avait pu en ce sens classer les principes comme des propositions « directrices » ce qui induit l'idée de contrainte et donc, de normativité, J. BOULANGER, « Principes généraux et droit positif », *op. cit.*, p. 56.

⁹⁹⁷ P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international », in *Écrits de droit international. Théorie générale du droit international, droit des espaces, droit des investissements privés internationaux*, PUF, Paris, 2000, p. 21-56. *Contra*, E. DECAUX, Déclarations et Conventions en droit international, *op. cit.*

⁹⁹⁸ S'appuyant sur les écrits en droit international et notamment sur le *Dictionnaire de la terminologie de droit international* de Jules BASDEVAN, le Professeur Mouloud BOUMGHAR relève que « *la normativité n'est pas la principale caractéristique des principes* ». Il effectue la distinction entre le « principe » qui est normatif et les « principes » qui ne sont que des « propositions » émanant d'un raisonnement intellectuel du juge international. Il en conclut « *qu'utiliser un guide de lecture propre au droit international ne permet d'avancer davantage* » sur

font qu'accentuer cette complexité environnante⁹⁹⁹. Par conséquent, la normativité se présenterait comme une propriété substantielle limitée aux seuls principes juridiques¹⁰⁰⁰, et non comme un critère définitionnel propre aux principes *lato sensu*. Un évincement aussi catégorique serait néanmoins erroné eu égard à la crise actuelle que traverse la normativité. La lutte contre les « neutrons législatifs » en droit constitutionnel français a pu éprouver les vertus de la normativité formelle, brisant la certitude qu'un énoncé normatif entraîne systématiquement son impérativité effective¹⁰⁰¹. La remise en cause de l'impérativité comme critère de la normativité favorise le développement prétorien et doctrinal d'autres composantes plus subjectives comme le degré d'abstraction et de connotation de l'énoncé¹⁰⁰², ainsi que leur perception par les destinataires¹⁰⁰³. Cette « *normativité atténuée* »¹⁰⁰⁴ déplace le curseur sur la question sur sa force normative. Partageant une observation faite à l'égard du principe de subsidiarité, « *peu importe que les propositions soient descriptives ou purement normatives, ce qui apparaît donc déterminant dans la définition d'un principe, c'est qu'il ait un contenu au moins descriptif influençant le droit positif* »¹⁰⁰⁵.

202. À l'évidence, la relativité des critères traditionnels n'aboutit pas à une typologie suffisamment solide. La faute en revient aux flottements et désaccords conceptuels qui caractérisent les critères traditionnels d'identification des principes. Des théories plus contemporaines parviennent heureusement à en combler sa fragilité. Plus innovantes et mieux adaptées aux particularismes, ces dernières cherchent à établir des critères matériels pour identifier les principes.

son identification théorique des principes, in M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 17.

⁹⁹⁹ C'est le cas par exemple des « *principes-normes* » qui sont assimilés aux principes juridiques voy. P. GERARD, *Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 75.

¹⁰⁰⁰ Dans sa thèse consacrée au principe de subsidiarité, Madame Laurèn AUDOUY soulevait que la normativité n'est pas un élément d'identification applicable à la nature d'un principe mais un élément de distinction entre les principes interprétatifs et les principes normatifs et auxquels correspondent respectivement la subsidiarité substantielle et procédurale, voy. L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 95 et p. 110-125.

¹⁰⁰¹ « *Si la présomption semble forte pour exclure la normativité d'un énoncé qui ne peut être réduit à une forme prescriptive classique [...] en revanche la formulation d'un impératif n'implique nécessairement la normativité d'un énoncé* », in V. CHAMPEIL-DESPLATS, *N'est pas normatif qui peut*. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, CCC, 2007, n° 21, p. 2.

¹⁰⁰² *Ibidem*.

¹⁰⁰³ « *La normativité n'est pas un simple attribut inhérent à tout énoncé juridique. Elle implique encore l'existence d'un certain rapport entre ces énoncés et leurs destinataires [...] or cette "puissance normative" n'est pas garantie par avance : elle dépend d'un ensemble de condition tenant [...] aux croyances collectives qui entourent le droit* », in J. CHEVALLIER, *Présentation*, *op. cit.*

¹⁰⁰⁴ B. MATHIEU, *La normativité de la loi : une exigence démocratique*, CCC, 2007, n° 21.

¹⁰⁰⁵ L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 95.

2°) Les apports complémentaires des approches fonctionnelles

203. Issue de la doctrine internationaliste¹⁰⁰⁶, cette approche se concentre sur les fonctions exercées par les principes. Ces fonctionnalités sont au nombre de trois. Caractéristique des fameux « *mandats d'optimisation* », la fonction « pondératrice » des principes leur permet d'être satisfaits à des degrés variables et dans des proportions diverses, selon les raisonnements de son interprète. Dans la jurisprudence strasbourgeoise, les principes jouent usuellement un rôle d'équilibre entre des intérêts divergents et forment donc des instruments de mesure permettant au juge de pondérer les intérêts dans le contrôle de proportionnalité. À l'exception d'une étude isolée¹⁰⁰⁷, cette fonction d'équilibre et de pondération est la plus représentative des principes¹⁰⁰⁸. Les principes sont également appelés à exercer une fonction dite « *correctrice* »¹⁰⁰⁹ ou encore « supplétive » en palliant les lacunes du droit positif dans un objectif de complétude, « *le juge [...] [étant] censé pouvoir résoudre tous les cas litigieux qui lui sont soumis avec les seules ressources de l'ordre juridique existant* »¹⁰¹⁰. Que leur consécration soit la marque d'un jugement de valeur¹⁰¹¹ symbole d'un pouvoir créateur discrétionnaire¹⁰¹², ou d'un juge « *archéologue* » soucieux de limiter son pouvoir en tenant compte de l'évolution des mœurs¹⁰¹³, il apparaît impossible d'apporter une réponse définitive à l'éternelle question d'un juge interprète ou d'un juge « bouche de la loi ». Cependant, chacun est unanime pour souligner le rôle central attribué au juge dans la construction des principes tant « *le couple juges-principes paraît inséparable* »¹⁰¹⁴. L'image négative du « gouvernement

¹⁰⁰⁶ M. VIRALLY, « Le rôle des "principes" dans le développement du droit international », in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM*, Éd. Faculté de droit de l'université de Genève, Genève, 1968, p. 531-554 ; G. PROTIÈRE, Les principes généraux dans la jurisprudence internationale : éléments d'une différenciation fonctionnelle, *op. cit.*, p. 259.

¹⁰⁰⁷ Le Professeur Mouloud BOUMGHAR se singularise par le rejet du critère finaliste comme élément déterminant d'un principe dans la jurisprudence de la Cour. Du fait de leur qualification générique, il constate que le terme de principe comprend à la fois des principes mais aussi des libertés et des droits fondamentaux. Or, leur utilisation spécifique dans la protection des droits ne leur permet aucune gradation en cas de conflit car cela serait incompatible avec les exigences afférentes à la protection des droits de l'homme. « *La graduation n'est pas possible. [...] Le principe de droit européen des droits de l'homme n'est pas caractérisé par la possibilité technique d'entrer en conflit avec un autre principe [...] le principe n'est pas un mandat d'optimisation* », in M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 92.

¹⁰⁰⁸ K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 227.

¹⁰⁰⁹ Pour une étude complète sur cette fonction, voy. C. PERELMAN (dir), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968, p. 161-179.

¹⁰¹⁰ F. MODERNE, Légitimité des principes généraux et théorie du droit, *op. cit.*, p. 728.

¹⁰¹¹ *Ibidem*.

¹⁰¹² P. WACHSMANN, « La volonté de l'interprète », *Droits*, 1990, n° 28, p. 29-45, spéc. p. 36.

¹⁰¹³ P. BRUNET, « À quoi sert la "théorie" des principes généraux du droit ? », in S. CAUDAL, *Les principes en droit*, *op. cit.*, p. 175-187, spéc. p. 180.

¹⁰¹⁴ S. CAUDAL, « Rapport introductif », *op. cit.*, p. 19.

des juges » a concomitamment développé une fonctionnalité de légitimation¹⁰¹⁵ qui s'adjoint donc à cette fonctionnalité. L'ultime fonction est celle de la mise en cohérence du droit¹⁰¹⁶. En effet, les principes s'imposent comme des balises de stabilisation d'un système face à une complexification et à une internationalisation croissantes du droit. À cette fin, ils exercent une double fonction de structuration et d'harmonisation¹⁰¹⁷. Cela est particulièrement vrai en droit international puisque les principes forment un ensemble de règles dominantes dégagées et codifiées par le juge qui en assure *in fine* la cohérence¹⁰¹⁸. Typique du droit de l'Union européenne, ils assurent une fonction d'homogénéisation de l'interprétation du juge dans la préservation d'un droit autonome et cohérent¹⁰¹⁹. Quant à la fonction d'harmonisation, celle-ci résulte des phénomènes d'acculturation juridique. Dans cette optique, les principes servent de « *points de contact entre les différents espaces normatifs* »¹⁰²⁰ favorisant le rapprochement entre les systèmes juridiques. Spécifiquement pour le droit de la Convention, le recours aux principes engendre à la fois leur systématisation de la jurisprudence de la Cour, et servent aussi à l'encadrement et à l'organisation de l'action étatique¹⁰²¹. Certains auteurs ont pu soulever de la sorte une fonction de « concrétisation » de la prééminence du droit. En ce sens, les principes découlent soit « *d'une application de la prééminence dans un domaine particulier* », soit « *des normes transversales* » qui permettent à la Cour de fixer des objectifs contraignants à l'encontre des États parties¹⁰²².

204. Ainsi, l'approche fonctionnelle s'accorde donc volontiers avec les contraintes du prétoire strasbourgeois et offre les clés nécessaires pour procéder à l'identification réelle du « principe » de sécurité juridique.

¹⁰¹⁵ D. SIMON, « Les principes en droit communautaire », *op. cit.*, p. 300-304.

¹⁰¹⁶ F. MODERNE, *Légitimité des principes généraux et théorie du droit*, *op. cit.*, p. 728.

¹⁰¹⁷ Ces fonctions sont intrinsèques à la définition même d'un système juridique en ce qu'il se définit comme un « *ensemble d'éléments liés entre eux par des relations spécifiques [...] de sorte que l'ensemble forme un tout ordonné et organisé ; ce qui implique une certaine unité et cohésion* », in F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Paris, coll. « Les voies du droit », 1988, p. 24-25.

¹⁰¹⁸ M. COUSTON, « Les principes en droit international », *op. cit.*, p. 305-319 ; A. PELLET, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 317 ; G. PROTIÈRE, *Les principes généraux dans la jurisprudence internationale : éléments d'une différenciation fonctionnelle*, *op. cit.*, p. 259.

¹⁰¹⁹ « *L'invention des principes par les opérations successives d'induction amplificatrice, d'identification et de formalisation, puis de généralisation déductive, combinée avec une méthode interprétative de réduction des germes d'incohérence est l'illustration d'une appréhension systématique des ordres juridiques. [...] Cette stratégie juridictionnelle objective est appuyée par une par les pratiques d'auto-référencement au fil des décisions [...] qui assure une sédimentation régulée des interprétations convergentes* », in D. SIMON, « *Les principes en droit communautaire* », *op. cit.*, p. 301.

¹⁰²⁰ H. ASCENSIO, « Principes généraux du droit », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2004, n° 3 et 32.

¹⁰²¹ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 92.

¹⁰²² *Ibid.* p. 149-226 ; voy. également X. SOUVIGNET, *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 209.

B- L'acceptation mesurée du caractère principal de la sécurité juridique

205. Les différentes propriétés des principes tendent vers la reconnaissance d'un véritable principe de sécurité juridique en droit de la Convention (1°) et ce même si sa polymorphie et sa variabilité normative constituent des obstacles non négligeables à cette reconnaissance (2°).

1°) Une qualification globalement pertinente

206. D'emblée, le critère de la positivité ne fait aucun doute dans la mesure où la sécurité juridique est le fruit d'une interprétation prétorienne depuis l'arrêt *Marckx contre Belgique*¹⁰²³. Celui de la généralité ne pose également aucune difficulté majeure. D'abord, la sécurité juridique est réputée, à juste titre, pour son caractère vague et indéfini. Ensuite, la Cour le qualifie elle-même de « *principe général* » à « *l'ensemble des articles de la Convention* »¹⁰²⁴. Sa généralité se matérialise également soit par une utilisation seule du principe dans la motivation du juge (généralité *stricto sensu*), soit par une utilisation combinée de ses différentes déclinaisons qui en assurent la concrétisation dans des domaines juridiques divers (généralité graduelle). En outre, elle constitue un principe *de droit* « *implicite* »¹⁰²⁵ et « *inhérent* »¹⁰²⁶ au droit de la Convention. Le critère de la généralité *largo sensu* paraît donc rempli. Un même constat s'applique pour ce qui est de la généralité graduelle puisque le principe de sécurité juridique a vocation à s'appliquer à une multitude de cas, dont la concrétisation s'opère soit à titre exclusif, soit avec le concours de ses dérivés objectifs ou subjectifs. La corrélation du principe de sécurité juridique avec celui de la prééminence du droit¹⁰²⁷ – principe matriciel des principes en droit de la Convention – constitue un bon indicateur sur la véracité de sa nature principielle.

207. Cette observation se confirme grâce aux critères fonctionnels. La sécurité juridique joue un rôle « correcteur » dans le sens où elle vise à pallier son absence de consécration explicite. Elle est également structurante puisque la Cour la consacre comme une finalité de son

¹⁰²³ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §58 (*GACEDH*, 2019, n° 51).

¹⁰²⁴ CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, §56 ; voy. également CEDH, 6 décembre 2007, *Beian c. Roumanie*, req. n° 30658/05, Rec. 2007-V, §39 ; CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *NejdetŞahin et PerihanŞahin c. Turquie*, req. n° 13279/05, §56 (*JCP G*, 2012, doct. 87, F. SUDRE) ; CEDH, Gde. Ch., 29 novembre 2016, *Paroisse Gréco-Catholique Lupeni et autres c. Roumanie*, req. n° 76943/11, §116.

¹⁰²⁵ CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, §56.

¹⁰²⁶ CEDH, 8 février 2007, *Cistiakov c. Lettonie*, req. n° 67275/01, §79 ; CEDH, 2 février 2016, *Di Trizio c. Suisse*, req. n° 7186/89, §122.

¹⁰²⁷ *Supra*, n°118.

propre système mais aussi celle des États parties, qui doivent prendre en compte ce principe ainsi que l'ensemble de ses déclinaisons qui s'y rattache lorsqu'ils mettent en œuvre leurs obligations conventionnelles. Pour preuve, la Cour encadre de plus en plus de rigueur les divergences de jurisprudence depuis l'arrêt *Nejdet Şahin et Perihan Şahin contre Turquie*¹⁰²⁸, allant même jusqu'à instaurer à demi-mot des obligations procédurales de cohérence jurisprudentielle à la charge des États, conformément au « *principe de sécurité juridique* »¹⁰²⁹. La Cour se soumet également à cet impératif dans le cadre de ses propres revirements et ajustements jurisprudentiels en déclarant que « *sans être formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi que la Cour ne s'écarte pas sans motif valable des précédents* »¹⁰³⁰. Cependant, la différence entre « intérêt » et « principe » fait resurgir les inquiétudes provoquées par sa normativité fluctuante.

2°) Une pertinence entachée par une normativité à géométrie variable

208. Sous le prisme traditionnel de la conception de la normativité, les fluctuations de la sécurité juridique l'excluraient *ipso facto* de la catégorie des principes. Si elle dispose d'une normativité aléatoire, la sécurité juridique n'est toutefois pas dépourvue de « force normative », indépendamment de son intensité. La souplesse d'un paradigme lié à une normativité graduelle, analysée sous l'angle de la « force normative » (a) cadre aisément avec celle du « principe » de sécurité juridique (b).

a- L'abandon du paradigme de la normativité stricte au profit d'une normativité graduelle

209. Dans une conception classique de la normativité, la sécurité juridique ne peut s'identifier à un principe en raison de la variabilité de sa force contraignante qui se reflète par sa polymorphie. Lorsqu'un juge invite dans son opinion séparée à une évolution ou à une clarification de la jurisprudence « *dans un souci de sécurité juridique* »¹⁰³¹, ou lorsque la Cour

¹⁰²⁸ CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie*, req. n° 13279/05, §56 (*JCP G*, 2012, doct. 87, F. SUDRE).

¹⁰²⁹ Gde. Ch., 29 novembre 2016, *Paroisse Gréco-Catholique Lupeni et autres c. Roumanie*, req. n° 76943/11, §116.

¹⁰³⁰ CEDH, Plén., 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, req. n°10843/84, série A. 184, §35 ; CEDH, Gde. Ch., 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, req. n° 46295/99, Rec. 2002-IV, §68.

¹⁰³¹ CEDH, Déc., 27 août 2013, *De Ram et autre c. France*, req. n° 38275/10, §23 (pour sensibiliser l'État sur l'impact des modalités législatives transitoires sur la réglementation globale des registres d'état civil).

énonce que le délai de six mois ou le bref exposé de la loi constitue un « *facteur de sécurité juridique* »¹⁰³², sa force contraignante apparaît comme moindre en comparaison à l'énoncé d'un « *principe de sécurité juridique* ». Cela donne l'apparence d'un « noyau dur » de normativité qui se réduirait aux seuls cas dans lesquels le juge lui confère l'appellation de « principe » ou de « principe général ». Cette constatation doit être réfutée pour deux raisons. *Primo*, cela reviendrait à privilégier une normativité formelle alors même qu'il a été démontré en amont qu'un énoncé prescriptif n'entraîne pas systématiquement des effets contraignants. *Secundo*, une telle vision serait réductrice et ne mettrait pas en exergue toutes les potentialités de la sécurité juridique en tant que principe¹⁰³³. Comme cela avait déjà été pressenti lors de l'analyse du critère de la justiciabilité, « *l'idée de contrainte ne permet pas de rendre compte de l'inflexion de la normativité juridique dans les sociétés contemporaines : on voit en effet proliférer des techniques plus souples [...] les textes indiquent des "objectifs" [...] fixent des "directives" [...] formulent des "recommandations" mais sans pour autant leur donner force obligatoire* »¹⁰³⁴. C'est de la réfutation de la rigidité de la conception traditionnelle de la normativité que naît le concept de « normativité graduelle », qui se montre plus adapté aux évolutions juridiques dans la mesure où il porte plus l'évaluation des effets normatifs – la « force normative » – que sur la normativité conceptuelle ou substantielle du principe. Dans cette optique, le Professeur François BRUNET attribut à la normativité une triple fonction que sont la normativité instrumentale, la normativité finaliste – qui dispose d'une rationalité propre et qui est consécutive à son caractère instrumental – et une normativité discursive¹⁰³⁵. Les travaux du Professeure Catherine THIBIERGE sur le concept de la « *force normative* »¹⁰³⁶ attirent plus particulièrement notre attention. Correspondant à la branche subjective de la normativité¹⁰³⁷, la « force normative » se définit comme « *le pouvoir de l'acte de déterminer la réaction de ses destinataires comme la capacité d'une norme à orienter, à servir de guide à des comportements et à des pratiques* »¹⁰³⁸. Elle est reconnue également comme la « *vocation d'une*

¹⁰³² CEDH, Ch., 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp ("vagabondage") c. Belgique*, req. n° 2832/66, 2835/66, 2899/66, série A. 12, §50 (GACEDH, 2019, n° 20).

¹⁰³³ « *Affirmer que le principe pose ou impose une stricte obligation juridique à la charge des États et de la Cour serait excessif, lui dénier toute force ou impact sur le juge national et les autorités nationales serait inexact* », in L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, 2015, p. 115.

¹⁰³⁴ J. CHEVALLIER, *Présentation*, *op. cit.*

¹⁰³⁵ F. BRUNET, *La normativité en droit*, Mare & Martin, Paris, coll. « Droit public », 2012, p. 169-490.

¹⁰³⁶ C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, Paris, 2009, p. 745-811.

¹⁰³⁷ « *Alors que la normativité décrit une qualité objective des normes, qui existe à un moment donné, la force normative questionne la destinée des normes, leur effectivité par rapport à leur objet. Elle s'attache à la réception des normes, à leur impact sur leur environnement et leurs destinataires* », in C. THIBIERGE, « Conclusion. Le concept de force normative », in C. THIBIERGE (dir.), *op. cit.*, p. 754.

¹⁰³⁸ *Ibid.*, p. 755.

norme à se déployer non seulement en fonction de son applicabilité aux destinataires et de sa finalité régulatrice, mais aussi grâce à son respect et à son application par le juge, jusqu'à sa possible sanction en cas de méconnaissance »¹⁰³⁹. Ces forces hétérogènes et évolutives¹⁰⁴⁰ sont caractéristiques des normes de référence et d'influence¹⁰⁴¹. Allant de la *soft law* à la *hard law* typique du droit international¹⁰⁴², ce nouveau paradigme du critère de la normativité s'adapte pleinement à la volatilité de la sécurité juridique en droit de la Convention.

b- Une variabilité normative compatible avec la qualification théorique du principe

210. Sans prétendre à l'exhaustivité, il est loisible d'attribuer trois types de force normative à la sécurité juridique¹⁰⁴³. La première est une force de nature contraignante. Elle englobe à la fois une valeur, une portée et une garantie normatives¹⁰⁴⁴. Par exemple, dans l'arrêt *Mooren contre Allemagne*¹⁰⁴⁵, la Cour énonce que « *le principe de sécurité juridique peut se retrouver compromis* » si les jurisprudences nationales modifient les dispositions légales applicables, « *pareilles interprétations [devant] donc être réduites au maximum* »¹⁰⁴⁶. De plus, dans le cadre des infractions continues, la Cour a pu affirmer que « *le principe de la sécurité juridique commande que les actes constitutifs de cette infraction soient clairement énoncés dans l'acte d'accusation* »¹⁰⁴⁷. Il va de même concernant l'expression de « *principe de sécurité des rapports juridiques* »¹⁰⁴⁸ ou encore du « *principe général de la sécurité juridique* »¹⁰⁴⁹. En ce

¹⁰³⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁴⁰ Pour plus de détail, voy. C. THIBIERGE (dir.), *La densification normative : découverte d'un processus*, Mare & Martin, Paris, 2013.

¹⁰⁴¹ « *Avoir une force de référence, au sens de servir d'une référence, autrement dit de guide, de modèle aux acteurs du droit, c'est plus fort et plus précis juridiquement qu'exercer une simple force d'influence sur ces mêmes acteurs* », in C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, *op. cit.*, p. 792. En s'appuyant sur les propos du Président Jean Paul COSTA, cette étude collective relève la capacité d'influence de la jurisprudence de la Cour vis-à-vis du droit national et des autres États européens.

¹⁰⁴² E. DECAUX, *Déclarations et Conventions en droit international*, *op. cit.*

¹⁰⁴³ Dans la thèse consacrée au principe de subsidiarité, son auteur privilégie une application globale de la force contraignante du principe dans la jurisprudence de la Cour (L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 115-116). Nous préférons développer notre analyse sur les différentes forces normatives de la sécurité juridique afin d'en faire le lien avec sa polymorphie.

¹⁰⁴⁴ « *La valeur normative correspond la force d'une norme selon son interprète ou son émetteur. La portée normativité correspond donc à l'effectivité de la norme dans le paysage juridique tandis que la garantie normative s'associe à la juridicité ou encore à la sanction en cas de non-respect de celle-ci* », C. THIBIERGE, « Conclusion. Le concept de force normative », *op. cit.*, p. 823-826.

¹⁰⁴⁵ CEDH, Gde. Ch., 9 juillet 2009, *Mooren c. Allemagne*, req. n° 11364/03.

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*, §91.

¹⁰⁴⁷ CEDH, 27 mai 2001, *Ecer et Zeyrek c. Turquie*, req. n° 29295/95 et 29363/95, Rec. 2001-II, §33 ; voy. aussi CEDH, Gde. Ch., 27 janvier 2015, *Rohlina c. République Tchèque*, req. n° 59552/98, §57.

¹⁰⁴⁸ CEDH, Gde. Ch., 28 octobre 1999, *Brumărescu c. Roumanie*, req. n° 28342/95, Rec. 1999-VII, §62 (*JCP G*, 2000, I, 203, 10, obs. F. SUDRE).

¹⁰⁴⁹ En matière de privation de liberté, le respect du principe général de la sécurité juridique impose à l'État des obligations de légalité correspondant aux déclinaisons objectives de la sécurité juridique afin de satisfaire aux exigences conventionnelles concernant la régularité de la détention. La force contraignante est donc indirecte voy.

qui concerne la garantie normative, si la variabilité de sa justiciabilité entrave sa qualification de droit fondamental¹⁰⁵⁰, elle n'est pas cependant pas inexistante puisqu'il arrive à la Cour de conclure dans le cadre de l'article 6§1 à la « *méconnaissance du principe de la sécurité juridique* »¹⁰⁵¹. Cette force n'est toutefois pas systématique pour chaque expression de la sécurité juridique et dépend d'une large mesure de l'instrumentalisation qui en est faite¹⁰⁵².

211. La sécurité juridique détient également une force de référence servant d'outil interprétatif guidant les États parties et la Cour elle-même. Dans cette optique, elle peut servir dans un premier temps à l'appréciation de la conventionnalité d'une ingérence par rapport aux objectifs poursuivis par l'Etat. C'est également le cas lorsqu'elle évoque « *le souci de garantir la sécurité juridique* » ou encore « *la sécurité juridique des liens familiaux* » en matière de contentieux des filiations¹⁰⁵³. C'est le cas également lorsqu'elle examine la conventionnalité et l'effectivité de certains recours nationaux à l'aune de « *l'exigence de la sécurité juridique* »¹⁰⁵⁴ ou lorsqu'elle apprécie le « *degré suffisant de sécurité juridique* » en matière d'expropriation¹⁰⁵⁵. Il est vrai, la Cour reste souvent lacunaire sur ses exigences et ne constate pas systématiquement une violation sur ce fondement, notamment si l'ingérence est proportionnée au but légitime invoqué par l'État.

212. La dernière force normative est de nature discursive ou argumentative. Elle correspond aux fonctions de soutènement et de renfort énoncés par le Professeur Michel DE SALVIA¹⁰⁵⁶. C'est le cas lorsque la Cour fait référence à un « *facteur de sécurité juridique* » dans le cadre

en ce sens CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, ainsi que CEDH, Gde. Ch., 9 juillet 2009, *Mooren c. Allemagne*, req. n° 11364/03, §98 : « *la Cour conclut que le requérant a été détenu régulièrement et qu'il n'a pas été privé de sa liberté selon les "voies légales" ».*

¹⁰⁵⁰ *Supra*, n° 175 et suiv.

¹⁰⁵¹ CEDH, 13 avril 2011, *Svetoslav Hristov c. Bulgarie*, req. n° 36794/03, §35.

¹⁰⁵² La Cour peut faire référence dans sa motivation au « principe de sécurité juridique » sans que celui-ci manifeste une quelconque force contraignante ou susceptible de créer des obligations à la charge de l'État, voy. par ex. CEDH, 22 juin 2006, *Diaz Ochoa c. Espagne*, req. n° 423/03 §50.

¹⁰⁵³ La sécurité juridique sert de justification à l'État dans la mise en oeuvre du délai de prescription mais la Cour ne sanctionne jamais sur ce fondement, servant d'élément de pondération dans la mise en balance des intérêts, voy. CEDH, Ch., 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, req. n° 8777/79, série A. 87, §41 (*RTDH*, 1998, 781, note J. SACE). Plus largement, voir *infra*, n° 311 et suiv.

¹⁰⁵⁴ CEDH, 27 juillet 2006, *Efstathiou et autres c. Grèce*, req. n° 36998/02, Rec. 2003-IX, §30.

¹⁰⁵⁵ CEDH, 27 mai 2010, *Sarica et Dilaver c. Turquie*, req. n° 11765/05, §45 ; CEDH, 31 mai 2016, *Kahyaoglu et autres c. Turquie*, req. n° 37203/05, §31.

¹⁰⁵⁶ Selon l'auteur, l'application de « soutènement » correspond aux cas où la sécurité juridique a constitué le principal soutien à la justification de la Cour tandis que l'application de « renfort » sert d'appui interprétatif, M. DE SALVIA, La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *CCC*, 2001, n° 11.

du bref exposé de la loi¹⁰⁵⁷, au délai de recevabilité de six mois¹⁰⁵⁸ ou lorsque les juges invitent la Cour à ajuster sa jurisprudence par « *souci de sécurité juridique* »¹⁰⁵⁹ ou conformément aux « *exigences de la sécurité juridique* »¹⁰⁶⁰. Moins perceptible que les autres forces normatives, elle permet surtout de disposer favorablement les requérants à l'égard de leur propre sécurité juridique en renforçant dans le même temps la légitimité de sa solution. On la retrouve principalement dans les fonctionnalités subjectives de la sécurité juridique¹⁰⁶¹.

213. Spécifiquement à l'égard de la sécurité juridique, le Professeur François BRUNET écrit dans ses travaux sur la normativité que « *la consécration positive d'une norme [...] de sécurité juridique n'est pas nécessaire pour que cette norme existe, et donc pour que ce principe ait une normativité juridique* »¹⁰⁶². Après avoir analysé la jurisprudence du Conseil d'État, il constate que « *la sécurité juridique est à chaque fois utilisée dans un sens spécifique, pour atteindre un but particulier* »¹⁰⁶³. Cette variabilité lui permet de conclure que ce principe est bel et bien normatif¹⁰⁶⁴. Partageant cette observation pour ce qui est de la jurisprudence de la Cour, la polymorphie du principe illustre une normativité hétéroclite pleinement compatible avec le concept de normativité graduelle¹⁰⁶⁵. Cela étant, la manifestation d'une normativité fluctuante n'apparaît donc plus comme un obstacle à l'identification de sa nature principielle, mais comme l'une de ses caractéristiques identitaires. Cela étant, la sécurité s'impose donc comme un véritable « principe » dans la jurisprudence de la Cour européenne.

¹⁰⁵⁷ CEDH, 29 avril 1988, *Belilos c. Suisse*, req. n° 10328/83, série A. 132, §59 (RGDIP, 1989, 273, note G. COHEN-JONATHAN) ; CEDH, Ch., 25 août 1993, *Chorherr c. Autriche*, req. n° 13308/87, série A. 266-B, §§19-22 (RUDH, 1996, p. 7 et 1993, p. 380, chron. F. SUDRE).

¹⁰⁵⁸ CEDH, Ch., 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp ("vagabondage") c. Belgique*, req. n° 2832/66, 2835/66, 2899/66, série A. 12, §50 (GACEDH, 2019, n° 20). Voy. plus récemment CEDH, 4 juin 2013, *Rifat Demir c. Turquie*, req. n° 24267/07, §45.

¹⁰⁵⁹ Voy. par ex. l'opinion séparée du juge REPIK rejointe à l'arrêt CEDH, 20 juillet 1998, *Oliviera c. Suisse*, Rec. 2002-IV, req. n° 25711/94 ainsi que l'opinion concordante du juge COSTA jointe à l'arrêt CEDH, 21 janvier 2005, *Enhorn c. Suède*, req. n° 56529/00, §14.

¹⁰⁶⁰ « *Ces nuances, trop subtiles génératrices d'incertitudes et de confusions, ne sont guère compatibles avec les exigences de la sécurité juridique* », opinion séparée du juge DE MEYER dans l'arrêt CEDH, 22 février 1996, *Bulut c. Autriche*, req. n° 17358/90, pt. 13, concernant l'appréciation d'un tribunal « impartial ».

¹⁰⁶¹ *Infra*, n° 338 et suiv.

¹⁰⁶² F. BRUNET, *La normativité en droit*, *op. cit.*, p. 380.

¹⁰⁶³ *Ibidem*.

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*, p. 381.

¹⁰⁶⁵ « *Pour revêtir une certaine force normative, une norme n'a pas besoin d'avoir de la force à chacun des trois pôles, ni que sa force y soit portée à son plus haut degré de densité* », in C. THIBIERGE, « Conclusions. Le concept de force normative », *op. cit.*, p. 832.

*

* *

214. Georges RIPERT avait coutume de dire que « *les juristes parlent en général des principes juridiques comme d'une notion bien connue et se dispense ainsi de l'analyser* »¹⁰⁶⁶. En réalité, l'ambiguïté vient d'un trop-plein d'analyses et de divergences doctrinales qui rendent complexe l'extraction des critères d'identification des principes, surtout lorsque qu'elle porte sur une notion aussi obscure et évanescence que la sécurité juridique. Toutefois, en déjouant le piège d'une polymorphie inadaptée à la catégorie des principes¹⁰⁶⁷, l'identité principielle de la sécurité juridique se dévoile peu à peu. D'abord, la sécurité juridique n'est pas une règle de droit, ni un droit fondamental, détruisant par la même le mythe « *des droits de l'homme à la sécurité juridique* »¹⁰⁶⁸. Ensuite, la sécurité juridique comprend une pluralité de facettes : celle d'une « valeur » dans la mesure où elle est une finalité transcendant le droit de la Convention, et celle d'une « norme », en ce qu'elle emporte des effets plus ou moins contraignants sur les acteurs qui le composent. Or, la proximité du principe avec ces classifications n'alimente pas son obscurité mais vient au contraire consolider le bien-fondé de son appellation. Même si le critère de la normativité prête à confusion, il est révélateur d'une capacité adaptative qui s'inscrit dans la finalité même des principes et du système conventionnel. Les approches fonctionnelles liées à la notion de principe confirment ce constat. Elles mettent en lumière une multitude de fonctionnalités qui sied parfaitement à l'application du « principe » de sécurité juridique par la Cour européenne, dans laquelle il exerce tour à tour des fonctions de « complétude », de correction, de pondération et d'harmonisation. C'est pourquoi, de notre point de vue, le principe de sécurité juridique mérite pleinement son appellation. Sans doute reprochera-t-on à cette affirmation « *d'avoir trouvé dans les vapeurs du droit "en suspension" un refuge trop facile* »¹⁰⁶⁹. C'est pourtant dans ces mêmes « vapeurs » que se trouve la richesse fonctionnelle et conceptuelle du principe dans le paysage conventionnel. Sa polymorphie n'entrave aucune sa qualification en tant que « principe » mais met en relief sa nature *sui generis*, ce qui explique qu'il échappe à la catégorie de principe et, logiquement, aux différentes catégories des principes juridiques.

¹⁰⁶⁶ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Paris, 1955, p. 132.

¹⁰⁶⁷ A. CRISTEAU, *L'exigence de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 2814.

¹⁰⁶⁸ C. ATIAS, *Les paradoxes de l'office du juge et de la sécurité juridique*, *Recueil Dalloz*, 2003, p. 513.

¹⁰⁶⁹ P. MORVAN, *Les visages de principes dans la jurisprudence de la Cour de cassation : inventaire d'un droit « hors la loi »*, *LPA*, 2005, n° 113, p. 5.

SECTION II : UN PRINCIPE GENERAL *SUI GENERIS*

215. « Si principe il y a, il est si vague et si malléable entre les mains du juge européen que son contenu et son application sont largement imprévisibles, ce qui crée une nouvelle forme d'incertitudes »¹⁰⁷⁰. Partageant le point de vue du Professeur Frédéric POLLAUD-DULIAN, la souplesse inhérente au principe de sécurité juridique rend malaisée une catégorisation univoque. L'absence de catégorisation stricte par la Cour incite à déployer une réflexion comparative au-delà des frontières conventionnelles. Dans les autres systèmes, la sécurité juridique se voit attribuer la plupart des classifications de principes telles que les principes fondamentaux ou les principes généraux du droit. Or, en droit de la Convention, elle est à la fois un principe général et une valeur fondamentale, comme cela été illustré précédemment. Si la flexibilité de la sécurité juridique lui confère une perméabilité lui ouvrant les portes d'un panel conséquent de classification, elle met surtout en évidence son incapacité à s'intégrer dans l'une de ces catégories. La tâche s'avère d'autant plus ardue que les classifications traditionnelles sont elles-mêmes soumises à l'imprécision et à l'hétérogénéité. De deux choses l'une. Soit le principe de sécurité juridique ne peut rentrer effectivement dans l'une des catégories susmentionnées et, dans cette hypothèse, il constitue un principe indéterminé dans la jurisprudence de la Cour européenne. Soit ces catégories sont inaptées conceptuellement, ce qui en fait un principe *sui generis*. La seconde hypothèse nous semble la plus pertinente. En effet, le principe de sécurité juridique se montre somme toute à la fois : une valeur, une norme, un argument, un idéal. Il est donc fondamentalement plurivoque. Cette singularité suggère alors de partir à la recherche d'une catégorie qui serait propre au système conventionnel. Parmi les catégories conceptuelles existantes, celle des principes généraux apparaît comme la plus adaptée dans le sens où elle s'articule aisément avec son caractère pluri catégorielle (§1), et sa multi fonctionnalité (2§).

1§) Un choix justifié par la singularité d'un principe pluri catégoriel

216. Comme on le sait, la sécurité juridique est reconnue par la Cour comme une valeur fondamentale de son système, suggérant une première classification dans la catégorie des principes fondamentaux. Si cette classification apparaît à première vue satisfaisante, elle

¹⁰⁷⁰ F. POLLAUD-DULIAN, À propos de la sécurité juridique, *RTD Civ.*, 2001, p. 491.

apparaît cependant limitative compte tenu des autres aspects du principe de sécurité juridique (A). Pareillement, la classification en principe général du droit¹⁰⁷¹ ne parvient à convaincre. L'imprécision des critères d'identification et les incompatibilités des principes généraux du droit avec certaines caractéristiques du principe font craindre une classification inadaptée. Reste alors celle de « principe général de sécurité juridique », qui, en dehors du fait qu'elle soit la forme la plus usitée par le juge strasbourgeois, se présente comme la plus adaptée à sa spécificité (B).

A- La qualification satisfaisante d'un « principe fondamental » de sécurité juridique

217. Par opposition au juge de l'Union européenne¹⁰⁷², la jurisprudence de la Cour européenne ne mentionne jamais l'existence d'un « *principe fondamental de sécurité juridique* »¹⁰⁷³. Ce vide sémantique est surprenant de prime abord. Une telle position revient même jusqu'à nier sa dimension axiologique qui contraste avec sa place essentielle en tant que principe inhérent, son lien avec la prééminence du droit ou son rattachement avec les valeurs de l'ordre public européen. Pour le lever le voile sur ces hésitations, un bref rappel de la notion de principe fondamental s'impose.

218. Distincts des « *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* »¹⁰⁷⁴ et « *principes fondamentaux* » de l'article 34 de la Constitution¹⁰⁷⁵ – dont la reconnaissance n'est que formelle – les « vrais » principes fondamentaux font l'objet d'une doctrine assez pauvre, ce qui explique la difficulté à trouver une définition exhaustive et complète¹⁰⁷⁶ sur ces derniers.

¹⁰⁷¹ Cette classification est celle retenue en droit administratif et en droit de l'Union.

¹⁰⁷² L'utilisation de l'expression « *principe fondamental de sécurité juridique* » reste cependant cantonnée aux cas liés à la forclusion : « *la fixation de tels délais [...] constitue l'application du principe fondamental de sécurité juridique, qui protège à la fois le contribuable et l'administration concernée* », CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-ZentralfinanzG et Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Rec. 1976, p. 01989, aff. C-33/76, pt. 5 ; voy. plus récemment CJUE, 12 mars 2015, *eVigilo Ltd c. Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, aff. C-538/13, pt. 51.

¹⁰⁷³ La Cour fait seulement référence à la sécurité juridique en tant que l'un « *des éléments fondamentaux de l'État de droit* », CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, §56.

¹⁰⁷⁴ P. GERARD, Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit, *Déviance et société*, 1988, vol. 12, p. 75-90, spéc. p. 75. Pour une étude approfondie et générale sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et leur distinction avec les principes généraux, voy. V. CHAMPEIL-DEPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, PUAM, Economica, Paris, 2001.

¹⁰⁷⁵ B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État et les principes », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Economica, Paris, coll. « Études juridiques », 2008, n° 30, p. 325-341, spéc. p. 326.

¹⁰⁷⁶ « *Les principes sont des normes juridiques dotées d'une généralité, d'une stabilité et d'une importance particulières. Considérés comme des normes fondamentales qui ne se déduisent d'aucune autre [...] ces principes se caractérisent [...] par leur généralité spécifique [...]* » in, P. GERARD, Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit, *op. cit.*, p. 75. Cette définition ne nous paraît pas convaincante dans le sens où

Quelques éléments notionnels donnés par la doctrine – comme le rôle fondateur et le caractère axiologique – confortent l'existence innommée d'un « *principe fondamental de sécurité juridique* » en droit de la Convention (1°). Cependant, cette classification doit être rejetée, non pas en raison de son impertinence, mais parce qu'elle apparaît comme restrictive car elle exclut certaines fonctionnalités essentielles du principe (2°).

1°) Une classification conforme

219. Présents formellement dans les préambules, ou aux premières loges des accords internationaux ou des constitutions qui y font référence, les principes fondamentaux sont considérés à la fois comme les principes fondateurs et comme des principes axiologiques. Une thèse consacrée au respect de la dignité humaine affirme en ce sens que « *la fonction du principe fondamental est celle de fonder l'ordre juridique* »¹⁰⁷⁷. Les principes fondamentaux ont donc vocation à poser les bases institutionnelles ainsi que les compétences entre les différents acteurs d'une organisation¹⁰⁷⁸. En droit de l'Union européenne, ils participent au bon fonctionnement du système et se rapprochent des principes fondateurs de l'ordre juridique de l'Union. Comme le précise le Professeur Denys SIMON, ils « *traduisent une adhésion de l'Union à des principes de base qui commandent son fonctionnement* »¹⁰⁷⁹. Puisant leur existence formelle dans la lettre de l'article 6§1 du Traité de Lisbonne¹⁰⁸⁰, ils sont également le fruit de l'interprétation de la Cour de Justice qui les déduit de la notion de Communauté de droit. À cet égard, ils englobent « *la garantie des droits fondamentaux, qui tirent leur origine des instruments internationaux [...] des traditions constitutionnelles ou d'instruments propres à l'Union* »¹⁰⁸¹. De la sorte, l'auteur rattache aux principes fondamentaux celui de la sécurité

elle érige la fondamentalité comme l'une des composantes essentielles d'un principe, car tous les principes ne sont pas des principes fondamentaux.

¹⁰⁷⁷ B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Documentation française, Paris, 1999, p. 156-173.

¹⁰⁷⁸ D. SIMON, « Les principes en droit communautaire », in S. CAUDAL, *Les principes en droit*, op. cit., p. 297-298. Voy. aussi P. MENGOZZI, *Les principes fondamentaux du droit communautaire et les droits des États membres*, *RDUE*, 2002/3, p. 435-460.

¹⁰⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁸⁰ En vertu de l'article 6§1 du Traité sur l'Union Européenne (TUE), « *les droits fondamentaux [...] tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux* ». Même si la lettre du traité fait référence aux « principes généraux », cette conception se rapproche plutôt de la terminologie des principes fondamentaux. Comme le confirme le Professeur Bertrand BRUNESSEN, la notion employée par le traité forme « *une catégorie générique qui [...] semble renvoyer [...] à une source d'inspiration normative, qui, à des degrés divers, doit être concrétisée par une norme pour être appliquée* », et se distingue en ce sens des principes généraux du droit, voy. B. BRUNESSEN, *Retour sur un classique*. Quelques remarques sur la catégorie des principes généraux du droit de l'Union européenne, *RFDA*, 2013, p. 1217.

¹⁰⁸¹ *Ibid.*, p. 297.

juridique ainsi que tous ses dérivés, comme la confiance légitime ou le principe de bonne administration de la justice¹⁰⁸². Suivant les préceptes de ses confrères communautaristes, le Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, dans son célèbre article consacré aux principes généraux¹⁰⁸³, reconnaît qu'il existe des principes dotés d'une essence fondamentale. Facilement reconnaissables compte tenu de leur caractère inhérent, ils sont « *mis en lumière et façonnés de manière autonome par la Cour européenne des droits de l'homme* ». De la sorte, ils constituent « *les fondements du système européen de protection des droits fondamentaux, ses "assises essentielles" [déterminantes] pour la sauvegarde des droits de l'homme et de la société démocratique* »¹⁰⁸⁴. Outre la liberté politique, le respect de la dignité humaine ou encore la prééminence du droit, il classifie implicite le principe de sécurité juridique par la référence du « *droit au droit* »¹⁰⁸⁵. En sus de leur caractère inhérent, la soumission des juges conventionnels aux principes fondamentaux en constitue un élément typique. En ce sens, le Président Jean-Paul COSTA relève que les principes fondamentaux du système de la Convention tirent leur origine de leur caractère exogène et constitutionnel. Tout comme les auteurs susmentionnés, il rattache également cette catégorie au principe la sécurité juridique¹⁰⁸⁶. Comme cela a été démontré dans les propos précédents, le principe de sécurité juridique provient d'une source endogène (le droit allemand et le droit de l'Union) et dispose désormais d'une valeur constitutionnelle ou supra législative dans les ordres juridiques nationaux¹⁰⁸⁷. Il est également un principe autonome dans la jurisprudence de la Cour. En outre, il est un principe qui structure matériellement et temporellement le droit de la Convention, puisqu'il assure la stabilité du mécanisme au niveau national et supranational¹⁰⁸⁸. La sécurité juridique pourrait donc bien être véritablement, un principe fondamental. Cette idée se confirme d'autre plus grâce à la dimension axiologique

¹⁰⁸² *Ibid.*, p. 298.

¹⁰⁸³ G. COHEN-JONATHAN, « Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond PETTITI*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 165-196.

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*, p. 192.

¹⁰⁸⁵ « *Le principe de la prééminence "du droit au droit" qui exige que la loi soit non seulement accessible mais aussi précise et prévisible, de sorte que le citoyen puisse en conséquence régler sa conduite* », *ibid.*, p. 194. Sur ce constat, lire aussi Voy. F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in P. TAVERNIER (dir.), *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), Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 39-80.

¹⁰⁸⁶ J-P. COSTA, « La Cour européenne des droits de l'homme et les principes », in S. CAUDAL (dir), *Les principes en droit, op. cit.*, p. 374.

¹⁰⁸⁷ *Supra*, n° 93-96.

¹⁰⁸⁸ Au niveau national, le principe de sécurité juridique se confond avec la légalité de l'ingérence, ce qui lui permet à la fois d'en encadrer les conditions d'exercice mais aussi de relever les éventuelles atteintes aux droits fondamentaux. Au niveau européen, il délimite la recevabilité des requêtes individuelles et étatiques au titre de l'article 35§1 de la Convention, voy. *infra*, n° 290.

attribuée à cette catégorie de principes¹⁰⁸⁹. Reprenant l'expression de l'internationaliste Michel VIRALLY selon laquelle ils forment « *l'expression d'une sorte de philosophie inhérente à l'ordre juridique considéré [...] naturellement admise [...] et indiscutable* »¹⁰⁹⁰, Madame Béatrice MAURER démontre que ces principes, en sus d'un fondement objectif, ont également des fondements sociologiques et naturalistes hétéroclites, allant de la conscience collective à l'opinion universelle, en passant par le droit naturel¹⁰⁹¹. Cet élément n'est pas sans faire écho à la « valeur sécurité juridique » inhérente au principe.

2°) Une classification limitante

220. Le principe de sécurité juridique noue indéniablement des liens conceptuels avec la catégorie des principes fondamentaux. Cependant, cette classification n'est pas entièrement satisfaisante. La première raison est aisément contournable. Elle concerne la question de l'assimilation ou de l'autonomie des principes fondamentaux avec les principes généraux du droit. Si le Doyen Gérard COHEN-JONATHAN n'opère pas une franche distinction entre ces deux catégories¹⁰⁹², Madame Béatrice MAURER s'appuie sur la doctrine internationaliste afin de procéder à leur dissociation en consacrant les principes fondamentaux comme une catégorie autonome¹⁰⁹³. Elle fonde cette distinction sur la nature et la fonction respectives de chacune. Les principes généraux ont une nature positive et sont une source formelle du droit à part entière, par opposition aux principes fondamentaux, qui ne disposent que d'une positivité indirecte¹⁰⁹⁴. De surcroît, elle soulève que ces derniers sont essentiellement interprétatifs car ils n'ont pas pour finalité d'énoncer des prescriptions juridiques susceptibles de sanctions¹⁰⁹⁵. Si cette distinction a le mérite d'apporter des pistes de réflexions supplémentaires, celle-ci ne parvient à emporter une entière conviction¹⁰⁹⁶. En effet, la plupart des principes généraux issus

¹⁰⁸⁹ Ils correspondent « *aux principes axiologiques qui expriment par définition les valeurs primordiales de l'Union*, D. SIMON, « Les principes en droit communautaire », *op. cit.*, p. 297.

¹⁰⁹⁰ M. VIRALLY, « Le rôle des "principes" dans le développement du droit international », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM*, Éd. Faculté de droit de l'université de Genève, Genève, 1968, p. 531-554, spéc. p. 540 et suiv.

¹⁰⁹¹ B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 165-170.

¹⁰⁹² « *Tous les principes dits généraux ne sont pas cependant d'une égale valeur, certains sont fondamentaux* », in G. COHEN-JONATHAN, « Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 183.

¹⁰⁹³ B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 165-170.

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*, p. 159.

¹⁰⁹⁵ B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 239.

¹⁰⁹⁶ En sens, Madame Béatrice MAURER affirme quelques lignes plus loin que « *si la différence essentielle entre ces deux principes vient de leur nature, on y retrouve d'importantes similitudes matérielles entre eux. En tant que*

de la jurisprudence de la Cour portent en leur sein des principes fondamentaux¹⁰⁹⁷. Ils apparaissent davantage comme des principes généraux de rang supérieur que comme une catégorie autonome au sein de la jurisprudence de la Cour. Ceci ne traduit pas une opposabilité catégorielle mais plutôt une imperméabilité, un principe conventionnel pouvant donc être à la fois général et fondamental. De surcroît, les principes fondamentaux ne sont pas des prescriptions impératives. Si la reconnaissance d'un principe fondamental de la sécurité juridique est séduisante, cette seule catégorisation occulterait en réalité son aspect normatif et contraignant. Dans la mesure où la catégorie des principes généraux du droit est plus générique et englobe les principes fondamentaux¹⁰⁹⁸, elle apparaît à même d'exemplifier la malléabilité reconnue du principe général.

B- La qualification opportune d'un « principe général » de sécurité juridique

221. « *Expérience foucaldienne* »¹⁰⁹⁹ comme le rappelle régulièrement le Professeur Pierre BRUNET¹¹⁰⁰, la théorie des principes généraux du droit fait l'objet d'un fétichisme juridique notoire tant en droit interne¹¹⁰¹ qu'au niveau supranational¹¹⁰². Considérés comme le « *haut de*

principes du droit, fondamentaux ou généraux, ils ont tous deux pour caractère d'être abstraits et se partagent les mêmes fondements », *ibid.*, p. 160.

¹⁰⁹⁷ G. COHEN-JONATHAN, « Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 165-169

¹⁰⁹⁸ « *Tout principe fondamental est, à plus forte raison, en même temps un principe général, mais qu'inversement, tout principe général n'est pas pour autant un principe fondamental* », in J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, coll. « Méthodes du droit », 2012, 5^{ème} éd., p. 108.

¹⁰⁹⁹ V-F. EWALD, « Une expérience foucaldienne : les principes généraux du droit », *Critique*, 1986, p. 788-793.

¹¹⁰⁰ P. BRUNET, « À quoi sert la "théorie" des principes généraux du droit ? », *op. cit.*, p. 175-187.

¹¹⁰¹ En ce qui concerne le droit administratif, nous renvoyons, en sus des articles cités dans le cadre de cette analyse à R. CHAPUS, *De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif*, Dalloz, 1966, p. 99 ; B. JEANNEAU, *Les principes généraux dans la jurisprudence administrative*, Sirey, Paris, 1954. En ce qui concerne le droit privé, voy. parmi d'autres P. MORVAN, *Le principe en droit privé*, Éd. Panthéon-Assas, coll. « Droit privé », Paris, 1999 ; F. ZENATI-CASTAING, « Les principes généraux en droit privé », in S. CAUDAL (dir), *Les principes en droit*, *op. cit.*, p. 257-273 ; J-P. GRIDEL, *La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé*, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 228. En ce qui concerne enfin le droit constitutionnel, les principes généraux du droit sont utilisés avec parcimonie par le Conseil Constitutionnel, plus familier avec les principes de valeur constitutionnel, voy. en ce sens M. VERPEAUX, *Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs (Normes de références)*, *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz. C'est pourquoi notre étude s'axe également sur les critères d'identification dégagés en droit administratif et en droit privé.

¹¹⁰² Pour le droit international, nous renvoyons parmi une littérature abondante à M. VIRALLY, « Le rôle des "principes" dans le développement du droit international », in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM*, Éd. Faculté de droit de l'université de Genève, Genève, 1968, p. 531-554 ; H. ASCENSIO, « Principes généraux du droit », *Répertoire de droit international Dalloz*, 2004 ; G. PROTIERE, *Les principes généraux dans la jurisprudence internationale : éléments d'une différenciation fonctionnelle*, *op. cit.*, p. 259 ; M. COUSTON, « Les principes en droit international », in S. CAUDAL, *Les principes en droit*, *op. cit.*, p. 305-319. En ce qui concerne le droit de l'Union européenne, voy. principalement J. MOLINIER, *Les principes fondateurs de l'Union Européenne*, PUF, Paris, coll. « Droit & Justice », 2005 ; R-E. PAPADOPOULOU,

gamme » du droit jurisprudentiel¹¹⁰³, les principes généraux du droit sont la figure emblématique du pouvoir créateur du juge. De ce fait, le cœur des débats liés à cette thématique se centralise majoritairement sur leur discrétionnarité¹¹⁰⁴ et leur place ambiguë au sein de la hiérarchie des normes¹¹⁰⁵. La consécration récente du principe général de la sécurité juridique par l'arrêt *KPMG*¹¹⁰⁶ témoigne de la vitalité de cette catégorie, malgré la critique récurrente de leur dévalorisation¹¹⁰⁷. Cette consécration s'inscrit également dans l'assentiment général des juges et de la doctrine quant à l'existence de la sécurité juridique en tant que principe général du droit.

222. Du fait de sa nature principielle, la sécurité juridique présente de nombreuses similitudes à la fois avec la catégorie des principes généraux du droit et celle des principes généraux. Cependant, sa variabilité normative couplée à son incapacité à s'ériger en tant que source du droit dans la jurisprudence de la Cour se répercute sur le bien-fondé de la qualification en tant que principe général du droit (1°). Si quelques écrits doctoraux consacrés à la sécurité juridique ont pu témoigner de son appartenance à cette catégorie¹¹⁰⁸, il appert que la Cour ne qualifie jamais explicitement la sécurité juridique comme un principe général du droit, mais seulement comme un « *principe général* »¹¹⁰⁹. Confondus régulièrement avec les principes généraux du droit, les principes généraux présentent toutefois des divergences définitionnelles. Formant alors une catégorie propre et autonome en droit de la Convention¹¹¹⁰, ce type de

Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation, Bruylant, Bruxelles, 1996 ; C. BLUMANN, L. DUBOIS *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, Paris, 2017 ; J-P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, Paris, 2016, 8^{ème} éd., p. 529 et suiv. ; P. PESCATORE, « *Les principes généraux du droit en tant que source du droit communautaire - Rapport communautaire* », 12^{ème} congrès de la FIDE, 1986 ; D. SIMON, Y-a-t-il des principes généraux en droit communautaires ?, *Droits*, 1991, n° 14, p. 8. Voy. plus récemment *Les principes généraux du droit de l'Union européenne*, Actes du colloque à l'occasion du 50^{ème} anniversaire des Cahiers de droit européen, CDE, 2016, vol. 52, n° 1.

¹¹⁰³ B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État et les principes », *op. cit.*, spéc. p. 339.

¹¹⁰⁴ P. GERARD, Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit, *op. cit.*, p. 75.

¹¹⁰⁵ Pour un résumé des controverses liées à cette thématique, voy. P. BRUNET, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel TROPER*, Economica, Paris, 2006, p. 207-221.

¹¹⁰⁶ CE, Ass., 24 mars 2006, *KPMG et autres*, n° 288460, Rec. Lebon p. 154 (*GAJA*, 2019, n° 104).

¹¹⁰⁷ « *À la promotion des principes généraux a succédé la dévalorisation de ceux-ci, non pas en raison de leur déclin, mais bien au contraire en raison de leur extrême vulgarisation qui sape leur portée* », in M. DEGUERGUE, « Principes généraux du droit », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'homme*, PUF, Paris, 2008, 1^{ère} éd., p. 633-636.

¹¹⁰⁸ C. SALVIEJO, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, thèse dactyl., Université de Montpellier I, 2003, p. 62 et suiv.

¹¹⁰⁹ Par exemple, dans le cadre de l'article 5§1, la Cour fait systématiquement au « *principe général de sécurité juridique* », CEDH, Gde. Ch., 9 juillet 2009, *Mooreen c. Allemagne*, req. n° 11364/03, §76 ; CEDH, 1^{er} mars 2016, *Kholmurodov c. Russie*, req. n° 58923/14, §85.

¹¹¹⁰ K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*

principes se rapproche des spécificités conceptuelles inhérentes au principe de la sécurité juridique (2°).

1°) Une classification inadéquate en principe général du droit

223. Popularisés par les écrits d'Édouard LAFFERIERE¹¹¹¹, les principes généraux du droit connaissent un essor considérable après la Seconde Guerre Mondiale¹¹¹². Ils se définissent comme des « *règles admises par la jurisprudence comme s'imposant à l'administration dans ses rapports avec les particuliers, même sans texte, et ayant une valeur égale à celle de la loi, de sorte que celle-ci peut y déroger et que, au contraire, l'administration et le pouvoir réglementaire doivent les respecter* »¹¹¹³. Corroborés par des définitions similaires en droit de l'Union européenne¹¹¹⁴ et en droit international¹¹¹⁵, les efforts continus de théorisation ne sont cependant pas parvenus à disperser le brouillard encerclant ces principes non-écrits, de sorte qu'ils présentent encore aujourd'hui « *un caractère inachevé et des contours parfois incertains* »¹¹¹⁶.

224. Proliférant au sein d'un « *milieu semi-liquide* »¹¹¹⁷, les principes généraux du droit disposent d'attributs communs aux principes qui ont été par la suite enrichis et réadaptés selon les systèmes juridiques. Premièrement, ils sont dotés d'une généralité manifeste qui est d'ordre

¹¹¹¹ « *Il est vrai que le Conseil d'État [...] n'a pas l'habitude d'exposer dans ses arrêts, toutes les déductions juridiques qui motivent ses décisions [...]. Elles ont pour base lorsque les textes font défauts, des principes traditionnels, écrits ou non écrits, qui sont en quelque sorte inhérents à notre droit public et administratif* », E. LAFFERIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Éd. Berger-Levrault & Cie, Paris, 1887, p. 13, emprunté à B. GENEVOIS, *Principes généraux du droit, Répertoire de contentieux administratifs*, Dalloz, 2010, pt. 6.

¹¹¹² Pour plus de détails sur l'historique des principes généraux du droit et leur impact sur la pensée juridique moderne, lire C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelles rhétoriques*, Dalloz, Paris 2006, p. 75-87.

¹¹¹³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, coll. « Quadrige », 2018, 12^{ème} éd., p. 806.

¹¹¹⁴ Similairement, le Professeur Jean-Paul JACQUE identifie « *les principes généraux du droit [comme] des règles juridiques qui constituent l'un des instruments du contrôle de légalité* » et les Professeurs Claude BLUMANN et Louis DUBOIS comme « *des règles de droit non écrites auxquelles le juge reconnaît une valeur générale qui les rend applicable en l'absence même de texte* », voy. respectivement J-P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne, op. cit.*, p. 529 et C. BLUMANN, L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne, op. cit.*, p. 653.

¹¹¹⁵ « *Propositions premières dégagées de l'ensemble du système juridique par voie de synthèse, considérées comme exactes et susceptibles, en conséquence, de justifier des déductions dans l'ordre juridique* », J. BASDEVANT, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, p. 472. Ils sont aisément reconnaissables par leur « *haut niveau d'abstraction et à leur extrême généralité dont l'effet est de condenser le plus souvent la règle désignée en une formule simple* », in P-M. DUPUY, *Droit international public*, Dalloz, Paris, coll. « Précis », 13^{ème} éd., p. 374.

¹¹¹⁶ B. GENEVOIS, *Principes généraux du droit, Répertoire de contentieux administratifs*, 2010, pt. 34.

¹¹¹⁷ J. MEUNIER, « *Les principes non écrits dans la jurisprudence constitutionnelle et administrative, éléments de cartographie* », in *Du droit interne au droit international : le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme. Mélanges Raymond GOY*, Publications de l'Université de Rouen, Rouen, 1998, p. 119-130, spéc. p. 119.

quantitative et formelle. Ils sont révélés explicitement par le juge¹¹¹⁸ ou, dans le cas contraire, déterminés par leur caractère universel et transversal¹¹¹⁹. Deuxièmement, ils s'intègrent dans un « *bloc de la légalité* »¹¹²⁰. Ils forment une « *source non-écrite [...] car déduite par le juge du droit existant* »¹¹²¹. Leur émergence sera justifiée par les traditions juridiques communes aux États membres¹¹²², ou par les règles coutumières du droit international¹¹²³. Troisièmement, leur mode de création est identique aux principes puisqu'ils sont issus de l'œuvre créatrice d'un juge cherchant à combler les lacunes du droit, par la voie d'une interprétation jurisprudentielle téléologique ou finaliste¹¹²⁴. Quatrièmement, ils sont généralement vecteurs d'obligations à l'encontre de leurs destinataires¹¹²⁵.

225. Indépendamment de ces éléments, les principes généraux du droit ont des caractéristiques singulières. *Primo*, ils sont désignés comme des gages de continuité et d'adaptabilité du droit¹¹²⁶ et sont généralement signes de vitalité juridique. De ce fait, leur récurrence jurisprudentielle constitue un indice essentiel dans leur identification, sans s'ériger toutefois comme un critère prépondérant. Par exemple, en droit de l'Union européenne, « *si les déclarations théoriques concernant le caractère fondamental des principes généraux déduits et appliqués en l'absence de textes sont multiples et constantes, la juridiction communautaire ne les a pas, dans la plupart des cas, assorties de sanctions effectives* »¹¹²⁷. De manière encore plus marquée, cette apparente continuité est écorchée par le caractère éminemment transitoire des principes généraux du droit international « *puisque'ils ont vocation à donner naissance soit à des coutumes soit à des règles conventionnelles. [...] Ils en viennent ainsi à eux-mêmes*

¹¹¹⁸ En droit de l'Union européen et en droit administratif, la reconnaissance formelle d'un principe général du droit par le juge emporte *de facto* sa reconnaissance conceptuelle en tant que tel, voy. en ce sens J. MOLINIER, Principes généraux, *Répertoire de droit européen*, 2016, pt. 6, ainsi que B. GENEVOIS, Principes généraux du droit, *Répertoire de contentieux administratif*, 2010, pts. 35-36. Le droit international semble diverger sur cet aspect, voy. M. VIRALLY, « Le rôle des "principes" dans le développement du droit international », *op. cit.*, p. 544-546.

¹¹¹⁹ Voy. par ex. D. CARREAU, *Droit international*, Pedone, Paris, coll. « Études internationales », 2010, 10^{ème} éd., p. 273.

¹¹²⁰ J. MEUNIER, « Les principes non écrits dans la jurisprudence constitutionnelle et administrative, éléments de cartographie », *op. cit.*, p. 119.

¹¹²¹ B. GENEVOIS, Principes généraux du droit, *Répertoire de contentieux administratif*, 2010, pt. 36 ; P. GERARD, Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit, in *Déviance et société*, 1988, vol. 12, n° 1, p. 75-90.

¹¹²² R-E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 14 ; D. SIMON, « Les principes en droit communautaire », *op. cit.*, p. 297.

¹¹²³ M. VIRALLY, « Le rôle des "principes" dans le développement du droit international », *op. cit.*, p. 531-554.

¹¹²⁴ B. GENEVOIS, Principes généraux du droit, *Répertoire de contentieux administratif*, 2010, pts. 40-41.

¹¹²⁵ *Ibid.*, pt. 35.

¹¹²⁶ « *La notion de principe général du droit doit être réservée à des normes dotées d'une certaine permanence* », B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit », *op. cit.*, pt. 103 ; F. MODERNE, Légitimité des principes généraux et théorie du droit, *RFDA*, 1999, n° 4, p. 722-742.

¹¹²⁷ R-E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation*, *op. cit.*, p. 288.

*disparaître par "absorption" »*¹¹²⁸. *Secundo*, leur reconnaissance en tant que source du droit constitue à la fois un critère tout aussi distinctif que polémique. Largement débattue par la doctrine, la question de leur autonomie est souvent reconsidérée du fait de leur proximité avec le mode de formation des règles coutumières¹¹²⁹. À la vérité, l'épicentre des controverses se situe davantage au niveau de la distinction entre les principes généraux *de* droit et les principes généraux *du* droit.

226. Les principes généraux *de* droit sont traditionnellement considérés comme des sources directes du droit international¹¹³⁰ issues de l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice¹¹³¹. Par opposition, les principes généraux *du* droit sont entendus comme les « *règles générales déduites de l'esprit des coutumiers et des conventions en vigueur* »¹¹³². Contrairement aux premiers, qui doivent être reconnus par le droit positif émanant des États et transposés dans l'ordre juridique international, les seconds sont dégagés par le juge¹¹³³ pour marquer l'autonomie du droit international par rapport à la société internationale¹¹³⁴. Partant, l'utilisation prétorienne des principes généraux *du* droit vise à supplanter les sources formelles en devenant des sources matérielles du droit international¹¹³⁵. Sous ce prisme, et sans nier l'existence de cette problématique ni de son impact sur la hiérarchisation des sources en droit international¹¹³⁶, il est possible d'admettre que les principes généraux du droit puissent être des sources non-écrites du droit international¹¹³⁷.

¹¹²⁸ D. CARREAU, *Droit international, op. cit.*, p. 273.

¹¹²⁹ Voy. sur cette critique G. SCALLE, *Manuel de droit international public*, Domat-Monchrestien, Paris, 1948 ; G. PROTIÈRE, Les principes généraux dans la jurisprudence internationale : éléments d'une différenciation fonctionnelle, *RDJ*, 2008, p. 259, P. DAILLIÈRE, M. FORTEAU, N. QUOC DINH et A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, Paris, coll. « Traités », 8^{ème} éd., p. 380-386.

¹¹³⁰ P. DAILLIÈRE, M. FORTEAU, N. QUOC DINH et A. PELLET, *Droit international public, op. cit.*, p. 381.

¹¹³¹ En vertu de l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice inclus à la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 : « *la Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique [...] les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées [...]* ».

¹¹³² P. DAILLIÈRE, M. FORTEAU, N. QUOC DINH et A. PELLET, *Droit international public, op. cit.*, p. 378.

¹¹³³ P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Dalloz, Paris, coll. « Précis », 13^{ème} éd., p. 374.

¹¹³⁴ Dans la fameuse « Affaire du Lotus », la Cour permanente de justice internationale énonce que si « *le sens des mots "principes du droit international" ne peut, selon leur usage général, signifier autre chose que le droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale [...]. Il n'est pas impossible –sauf en vertu d'un texte précis –, d'interpréter le terme "principes du droit international" autrement que comme signifiant les principes en vigueur entre toutes les nations indépendantes* », CPJI, 7 septembre 1927, *Affaire du Lotus*, série A, n° 10, Rec. p. 16-17.

¹¹³⁵ P.-M. DUPUY, *Droit international public, op. cit.*, p. 378 ; voy. également M. VIRALLY, « Le rôle des "principes" dans le développement du droit international », *op. cit.*, p. 533 ; G. PROTIÈRE, Les principes généraux dans la jurisprudence internationale : éléments d'une différenciation fonctionnelle, *op. cit.*, p. 259.

¹¹³⁶ Du fait de leur proximité avec l'élaboration des règles coutumières ainsi que de leur caractère subsidiaire et transitoires, les principes généraux du droit pourraient ne pas être reconnus comme une source matérielle à part entière. Pour de brefs résumés de ces controverses doctrinales, nous renvoyons à D. CARREAU, *Droit international public, op. cit.*, p. 273. Sur les divergences entre les différentes écoles, voy. spécifiquement P. VELLAS, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 1967, p. 186-187.

¹¹³⁷ A. VERDROSS, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale, *RCADI*, 1935-II, vol. 52., p. 195-251 ; lire aussi L. LE FUR, « La coutume et les principes généraux de droit comme sources du droit

227. Les principes généraux du droit sont destinés à s'imposer à l'ensemble des acteurs d'un système¹¹³⁸, à l'image du principe de sécurité juridique. À titre d'exemple, la Cour a réaffirmé récemment qu'elle doit « *s'assurer que le droit interne se conforme lui-même à la Convention, y compris aux principes généraux énoncés ou impliqués par elle, notamment le principe général de la sécurité juridique* »¹¹³⁹. Les requérants sont également soumis au respect de leur propre sécurité juridique dont la responsabilisation se manifeste par la consolidation du standard du « *requérant éclairé* »¹¹⁴⁰, au même titre que le juge strasbourgeois pour la régulation de sa jurisprudence¹¹⁴¹. Cependant, cette dimension contraignante se réalise à des degrés d'intensité et de normativité variables ne donnant pas lieu à une violation systématique en cas de non-respect. Précédemment, il a pu être démontré que l'invocabilité du principe par les requérants ou les États parties n'entraînent pas sa reprise automatique dans la motivation de la Cour, et que les constats de violation ne s'effectuent pas nécessairement sur le seul fondement de la sécurité juridique¹¹⁴². En droit de l'Union européenne, cette absence de sanction systématique en cas de méconnaissance de la sécurité juridique est compatible avec sa qualification de principe général du droit¹¹⁴³, alors qu'en droit privé elle est au contraire estimée incompatible¹¹⁴⁴. Pour ce qui est du droit de la Convention, cette absence est révélatrice d'incertitudes quant à sa compatibilité effective avec les principes généraux du droit. Par ailleurs, la variabilité normative du principe de sécurité juridique l'empêche d'accéder aux rangs des sources de droit, critère distinctif par excellence des principes généraux du droit. Sans entrer dans les détails des crises actuelles traversées par cette notion¹¹⁴⁵, on peut cependant

international public », *Recueil d'études sur les sources de droit en l'honneur de François Gény*, réédition Librairie Duchemin, Paris, 1977, tome III, p. 362. Le Professeur Henri ASCENSIO adopte une position de compromis en affirmant que « *la concrétisation des principes repose sur un mélange inextricable de l'approche formelle (hétéro-intégration de règles de droit interne positif externes) et de l'approche matérielle (imprégnation du système juridique par des valeurs)* », in H. ASCENSIO, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, pt. 24.

¹¹³⁸ B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit », *op. cit.*, pt. 50.

¹¹³⁹ CEDH, 19 janvier 2017, *Ivan Todorov c. Bulgarie*, req. n° 71545/11, §33.

¹¹⁴⁰ *Infra*, n° 563.

¹¹⁴¹ C'est cette absence de systématisation entre l'invocabilité du principe et sa sanction effective qui a justifié son exclusion d'ailleurs des droits fondamentaux, voy. *supra*, n° 182.

¹¹⁴² *Supra*, n° 191.

¹¹⁴³ Concernant le principe de la sécurité juridique, l'auteur constate en effet, qu'en dépit de l'essor considérable de ce dernier, l'absence d'annulation systématique des actes de l'Union européenne, couplée à une interprétation parfois contradictoire du principe, ternissait son effectivité réelle et *in fine* « *le triomphe* » des principes généraux du droit, R-E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation*, *op. cit.*, p. 288-290.

¹¹⁴⁴ Selon le Professeur Antoine CRISTEAU, « *conférer à la sécurité juridique la valeur d'un principe général du droit serait source d'insécurité juridique [...]. Une telle prérogative semble difficilement admissible au regard de la définition incertaine de la sécurité juridique* », A. CRISTEAU, L'exigence de sécurité juridique, *op. cit.*, p. 2814.

¹¹⁴⁵ Pour un résumé des différentes problématiques contemporaines liées aux sources du droit, voy. P. DEUMIER et T. REVET, « Sources du droit (Problématique générale) », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, coll. « Quadrige-Dicos Poche », 2003, p. 1431-1434.

retenir qu'une source du droit s'identifie généralement comme « *les forces d'où surgit le droit positif* »¹¹⁴⁶ comprenant « *l'ensemble des règles juridiques applicables à un moment donné* »¹¹⁴⁷. Elle est aussi perçue comme « *mode de production des normes* »¹¹⁴⁸. En dehors de la dichotomie classique entre les sources formelles et matérielles¹¹⁴⁹, le principe de sécurité juridique ne peut s'apparenter à une source de droit. Implicite et non présent dans le texte de la Convention, sa consécration prétorienne ainsi que son rattachement à la prééminence du droit l'en exclut *de facto*. Cependant, c'est sa normativité graduelle qui entrave toute existence en tant principe général du droit. Même si la normativité du principe s'exerce à des degrés différents, l'inconstance de son caractère obligatoire ainsi que l'absence d'une juridicité effective entravent son assertion en tant que source du droit, et consécutivement, comme principe général du droit.

2°) Une classification adéquate en principe général

228. Catégorie hétérogène¹¹⁵⁰, les principes généraux sont des « règles de droit objectif, non de droit naturel ou idéal, exprimées ou non dans les textes mais appliquées par la jurisprudence et dotées d'un caractère suffisant de généralité [...] [et] sont moins rigides et moins précis que les prescriptions de texte formel »¹¹⁵¹. À l'inverse d'un droit public plus familier des principes généraux du droit¹¹⁵², le droit privé est rompu aux incertitudes notionnelles des principes généraux¹¹⁵³, en dépit d'une longue période de marginalisation doctrinale¹¹⁵⁴. La surabondance des écrits qui leur sont consacrés font majoritairement état d'un principe essentiel mais dépourvu de toute existence juridique propre¹¹⁵⁵. Une étude de principe attire en particulier

¹¹⁴⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 824-825.

¹¹⁴⁷ P. JESTAZ, Sources délicieuses, Remarques en cascades sur les sources du droit, *RTD Civ.*, 1993, p. 73.

¹¹⁴⁸ V. LASSERRE-KIESOW, Le renouvellement des sources du droit, *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2279.

¹¹⁴⁹ F. TERRE, *Introduction générale du droit*, Dalloz, Paris, coll. « Précis », 2006, p. 223. Sur la distinction des sources selon les traditions juridiques, lire P. JESTAZ, Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre, *RTD Civ.*, 1996, p. 299.

¹¹⁵⁰ J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 115.

¹¹⁵¹ *Ibid.*, p. 104.

¹¹⁵² Pour preuve, en droit administratif, hormis une étude de référence sur les principes généraux (voy. B. JEANNEAU, *Les principes généraux dans la jurisprudence administrative*, Sirey, Paris, 1954), la plupart des travaux sont consacrés aux principes généraux du droit.

¹¹⁵³ Parmi un panel conséquent nous renvoyons principalement à P. MORVAN, *Le principe en droit privé*, Éd. Panthéon-Assas, coll. « Droit privé », Paris, 1999 ; M. DE BECHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, Aix-Marseille, 1998 ; J. BOULANGER, « Principes généraux et droit positif », in *Le droit privé au milieu du XX^{ème} siècle. Études offertes à Georges RIPERT*, LGDJ, Paris, 1950, n° 5, t.1, p. 56 et suiv.

¹¹⁵⁴ Le Professeur Frédéric ZENATI-CASTAING souligne le paradoxe d'une telle marginalisation doctrinale alors même que les principes généraux sont aux fondements même du droit privé, in F. ZENATI-CASTAING, « Les principes généraux en droit privé », *op. cit.*, p. 258.

¹¹⁵⁵ Voy. M. DE BECHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, *op. cit.*, p. 20-25.

l'attention sur l'écart entre une représentation omniprésente et l'abstraction de leur réalité juridique¹¹⁵⁶. La diversité terminologique entre les principes généraux et les notions connexes n'est pas démonstrative d'une diversité substantielle dans leurs effets. C'est pourquoi cette même étude dissocie les principes généraux des sources formelles du droit¹¹⁵⁷. Dans un second temps, le défaut de généralité, de primauté et d'abstraction – en comparaison aux règles de droit ou aux principes – ne leur confère pas un contenu suffisamment singulier pour aboutir au constat d'une espèce de norme ou de catégorie juridique autonome¹¹⁵⁸. Dans cette perspective, s'ils sont souvent posés comme « les éléments les plus remarquables de la légalité et parés des attributs les plus prestigieux »¹¹⁵⁹, ils se réduiraient à de simples principes fictifs.

229. De prime abord, cette carence catégorielle exclurait logiquement la sécurité juridique des principes généraux en faveur des principes généraux du droit. Toutefois, une étude menée par Madame Katarzyna GRABARCZYK – et qui est consacrée exclusivement aux principes généraux dans la jurisprudence de la Cour – parvient à un constat opposé, et tranche radicalement avec la position suscitée. Dans le cadre d'une approche formelle, cette analyse met en lumière l'utilisation exceptionnelle des principes généraux du droit au profit d'une référencement massive et affirmée des principes généraux¹¹⁶⁰. Si leur consécration s'effectue en raccord plus ou moins avec le texte conventionnel¹¹⁶¹, ce critère doit être relativisé. Il a été soulevé précédemment que les principes généraux du droit sont dotés d'une positivité équivalente par leur rattachement plus ou moins explicite à un texte. Il n'apparaît donc pas être un critère spécifiquement décisif ni distinctif. Il ne parvient qu'à mettre en évidence des « *flottements sémantiques* »¹¹⁶² de leur utilisation. Cette étude parvient alors à prouver, par le concours de critères matériels et substantiels, qu'au-delà de leur apparente synonymie, la catégorie des principes généraux s'impose comme spécifique et autonome dans la jurisprudence de la Cour¹¹⁶³. Si cette position diverge par rapport au droit privé, cette solution s'inscrit dans

¹¹⁵⁶ « *Les principes généraux constituent un instrument privilégié de cette mise en scène entretenue par la forme générale du discours. Cela explique certainement la faveur dont jouit l'invocation des principes, alors même qu'ils ne constituent pas des éléments autonomes du droit positif, qu'ils ne désignent rien de spécifique. [...] C'est ici la représentation abstraite que les juristes se font des principes qui compte.* », *ibid.*, p. 280.

¹¹⁵⁷ « *Ces différentes expressions semblent complètement interchangeables [...] bref rien n'autorise à opérer des distinctions substantielles entre les normes en considération des étiquettes apposées sur elles par leur auteur* », *ibid.*, p. 278.

¹¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 279.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 280.

¹¹⁶⁰ K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 122-136.

¹¹⁶¹ *Ibid.*, p. 480.

¹¹⁶² *Ibid.*, p. 112 et suiv.

¹¹⁶³ *Ibid.*, p. 294-323

la continuité des travaux relatifs aux principes en droit de la Convention¹¹⁶⁴. Au surplus, cette étude relève des divergences substantielles et fonctionnelles entre les principes généraux et les principes généraux du droit. En effet, par opposition à ces derniers qui créent, dégagent ou découvrent des sources non-écrites, les principes généraux tirent leur innovation par le fait qu'ils ne sont pas constitutifs de sources du droit¹¹⁶⁵. En d'autres termes, ils ne sont pas des bases résolutoires des litiges, mais représentent des instruments interprétatifs établissant des directives de lecture et d'interprétation¹¹⁶⁶ adaptées à la spécificité d'un système conventionnel évolutif. De la sorte, « *sans constituer une source autonome, ces principes généraux ont incontestablement permis d'interpréter de manière extensive les dispositions conventionnelles [...] et de déterminer [...] plus précisément et plus concrètement les dispositions conventionnelles* »¹¹⁶⁷. En conséquence, les principes généraux conventionnels sont dissociés des principes généraux du droit étant donné qu'ils ne représentent pas des sources autonomes de droit mais des sources d'inspiration prétorienne adaptées aux particularités du contentieux des droits de l'homme¹¹⁶⁸.

230. Si les principes généraux remplissent des fonctions similaires aux principes généraux du droit, ils constituent néanmoins « *des instruments spécifiques permettant de préserver la liberté des juges européens dans l'interprétation et l'application de la Convention* »¹¹⁶⁹ dans une finalité d'extension et du développement du droit conventionnel et dans lesquels s'inscrit pleinement le principe de sécurité juridique. Il s'applique généralement dans la mise en oeuvre du contrôle de proportionnalité, ce qui permet de renforcer, dans une certaine mesure, l'effectivité des droits¹¹⁷⁰. Souvent, sa participation se fait à titre indirect, car il participe à l'extension d'un droit conventionnel par le biais de ses dérivés¹¹⁷¹. Ainsi, le principe de sécurité

¹¹⁶⁴ « *En l'absence d'un catalogue écrit de droits fondamentaux, la Cour des Communautés est obligée de recourir explicitement aux principes généraux du droit pour en constater l'existence et en définir le contenu. Le système de Strasbourg repose au contraire sur un socle conventionnel. Toutefois c'est pour préciser des textes parfois lapidaires et pour garantir un droit évolutif que l'on a recours, quelques fois sans le dire, aux principes généraux* », G. COHEN-JONATHAN, « Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 186.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 480-481.

¹¹⁶⁶ K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 122.

¹¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 481.

¹¹⁶⁸ « *Si les principes généraux du droit sont aujourd'hui unanimement reconnus comme étant des sources non écrites du droit, les principes généraux dans le système européen de protection des droits de l'homme répondent à un autre objectif. Le recours fait par la Cour européenne révèle leur rôle en tant que technique d'interprétation. On assiste ainsi à l'émergence d'une nouvelle catégorie de principes, propres au système de la Convention [...] et particulièrement adaptés à la spécificité du contentieux européen de protection des droits de l'homme* », *ibid.*, p. 322.

¹¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 484.

¹¹⁷⁰ Nous verrons plus loin dans cette étude que cette corrélation n'est pas toujours systématique, *infra*, n° 542.

¹¹⁷¹ À titre illustratif, la Cour s'appuie sur la notion d'espérance légitime pour élargir la notion de bien aux créances conditionnelles ou hypothétiques et étendre le champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1 au profit d'une

juridique se manifeste davantage comme un outil interprétatif dans le cadre de la protection effective des droits conventionnels¹¹⁷². De surcroît, la catégorie des principes généraux s'adapte parfaitement avec la malléabilité interprétative et la normativité graduelle du principe. Enfin, elle englobe aisément l'aspect aspect interprétatif intrinsèque au principe avec son caractère fondamental et axiologique¹¹⁷³.

231. Rejoignant en conséquence la position de Madame Katarzyna GRABARCZYK¹¹⁷⁴, la sécurité juridique s'apparente davantage à un principe général dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'à un principe général du droit comme en droit administratif ou en droit de l'Union¹¹⁷⁵. Les spécificités propres aux principes généraux de la Convention s'accordent harmonieusement avec la souplesse catégorielle des principes généraux. Le principe de sécurité juridique étant un principe pluri catégoriel, ce choix lui permet de ne pas dénaturer ses multiples fonctionnalités.

2§) Un choix entériné par la singularité d'un principe pluri fonctionnel

232. Simplifiant la multitude de classifications plus ou moins corrélées aux principes généraux¹¹⁷⁶, notre étude retiendra celle du Professeur Jean-Louis BERGEL. Dans sa classification, il différencie dans un premier temps les fonctions fondamentales (A), correspondant aux fonctions essentielles représentées par les principes interprétatifs et les

protection renforcée du droit de propriété. Dans l'arrêt de principe *Kopecný contre Slovaquie*, la sécurité juridique n'est nullement mentionnée dans la motivation de la Cour, CEDH, Gde. Ch., 28 septembre 2004, *Kopecný c. Slovaquie*, req. n°44912/98, Rec. 2004-IX, §45 (*AJDA*, 2005, 541, chron. J-F. FLAUSS ; *RTD Civ.*, 2006, 263, note J-P. MARGUENAUD).

¹¹⁷² K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 370.

¹¹⁷³ « Les "principes généraux" auxquels se réfèrent la Cour sont principalement des directives de lecture et d'interprétation du texte conventionnel au même titre que les " principes fondamentaux" auxquels elle se réfère dans ses arrêts. Ces principes découlent du texte d'ensemble de la Convention et désignent les fondements du système conventionnel », K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 122.

¹¹⁷⁴ Utilisant une grille conceptuelle comprenant des critères multiples (formel, fonctionnel, organique et matériel), Madame Katarzyna GRABARCZYK identifie quatre principes généraux, dont le principe de la sécurité juridique. Le répertoriant dans les principes d'équilibre au même titre que le principe de la proportionnalité, son autonomisation et sa capacité à trancher des litiges lui permettent d'aboutir à cette classification, d'autant plus que « les applications du principe de sécurité juridique dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme tendent vers l'amélioration du droit », mettant ainsi en exergue sa corrélation avec l'objectif, d'effectivité, *ibid.*, p. 254.

¹¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 267-291.

¹¹⁷⁶ Par exemple, la Professeure Sylvie CAUDAL effectue une distinction entre la fonction normative et la fonction de mise en cohérence du droit (S. CAUDAL, « Rapport introductif », *op. cit.*, p. 10-17). Noberto BOBBIO relève une fonction interprétative, intégrative, directive et limitative (N. BOBBIO, « Principi generali di diritto », in N. BOBBIO, *Contibuti ad un dizionario giuridico*, Turin, Giapichelli, 1994, p. 278-279). Le Professeur Denys SIMON effectue une classification entre les fonctions endotropes et exotropes (D. SIMON, « Les principes en droit communautaire », *op. cit.*, p. 300-304). Celle du Professeur Jean-Louis BERGEL nous paraît cependant la plus simple et la plus adaptée pour notre étude.

principes normatifs¹¹⁷⁷, puis, dans un second temps, les fonctions techniques **(B)**, regroupées autour des principes directeurs et des principes correcteurs¹¹⁷⁸. Outre une certaine commodité d'analyse, le choix de cette classification se justifie à la lumière des spécificités du principe conventionnel de sécurité juridique.

A- L'alternance atypique des fonctions fondamentales

233. À la fois normatif et interprétatif, la conciliation de ces catégories fonctionnelles de principe s'avère problématique. En effet, les principes interprétatifs n'ont pas de caractère obligatoire. Ils ne peuvent donc être normatifs. Cependant, le cumul de telles fonctionnalités n'est pas antonymique à partir du moment où elles sont différenciées et utilisées alternativement. Dans la jurisprudence de la Cour, le principe de la sécurité juridique reste donc un principe majoritairement interprétatif (1°) et revêt incidemment le manteau d'un principe normatif (2°).

1°) Un principe essentiellement interprétatif

234. Les principes interprétatifs correspondent « *aux méthodes d'interprétation juridique qui guident le juge dans l'accomplissement de sa mission* »¹¹⁷⁹. Dans le *continuum* de la plupart des écrits consacrés à l'interprétation, le Professeur Mouloud BOUMGHAR souligne que ces principes sont d'« *appellation trompeuse* »¹¹⁸⁰ puisqu'il s'agit généralement de « *directives* » ou d'« *axiomes* »¹¹⁸¹. Outil essentiel dans cet « art de juger », ils sont les représentations d'un juge « décomplexé » à l'égard de son pouvoir interprétatif et créateur¹¹⁸². Malgré la spécificité autoproclamée de son système, c'est par l'accaparement des méthodologies interprétatives du

¹¹⁷⁷ J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 110-112.

¹¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 112-114.

¹¹⁷⁹ R-E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation*, op. cit., p. 80.

¹¹⁸⁰ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 26.

¹¹⁸¹ Voy. en ce sens F. OST et M. VAN DE KERKOVE, « Les colonnes d'Hermès : à propos des directives d'interprétation en droit », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 135-153.

¹¹⁸² Hans KELSEN affirmait que « *si un organe juridique doit appliquer le droit, il fait nécessairement qu'il établisse le sens des normes qu'il a pour mission d'appliquer, il fait nécessairement qu'il interprète ces normes. L'interprétation est donc un processus intellectuel qui accompagne nécessairement le processus d'application du droit* », in *Théorie pure du Droit*, Dalloz, Sirey, 1962, p. 453.

droit international – issues de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités¹¹⁸³ – que les principes interprétatifs gagnent progressivement la sphère conventionnelle, et, deviennent ainsi des « *principes généraux* »¹¹⁸⁴. C'est pourquoi ces derniers ont une fonction naturellement interprétative dans la jurisprudence de la Cour européenne¹¹⁸⁵.

235. S'il ne fait point de doute sur la solidité conceptuelle du couple principe général-principe interprétatif, l'instabilité du principe de la sécurité juridique nécessite une appréciation plus contrastée. Ses difficultés pour s'imposer sans recourir à ses dérivés dans la motivation de la Cour a de quoi nourrir quelques suspicions à l'égard de sa nature interprétative. Hormis le Professeur Michel DE SALVIA, qui lui reprochait une consistance fonctionnelle insuffisante pour siéger aux côtés des principes de proportionnalité et d'effectivité¹¹⁸⁶, ce point de vue fort heureusement assez minoritaire aujourd'hui¹¹⁸⁷.

236. La seconde interrogation, plus épineuse, concerne la compatibilité de son caractère général et interprétatif avec sa qualification partielle en tant que principe fondamental. Les principes interprétatifs permettent de « *finaliser et de concrétiser une norme* »¹¹⁸⁸. Leur caractère suffisamment général et abstrait sert de guide à l'interprétation et l'application du droit par le juge¹¹⁸⁹. Cela étant, les « *principes généraux n'ont pas de caractère obligatoire* », car ils ne sont pas de « *nature à créer des droits et des obligations* »¹¹⁹⁰. De la sorte, les principes interprétatifs ne peuvent être des principes fondamentaux, car la nature de ces derniers est incompatible avec la « *fonction instrumentale de guide interprétatif* »¹¹⁹¹. Or, le principe de sécurité juridique est pourvu de cette force contraignante, ce qui entre en contradiction avec à sa fonction interprétative. En fait, si nous rejoignons l'idée d'une incompatibilité fonctionnelle,

¹¹⁸³ Il s'agit des méthodes littérales, systémiques et finalistes ou téléologiques issues de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités et sur lequel s'appuie la Cour, voy. CEDH, *Loizidou c. Turquie (Exceptions préliminaires)*, 23 mars 1995, req. n° 15318/89, §§72-73 (, 2017).

¹¹⁸⁴ O. JACOT-GUILLARMOD, « *Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* », in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* », Economica, Paris, 1998, 2^{ème} éd., p. 41-63, spéc. p. 41.

¹¹⁸⁵ Voy. dans sa globalité sa thèse sur *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit.

¹¹⁸⁶ M. DE SALVIA, La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, CCC, 2001, n° 11.

¹¹⁸⁷ L'ensemble des études conventionnelles liées aux principes qualifient sans hésitation le principe de sécurité juridique comme un principe interprétatif, O. JACOT-GUILLERMOT, « *Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* », op. cit., p. 52 ; K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, op. cit., p. 248-251 ; M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 240 et suiv.

¹¹⁸⁸ B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 274.

¹¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 280.

¹¹⁹¹ *Ibid.*, p. 281.

nous pensons qu'une utilisation alternée n'est pas forcément incompatible avec cette double qualification. En effet, l'utilisation du principe tend à démontrer une alternance entre sa « force interprétative » et sa « force contraignante ». La Cour privilégie une fonctionnalité par rapport à l'autre en fonction de la finalité interprétative qu'elle souhaite injecter à son principe¹¹⁹², ou encore selon la disposition conventionnelle. Dans la perspective d'une fonctionnalité alternée ces deux aspects ne sont pas des entraves insurmontables à la reconnaissance d'un principe général de sécurité juridique.

2°) Un principe incidemment normatif

237. Aux côtés des principes ontologiques et des principes logiques¹¹⁹³, les principes normatifs expriment des « *normes juridiques édictant un devoir-être* »¹¹⁹⁴. Disposant d'une dimension religieuse ou morale, ils s'insèrent dans un système de normes hiérarchisées qui sont reliées entre elles par un rapport de validité lui permettant de produire des effets de droit tout en complétant les lacunes juridiques¹¹⁹⁵. Ces critères font naturellement écho à ceux des principes généraux du droit¹¹⁹⁶. En revanche, l'écho est plus faible à l'égard des principes généraux conventionnels, dont l'assimilation est loin de faire l'unanimité en raison de la collision de son caractère interprétatif avec la question de la normativité.

238. Dans sa thèse sur la prééminence du droit, le Professeur Xavier SOUVIGNET souligne que les principes normatifs résultent d'une « *élaboration prétorienne* » et constituent des normes agissant sur les normes, ce qui les différencie d'un simple standard ou directive¹¹⁹⁷. Consécutif à l'autonomisation du principe, l'auteur admet volontiers l'appartenance du principe de sécurité juridique à cette classe principielle. En dehors de sa genèse prétorienne, il lui reconnaît une réelle aptitude à engendrer de nouveaux principes en s'appuyant sur l'exemple de la consécration du principe la rétroactivité *lex mitior*¹¹⁹⁸. Si ce phénomène n'est pas démonstratif de son aptitude à être une source de droit en raison de l'écran forgé par la

¹¹⁹² Pour plus de détails sur la portée ambivalence du principe dans la jurisprudence de la Cour européenne, *infra*, n° 429 et suiv.

¹¹⁹³ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Paris, 2002, 1^{ère} éd., p. 827.

¹¹⁹⁴ P. MORVAN, « Principes », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, coll. « Quadrige-Dicos Poche », 2003, p. 1201-1205, spéc. p. 1202.

¹¹⁹⁵ S. CAUDAL, « Rapport introductif », *op. cit.*, p. 10.

¹¹⁹⁶ R-E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation*, *op. cit.*, p. 8 ; D. SIMON, « Les principes en droit communautaire », *op. cit.*, p. 300-304.

¹¹⁹⁷ X. SOUVIGNET, *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 25-26.

¹¹⁹⁸ CEDH, Gde. Ch., 17 septembre 2009, *Scoppola c. Italie (n° 2)*, req. n° 10249/03 (RTDH, 84/2010, note S. VAN DROOGHENBROECK ; *JCP G*, 2010, doctr. 70, chron. F. SUDRE).

prééminence du droit¹¹⁹⁹, elle traduit toutefois l'existence d'un véritable principe normatif. *A contrario*, d'autres auteurs estiment que les principes généraux ne peuvent être retenus comme des principes normatifs. Exempts de toute valeur normative, ils leur préfèrent la qualification de directive ou de méthode interprétative¹²⁰⁰ en faveur de l'extension de la protection des droits, qui concorde finalement avec la terminologie classique de la doctrine conventionnaliste¹²⁰¹. Cette exclusion doctrinale suscite nombre de difficultés, car cela revient à occulter la capacité incontestable et manifeste du principe la sécurité juridique à distiller des effets normatifs dans la jurisprudence conventionnelle. En vérité, ces deux éléments ne sont pas incompatibles mais complémentaires. La variabilité normative du principe de la sécurité juridique est une conséquence des variations interprétatives du juge de la Convention. Le principe de sécurité juridique, en tant que principe général, est une directive interprétative guidant les États parties dans la réalisation de leurs obligations conventionnelles, et produisant des effets normatifs en ce sens.

239. À l'image du principe de subsidiarité¹²⁰², la sécurité juridique affiche un visage de Janus. S'il sert principalement de guide interprétatif au juge strasbourgeois, sa normativité graduelle a démontré qu'il dispose parallèlement d'une force suffisamment contraignante pour imposer des obligations conventionnelles¹²⁰³. Le principe sécurité juridique a donc acquis une solidité suffisante pour se métamorphoser en principe normatif.

B- L'alternance complémentaire des fonctionnalités techniques

240. Gages d'effectivité, la doctrine admet que les principes généraux sont des principes d'équilibre, exerçant simultanément le rôle de principe « directeur » et de principe

¹¹⁹⁹ « La sécurité juridique, combinée à la prééminence du droit, est à l'origine d'un nouveau principe découvert par la Cour européenne : le principe de la rétroactivité de la *lex mitior* [...]. Si la sécurité juridique n'est pas mentionnée *expressis verbis*, elle agit bien de concert avec la prééminence du droit [...]. Cette nouvelle création prétorienne témoigne en tout cas de la portée normative de ces principes », in X. SOUVIGNET, *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 208-209.

¹²⁰⁰ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 26.

¹²⁰¹ J-P. COSTA, « La Cour européenne des droits de l'homme et les principes », *op. cit.*, p. 374.

¹²⁰² Évoquant « la dichotomie du principe » de subsidiarité, Madame Laurèn AUDOUY reconnaît l'ambiguïté d'un principe qui « dans sa dimension procédurale se dessine comme un principe juridique produisant des effets normatifs contraignants [...] » et « envisagé dans sa dimension substantielle est un principe interprétatif qui [...] n'énonce pas d'obligation juridique et prescriptive ». Si l'auteur opère un choix stratégique en qualifiant la subsidiarité de principe fondamental, elle reconnaît qu'il présente des similitudes avec les « caractéristiques intrinsèques aux principes généraux [...] entendus au sens de la jurisprudence européenne », in L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité, au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 123-127.

¹²⁰³ Notamment l'obligation de légiférer, voir *infra*, n° 252 et suiv.

correcteur¹²⁰⁴. Cette bivalence fonctionnelle est également topique de la sécurité juridique. Comme le soulève l'ancien vice-président Jean-Marc SAUVE, « *la sécurité juridique est, pour le juriste, à la fois un principe directeur et régulateur* »¹²⁰⁵. La combinaison de ces versants est symptomatique de la dichotomie entre la dimension objective (1^o) et la dimension subjective (2^o).

1^o) Un principe directeur dans sa dimension objective

241. « *Poutres maîtresses de l'édifice juridique* »¹²⁰⁶, les principes directeurs regroupent l'ensemble des normes fondamentales d'un système juridique ou d'une discipline juridique, à l'image des principes directeurs du procès¹²⁰⁷. Expressions des mutations contemporaines, ces principes généraux devenus « directeurs » sont dotés d'un double aspect interprétatif et normatif. Qualifiée d'« *extra-juridique* » par la Professeure Mireille DELMAS-MARTY, leur normativité puise sa source dans l'intronisation de valeurs exogènes dans l'ordre juridique¹²⁰⁸. Principes de convergences et d'harmonisation entre les systèmes de droit, il serait plus juste d'évoquer désormais des « *poutres maîtresses des édifices juridiques* ». Le droit de la Convention accorde une place prépondérante à ces principes. Ils sont au cœur de « *l'interprétation et l'application de la Convention et sont d'origine toute à la fois conventionnelle et jurisprudentielle* »¹²⁰⁹. Représentés par les principes jurisprudentiels d'effectivité et de subsidiarité¹²¹⁰, le principe de la sécurité juridique est exclu de la typologie des principes directeurs. Analysé uniquement sous son prisme objectif, celui-ci est relégué à l'appréciation de l'exigence de la légalité dans la mise en œuvre restrictive du principe de proportionnalité et parfois comme sous-composante restrictive du principe de la subsidiarité¹²¹¹. Entendu donc comme un principe d'équilibre et « *modérateurs* »¹²¹² des droits conventionnels, le principe de la sécurité juridique n'apparaît pas identifié comme un principe directeur. Cela paraît quelque peu étrange dans le sens où il dispose d'un caractère fondamental

¹²⁰⁴ J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 113.

¹²⁰⁵ J-M. SAUVE, « Allocution d'ouverture », op. cit., p. 7.

¹²⁰⁶ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 242.

¹²⁰⁷ Voy. parmi d'autres L. WEILLER, *Principes directeurs du procès*, *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2015.

¹²⁰⁸ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Éd. du Seuil, Paris, 1994, p. 131.

¹²⁰⁹ F. SUDRE avec la collaboration de MILANO (L.), SURREL (H.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, coll. « Droits fondamentaux », 2019, 14^{ème} éd., p. 179.

¹²¹⁰ *Ibid.*, p. 192 et suiv.

¹²¹¹ *Ibid.*, p. 206-209.

¹²¹² F. TULKENS, Discours prononcé à l'occasion de la visite du Conseil constitutionnel, 13 février 2009, [disponible en ligne : https://echr.coe.int/Documents/Speech_20090213_OV_Tulkens_Paris_FRA.pdf].

et axiologique, d'autant plus que la plupart des écrits lui reconnaissent un rôle clé dans l'interprétation de la Cour européenne, notamment pour asseoir la fiabilité et stabilité de son mécanisme.

242. Si l'on se place sous le volet objectif du principe, aucun obstacle conceptuel ne s'oppose à son insertion aux côtés des principes directeurs. Ces derniers tendent effectivement à exprimer des « *principes d'inspiration* »¹²¹³, qui viennent structurer d'un ordre juridique sans lesquels il ne pourrait exister ni fonctionner¹²¹⁴. Ils alimentent ainsi une contiguïté évidente avec la catégorie des principes fondamentaux¹²¹⁵. En outre, le principe de sécurité juridique s'intègre volontiers dans les deux éléments de définition originels et substantiels suscités. Enfin, les principes directeurs constituent des « *normes fondamentales de définition des normes [...] dont les composantes forment un sous-système normatif [...] qui déploie ses effets dans le droit de chaque État partie* »¹²¹⁶. Or, il a été démontré dans les développements précédents que le principe de la sécurité juridique est bien une norme qui se décline en multitude de degrés normatifs dans un rapport de dérivation à la fois horizontal et vertical¹²¹⁷. Il donne également naissance à une multitude de dérivés qui vont procéder à sa concrétisation. Désigné parfois comme un principe « *transversal* »¹²¹⁸, la sécurité juridique objective demeure donc un principe directeur du droit de la Convention¹²¹⁹.

2°) Un principe correcteur dans sa dimension subjective

243. Indissociable de la fonction directrice, la fonction correctrice des principes généraux est déduite de leur vocation à combler les lacunes du droit positif¹²²⁰. Elle permet de réajuster les solutions juridiques qui pourraient « *s'avérer injustes ou inadaptées* »¹²²¹. Elle s'inscrit

¹²¹³ L. WEILLER, *Principes directeurs du procès*, *op. cit.*

¹²¹⁴ L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 131

¹²¹⁵ C'est d'ailleurs la dimension fondamentale du principe de subsidiarité qui lui permet d'endosser ensuite son rôle de principe directeur, *ibid.*, p. 132.

¹²¹⁶ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, Pedone, *op. cit.*, p. 353.

¹²¹⁷ *Supra*, n° 191.

¹²¹⁸ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, Pedone, *op. cit.*, p. 335-357.

¹²¹⁹ « *De cette manière, le principe de sécurité juridique se présente comme un véritable principe directeur, commun, qui encadre l'activité des ordres juridiques nationaux et européens* », in C. SALVIEJO, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, thèse dactyl. Université de Montpellier I, 2003, p. 145.

¹²²⁰ « *Par leur généralité, mais aussi par leur positivité, les principes généraux permettent de préciser les imprécisions du texte, de faire évoluer la jurisprudence et de combler les lacunes existantes* », K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 397.

¹²²¹ J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 113.

également dans une finalité adaptative des principes généraux aux évolutions du droit, remplissant à la fois un « *rôle directeur, un rôle correcteur et un rôle de régulateur des transformations des institutions juridiques* »¹²²². Dans le cadre de notre étude, cette fonctionnalité est le produit de la consolidation d'une sécurité juridique individuelle¹²²³. En effet, les déclinaisons subjectives telles que la confiance ou l'espérance légitime, pallient l'absence de sécurité juridique objective au profit d'un réajustement favorables aux requérants. Pour exemple, à défaut de base légale suffisante établie par un titre de propriété valide ou licite, l'espérance légitime, en tant que composante de la sécurité juridique, vient rééquilibrer la balance au profit de la sécurité juridique subjective des requérants¹²²⁴. De même, l'instabilité juridique d'un revirement de jurisprudence ou d'un bouleversement de l'ordre juridique interne incite la Cour à replacer le cursus au profit de la confiance des justiciables dans l'appareil de la justice. En subjectivant son appréciation de la sécurité juridique, la Cour offre une nouvelle perspective à son appréciation dans la pondération des intérêts entre les États parties et les requérants. La fonction correctrice vient combler les lacunes de la sécurité juridique objective au profit d'une meilleure protection des droits à l'ensemble du droit de la Convention¹²²⁵ et partant, au profit d'une meilleure effectivité des droits conventionnels.

*

* *

244. Face à un principe aussi multiforme, les catégories classiques peinent à englober l'ensemble de ces exigences, engendrant le sacrifice malheureux d'un aspect en faveur d'un autre. Bien que la qualification de principe fondamental soit pertinente, elle se montre restrictive, tout comme celle des principes généraux du droit. Naturellement atypique, la sécurité juridique se doit d'être dotée d'une catégorisation toute aussi originale. Seule la catégorie des principes généraux – entendus au sens de la jurisprudence de la Cour – épouse sans difficultés son caractère protéiforme et multifonctionnel. Elle légitime par conséquent sa consécration en tant que principe général. Les distorsions conceptuelles du principe permettent

¹²²² M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 243.

¹²²³ *Supra*, n° 153.

¹²²⁴ *Infra*, n° 452 et suiv.

¹²²⁵ Pour plus de précisions, voy. *supra*, n° 431 et suiv.

d'en relever toutes les nuances de son interprétation par la Cour européenne : il est à la fois un principe interprétatif, un principe normatif, un principe correcteur, un principe directeur, et un principe axiologique. C'est pourquoi le principe de sécurité juridique s'exprime aujourd'hui « *comme une norme du droit et comme une exigence rationnelle* »¹²²⁶. Délesté d'une ambiguïté souvent calomniée, le « principe général » de la sécurité juridique se révèle *in fine* polyvalent et suffisamment souple, ancré dans l'effectivité de la protection des droits conventionnels. Par voie de conséquence, les différents « habillages » catégoriels reflètent la multifonctionnalité d'un « principe général de sécurité juridique » qui permet la Cour d'exercer son office, à la fois dans la conception européenne de la sécurité juridique, mais aussi selon la propre conception qu'elle se fait de cette notion.

¹²²⁶ F. BRUNET, *La normativité en droit*, Mare & Martin, Paris, coll. « Droit public », 2012, p. 380.

CONCLUSION DU CHAPITRE

245. Partir à la recherche d'un principe de sécurité juridique n'est visiblement pas l'exploration la plus aisée. Un premier constat négatif s'inscrit dans la critique épidémique de son insaisissabilité conceptuelle¹²²⁷. Son caractère vaporeux fait d'ailleurs régulièrement son procès¹²²⁸. Au sein de la jurisprudence de la Cour, son imprécision est d'autant plus flagrante qu'elle est liée à un manque de rigueur prétorienne dans son utilisation. « Principe fondamental », « principe général », la Cour lui enlève parfois ses attributs principiels, brouillant alors les pistes de son identification. Ainsi, « *si la pensée peut être limpide, les mots pour le dire sont souvent hésitants et incertains* », la polysémie des termes alimente alors l'« *insécurité scientifique* »¹²²⁹. L'analyse des fonctionnalités offre un aperçu complémentaire qui sème également le doute sur la véracité de son affirmation principielle. Pire, elle met en lumière les défaillances conceptuelles inhérentes à sa conceptualisation strasbourgeoise. En effet, sa normativité graduelle trahit une certaine fragilité conceptuelle. De surcroît, son adéquation partielle avec les canons des catégories classiques telles que les règles de droit ou les principes fondamentaux, entache définitivement la légitimité d'une telle appellation. Enfin, ses utilisations contingentes comme élément interprétatif, correctif, ou axiologique noient toute tentative d'identification. Si le « principe de sécurité juridique » est source de perplexité théorique, il en va de même des différentes classifications doctrinales, dont les différents courants de pensée enrichissent et nuisent à la fois à toute appréhension claire desdites classifications.

246. Suivant les préceptes de Paul ROUBIER, « *il faut alors sortir bon gré mal gré des cadres connus et éprouvés et convenir qu'on est en face d'une situation sui generis* »¹²³⁰. Il faut donc accepter les distorsions conceptuelles du principe pour le réévaluer à sa juste valeur. Sous ce nouveau prisme, la sécurité juridique légitime pleinement son baptême originel en tant que principe. En parvenant à extirper petit à petit les spécificités et éléments intrinsèques du principe, il apparaît *in fine* que ces critères, auparavant facteurs d'exclusion de toute nature principielle et en conséquence de toute catégorisation, constituent paradoxalement un facteur

¹²²⁷ B. PACTEAU, La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?, *AJDA*, 1995, n° H.S, p. 151.

¹²²⁸ Un article récent la décrit comme un « *pléonasmisme [...] qui tourne à l'obsession* », in T. SACHS, Quand la sécurité juridique se perd dans l'analyse économique, *Dr. soc.*, 2015, p. 1019.

¹²²⁹ B. BARRAUD, La science et la doctrine juridiques à l'épreuve de la polysémie des concepts, *RIEJ*, 2016, vol. 76, p. 5-47, spéc. p. 5.

¹²³⁰ P. ROUBIER *Théorie général du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz, Paris, 2005, 2^{ème} éd., p. 16-17.

d'inclusion des principes conventionnels. Appartenant à une catégorie *sui generis* au sein de la Convention, la sécurité juridique possède en effet les attributs caractéristiques des principes généraux. Marqués par les mêmes défaillances, ces derniers n'en constituent pas des moins des principes qui conservent toute leur pertinence dans un système aussi évolutif que celui de la Convention européenne des droits de l'homme. En admettant que la sécurité juridique puisse être un principe atypique, il devient alors un principe plurivoque – car multi fonctionnel et pluri catégoriel – qui s'érige en « principe général » du droit de la Convention.

CONCLUSION DU TITRE I

247. Reformulant les propos de Benjamin CONSTANT à l'égard des principes, « *on tant et si cruellement abusé du mot [sécurité juridique] que celui qui réclame pour eux respect et obéissance est traité d'ordinaire de rêveur abstrait, de raisonneur chimérique* »¹²³¹. L'usage abusif de la sécurité juridique au sens de la Convention européenne vient dénaturer et camoufler sa véritable identité. Ses indéterminations tant conceptuelles et sémantiques parasitent sa compréhension et son appréhension au sein du système conventionnel. Son absence de définition, combinée à utilisation prétorienne inconstante, nourrit les réprimandes doctrinales à son encontre. Pourtant, le principe de sécurité juridique a, par nature et par définition, vocation à comprendre une part d'incertitude. Sa version conventionnelle ne fait guère exception. En acceptant que ce dernier puisse souffrir d'incertitudes, le principe « au sens de la Convention » dévoie alors toutes ses potentialités.

248. D'un point de vue sémantique, l'acculturation juridique rend inévitable les carences sémantiques du principe déjà observées dans les droits nationaux ou communautaires. En s'accaparant une conception européanisée de la sécurité juridique, la Cour ne pouvait qu'en absorber les lacunes définitionnelles. Cependant, si le principe se révèle pluri sémantique, il n'en est pas pour autant dépourvu de clarté quant à son contenu sémantique. Combinant à la fois la dimension objective, entendue comme la stabilité, la clarté et la prévisibilité du droit, mais aussi une dimension subjective, axée sur l'individu et symbolisée par les principes d'espérance et de confiance légitime, la Cour façonne une sécurité à son image, c'est-à-dire une sécurité polysémique, cosmopolite et autonome. Rendant difficile tout effort de systématisation, la pluralité des sens de la sécurité juridique met en lumière ses spécificités et la propulsent au rang des principes « au sens de ». Certes, son caractère sibyllin entrave sa qualification conceptuelle. De nombreuses zones d'ombres qui n'ont pu être totalement éludées par notre étude. Cependant, il appert en définitive que ces critères, auparavant facteurs d'exclusion de toute nature principielle et de toute catégorisation, constituent paradoxalement un facteur d'inclusion à la catégorie des principes. Appartenant à une catégorie *sui generis* au sein de la Convention, sa souplesse lui permet de revêtir le sens nécessaire pour permettre au juge résoudre le litige. Pour conclure, la sécurité juridique au « sens de » de la Convention est,

¹²³¹ B. CONSTANT, *Des réactions politiques*, BNF Hachette, Paris, 1796, Chap. VIII, 1796, emprunté à E. DUBOUT, *Principes, droits et devoirs dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, À propos de l'arrêt *Association de médiation sociale* (CJUE, 15 janvier 2014, aff. C-176/12), *RTDE*, 2014, p. 409-432, spéc. p. 409.

fondamentalement et inéluctablement, un principe pluriel, dont la multifonctionnalité se montre particulièrement adaptée au contentieux strasbourgeois des droits de l'homme.

TITRE II : UNE PLURALITE FONCTIONNELLE REVELATRICE DU PRINCIPE « DES » SECURITES JURIDIQUES

249. Dans la continuité des développements précédents, l'arborescence du principe se fait également fonctionnelle et se recoupe autour de deux dimensions. Pris dans sa dimension objective, le principe de sécurité juridique garantit la sécurité juridique *par* le droit de la Convention « *en éludant l'absence de danger ou de menace* »¹²³² juridiques. À cette fin, il œuvre à l'encadrement matériel et temporel du droit de la Convention. Sur le plan matériel, il concourt à standardiser les exigences nationales relatives à la légalité européenne par le concours de ses déclinaisons objectives¹²³³. Cet objectif est d'autant plus difficile que la Cour doit faire face aux problèmes récurrents d'inflation législative et de malfaçon normative. Procédant à une harmonisation sophistiquée et tripartite de la légalité (formelle, matérielle et procédurale), le principe de sécurité juridique lui permet de sécuriser le droit de la Convention en encadrant la fabrication des normes nationales pour qu'elles soient conformes à ses exigences. Sur le plan temporel, le principe – toujours accompagné de ses déclinaisons – délimite dans le temps des actions juridiques. Ce bornage s'exerce sur deux niveaux. Au niveau supranational, il sert de principe finaliste légitimant la clôture des actions juridiques qui se présentent devant le prétoire strasbourgeois. Il borne alors sa compétence *ratione temporis* ainsi que les modalités de computation du délai de six mois. Au niveau national, il est un principe de mesure de la conventionnalité des mécanismes de clôture de l'action juridique (prescription et réouverture) au regard du principe de l'autorité de chose jugée. Divergentes dans leur mise en œuvre, ces fonctionnalités objectives poursuivent la même finalité de sécurisation objective du droit de la Convention. Cette sécurisation est d'autant plus délicate qu'elle repose sur la recherche constante d'un compromis idéal entre le respect de la marge nationale d'appréciation des États parties au nom du principe de sécurité juridique, et le maintien de la garantie collective au nom de la protection effective des droits et libertés conventionnels (**Chapitre 1**).

250. Pris dans sa dimension subjective, le principe de sécurité juridique a vocation à maintenir la sécurité *dans* le droit de la Convention. Cherchant à « *apaiser* » et à « *mettre à l'abri* »¹²³⁴ les individus et les États parties contre les dangers liés à l'inapplication et l'ineffectivité de son droit, son utilisation vise à rétablir leurs besoins respectifs de certitude et de confiance juridiques. Le principe se meut alors en un principe de pondération et de

¹²³² J-M. PONTIER, De la sécurité, *AJDA*, 2006, n° 19, p. 1009.

¹²³³ Notamment les standards de prévisibilité et d'accessibilité.

¹²³⁴ J-M. PONTIER, De la sécurité, *op. cit.*, p. 1009.

légitimation. Dans la première hypothèse, son usage donne lieu à une subjectivisation du contentieux afin de répondre aux aspirations individuelles et étatiques de sécurité juridique. Accompagné cette fois-ci de ses dérivés subjectifs¹²³⁵, l'objectif du principe de sécurité juridique sera alors de maintenir la confiance du public dans la justice conventionnelle et le respect de leur sécurité juridique procédurale en rectifiant les incertitudes générées par les pouvoirs publics nationaux sur la protection de leurs droits conventionnels. Plus atypique, la subjectivisation sert également à la protection des intérêts des États parties. Invoqué originellement par comme un but d'intérêt général justifiant l'ingérence litigieuse et comme justification de leur bonne conduite législative, les États détournent progressivement « *l'argument sécurité juridique* »¹²³⁶ à leur profit. Doté d'une coloration revendicative, cet argument cherche à sensibiliser la Cour sur le respect de leur propre sécurité juridique, en particulier lorsque sa jurisprudence se fait incertaine ou trop extensive à l'égard de leurs obligations conventionnelles. Cherchant à protéger la confiance *inter partes*, le principe de sécurité juridique va alors devenir un principe de protection de la confiance erga omnes au profit de l'intérêt général de la Convention. Dans la seconde hypothèse, la subjectivisation profite donc à la sécurité juridique du mécanisme conventionnel en rétablissant la confiance des sujets de droit dans sa fiabilité. Le principe renforce la force persuasive de sa jurisprudence à des fins de légitimation de son office, en tenant de concilier une multitude de sécurités juridiques (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Les fonctions objectives

Chapitre 2 : Les fonctions subjectives

¹²³⁵ Notamment la confiance légitime et l'espérance légitime.

¹²³⁶ L. FRANÇOIS, « La fiabilité du droit, dite sécurité juridique », in *La Sécurité juridique*, Actes du colloque organisé par la conférence du jeune barreau de Liège, 14 mai 1993, éd. du jeune barreau de Liège, 1993, p. 8-20, spéc. p. 17.

CHAPITRE 1 : LES FONCTIONS OBJECTIVES

« Le droit est la sécurité de l'homme, par l'artifice d'une permanence établie contre l'imprévisible, et d'un ordre établi au milieu du désordre »¹²³⁷

251. Label d'un « *bon droit* »¹²³⁸, la consécration du principe de sécurité juridique est gage de sécurisation objective¹²³⁹. Sécurité par le droit, sécurité dans le droit ou à travers le droit, il est également la raison d'être des règles juridiques et de la philosophie des droits de l'homme. Il conditionne l'exercice de la liberté et de la paix humaines par la stabilité temporelle et par la prévisibilité des règles de droit¹²⁴⁰. Pour parvenir à cet objectif, le principe recoupe des exigences matérielles et temporelles œuvrant à une sécurisation globale du système conventionnel¹²⁴¹.

252. Puisque « *la loi a pour première fonction de procurer la sécurité à l'homme* »¹²⁴², la première fonctionnalité objective du principe est naturellement d'assurer la stabilité légale¹²⁴³. Cette fonctionnalité se trouve d'ailleurs au cœur des débats originels portant sur l'élaboration du texte de la Convention européenne. Comme l'explique Pierre-Henri TEITGEN, la codification du droit de la Convention s'inscrit dans une finalité de sécurisation objective¹²⁴⁴. La difficulté de cette codification résidait dans la détermination du « juste équilibre » entre le

¹²³⁷ J. ELLUL, Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception, *APD*, 1965, p. 191.

¹²³⁸ « *La sécurité juridique est une des qualités d'un droit donné, comme la sécurité d'un produit est une des qualités prises en compte par le consommateur* », in J-C. HUGLO, La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique, *CCC*, 2001, n° 10.

¹²³⁹ A-L. VALEMBLOIS, La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, *CCC*, 2005, n° 7.

¹²⁴⁰ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne. Prendre l'idée simple au sérieux*, FUSL, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 661. Le Professeur Jean-Louis BERGEL écrivait également que « *le droit est avant tout un instrument de sécurité et par là de liberté* », J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, coll. « Méthodes du droit », 2012, 5^{ème} éd., p. 125.

¹²⁴¹ Par norme conventionnelle, nous entendons toute norme issue du texte de la Convention, interprétée par la Cour européenne et réceptionnée par les ordres juridiques nationaux dans la législation ou dans les interprétations jurisprudentielles.

¹²⁴² J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Defrénois, Paris, 1995, 2^{ème} éd., p. 323.

¹²⁴³ A. CRISTEAU, L'exigence de sécurité juridique, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 2814.

¹²⁴⁴ La codification fut le premier mécanisme de sécurisation objective, avant d'être considérée comme un mécanisme d'insécurité juridique, N. MOLFESSIS, Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique, *RTD Civ.*, 2000, p. 186.

respect de la souveraineté des États parties à la Convention et la sauvegarde de la garantie collective des droits fondamentaux¹²⁴⁵. Le compromis fut alors cristallisé par la clause d'ordre public¹²⁴⁶ sur laquelle repose la légalité conventionnelle. « *Première condition de la conventionnalité des mesures étatiques* »¹²⁴⁷, cette clause légitime les atteintes aux droits conditionnels, inscrits dans la Convention, par des ingérences étatiques venant déroger ou restreindre leur portée, à condition que celles-ci soient « prévues par la loi », poursuivent un but légitime et soient nécessaires dans une société démocratique¹²⁴⁸. Cela étant, le contrôle de la légalité s'exerce à deux niveaux : premièrement au niveau national, puis ensuite au niveau européen, conformément au principe de subsidiarité¹²⁴⁹. En conséquence, « *le contrôle de la Cour ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention* »¹²⁵⁰. Or, ce contrôle de conformité passe par un double contrôle de la base légale portant à la fois sur son existence et sur sa qualité au regard des exigences de sa jurisprudence¹²⁵¹. C'est précisément sur ce point que le principe de sécurité juridique va encadrer matériellement le droit de la Convention. La recherche de stabilisation passe d'abord par l'harmonisation et la standardisation des critères de la légalité conventionnelle. La Cour encadre l'élaboration du cadre législatif de manière à ce que les « lois »¹²⁵² qui permettront les ingérences soient soumises à un seuil minimal de sécurisation objective au niveau national. Ainsi devront-elles satisfaire à des exigences matérielles de clarté, de précision d'intelligibilité, de prévisibilité, d'accessibilité et de cohérence. Progressivement, la standardisation s'aventure à d'autres domaines et à d'autres droits. Au-delà des dispositions conditionnelles, l'exigence de légalité à l'ensemble des articles de la Convention tels que les articles 2 et 3¹²⁵³. Elle s'immisce dans le contrôle de

¹²⁴⁵ Si la Convention dresse la « *liste des libertés garanties et leur définition générale* », elle laisse également « *chaque pays, par sa législation, [déterminer] les conditions selon lesquelles ces libertés garanties seront exercés* », P-H. TEITGEN, *Aux sources de la Cour et de la Convention européenne des droits de l'homme*, Éd. Confluences, Paris, 2000, coll. « Voix de la cité », p. 25.

¹²⁴⁶ F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2015, coll. « Que sais-je ? », p. 29.

¹²⁴⁷ E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 26.

¹²⁴⁸ F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 207 et suiv.

¹²⁴⁹ CEDH, Plén., 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, dite « *Affaire linguistique Belge* », req. n° 1474/62, série A. 6, §10 (GACEDH, 2019, n° 9).

¹²⁵⁰ *Ibidem*.

¹²⁵¹ CEDH, Ch., 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, req. n° 11801/85, série A. 176-A, §27 (GACEDH, 2019, n° 5).

¹²⁵² Nous précisons que le terme de « loi » renvoie à l'interprétation autonome de la notion par la Cour européenne, tandis que le terme de loi (ans guillemets) renvoie à son acception commune.

¹²⁵³ Comme le précise le Professeur Frédéric SUDRE, « *ces droits individuels, relatifs à l'intégrité physique et morale de la personne humaine et à la liberté, forment le standard minimum du droit européen des droits de l'homme, le noyau dur des droits de l'homme* », in F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 30. Pour rappel, ces derniers sont au nombre de cinq : droit à la vie (art. 2 et Protocole n° 6 et 13), droit à ne pas être torturé et à ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants (art. 3) ; droit à ne pas être placé en esclavage et en servitude et à ne pas être astreint à un travail forcé (art. 4) ; droit à la non-rétroactivité de la loi pénale (art. 7), et principe de *non bis in idem* (art. 4, Protocole n° 7).

proportionnalité pour s’implanter dans les obligations procédurales et dans la troisième étape du contrôle de proportionnalité. Dans la lignée de la technique de la procéduralisation¹²⁵⁴, la Cour donne des indications de plus en plus précises sur le contenu des obligations étatiques, et construit *in fine* une standardisation procédurale de la légalité conventionnelle. Une véritable « obligation de légiférer »¹²⁵⁵ à la charge de l’État émerge alors afin d’augmenter la qualité globale de la norme conventionnelle¹²⁵⁶ et, par conséquent, la sécurisation du droit de la Convention (**Section I**).

253. La recherche de stabilisation passe également par la sécurisation temporelle. Comme le relève une étude, « la sécurité juridique [...] s’oppose à ce que des situations juridiques puissent être remises en cause sans limites de temps »¹²⁵⁷. À l’instar du volet matériel, cette sécurité juridique objective s’exerce à la fois à l’échelon européen et à l’échelon national. Au niveau européen, le principe de sécurité juridique s’érige comme une finalité inhérente à la délimitation de la compétence *ratione temporis* de la Cour européenne¹²⁵⁸. Au niveau national, le principe sert d’instrument de mesure prétorien servant à évaluer la conventionnalité des mécanismes procéduraux de clôture de l’action juridique (prescription, autorité de chose jugée). Cet encadrement vise explicitement à vérifier que ces derniers ne contreviennent pas aux objectifs d’effectivité et de protection des droits fondamentaux, et, implicitement, à les harmoniser, toujours dans la perspective d’une plus grande sécurisation et d’une plus grande effectivité du droit de la Convention (**Section II**).

¹²⁵⁴ N. LE BONNIEC, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l’homme. Réflexion sur le contrôle juridictionnel du respect des droits garantis par la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l’homme », 2017.

¹²⁵⁵ J.-M. GARRIGOU-LAGRANGE, « L’obligation de légiférer », in *Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe ARDANT*, LGDJ, Paris, 1999, p. 305-321.

¹²⁵⁶ Nous précisons que l’analyse de la norme conventionnelle se bornera dans ce chapitre à son élaboration en droit interne. Si la question de la prévisibilité jurisprudentielle de la Cour est adjacente à la bonne fabrication de la norme conventionnelle, son impact sur les objectifs de sécurité juridique et l’effectivité des droits fondamentaux nécessite d’en faire une étude plus approfondie dans la suite de notre étude, voy. *infra*, n° 545.

¹²⁵⁷ F. POULET, Sécurité juridique et fermeture du prétoire, *AJDA*, 2019, p. 1088.

¹²⁵⁸ En vertu de l’article 35§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales : « La Cour ne peut être saisie qu’après l’épuisement des voies de recours internes, tel qu’il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive ».

SECTION I : L'ENCADREMENT DE LA LEGALITE EUROPEENNE

254. Les juristes ont toujours été épris des lois, nourrissant à leur rencontre un « *amour véritable* »¹²⁵⁹ et inconditionnel. Rien ne laissait présager que cette même loi laisserait place à un destin si funeste, devenant la cause principale d'un droit malade et chaotique¹²⁶⁰. Désormais déchue, elle est au cœur des réquisitoires les plus pessimistes. Alimentant le tragique « *crépuscule des idoles* »¹²⁶¹, sa dévaluation contemporaine la gratifie des attributs les moins flatteur. L'ensemble de la doctrine la fustige régulièrement sur sa déliquescence ou sa frénésie¹²⁶². Les « maux » ne manquent pas pour décrire cette « *crise de la loi* »¹²⁶³ qui prospère à l'ensemble des droits nationaux depuis ces dernières décennies¹²⁶⁴. L'identification de leurs causes est tout autant source de perplexité que les lois elles-mêmes¹²⁶⁵. Face à la production normative galopante, à la politisation du processus législatif et à la libéralisation des secteurs, c'est pourtant l'internationalisation du droit qui emporte la première place des causes de complexification du droit et de dégradation des normes¹²⁶⁶. Pourtant, il y a du paradoxe à se plaindre de cette menace venue d'ailleurs¹²⁶⁷. La Cour de Strasbourg bouscule « *le piédestal de*

¹²⁵⁹ « Cette loi, je l'appelle la "loi parfaite", et je soutiens que, de tous temps, elle fait l'objet d'un amour véritable [...] comme si, de génération en génération, les juristes se transmettaient ce feu sacré », in F. OST, « L'amour de la loi parfaite », in J. BOULAD-AYOUB, B. MALVEVIK et P. ROBERT (dir), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, L'Harmattan, Paris, 1996, p. 53 et suiv.

¹²⁶⁰ M. MARTEAU-LAMARCHE (dir.), *Le désordre normatif et la qualité de la norme*, Actes du colloque du 20 mars, Mission de recherche Droit et Justice, Paris, 2014.

¹²⁶¹ E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Organisation internationale et relations internationales », 1996, n° 38, p. 34.

¹²⁶² Voy. parmi une lecture abondante : A. FLÜCKIGER, *Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal*, CCC, 2007, n° 21 ; G. RIPERT, *Le déclin du droit - Étude sur la législation contemporaine*, LGDJ, Paris, coll. « Reprint », 1949.

¹²⁶³ P. ALBERTINI, *La crise de la loi, déclin ou mutation ?*, LexisNexis, Paris, coll. « Essais », 2015.

¹²⁶⁴ Rapports de l'OCDE, « Mieux légiférer en Europe », concernant 15 pays dont la France, 2008.

¹²⁶⁵ La Professeure Valérie LASSERRE-KIESOW procède à une énumération non exhaustive des causes liés à la mauvaise facture des lois : « *inflation, profusion des lois, fragmentation, périodisation, désunification, déstructuration, inflation, profusion des lois, fragmentation, périodisation, désunification, déstructuration, explosion, déstabilisation du droit, dispersion, prolifération, désintégration du droit, mondialisation, globalisation, "dénationalisation", décentralisation, "jurisprudentialisation" du droit, multiplication des instances de production et de gestation du droit, régulations en tout genre, complexification, amplification, spécialisation, technicisation des normes, dépopularisation, professionnalisation du droit, désinformation des citoyens, décodification des grands Codes* », V. LASSERRE-KIESOW, *La compréhensibilité des lois à l'aube du 21^{ème} siècle*, Dalloz, 2002, chron. 1157, note 14.

¹²⁶⁶ Le constat effectué dans le rapport introductif est sans équivoque : « *nombre de nos lois ne sont ni claires ni stables. La France légifère trop et légifère mal* », Rapport annuel du Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La Documentation française, Paris, 2006, p. 235 ; Rapport annuel du Conseil d'État, *De la sécurité juridique*, La Documentation française, Paris, 1991.

¹²⁶⁷ « *Ainsi, la pression du droit de l'Union est souvent montrée du doigt comme favorisant, par une sorte de phénomène d'osmose, la gangrénisation du droit interne et comme participant de manière significative à l'inflation législative [...] pourtant la peur de la sanction venant de l'Union ne contribue-t-elle pas au contraire, à une remise en ordre du droit français ? Ainsi encore, l'altérité de l'extranéité du droit international est-elle*

la loi »¹²⁶⁸ en promouvant un véritable standard européen de légalité¹²⁶⁹. Sans adopter une attitude aussi innovante que la politique communautaire du « *Mieux légiférer* »¹²⁷⁰, elle encadre la fabrication des lois nationales en développant des règles matérielles qui empruntent pour beaucoup aux mécanismes usuels de légistique.

255. Si ce vocable fait son entrée en 1983 dans la doctrine française en tant que « *discipline qui étudie l'activité de production normative et qui définit les techniques adaptées à la gestion de cette production* »¹²⁷¹, il faudra attendre les écrits du Professeur Jacques CHEVALLIER pour parler d'une véritable « *science de la législation* »¹²⁷². Elle consiste à « *déterminer les meilleures modalités d'élaboration, de rédaction, d'édiction et d'application des normes* »¹²⁷³. Alors même que la culture de la légistique se développe en droit de l'Union européenne¹²⁷⁴, et qu'elle rencontre une renommée progressive en droit constitutionnel français¹²⁷⁵, seule la Cour européenne semble avoir été épargnée. C'est pourtant dans cette démarche qui s'inscrit le contrôle de la base légale et de la qualité de la « loi » au travers d'une double standardisation « matérielle » (1§) et « procédurale » (2§) des lois nationales.

vraiment à l'origine de perturbation de notre droit interne ? », in M. MARTEAU-LAMARCHE, « Propos introductif », in M. MARTEAU-LAMARCHE (dir.), *Le désordre normatif et la qualité de la norme*, Actes du colloque du 20 mars 2013, Mission de recherche Droit et Justice, Paris, 2014, p. 9-15.

¹²⁶⁸ P. DEUMIER, Les qualités de la loi, *RTD Civ.*, 2005, p. 93.

¹²⁶⁹ S. LETURCQ, *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2005, p. 63-73.

¹²⁷⁰ Voy. E. VAN DEN ABEELE, L'agenda « Mieux légiférer » de l'Union européenne, *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2009/23, (n° 20128-20129), p. 5-79.

¹²⁷¹ Sur un article générique sur l'histoire de la légistique, voy. J-P. DUPRAT, « Genèse et développement de la légistique », in R. DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, PUF, Paris, coll. « Cahiers des sciences morales et politiques », 2005, p. 9 et suiv.

¹²⁷² La légistique était alors indifféremment associée à une « *technique* », une « *méthodologie* » ou un « *art* » législatif. Sur cette question voy. particulièrement A-M. LEROYER, « Légistique », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, coll. « Quadrige Dicos-Poche », 2003, p. 922-924. Parmi les articles généraux liés à la légistique, voy. G. BRAIBANT, « Qui fait la loi ? », *Pouvoirs*, 1993, n° 64, p. 43-46 ; D. REMY, *Légistique. L'art de faire des lois*, Romillat, Paris, coll. *Pratique du droit*, 2004, p. 9 ; B. BARRAUD, *La Recherche juridique. Sciences et pensées du droit*, Paris, coll. « Logiques juridiques », 2016, p. 213.

¹²⁷³ J. CHEVALLIER, *Science administrative*, PUF, Paris, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 1995.

¹²⁷⁴ Voy. aussi F. PERALDI-LENEUF, L'élaboration du droit de l'Union européenne au regard des exigences de légistique. Simplification, sophistication et légitimation, *RUE*, 2018, p. 34 et du même auteur *La légistique dans le système de l'Union européenne. Quelle nouvelle approche ?*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Colloques », 2012 ; F. PERALDI-LENEUF (dir.), S. DE LA ROSA (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Pedone, Paris, coll. « Cahiers européens », 2013, n° 5 ; J-C. PIRIS, Union européenne : comment rédiger une législation de qualité dans 20 langues et pour 25 États membres, *RDP*, 2005, n° 2, p. 475.

¹²⁷⁵ P. DE MONTALIVET, « La juridicisation de la légistique - À propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », *Cahiers des sciences morales et politiques*, 2005, n° 23, p. 99 ; V. MARINESE, « Légistique et effectivité », in D. LOCHAK et V. CHAMPEIL-DESPLATS (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Ouest, Paris, coll. « Sciences juridiques et politiques », 2012, p. 89-117.

1§) La standardisation matérielle de la légalité

256. Tautologiquement, l'illustration du phénomène de standardisation présuppose de définir ce qu'est un standard. Or, l'indétermination notoire des standards entrave toute tentative de définition exhaustive sur le sujet¹²⁷⁶. Ils se confondent tour à tour avec un niveau ou un modèle¹²⁷⁷ dictant le comportement moyen d'un État¹²⁷⁸. Ils sont désignés comme des instruments plurivoques, tantôt comparés à une norme en tant « *qu'élément accessoire [...] nécessaire à son application concrète* »¹²⁷⁹, tantôt à un principe qui serait parvenu aux termes de sa maturité normative¹²⁸⁰. Ce faisant, leur caractère indéterminé confère à son interprète un étalon nécessaire à la mesure d'une conduite juridique précise¹²⁸¹. Par conséquent, les standards ont vocation à « *rendre les règles juridiques adaptables aux différents lieux dans lesquels elles s'appliquent en fonction des époques et des circonstances, ou encore à emporter l'adhésion de tous lors de la formulation de la règle* »¹²⁸². Si l'on replace ces brefs éléments d'analyse dans le champ de notre étude, les déclinaisons objectives du principe – prévisibilité et accessibilité – appartiennent à la catégorie des standards puisqu'elles concrétisent un idéal de sécurisation objective. Elles concourent à une « *modélisation du comportement* » des acteurs conventionnels¹²⁸³ qui, par suite, produit des phénomènes de standardisation de la légalité au

¹²⁷⁶ Parmi une doctrine abondante sur les standards, voy. principalement P. POUND, *An Introduction of the Philosophy of Law*, Presse universitaire de Yale, New Haven, 1922 ; S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque de droit public », 1980 ; A. AL-SANHOURY, « Le standard juridique », in *Les sources générales des systèmes juridiques actuels. Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GENY*, Sirey, Paris, 1934, t. II, p. 144-156 ; R. KOLB, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux du droit*, PUF, Paris, 2000, p. 139 ; C. PERELMAN et R. VAN DER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, travaux du Central national de Recherches de Logique, Bruxelles, 1984 ; E. BERNARD, *La spécificité du standard en droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Thèses », 2010.

¹²⁷⁷ Le standard est une « *norme impliquant l'idée d'un "niveau" à atteindre ou d'un "modèle" auquel il fait se conformer et par rapport auquel l'évaluation d'une situation ou d'un comportement doit être opérée* », J. SALMON, « Standard », *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 1049.

¹²⁷⁸ Le standard est un « *terme désignant le comportement moyen des États civilisés par référence auquel on apprécie la correction du comportement d'un État en la matière considérée* », in J. BASEDEVANT, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, Paris, 1960, p. 581.

¹²⁷⁹ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 137-142.

¹²⁸⁰ « *Par la définition progressive de leurs conditions d'application, par les distinctions et différenciations des régimes qui tendent à créer un sentiment d'ordre, par le travail scientifique, finissent par se dégager ces linéaments normatifs capables de se condenser en principes [...] Le principe une fois constitué, gardera toujours [...] des aspects de standards.* », *ibid.*, p. 141-142. *A contrario*, voy. A. AL-SANHOURY, « Le standard juridique », *op. cit.*, p. 146 et suiv.

¹²⁸¹ « *Le standard est une grande ligne de conduite, une directive générale pour guider le juge [...]. Elle aboutit à des solutions variées et concrètes, chacune d'elles adaptée aux particularités des faits en cause* », *ibid.*, p. 146.

¹²⁸² E. BERNARD, *La spécificité du standard en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 74.

¹²⁸³ F. JAQUEMOT, *Le standard européen de société démocratique*, Université de Montpellier I, Montpellier, coll. « Thèse », 2006, p. 18.

niveau national¹²⁸⁴. Cette standardisation s'effectue grâce aux déclinaisons objectives du principe, qui se meuvent, pour l'occasion, en critères de légistique.

257. En délaissant l'aspect formel des lois nationales, le juge strasbourgeois se refuse de devenir un « *jurislatureur* »¹²⁸⁵. Il borne ainsi son contrôle à l'examen de la compatibilité des mesures nationales à la lumière de ses exigences¹²⁸⁶ par le recours à une acceptation autonome de « loi »¹²⁸⁷ (A). Préférant se concentrer sur son aspect fonctionnel, le juge développe une légistique matérielle fondée sur la standardisation des exigences d'accessibilité et de prévisibilité (B)

A- L'omission volontaire de légistique formelle

258. La notion autonome de « loi » démontre un détachement manifeste quant aux exigences formelles des lois nationales. Cette indifférence se justifie par la volonté du juge de dépasser les obstacles liés aux disparités juridiques des 47 États parties tout en garantissant une application homogène des obligations conventionnelles¹²⁸⁸ (1°). Toutefois, soucieux de se prémunir contre tout risque d'arbitraire, il intensifie légèrement son contrôle en fonction de la valeur normative de la loi nationale (2°).

¹²⁸⁴ A. OUEADROGO, Standard et standardisation : la normativité variable en droit international, *RQDI*, 2013, vol. 26, n° 1, p. 155-186.

¹²⁸⁵ « *Il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur l'opportunité des techniques choisies par le législateur d'un État défendeur pour réglementer tel ou tel domaine ; son rôle se limite à vérifier si les méthodes adoptées et les conséquences qu'elles entraînent sont en conformité avec la Convention* », CEDH, Gde. Ch., 17 février 2004, *Gorzelik et autres c. Pologne*, req. n° 44158/98, Rec. 2004-I, §67. Voy. également CEDH, Gde. Ch., 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, req. n° 18030/11, §184 (*RTDH*, 2017, 623, note. H. SURREL). Ceci explique les condamnations sporadiques de la Cour sur l'existence même de la base légale, voy. F. SUDRE, Le principe de la légalité et la jurisprudence de la CEDH, *RPD*, 2001, p. 335-356, spéc. p. 346.

¹²⁸⁶ « *S'il ne lui appartient pas d'ordinaire de vérifier le respect du droit interne par les autorités nationales [...] il en va autrement dans les matières où la Convention renvoie directement à ce droit, comme ici : en ces matières, la méconnaissance du droit interne entraîne celle de la Convention, de sorte que la Cour peut et doit exercer un certain contrôle [...]. Cependant, l'économie du système de sauvegarde instauré par la Convention assigne des limites à l'ampleur de ce contrôle* », CEDH, 24 octobre 1979, *Winterwerp c. Pays Bas*, série A. 33, req. n° 6301/73, §46 ; CEDH, Ch., 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, req. n° 11801/85, série A. 176-A, §29 (*GACEDH*, 2019, n° 5) ; CEDH, Ch., 25 mars 1998, *Kopp c. Suisse*, req. n° 23224/94, §59. Pour une application récente voy. CEDH, 4 avril 2017, *Thimothawes c. Belgique*, req. n° 39061/11, §71.

¹²⁸⁷ Par « loi », nous désignons la « loi » au sens de la Convention, c'est-à-dire la loi nationale de nature législative, réglementaire ou jurisprudentielle.

¹²⁸⁸ S. TOUZE, Deux facettes différentes de l'imprévisibilité sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme, *RDP*, 2016, n° 3, p. 847.

1°) Un détachement tangible sur la forme et la source de la « loi » nationale

259. L'indifférence de la Cour à l'encontre de la nature de la loi se vérifie tant sur son aspect formel (a) que sur son origine (b).

a- L'indifférence quant à la forme

260. Transcendant le texte conventionnel¹²⁸⁹, la notion de « loi » s'est déployée dans la jurisprudence de la Cour par le canal de la prééminence du droit¹²⁹⁰, puis par celui de la sécurité juridique objective. En l'inscrivant au panthéon des notions autonomes¹²⁹¹ depuis l'arrêt *Sunday Times contre Royaume-Uni*¹²⁹², le juge lui a volontairement conféré un contenu matériel afin de renforcer l'applicabilité des droits conventionnels. Faisant preuve d'une interprétation plus que constructive¹²⁹³, il y agrège la jurisprudence et y transpose les mêmes règles qualitatives que pour la loi écrite¹²⁹⁴. Étendant peu à peu cette jurisprudence à l'ensemble des articles disposant d'une clause d'ordre public¹²⁹⁵, puis aux autres dispositions

¹²⁸⁹ Le texte de Convention européenne des droits de l'homme ne manifeste pas moins de 31 occurrences pour le terme de « loi ». Il est énoncé non seulement dans le cadre de la *clause d'ordre public* et la *réserve de la loi* (§2 des art. 8 à 11 de la Convention ainsi que les art. 1 du Protocole n° 1 (droit de propriété), et 2 du Protocole n° 4 (Liberté de circulation) mais aussi des *articles substantielles* ((art. 2§1 (droit à la vie), art. 5 aux paragraphes 1 et 3 (droit à la sûreté), art. 7 (pas de peine sans loi), art. 12 (droit au mariage) et procédurales (article 6§1 (Droit à un tribunal)). La « loi » est également employée pour des *articles liés à la recevabilité* (art. 53 (sauvegarde des droits de l'homme reconnus), art. 55 (Renonciation à d'autres modes de traitement des différents), article 57 (réserves)) ainsi dans *certaines protocoles* (art. 1§1 et art. 2§2 à 4§2 du Protocole n° 7 (Garanties procédurales en cas d'expulsion, droit à un double degré de juridiction en matière pénale, droit d'indemnisation en cas d'erreur judiciaire, droit à ne pas être jugé ou puni deux fois), introduction et art. 1§1 du Protocole n° 12 (Interdiction générale de la discrimination)).

¹²⁹⁰ P. WACHSMANN, « De la qualité de la loi à la qualité du système juridique », in *Libertés, Justice, Tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. II, p. 1687-1705 ; voy. également du même auteur « La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le droit des organisations internationales. Recueil d'études à la mémoire de Jacques SCHWOB*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 282-285.

¹²⁹¹ Une notion autonome se définit comme « une notion conventionnelle dotée par le juge européen d'une définition de nature matérielle, différente de celle retenue par le droit interne de l'État défendeur, afin de réaliser l'applicabilité d'un droit qui participe au principe de la prééminence du droit », in F. SUDRE, « Le recours aux notions autonomes », F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit & Justice », 1998, p. 93-131.

¹²⁹² CEDH, Ch., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, req. n° 6538/74, série A. 30, §§47-50 (JDI, 1980, 471, obs. P. ROLLAND).

¹²⁹³ Sous prétexte d'interprétation téléologique, la Cour se réfère au paragraphe 47 à « l'intention des auteurs de la Convention ». Or la Cour semble faire davantage preuve d'interprétation constructive, compte tenu de l'absence de toute étude concernant la notion de loi ou son contenu dans les travaux préparatoires de la Convention.

¹²⁹⁴ CEDH, Ch., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, req. n° 6538/74, série A. 30, §§47-50 (JDI, 1980, 471, obs. P. ROLLAND).

¹²⁹⁵ Par une jurisprudence abondante, la Cour affirme que « les mots « prévue par la loi » figurant aux articles 8 à 11 de la Convention veulent d'abord que la mesure incriminée ait une base en droit interne », voy. par ex. CEDH, Gde. Ch., 17 février 2002, *Maestri c. Italie*, req. n° 39748/98, Rec. 2004-I, §30.

conventionnelles¹²⁹⁶, la Cour se détache visiblement de la forme écrite ou non écrite adoptée par la loi nationale. En dépit des controverses provoquées par cette harmonisation¹²⁹⁷, elle a maintenu encore récemment cette position dans l'arrêt *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova contre Portugal*¹²⁹⁸.

b- L'indifférence quant à son origine

261. La Cour n'exige pas que la loi émane systématiquement des hémicycles parlementaires¹²⁹⁹. Bienveillante à l'égard des États, elle octroie volontiers la qualification de « loi » à des « *textes normatifs de portée générale* »¹³⁰⁰. Faisant preuve d'une jurisprudence extensive, elle a ainsi identifié des règlements pénitentiaires¹³⁰¹, un arrêté royal¹³⁰² ou d'expulsion¹³⁰³, des circulaires ministérielles¹³⁰⁴, des rapports administratifs¹³⁰⁵, des

¹²⁹⁶ Quelques exemples : pour l'article 5 : « en exigeant que toute privation de liberté soit effectuée "selon les voies légales", l'article 5 par 1 (art. 5-1) impose, en premier lieu, que toute arrestation ou détention ait une base légale en droit interne. Toutefois, ces termes ne se bornent pas à renvoyer au droit interne ; tout comme le membre de phrase "prévues par la loi" du paragraphe 2 des articles 8 à 11 (art. 8-2, art. 9-2, art. 10-2, art. 11-2), ils concernent aussi la qualité de la loi ; ils la veulent compatible avec la prééminence du droit, notion inhérente à l'ensemble des articles de la Convention », CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, req. n° 19776/92, Rec. 1996-III, §50 (JCP G, 1997, I, 4000, n° 11, obs. F. SUDRE). Pour l'article 7 : « À cet égard, la Cour a indiqué que la notion de "droit" (« law ») utilisée à l'article 7 correspond à celle de "loi" qui figure dans d'autres articles de la Convention ; le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle », CEDH, Gde. Ch., *Korbely c. Hongrie*, req. n° 9174/02, Rec. 2008-IV, §70. Pour l'article 2 : « Enfin, l'exigence contenue dans l'article 2§1 selon laquelle la peine doit être "prévues par la loi" implique [...] que la sentence ait une base légale en droit interne », CEDH, 12 mars 2003, *Öcalan c. Turquie*, req. n° 46221/99, §203 (GACEDH, 2019, n° 13). Dans le cadre de l'article 2 du Protocole n° 4, voy. CEDH, 23 février 2017, *De Tommaso c. Italie*, req. n° 43395/09, §106.

¹²⁹⁷ En effet, certains auteurs dénoncent une conception « sur-harmonisée » dans la mesure où la loi jurisprudentielle n'a pas la même place au sein des pays continentaux que ceux de *Common law*, voy. en ce sens R. KOERING-JOULIN, « Pour un retour à une conception stricte... du principe de la légalité criminelle (à propos de l'article 7, 1°) de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Liber Amoricum Marc-André EISSEN*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 247-254.

¹²⁹⁸ Voy. par ex. CEDH, 1^{er} décembre 2015, *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova c. Portugal*, req. n° 69436/10, §47.

¹²⁹⁹ « À cet égard, la Cour a toujours entendu le terme "loi" dans son acception matérielle et non formelle ; elle y a également inclus des textes de rang infra législatif, édictés par les autorités compétentes sur la base d'un pouvoir normatif délégué », CEDH, 28 novembre 2002, *Lavents c. Lettonie*, req. n° 58442/00, §135.

¹³⁰⁰ *Ibidem*.

¹³⁰¹ CEDH, Plén., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, série A. 18, §44 (GACEDH, 2019, n° 27).

¹³⁰² CEDH, Ch., 25 mars 1983, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 5947/7 et suiv., série A. 61, §95.

¹³⁰³ CEDH, Ch., 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp ("vagabondage") c. Belgique*, req. n° 2832/66, 2835/66, et 2899/66, série A. 12, §50 (GACEDH, 2019, n° 20).

¹³⁰⁴ CEDH, Gde. Ch., 25 mars 1999, *Iatridis c. Grèce*, Rec. 1999-II, req. n° 31107/96, §61.

¹³⁰⁵ CEDH, Ch., 19 décembre 1994, *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi c. Autriche*, req. n° 15153/89, série A. 302, §§30-31.

¹³⁰⁶ CEDH, Ch., 25 février 1992, *Marguereta et Roger Andersson c. Suède*, req. n° 12963/78, §84.

ordonnances¹³⁰⁶, un avis du Conseil d'État¹³⁰⁷ ou encore des codes de déontologie¹³⁰⁸ comme des « lois » au sens de sa jurisprudence.

262. Peu soucieuse que « *la loi soit votée ou non par le Parlement* »¹³⁰⁹, une exception peut toutefois être retenue s'agissant de l'exigence liée à un « *tribunal établi par la loi* » inscrite à l'article 6§1¹³¹⁰. Dans l'arrêt *Zand contre Autriche*¹³¹¹, la Commission avait admis la conventionnalité d'un décret ministériel pris sur le fondement d'une « loi » d'origine législative, précisant que « *l'article 6§1 de la Convention ne prescrit pas de quelle manière le législateur doit pourvoir à la création des tribunaux* »¹³¹². S'écartant de la position de la Commission, la Cour a sanctionné la nature réglementaire de la base légale nationale aux motifs que « *l'introduction du terme "établi par la loi" dans l'article 6 de la Convention a pour objectif d'éviter que l'organisation du système judiciaire [...] ne soit laissée à la discrétion de l'Exécutif et de faire en sorte que cette matière soit régie par une loi du Parlement* »¹³¹³. Une telle obligation formelle se justifie aisément d'une part, pour garantir l'impartialité du juge contre l'arbitraire¹³¹⁴ et, d'autre part, pour endiguer les dérives d'un pouvoir judiciaire qui concentrerait ses propres prérogatives organisationnelles¹³¹⁵. Sans empiéter sur la marge de manœuvre du pouvoir législatif¹³¹⁶, les jurisprudences ultérieures démontrent un durcissement quant au contenu formel de la « loi ». Dans l'arrêt *Oleksandr Volkov contre Ukraine*, la Cour estime que « *l'expression [...] concerne non seulement la base légale de l'existence même du tribunal, mais encore la composition du siège dans chaque affaire* »¹³¹⁷. Hormis cette

¹³⁰⁶ CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, req. n° 19776/92, Rec. 1996-III, §50 (*JCP G*, 1997, I, 4000, n° 11, obs. F. SUDRE); *a contrario* voy. CEDH, 12 juin 2007, *Frérot c. France*, req. n° 70204/01, §59.

¹³⁰⁷ CEDH, 26 novembre 2015, *Ebrahimian c. France*, req. n° 64846/11, §51.

¹³⁰⁸ CEDH, 25 mars 1985, *Barthold c. Allemagne*, req. n° 8734/79, série A. 90, §46 (vétérinaires) ; CEDH, 18 mai 2004, *Editions Plon c. France*, req. n° 58148/00, §27 (médecins).

¹³⁰⁹ CEDH, Ch., 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, req. n° 11801/85, série A. 176-A, §28 (*GACEDH*, 2019, n° 5).

¹³¹⁰ En vertu de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi [...]* ».

¹³¹¹ Com. EDH, 16 mai 1977, *Zand contre Autriche*, req. n° 157360/76, D.R. 15.

¹³¹² *Ibide.*

¹³¹³ CEDH, 22 juin 2000, *Coëme et autres c. Belgique*, req. n° 32492/96 et suiv., Rec. 2000-VII, §98, ainsi que l'opinion concordante du juge CONFORTI jointe à l'arrêt. Voy. plus récemment CEDH, 27 mai 2013, *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, Rec. 2013-I, req. n° 21722/11, §150.

¹³¹⁴ « *The Court is of the view that, in such circumstances, the paramount importance of judicial independence and legal certainty for the rule of law call for particular clarity of the rules applied in any one case and for clear safeguards to ensure objectivity and transparency, and, above all, to avoid any appearance of arbitrariness in the assignment of particular cases to judges [souligné par nous]* », CEDH, 5 octobre 2010, *DMD GROUP, A.S., c. Slovaquie*, req. n° 19334/03, §68.

¹³¹⁵ « *Néanmoins, ne saurait en principe passer pour un " tribunal établi par la loi" une juridiction qui outre passe ses compétences juridictionnelles lui étant clairement dévolues par la loi* », CEDH, 20 octobre 2009, *Gorguiladze c. Géorgie*, req. n° 4313/04, §69.

¹³¹⁶ Le juge reconnaît au législateur « *un certain pouvoir d'appréciation* », CEDH, 22 juin 2000, *Coëme et autres c. Belgique*, req. n° 32492/96 et suiv., Rec. 2000-VII, §98.

¹³¹⁷ CEDH, 27 mai 2013, *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, req. n° 21722/11, §150.

hypothèse, le juge n'impose nullement que la « loi » soit l'apanage du pouvoir législatif ou exécutif et privilégie l'évolution du principe de séparation des pouvoirs¹³¹⁸. La notion autonome de « loi » confère donc aux États une ample marge d'appréciation quant à la forme de leurs législations nationales, le juge exigeant seulement que l'existence de cette base légale existe matériellement. En revanche, sa position diffère légèrement en ce qui concerne la nature de la « loi » nationale.

2°) Un détachement artificiel sur la valeur normative de la « loi » nationale

263. À l'évidence, la nature de la « loi » fait augmenter l'intensité de son contrôle lorsque celle-ci est d'un rang normatif inférieur aux lois constitutionnelles ou réglementaires. Un acte réglementaire sera ainsi examiné en complément d'une norme disposant d'une normativité plus élevée¹³¹⁹. Par exemple, la Cour s'appuie sur l'article 2 de la loi nationale afin d'apprécier la légalité du décret présidentiel fixant les conditions de détention aux fins d'expulsion des demandeurs d'asile¹³²⁰. Comme toujours en matière de détention, l'acte réglementaire doit nécessairement se fonder sur une norme législative, sous peine d'aboutir au constat de l'inexistence de la base légale litigieuse et donc son inconventionnalité¹³²¹. Cela étant, « *le fait de détenir un individu en zone de transit [...] pendant une période indéterminée et imprévisible sans que cette détention se fonde sur une disposition légale concrète [...] est en soi contraire au principe de sécurité juridique* »¹³²². Au surplus, les termes utilisés dans l'acte doivent correspondre à ceux de la norme qui lui est supérieure dans un souci de cohérence législative. Dans un arrêt isolé, le juge constate que la circulaire pénitentiaire autorisant la réception et l'acheminement du courrier d'un détenu au directeur de l'établissement ne constituait pas une base légale suffisante au sens de l'article 8§2. La loi ne fournissant aucune définition explicite à la notion de correspondance, et étant vierge de toute interprétation jurisprudentielle susceptible d'apporter les éclaircissements nécessaires, la définition énoncée par cette circulaire

¹³¹⁸ Nous partageons le sentiment de Monsieur Elias KASTANAS. Déplorant que « *la formation de la loi [soit] aujourd'hui particulièrement complexe* », il se félicite de la solution adoptée par la Cour qui « *s'adapte avec succès à cette nouvelle réalité. [...] Elle s'abstient de hiérarchiser ces pouvoirs concurrents en refusant d'imposer la loi formelle comme base légale de toute restriction aux libertés* », in E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 35.

¹³¹⁹ « *Une norme édictée par une autorité inférieure peut valablement servir de base légale à une ingérence aux libertés ; mais son contenu doit être prédéterminé par un acte de force juridique supérieure, qui constituerait la source ultime de la régularité de la restriction* », *ibid.*, p. 49.

¹³²⁰ CEDH, 11 juin 2009, *S.D. c. Grèce*, req. n° 53541/07, §62.

¹³²¹ CEDH, 15 avril 2014, *Tomaszewscy c. Pologne*, req. n° 8933/05, §§140-144.

¹³²² CEDH, 27 novembre 2003, *Shamsa c. Pologne*, req. n° 45355/99 et 45357/99, §58 ; CEDH, 24 janvier 2008, *Riad et Idiab c. Belgique*, req. n° 9787/03 et 29810/03, §78.

ne pouvait donc être valablement rattachée à une norme législative ou jurisprudentielle¹³²³. « *Les circulaires [n'étant] rien d'autre que des instructions de service adressées [...] par une autorité administrative supérieure à des agents subordonnés* »¹³²⁴, elles ne peuvent obtenir la qualification de « loi »¹³²⁵. En subordonnant l'existence de la base légale à un lien de rattachement à une norme de rang supérieur, la Cour reprend ici une règle classique tenant à la validité d'un acte infra-législatif, sans établir véritablement une règle de légistique formelle. Partant, « *c'est le lien avec une règle, écrite ou non écrite, située en haut de la pyramide normative qui confère à un acte infra législatif le caractère de "loi" au sens de la Convention* »¹³²⁶.

264. Cette position prétorienne divise manifestement la doctrine. Certains auteurs se félicitent d'un choix raisonné et respectueux des diversités nationales qui privilégient le terrain de « *l'osmose des systèmes continental et anglo-saxon* »¹³²⁷, tandis que d'autres s'insurgent contre la prévalence de la loi jurisprudentielle en ce qu'elle est une source de droit secondaire (et critiquée) dans les pays continentaux¹³²⁸. D'autres encore déplorent qu'un acte réglementaire incertain puisse servir de base légale justifiant une restriction susceptible de menacer l'effectivité du principe de la légalité des délits et des peines¹³²⁹. Si ces accusations sont légitimes¹³³⁰, cette position extensive se justifie pleinement du point de vue de la sécurité juridique. D'abord, il est difficile de reprocher à la Cour de manifester un certain réalisme à l'égard du phénomène d'inflation législative en adoptant une position certes imparfaite, mais fortement compréhensible à l'égard des États parties. De surcroît, cet abandon à l'égard de toute légistique formelle s'inscrit dans la finalité même du principe qu'est l'harmonisation de la légalité conventionnelle. « *La sécurité juridique n'est [plus] assurée par le fétichisme d'une*

¹³²³ « *La décision de ne pas acheminer ladite lettre a été prise par le chef d'établissement parce que, selon lui, elle "ne correspond pas à la définition de la notion de correspondance". Aucun texte de nature législative ou réglementaire ne pourvoit pourtant à une définition de cette notion, et le Gouvernement ne prétend pas que cette lacune a été comblée par la jurisprudence ; comme le requérant, il renvoie à cet égard à la définition figurant dans la circulaire du 29 décembre 1986* », CEDH, 12 juin 2007, *Frérot c. France*, req. n° 70204/01, §59.

¹³²⁴ *Ibid.*, §57.

¹³²⁵ D'autant plus que la Cour relève que la liberté de la correspondance était inscrite dans le Code de procédure pénale, et disposait donc d'une base légale de nature législative dans laquelle la notion de correspondance devrait être inscrite, *ibid.*, §60.

¹³²⁶ E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 41.

¹³²⁷ *Ibid.*

¹³²⁸ R. KOERING-JOULIN, « Pour un retour à une conception stricte... du principe de la légalité criminelle (à propos de l'article 7, 1^o) de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 247.

¹³²⁹ F. SUDRE, Le principe de la légalité et la jurisprudence de la CEDH, *op. cit.*, p. 346.

¹³³⁰ « *Nul doute que cet argument déduit de la ""meilleure position" puisse expliquer la retenue du juge européen dans le contrôle exercé par celui-ci [...] Pareil sacrifice sur l'arrêt Times [...] possède sa cohérence interne : il reste cependant que la Convention ne lui confère aucun fondement ni légitimité* », in S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne. Prendre l'idée simple au sérieux*, FUSL, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 692-693.

forme [...] mais par l'élaboration de principes "matériels" [...] qui sont aptes à encadrer l'action de toutes les institutions qui créent, interprètent et concrétisent une norme juridique »¹³³¹. C'est ce zèle d'effectivité qui l'incite à délaisser toute légistique formelle en lui permettant par la même occasion de s'attarder sur la qualité matérielle de la « loi » nationale.

B- L'édification d'une légistique matérielle

265. Habituellement, les exigences inhérentes à la qualité de la loi sont assimilées aux branches formelles de la légistique en ce qu'elles portent sur « *l'étude des procédés de mise en forme des lois* »¹³³², autrement dit sur leur rédaction et leur esthétisme. Appartenant aux « *règles du bon sens* »¹³³³, il est coutume de qualifier une loi de bonne facture à son caractère bref, clair et concis, caractéristiques que l'on retrouve dans les standards de prévisibilité et d'accessibilité. Cependant, les exigences de prévisibilité (1°) et d'accessibilité (2°) appartiennent davantage à la légistique matérielle dans la jurisprudence de la Cour en ce qu'elles conditionnent leur concrétisation effective. S'ils forment les « sous-standards » de la légalité et de la sécurité juridique¹³³⁴, leur interprétation les transforme en critères d'appréciation qualitative de la norme interne¹³³⁵. Ils concourent ainsi à l'élaboration d'une légistique matérielle guidée vers l'effectivité concrète de la « loi » nationale¹³³⁶.

1°) Le standard d'accessibilité

266. Sens primaire de la sécurité juridique objective¹³³⁷, l'accessibilité incarne le standard formel de la qualité de la loi¹³³⁸. L'utilisation de ses deux aspects – substantiel et matériel¹³³⁹ –

¹³³¹ E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 36.

¹³³² C-A. MORAND, *Légistique formelle et matérielle*, PUAM, Aix-en-Provence, 1999 p. 33 ; A-M. LEROYER, « Légistique », op. cit., p. 923.

¹³³³ V. LASSERRE, *Légistique ou science du droit*, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2016, spéc. pts. 136-155.

¹³³⁴ *A contrario* S. LETURCQ, *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil Constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 63-73.

¹³³⁵ CEDH, Gde. Ch., 27 janvier 2015, *Rohlena c. République Tchèque*, req. n° 59552/08, §67. Voy. également S. TOUZE, *Deux facettes différentes de l'imprévisibilité sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme*, RDP, 2016, n° 3, p. 847.

¹³³⁶ V. MARINESE, « Légistique et effectivité », op. cit., p. 89-117.

¹³³⁷ Voy. *supra*, n° 135.

¹³³⁸ E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 33.

¹³³⁹ Il a été souligné précédemment que l'accessibilité comprenait à la fois une dimension matérielle et une dimension substantielle, voy. *supra*, n° 135.

converge vers un même standard limitatif de la marge nationale d'appréciation qui contrebalance l'indifférence formelle susvisée. L'accessibilité *largo sensu* impose aux États un minimum d'exigences formelles par une publication systématique des « loi »¹³⁴⁰.

267. Si la Cour apprécie l'accessibilité indépendamment de la prévisibilité¹³⁴¹, ce critère peut sporadiquement être absorbé dans l'examen de ce dernier. Dans l'arrêt *Roman Zakharov contre Russie*¹³⁴², les requérants contestaient l'accessibilité des *addenda* d'un arrêté ministériel portant interception des communications à défaut de publication officielle. Constatant que l'arrêt litigieux avait été soumis à une publication limitée dans un magazine spécialisé et sur une base privée accessible sur internet, le juge considère « *qu'il n'y a pas lieu d'examiner plus avant la question de l'accessibilité du droit interne* », préférant se concentrer « *sur les exigences de prévisibilité et de nécessité* »¹³⁴³. À l'exception du contentieux des écoutes téléphoniques secrètes¹³⁴⁴, cette fusion des critères reste assez exceptionnelle dans sa jurisprudence, d'autant plus que la prévisibilité restant le critère prépondérant de son contrôle.

2°) Le standard de prévisibilité

268. Fondement à l'origine de toute entreprise, la prévisibilité normative est essentielle à la stabilité de l'ordre juridique. Comme l'explique le Professeur Petr MUZNY, « *l'individu pourvu de cette faculté de déduire un événement futur à partir de l'analyse de la situation du présent dispose d'un atout considérable : celui d'orienter son comportement en fonction des effets attendus* »¹³⁴⁵. Critère phare du contrôle conventionnel de légalité, la prévisibilité représente un standard de fond auquel sont soumises toutes les formes de « lois »¹³⁴⁶. La

¹³⁴⁰ CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, req. n° 19776/92, Rec. 1996-III, §§50-54 (*JCP G*, 1997, I, 4000, n° 11, obs. F. SUDRE).

¹³⁴¹ Voy. à titre illustratif CEDH, Ch., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, req. n° 6538/74, série A. 30, §§47-50 (*JDI*, 1980, 471, obs. P. ROLLAND).

¹³⁴² CEDH, Gde. Ch., 4 décembre 2015, *Roman Zakharov c. Russie*, req. n° 47143/06 (*GACEDH*, 2019, n° 40).

¹³⁴³ *Ibid.*, §242.

¹³⁴⁴ Dans des arrêts récents adoptés dans le cadre de ce contentieux, il arrive que l'examen de l'accessibilité ne soit pas légitimement inclus dans le contrôle de la Cour à défaut de mention dans les griefs du requérant en l'espèce, voy. par ex. CEDH, 7 juin 2016, *Karabeyoğlu c. Turquie*, req. n° 30083/10, §85 et CEDH, 16 juin 2016, *Versini-Campinchi et Crasnianski c. France*, req. n° 491176/11, §53.

¹³⁴⁵ P. MUZNY, La prévisibilité normative : une notion absolument relative, *RRJ- Droit prospectif*, 2006-I, p. 31, 40, spéc. p. 31.

¹³⁴⁶ Pour rappel, le principe de prévisibilité se définit comme suit : « *on ne peut considérer [...] comme une loi qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant de besoins éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences qui peuvent découler d'un acte déterminé. Les conséquences n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue [...]* », voy. par ex. CEDH, Gde. Ch., 16 juin 2015, *Delfi AS c. Estonie*, req. n° 64569/09, Rec. 2015-II, §§121-122 (*JCP G*, 2015, 798, note. K. BLAY-GRABARCZYK).

première prévisibilité est de nature légale et s'intéresse à la qualité structurelle de la « loi » (a) tandis que la seconde porte sur la qualité de son interprétation jurisprudentielle (b).

a- L'examen de la prévisibilité légale

269. La précision et la clarté de la loi conditionnent la validation de la base légale¹³⁴⁷. En se préservant de la « *dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir* » selon la formule portalienne¹³⁴⁸, la Cour tolère toutefois un seuil d'imprécision et d'obscurité. Réaliste, elle admet que les « *lois n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue, l'expérience la révèle hors d'atteinte. En outre, la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation* »¹³⁴⁹. Consciente donc que la norme ne peut déterminer toute l'étendue de sa portée¹³⁵⁰, elle n'impose en conséquence qu'un seuil raisonnable de certitude pour permettre aux États de s'adapter aux changements sociaux¹³⁵¹, le requérant pouvant par ailleurs s'entourer au besoin de « *conseils éclairés* » conformément aux préceptes de sa jurisprudence *Cantoni*¹³⁵². De cette façon, « *l'absence de rigidité de la loi et son caractère général peuvent [...] offrir la sécurité juridique escomptée par le droit* »¹³⁵³. En contrepartie, la « loi » nationale doit offrir une « *certaine garantie contre les atteintes arbitraires de la puissance publique [...] et contre une application extensive d'une restriction faite au détriment des justiciables* »¹³⁵⁴. Cela étant, elle doit définir au minimum l'étendue du pouvoir de l'autorité compétente. Le contentieux de l'article 7§1 est exemplaire sur ce point. En raison de son caractère indérogeable¹³⁵⁵, l'article 7§1 nécessite que « *la loi [définisse] clairement les infractions et les peines qui les*

¹³⁴⁷ CEDH, Ch., 19 décembre 1992, *Geoffre de la Pradelle, c. France*, req. n° 12964/87, §§27-35 (*Dalloz*, 1993, 562, note F. BENOIT-ROHMER)

¹³⁴⁸ J-E. PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Éd. Confluences, Bordeaux, 1999, p. 34.

¹³⁴⁹ CEDH, Ch., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, req. n° 6538/74, série A. 30, §49 (*JDI*, 1980, 471, obs. P. ROLLAND).

¹³⁵⁰ « *Cette relativité est tout d'abord inhérente à l'œuvre normative. Générale et abstraite, la norme ne peut anticiper toute situation et "cadenasser", avec précision et rigidité, son champ d'application. Une texture ouverte, une relative part d'indétermination, sont au contraire gage de son adaptabilité* », in S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne. Prendre l'idée simple au sérieux, op. cit.*, p. 674-675.

¹³⁵¹ CEDH, Gde. Ch., 22 octobre 2007, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, req. n° 21279/02 et 36448/02, Rec. 2007-IV, §41 (*JCP G*, 2007, II, 10193, note E. DERIEUX).

¹³⁵² CEDH, Gde. Ch., 15 novembre 1996, *Cantoni c. France*, req. n° 17862/91, §31.

¹³⁵³ C. SALVIEJO, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, thèse dactyl., Université de Montpellier I, 2003, p. 323.

¹³⁵⁴ CEDH, Gde. Ch., 7 juin 2012, *Centro Europa 7 S.R.L et Di Stefano c. Italie*, req. n° 38433/09, Rec. 2012-III, §143.

¹³⁵⁵ Voy. par ex. CEDH, 22 novembre 1995, *C.R. c. Royaume-Uni*, req. n° 20190/92, §32.

répriment »¹³⁵⁶. Comme le précise Madame la Juge Ireneu CABRAL BARRETO, « *le principe de clarté de la loi est satisfait lorsqu'il est possible de définir, à partir de la disposition légale pertinente, quels actes ou omissions engagent la responsabilité pénale* »¹³⁵⁷. Le juge exige ainsi un fort degré de clarté et de précision¹³⁵⁸.

270. Toujours dans la perspective d'une sécurisation matérielle du droit de la Convention, la Cour se prémunit contre toute dérobade étatique en étendant le respect de ses conditions dans l'hypothèse d'une loi de transposition d'une obligation internationale. Dans l'arrêt *Medvedyev et autres contre France*¹³⁵⁹, le juge strasbourgeois est amené à s'interroger sur le fondement international de la loi française en matière de lutte contre le trafic de stupéfiants, qui avait justifié *in casu* l'arraisonnement et d'interception en haute mer d'un navire portant pavillon cambodgien. Constatant d'abord que la Convention de Montego Bay était dépourvue de formulations explicites et précises, et ensuite que le Cambodge n'avait pas ratifié ladite Convention, il proclame l'absence de base légale internationale justifiant l'ingérence française¹³⁶⁰. Se penchant spécifiquement sur la validité de la note verbale, il relève que celle-ci ne fait que mention du nom du bateau et de la nationalité du pavillon¹³⁶¹. De la sorte, « *il n'est pas établi que la privation de liberté faisait l'objet d'un accord entre les deux États susceptible de représenter un droit « clairement défini » au sens de la jurisprudence de la Cour* ». Par voie de conséquence, elle en conclut à la violation du droit de la Convention, à défaut pour l'acte de reposer sur une base légale « *ayant les qualités requises pour satisfaire au principe de sécurité juridique* »¹³⁶². La « loi » nationale doit donc être précise non seulement à l'égard du texte de la Convention, mais aussi à l'égard des autres conventions internationales.

¹³⁵⁶ CEDH, Ch., 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, req. n° 14307/88, §52 (GACEDH, 2019, n° 56) ; CEDH, Gde. Ch., 15 novembre 1996, *Cantoni c. France*, req. n° 17862/91, §31 ; CEDH, Gde. Ch., 21 octobre 2013, *Del Río Prada c. Espagne*, req. n° 42750/09, Rec. 2015-II, §79 (RTDH, 2014, 689, note. D. SCALIA).

¹³⁵⁷ Voy. l'opinion partiellement dissidente du juge CABRAL BARRETO jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 22 mars 2001, *K.-H.W c. Allemagne*, req. n° 37201/97, Rec. 2001-II, pt. 2.

¹³⁵⁸ Ces exigences varient selon le domaine, le contexte et la qualité des requérants, voy. *infra*, n° 441 et suiv.

¹³⁵⁹ CEDH, Gde. Ch., *Medvedyev et autres c. France*, 29 mars 2010, req. n° 3394/03, Rec. 2010-III.

¹³⁶⁰ « *Concernant la loi française, outre le fait qu'elle vise essentiellement à transposer en droit interne les traités internationaux, et plus spécifiquement la Convention de Vienne, elle ne saurait faire échec ni auxdits traités, ni au principe de la compétence exclusive de l'État du pavillon. Ainsi, dès lors que, d'une part, le Cambodge n'était pas partie aux conventions transposées en droit interne et, d'autre part, que le Winner ne battait pas pavillon français et qu'aucun membre de l'équipage n'était de nationalité française – à supposer d'ailleurs que la nationalité des membres de l'équipage puisse être opposée au principe du pavillon –, la loi française n'avait pas vocation à s'appliquer* », *ibid.*, §90.

¹³⁶¹ *Ibid.*, §99.

¹³⁶² *Ibid.*, §102. *A contrario*, voy. l'opinion partiellement dissidente commune aux juges COSTA, CASADEVALL, BIRSAN, GARLICKI, HAJIYEV, SIKUTA et NICOLAOU jointe à l'arrêt, pt. 9.

Cela montre un encadrement poussé et global de la légalité conventionnelle en faveur de la sécurisation objective du mécanisme de la Convention¹³⁶³.

271. Sans aller jusqu'à prohiber toute modification législative¹³⁶⁴, la Cour impose également un seuil minimal de cohérence de telle sorte que la base légale, même modifiée, puisse rester prévisible dans ses effets¹³⁶⁵, comme en témoigne le contentieux des expropriations indirectes. Se montrant réticente à valider la conformité conventionnelle de ce mécanisme puisqu'il « permet à l'administration de tirer bénéfice d'une situation illégale par l'effet duquel le particulier se trouve devant le fait accompli », elle reconnaît que le transfert de propriété au profit de l'administration pendant la période d'occupation sans titre ne peut donc être considéré comme « prévisible »¹³⁶⁶ dans la mesure où elle n'a été corroborée que par une décision définitive. De ce fait, elle instaure une obligation de cohérence législative¹³⁶⁷ en veillant à ce que l'attitude de l'État reste en adéquation avec le titre de propriété.

272. En complément, le juge procède à un contrôle de conformité strict sur les perturbations juridiques engendrées par les lois successives. Si certaines dispositions transitoires sont justifiées par le principe de sécurité juridique¹³⁶⁸, elles invitent à la plus grande prudence quant aux répercussions qu'elles engendrent sur les droits des justiciables. Dans l'affaire *Centro Europa 7 S.R.L. et Di Stefano contre Italie*¹³⁶⁹, l'application de divers régimes transitoires avait empêché la société requérante, pourtant titulaire d'une concession de marché public, d'accéder au marché de la radiodiffusion visuelle pendant près de dix ans, privant donc « l'intéressée du degré de protection contre l'arbitraire requis par la prééminence du droit »¹³⁷⁰. Somme toute logique, le juge sanctionne l'État pour ne pas avoir instauré, « un cadre législatif approprié afin

¹³⁶³ Y compris à l'égard de l'Union européenne, voy. CEDH, 4 avril 2012, *Thimothawes c. Belgique*, req. n° 39061/11, §70.

¹³⁶⁴ Par exemple, dans l'arrêt *Bronioswki contre Pologne*, la Cour a pu souligner que la multiplicité des lois ne rendait pas nécessairement l'ingérence non prévue par la loi dès lors que les buts poursuivis par l'État sont légitimes, voy., CEDH, Gde. Ch., 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne*, req. n° 31443/96, Rec. 1999-VII, §154 (*GACEDH*, 2019, n° 74).

¹³⁶⁵ « L'on ne saurait dire [...] que l'État n'a pas satisfait à l'obligation de réagir avec la plus grande cohérence en vue de garantir la sécurité juridique. En effet la question de savoir si la condition de nationalité tchèque était applicable également au propriétaire d'origine a fait l'objet de plusieurs décisions invariables de la Cour constitutionnelle, et le requérant ne s'est jamais trouvé dans une situation d'incertitude juridique résultant d'une remise en cause de décisions définitives antérieures », CEDH, 11 janvier 2005, *Blücher c. République Tchèque*, req. n° 58580/00, §57.

¹³⁶⁶ CEDH, 10 mai 2000, *Carbonara et Ventura c. Italie*, req. n° 24638/94, Rec. 2000-VI, §65.

¹³⁶⁷ P. WACHSMANN, « De la qualité de la loi à la qualité du système juridique », *op. cit.*, p. 1695-1697.

¹³⁶⁸ « L'application dans le temps des lois précitées telle qu'aménagée par les dispositions transitoires résulte à l'évidence d'une mise en balance entre, d'une part, le principe de l'immuabilité de l'état civil, dans un souci de sécurité juridique, compte tenu des importantes répercussions que le changement de législation aurait inévitablement dans la tenue des registres d'état civil », CEDH, Déc., 27 août 2013, *De Ram et autre c. France*, req. n° 38275/10, §23.

¹³⁶⁹ CEDH, Gde. Ch., 7 juin 2012, *Centro Europa 7 S.R.L et Di Stefano c. Italie*, req. n° 38433/09, Rec. 2012-III.

¹³⁷⁰ *Ibid.*, §156.

de garantir le pluralisme effectif dans les médias »¹³⁷¹. Une solution similaire a pu être adoptée en matière d'accès aux documents classés secrets dans le cadre des lois de lustration¹³⁷², ou encore concernant l'application de dispositions transitoires par le juge français en matière successorale¹³⁷³. Consciente également que « *les lois se servent [...] par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique* »¹³⁷⁴, la Cour se réfère à l'interprétation de la « loi » nationale par le juge afin de déterminer si le standard de la prévisibilité a bel et bien été respecté.

b- L'examen complémentaire de l'interprétation jurisprudentielle

273. L'examen de la jurisprudence nationale participe au renforcement de la légistique matérielle, car elle sert d'outil interprétatif complémentaire dans l'examen de la prévisibilité de la base légale litigieuse. Puisqu'une « loi » nationale ne peut assurer à elle seule sa propre sécurité juridique¹³⁷⁵, le juge national a pour rôle de compléter les lacunes législatives « *à la lumière de la droiture et du bon sens* »¹³⁷⁶. Le juge strasbourgeois ne se contente pas de la loi nationale « *nue, mais également interprétée* »¹³⁷⁷. Bien qu'elle examine le cadre législatif en combinaison avec le cadre jurisprudentiel¹³⁷⁸, elle ne lui concède qu'une place secondaire de principe puisque « *la fonction de décision confiée aux juridictions sert précisément à dissiper*

¹³⁷¹ *Ibidem*.

¹³⁷² CEDH, 24 avril 2007, *Matyjek c. Pologne*, req. n° 38184/03, §§64-65.

¹³⁷³ Ne remettant pas en cause l'aptitude des États à mettre en place des dispositions transitoires lorsqu'ils adoptent une réforme législative, elle rappelle cependant que « *l'adoption de mesures générales implique pour l'État l'obligation de prévenir, avec diligence, de nouvelles violations semblables à celles constatées dans les arrêts de la Cour [...]. Cela entraîne l'obligation pour le juge national d'assurer, conformément à son ordre constitutionnel et dans le respect du principe de sécurité juridique, le plein effet des normes de la Convention, telles qu'interprétées par la Cour* », CEDH, Gde. Ch. 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n° 16574/08, Rec. 2013-I, §§73-74 (*JCP G*, 2013, act. 242, obs. F. SUDRE). Pour plus de détails sur le contrôle de la Cour à l'égard des dispositions transitoires nationales, voy. A. SIMON, *Convention européenne des droits de l'homme et dispositions transitoires*. Le point sur le régime et les effets d'un contrôle de conformité intransigeant, *RTD Eur*, 2014, n° 3, p. 581-592.

¹³⁷⁴ CEDH, Ch., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, req. n° 6538/74, série A. 30, §49 (*JDI*, 1980, 471, obs. P. ROLLAND).

¹³⁷⁵ « *On peut s'interroger sur la question de savoir si la crise de la loi [...] n'est pas de nature à justifier le recours par la Cour à la jurisprudence* », C. SALVIEJO, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, *op. cit.*, p. 330.

¹³⁷⁶ J-E. PORTALIS, *Discours préliminaire*, Projet de Code civil présenté par la Commission nommée par le gouvernement le 24 thermidor an 8, 1804, cité dans J. HAUSER, *Le juge et la loi*, *Pouvoirs*, 2005/3, n° 114, p. 139-153, spéc. p. 139.

¹³⁷⁷ M. AFROUKH, « *Le contrôle de la norme nationale par la Cour européenne des droits de l'homme* », in E. BONIS (dir.) et V. MALABAT (dir.), *La qualité de la norme. L'élaboration de la norme*, Mare & Martin, Paris, coll. « *Droit & Science politique* », p. 305.

¹³⁷⁸ Voy. par ex., CEDH, 29 mars 2011, *RTBF c. Belgique*, req. n° 50084/06, Rec. 2011-III, §116 (*RTDH*, 2013, 331, note B. FRYDMAN et C. BRICTEUX).

les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes, en tenant compte des évolutions de la pratique quotidienne »¹³⁷⁹.

274. Cependant, cette fonction de complétude ne saurait être illimitée. La Cour requiert en ce sens une cohérence substantielle entre la loi pénale¹³⁸⁰ et la décision prise par les tribunaux tant sur les notions utilisées que sur les éléments constitutifs de l'infraction¹³⁸¹ sous peine de conduire à un constat de violation de l'article 7§1. Par ailleurs, la jurisprudence nationale se doit d'être constante dans l'interprétation de la loi, même si la Cour autorise, dans une certaine mesure, des revirements et des divergences jurisprudentiels¹³⁸². Ainsi a-t-elle jugé, dans l'arrêt *Weber contre Suisse*¹³⁸³, que « l'existence d'un seul précédent jurisprudentiel qui, de plus, ne concernait pas le même canton que celui du requérant, ne saurait constituer une base légale suffisamment précise et est donc incompatible avec les principes de sécurité juridique et de protection contre l'arbitraire »¹³⁸⁴. La Cour se montre alors attentive à ce que la jurisprudence qui complète les lacunes de la loi nationale soit « ancienne et constante »¹³⁸⁵. Ainsi considère-t-elle que l'existante de « quatre précédents émis par le Tribunal fédéral helvétique » portant sur « situations comparables mais pas identiques » ne peuvent compenser les lacunes de la loi fédérale et servir ainsi de base légale à la détention du requérant¹³⁸⁶. Elle parvient au même constat lorsque les précédents sont bien établis dans la jurisprudence mais non publiés au Recueil officiel¹³⁸⁷.

¹³⁷⁹ CEDH, Gde. Ch., 15 novembre 1996, *Cantoni c. France*, req. n° 17862/91, §32. Certaines exceptions jurisprudentielles illustrent en revanche une prédominance de la jurisprudence sur la « loi » notamment matière pénale, voy. notamment F. MASSIAS, *Prééminence du droit et sécurité juridique*, à propos de la surveillance du Mur de Berlin, *RSC*, 2001, p. 639 ; M. TOUILLER, *L'interprétation stricte de la loi pénale et l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, *RDLF*, 2014, chron. n° 8. Cette prévalence a un impact préjudiciable sur l'articulation entre la sécurité juridique et les droits fondamentaux, *infra*, n° 497 et suiv n° 515 et suiv.

¹³⁸⁰ « On ne saurait interpréter l'article 7 de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible, CEDH, 22 novembre 1995, *S.W. c. Royaume-Uni*, req. n° 20166/92, §36 (*GACEDH*, 2019, n° 38) ; voy. plus récemment CEDH, 12 juillet 2007, *Jorgic c. Allemagne*, req. n° 76613/01, §109.

¹³⁸¹ CEDH, 10 octobre 2006, *Pessino c. France*, req. n° 40403/02, §§34-36 (*AJDA*, 2009, 1164, note B. PACTEAU).

¹³⁸² « En effet, une évolution de jurisprudence n'est pas en soi contraire à une bonne administration de la justice dans la mesure où l'absence d'une approche dynamique et évolutive serait susceptible d'entraver tout changement ou amélioration », CEDH, 14 janvier 2010, *Atanasovski c. l'ex-République Yougoslave de Macédoine*, req. n° 36815/03, §38 ; CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie*, req. n° 3279/05, §58 (*JCP G*, 2012, doct. 87, F. SUDRE). Pour plus de détails, voy. *infra*, n° 520 et suiv.

¹³⁸³ CEDH, Ch., 26 juillet 2007, *Weber c. Suisse*, req. n° 3688/04.

¹³⁸⁴ *Ibid.*, §41.

¹³⁸⁵ CEDH, 8 novembre 2001, *Laumont c. France*, req. n° 43626/98, §41.

¹³⁸⁶ CEDH, 10 septembre 2010, *Borer c. Suisse*, req. n° 22493/06, §46.

¹³⁸⁷ CEDH, 3 décembre 2019, *I. L c. Suisse*, req. n° 72939/16, §§48-58.

275. Enfin, son appréciation porte sur le contenu même de la motivation des décisions de justice qui doit apporter une réponse « *spécifique et explicite* » aux moyens soulevés par les parties¹³⁸⁸. Dans l'arrêt *Dulaurans contre France*¹³⁸⁹, la requérante se plaignait de l'irrecevabilité de son pourvoi fondée sur l'appréciation inexacte d'un moyen nouveau par la Cour de cassation. S'imposant bon gré mal gré comme un « *4^{ème} degré de juridiction* », la Cour européenne reprend *expressis verbis* des passages de l'arrêt pour sanctionner sévèrement la juridiction française qui « *n'a pas davantage expliqué sa position [...]* »¹³⁹⁰ affirmant qu'elle était le résultat d'une « *erreur manifeste d'appréciation* »¹³⁹¹, solution ce qui n'a pas manqué de provoquer au passage l'ire des juristes français¹³⁹².

276. Manifestement, le critère de la prévisibilité porte sur le contrôle exercé par le juge national sur la loi¹³⁹³. Ce faisant, la Cour européenne examine la teneur du contrôle de conventionnalité national pour vérifier si le juge a pu utilement compléter la loi interne. Dans l'hypothèse négative, elle considéra que la « loi » nationale n'a pas pleinement satisfait aux exigences de prévisibilité¹³⁹⁴. Rigoureux à l'encontre de la précision et de la clarté de l'interprétation jurisprudentielle, le juge strasbourgeois se montre plus clément vis-à-vis de l'impératif de cohérence. La « loi » jurisprudentielle se doit d'être suffisamment « *constante* »¹³⁹⁵, « *dominante* »¹³⁹⁶ et « *établie* »¹³⁹⁷ afin de satisfaire à la prévisibilité et à la sécurité juridique, laissant donc une grande latitude aux prétoires nationaux.

277. En définitive, la standardisation matérielle fixe un seuil minimal de légalité qui est intégrée dans les législations internes grâce aux déclinaisons du principe de sécurité juridique, qui concourent à leur mesure et à l'encadrement matériel de la légalité. Son aboutissement incite le juge strasbourgeois à déployer par la même occasion son contrôle sur l'examen des modalités procédurales étatiques, ouvrant la voie à de nouvelles perspectives de légistique. Lorsque l'examen de la prévisibilité de la loi se révèle insuffisant pour déterminer avec exactitude l'existence d'une base légale, la Cour décide alors de procéder à son examen sur le terrain de

¹³⁸⁸ CEDH, 9 décembre 1994, *Ruiz Torija et Hiro Balani c. Espagne*, req. n° 18390/91, série A. 303-A, §30.

¹³⁸⁹ CEDH, 21 mars 2000, *Dulaurans c. France*, req. n° 34553/97 (*JCP G*, 2000, II, 10344, note A. PERDIAU).

¹³⁹⁰ *Ibid.*, §37.

¹³⁹¹ *Ibid.*, §38.

¹³⁹² Voy. par ex. R. PERROT, La nouveauté du moyen et la Cour européenne des droits de l'homme, *RTD Civ.*, 2000, p. 635.

¹³⁹³ S. TOUZE, Deux facettes différentes de l'imprévisibilité sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 847.

¹³⁹⁴ Voy. par ex. CEDH, Plén., 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, req. n° 8691/79, série A. 82, §§81-82.

¹³⁹⁵ CEDH, Ch., 24 février 1998, *Larissis et autres c. Grèce*, req. n° 23372/94, §34.

¹³⁹⁶ CEDH, 23 mars 2017, *Genov c. Bulgarie*, req. n° 40524/08, §40.

¹³⁹⁷ CEDH, 11 avril 2013, *Firoz Muneer c. Belgique*, req. n° 56005/10, §59.

la proportionnalité¹³⁹⁸. Dans le cadre de l'article 1 du Protocole n°1, elle a affirmé qu'elle était « amenée elle-même à vérifier si la manière dont le droit interne est interprété et appliqué, même en cas de respect des exigences légales, produit des effets conformes aux principes de la Convention »¹³⁹⁹. Cette attitude est révélatrice d'une tactique prétorienne stratégique¹⁴⁰⁰ consistant à déplacer le contrôle de la légalité sur le terrain des obligations procédurales, déplacement qui traduit une évolution vers une légistique « procéduralisée »¹⁴⁰¹.

2§) La standardisation procédurale de la légalité

278. En plus des critères de légistique matérielle, la « loi » nationale doit s'assortir de « garanties adéquates et suffisantes contre les abus »¹⁴⁰². La légalité « au sens de » du droit de la Convention inclut dorénavant les garanties procédurales offertes à l'individu pour le protéger contre l'arbitraire des pouvoirs publics¹⁴⁰³ dans la continuité du processus de processus « procéduralisation »¹⁴⁰⁴ des droits fondamentaux (A). En raison de son caractère intrusif et directif, cette nouvelle forme de légistique interroge sur sa compatibilité avec le principe de subsidiarité dans la mesure où portant atteinte à la marge d'appréciation des États parties, même

¹³⁹⁸ L'examen des garanties procédurales au niveau du contrôle de proportionnalité est sensiblement majoritaire, notamment dans le cadre de l'article 8 : CEDH, Plén., 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, req. n° 8691/79, série A. 82, §79 ; CEDH, Ch., *Kruslin c. France*, 24 avril 1990, req. n° 11801/85, série A. 176-A, §§27-38 (*GACEDH*, 2019, n° 5) ; CEDH, Gde. Ch., 16 février 2002, *Amann c. Suisse*, req. n° 27798/95, §56 ; CEDH, Gde. Ch., 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*, req. n° 28341/95, Rec. 2000-V, §55.

¹³⁹⁹ CEDH, Gde. Ch., 5 janvier 2000, *Beyeler c. Italie*, req. n° 33202/96, Rec. 2000-I, §110. Cette formule est constante dans la jurisprudence afférente au droit de propriété, CEDH, 15 juillet 2010, *Chagnon et Fournier c. France*, req. n° 44174/06 et 44190/06, §44. On peut également le souligner dans une formulation différente en ce qui concerne l'article 5§1 : « une privation de liberté peut être régulière selon la législation interne tout en étant arbitraire », voy. CEDH, Gde. Ch., 9 juillet 2009, *Mooren c. Allemagne*, req. n° 11364/03, §77.

¹⁴⁰⁰ Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne. Prendre l'idée simple au sérieux, op. cit.*, p. 320 et p. 677. Sur l'impact négatif de cette tactique sur le niveau de sécurité juridique individuelle et de la protection effective des droits conventionnels, voy., *infra*, n° 473, et 554 et suiv.

¹⁴⁰¹ La légistique matérielle se concentre sur la mise en œuvre concrète des lois. Certains auteurs l'associent volontiers à l'effectivité des droits et des libertés, rejoignant l'objectif intrinsèque du contrôle procédural de la légalité, voy. par ex. M. MARTEAU-LAMARCHE (dir.), « Le désordre normatif et la qualité de la norme », *op. cit.*, p. 13 ; V. MARINESE, « Légistique et effectivité », *op. cit.*, p. 89-117, spéc. p. 92 et suiv.

¹⁴⁰² CEDH, Ch., 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, req. n° 5029/71, req. n° 5029/71, série A. 28, §57 (*JDI*, 1980, 463, obs. P. ROLLAND).

¹⁴⁰³ Par exemple, dans l'affaire *Ahmet Yildirim contre Turquie*, la Cour affirme qu'un « contrôle judiciaire [...] ne saurait se concevoir sans un cadre fixant des règles précises et spécifiques quant à l'application préventives à la liberté d'expression ». Le juge strasbourgeois sanctionne en l'espèce l'insuffisance du contrôle juridictionnel à contrer les abus potentiels car « le droit interne ne prévoit aucune garantie pour éviter qu'une mesure de blocage visant un site précis ne soit utilisée comme moyen de blocage général », voy. CEDH, 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, Rec. 2012-VI, req. n° 3111/10, §§64-68.

¹⁴⁰⁴ N. LE BONNIEC, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme. Réflexion sur le contrôle juridictionnel du respect des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2017.

si, selon nous, elle est significative de l'évolution actuelle de la conception de la subsidiarité conventionnelle portée par le concept de « responsabilité partagée » (B).

A- Une légistique dérivée de la « procéduralisation »

279. Selon le Professeur Édouard DUBOUT, la procéduralisation se définit comme le processus « *l'adjonction jurisprudentielle d'une obligation procédurale à la charge des autorités nationales destinée à renforcer la protection interne d'un droit substantiel* »¹⁴⁰⁵. En complément, une thèse récente entend ce processus comme « *une technique juridique particulière, modelée par le juge européen pour s'adapter précisément aux besoins du système conventionnel* »¹⁴⁰⁶. Ce phénomène entraîne un double mouvement de redéfinition et d'harmonisation des obligations procédurales étatiques dans le respect des droits « *concrets et effectifs* »¹⁴⁰⁷. Le juge effectue conséquemment un encadrement de plus en plus approfondi desdites obligations en énonçant « *les caractéristiques systématiques [...] de sorte que les critères établis par [lui] puisse être transposé aux systèmes nationaux* »¹⁴⁰⁸. Or, ce phénomène s'inscrit dans la stabilisation objective du droit de la Convention.

280. Lorsque la procéduralisation de la « loi » émerge pour la première fois dans l'arrêt *Klaas et al. contre RFA*¹⁴⁰⁹, le Professeur Sébastien VAN DROOGHENBROECK y relève une « *nouvelle sécurité juridique* »¹⁴¹⁰ qui ne promet plus au justiciable « *les repères propres à orienter a priori son action [...] mais uniquement l'assurance qu'un prétoire lui sera a posteriori ouvert pour entendre ses explications* »¹⁴¹¹. Cette version « améliorée » sert de

¹⁴⁰⁵ Selon lui, la « procéduralisation » comprend de la sorte deux volets : le premier correspond à l'instauration de procédures destinées à renforcer la qualité d'un système juridique, tandis que le second porte sur le lien étroit unissant la justice distributive et la justice procédurale, E. DUBOUT, La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH*, 2007/70, p. 265-300, spéc. p. 270 et suiv.

¹⁴⁰⁶ N. LE BONNIEC, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme. Réflexion sur le contrôle juridictionnel du respect des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 541.

¹⁴⁰⁷ CEDH, Ch., *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, req. n° 6289/73, §24 (*GACEDH*, 2019, n° 2).

¹⁴⁰⁸ K-I. PANAGOULIAS, *La procéduralisation des droits substantiels garanti par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Némésis, Bruxelles, 2012, p. 23.

¹⁴⁰⁹ CEDH, Ch., 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, req. n° 5029/71, série A. 28, §55 (*JDI*, 1980, 463, obs. P. ROLLAND).

Le juge élude les ingérences arbitraires par l'établissement d'un seuil minimal de garanties procédurales pour être « prévue par la loi », signe de rattachement à la prééminence du droit, X. SOUVIGNET, *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 157.

¹⁴¹⁰ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne. Prendre l'idée simple au sérieux*, *op. cit.*, p. 691.

¹⁴¹¹ *Ibidem*. Cette procéduralisation entraîne d'ailleurs une subjectivisation des critères objectifs de la légalité, comme l'accessibilité dans le cadre du droit d'accès à un tribunal, *infra*, n° 347.

tremplin à une procéduralisation des exigences liées à la qualité de la loi qui, en complément des éléments de légistique formelle et matérielle, se voit « augmentée » par des éléments de nature procédurale. Élargissant le contenu « des voies légales », la Cour énonce fréquemment que la loi doit être « *prévisible dans son application, de façon à remplir le critère de "légalité" fixé par la Convention* »¹⁴¹². De cette façon, la « procéduralisation » fusionne avec le principe de sécurité juridique et ses dérivés objectifs. Cette nouvelle forme de légistique prend la forme d'un contrôle d'adéquation¹⁴¹³, d'abord pour évaluer entre le cadre législatif ou réglementaire instauré par l'État (1^o) puis pour apprécier son effectivité à l'aune des garanties procédurales (2^o).

1^o) Le contrôle d'adéquation légale

281. Le contrôle d'adéquation se définit comme une forme de « *cohérence comportementale* »¹⁴¹⁴ visant à examiner la conformité de l'ingérence étatique avec le cadre législatif établi par l'État. Cela permet à la Cour de déterminer si la légalité de l'ingérence a été effectivement et véritablement respectée en l'espèce. Par exemple, dans l'arrêt *Makaratzis contre Grèce*¹⁴¹⁵, le juge constate que la loi grecque comporte des carences législatives d'ordre formel et matériel en ce qu'elle ne détaille pas avec suffisamment de clarté la réglementation de l'usage des armes à feu ou encore le contrôle et la préparation desdites opérations¹⁴¹⁶. Soulignant dans le même temps un changement législatif récent caractéristique de son obsolescence¹⁴¹⁷, elle sanctionne l'État pour non-respect son obligation préventive de protection¹⁴¹⁸. Autre exemple, dans *Guerdner et autres contre France*¹⁴¹⁹, le juge impose « *l'obligation de mettre en place un cadre juridique approprié définissant les circonstances limitées dans lesquelles les représentants de la loi peuvent avoir recours à la force et faire*

¹⁴¹² CEDH, 23 avril 2015, *François c. France*, req. n° 26690/11, §48.

¹⁴¹³ Le terme « adéquation » se justifie par la nature de l'article 2 le juge manifestant une volonté formelle de ne pas s'immiscer dans l'opportunité de la réglementation étatique. L'adéquation correspondant à l'examen du comportement des agents de l'État par rapport au cadre légal.

¹⁴¹⁴ J-B. WALTER, *L'espérance légitime*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque des thèses », p. 208.

¹⁴¹⁵ CEDH, Gde. Ch., 20 décembre 2004, *Makaratzis c. Grèce*, req. n° 50385/99, Rec. 2004-XI.

¹⁴¹⁶ *Ibid.*, §61.

¹⁴¹⁷ « *La Cour relève qu'en 1995, année où s'est produit l'épisode en question, l'utilisation d'armes par les agents de l'État se trouvait régie par une législation reconnue comme obsolète et incomplète pour une société démocratique moderne. Le système en place n'offrait pas aux responsables de l'application des lois des recommandations et des critères clairs concernant le recours à la force en temps de paix* » [souligné par nous], *ibid.*, §70.

¹⁴¹⁸ *Ibid.*, §71. *A contrario*, voy. à titre indicatif l'opinion concordante commune des juges COSTA, SIR NICOLAS BRATZA, et LORENZE jointe à l'arrêt.

¹⁴¹⁹ CEDH, 17 avril 2014, *Guerdner et autres c. France*, req. n° 68780/10 ; *a contrario*, CEDH, Gde. Ch., 20 décembre 2004, *Makaratzis c. Grèce*, req. n° 50385/99, §51.

usage d'armes à feu »¹⁴²⁰. En l'espèce, l'obligation est rattachée à la prééminence du droit¹⁴²¹ et est examinée sous l'angle de la clarté¹⁴²², autre élément intrinsèque de la prévisibilité et, par déduction, de la sécurité juridique¹⁴²³. Ceci vaut également pour les agissements criminels d'autrui¹⁴²⁴, et se généralise à des activités non intentionnelles comme les activités dangereuses¹⁴²⁵ ou pour la protection de la vie des malades¹⁴²⁶. Cette même démarche imprègne également l'article 2§1 consacrant le droit à la vie. Formant « *l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques* »¹⁴²⁷, le juge énonce que « *la première phrase de l'article 2§1 astreint l'État non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction* »¹⁴²⁸. Parmi ces mesures, on retrouve l'obligation positive de légiférer qui commande à l'État d'élaborer un « *cadre législatif et administratif adéquat* »¹⁴²⁹. On la retrouve notamment le cadre de l'article 8 pour lequel la Cour énonce qu'il « *appartient à chaque État contractant de se doter d'un arsenal juridique adéquat et suffisant* »¹⁴³⁰. En réalité, le contrôle s'étend au-delà de la simple adéquation. En effet, le juge ne contente pas d'examiner de relever la carence législative. Elle prescrit en parallèle des obligations procédurales spécifiques à la charge de l'État partie. La mise en œuvre d'un cadre législatif s'assortit d'un

¹⁴²⁰ *Ibid.*, § 64.

¹⁴²¹ *Ibidem.*

¹⁴²² *Ibid.*, §69.

¹⁴²³ *Supra*, n° 142.

¹⁴²⁴ Voy. principalement CEDH, Gde. Ch., 28 octobre 1998, *Osman c. Royaume-Uni*, req. n° 23452/94, §115 (GACEDH, 2019, n° 12) ; CEDH, 14 mars 2002, *Paul et Audrey Edwards contre Royaume-Uni*, req. n° 46477/99, Rec. 2002-II, §§57-66.

¹⁴²⁵ Voy. CEDH, Gde. Ch., 30 novembre 2004, *Öneriyildiz contre Turquie*, Rec. 2004-XII, req. n° 48939/99, §109 ; CEDH, 20 mars 2008, *Boudaïeva et autres c. Russie*, req. n° 15339/02 et suiv., Rec. 2008-II, §132 ; CEDH, 15 décembre 2009, *Kalender c. Turquie*, req. n° 4314/02, §§44-49. Dans cette hypothèse, l'obligation de légiférer est corrélée à l'obligation positive de sécurité, voy. à titre indicatif M. AFROUKH, L'émergence d'un droit à la sécurité des personnes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ?, *RDP*, 2015, n° 1, p. 139.

¹⁴²⁶ CEDH, *Berktaş c. Turquie*, 1^{er} mars 2001, (*JCP G*, 2001, I, 342, n° 1, obs. F. SUDRE) ; CEDH, Gde. Ch., 17 janvier 2002, *Cavelli et Ciglio c. Italie*, req. n° 32976/96, §51 (*JCP G*, 2002, I, 157, n° 1, obs. F. SUDRE) ; pour les personnes vulnérables, voy. notamment CEDH, 16 novembre 2006, *Huylyu c. Turquie*, req. n° 52955/99, §§75-76 (personnes détenues) et CEDH, Gde. Ch., 18 juin 2013, *Nencheva et autres c. Bulgarie*, req. n° 48609/06, §§134-139 (personnes confiées aux soins de l'État).

¹⁴²⁷ CEDH, Gde. Ch., 27 septembre 1995, *McCann c. Royaume-Uni*, req. n° 18984/91, série A. 324, §147 (GACEDH, 2019, n° 11). Sur l'article 2, nous renvoyons principalement aux études et travaux doctrinaux suivant : M. LEVINET (dir.), *Le droit au respect de la vie au sens de la CEDH*, Bruylant-Némésis, Bruxelles, coll. « Droit & Justice », 2010, n° 93. F. TULKENS, « Le droit à la vie et le champ des obligations des États dans la jurisprudence récente de la Cour eur. D.H. », in *Liberté, justice, tolérance. Mélanges en hommage à Louis-Edmond PETTITI*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 430.

¹⁴²⁸ CEDH, Ch., 9 juin 1998, *L.C.B c. Royaume-Uni*, req. n° 23413/94, §36 (*JCP G*, 1999, I, 105, n° 7 obs. F. SUDRE).

¹⁴²⁹ CEDH, Gde. Ch., 20 décembre 2004, *Makaratzis c. Grèce*, req. n° 50385/99, Rec. 2004-XI, §71.

¹⁴³⁰ CEDH, 25 janvier 2000, *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, Rec. 2000-I, req. n° 31679/96, §108 (*JCP G*, 2001, I, 291, chron. F. SUDRE).

« système judiciaire efficace »¹⁴³¹. C'est sur ce point que se situe véritablement la phase procéduralisée du contrôle de légalité.

2°) Le contrôle d'adéquation procédurale

282. De jurisprudence constante, l'obligation de procéder à une enquête effective distincte constitue « une obligation inhérente à l'article 2 lequel exige notamment que le droit à la vie soit protégé par la loi »¹⁴³². La simple prévisibilité matérielle ou formelle de la « loi » ne suffit plus : il faut également que cette exigence s'applique aux garanties procédurales. Pour ce qui est du contentieux relatif aux activités dangereuses, les législations nationales doivent, selon la jurisprudence de la Cour, intégrer des mesures tenant à « la mise en place, l'exploitation, la sécurité et le contrôle afférents à l'activité ainsi qu'imposer à toute personne concernée par celle-ci l'adoption de mesures d'ordre pratique propres à assurer la protection effective des citoyens dont la vie risque d'être exposée aux dangers inhérents au domaine en cause. [...] »¹⁴³³. Elle ajoute également que « les réglementations en l'espèce doivent par ailleurs prévoir des procédures adéquates tenant compte des aspects techniques de l'activité en question et permettant de déterminer ses défaillances ainsi que les fautes qui pourraient être commises à cet égard par les responsables à différents échelons »¹⁴³⁴. En dépit des quelques ajustements effectués selon l'activité en cause et la nature du risque¹⁴³⁵, la Cour prescrit explicitement le type de mesures que l'État doit intégrer dans sa législation nationale pour qu'il

¹⁴³¹ Voy. notamment CEDH, Gde. Ch. 17 janvier 2002, *Calvelli et Ciglio c. Italie*, req. n° 32967/96, Rec. 2002-I, §§49-51 (*JCP G*, 2002, I, 157, n° 1, chron. F. SUDRE).

¹⁴³² Voy. parmi d'autres CEDH, Gde. Ch., 27 juin 2000, *Ilhan c. Turquie*, req. n° 22277/93, §§75-79 ; CEDH, 25 août 2009, *Guiluinio et Gaggio c. Italie*, req. n° 23548/02, §299 ; CEDH, Gde. Ch. 30 mars 2016, *Armani Da Silva c. Royaume-Uni*, req. n° 5878/08, §231 (*JCP G*, 2016, act. 508, G. GONZALEZ)

¹⁴³³ CEDH, Gde. Ch., 30 novembre 2004, *Oneryildiz c. Turquie*, Rec. 2004-XII, req. n° 48939/99, §90 (*GACEDH*, 2019, n° 66).

¹⁴³⁴ *Ibidem*.

¹⁴³⁵ Parmi une jurisprudence abondante : pour les activités dangereuses par nature : CEDH, 20 mars 2008, *Boudaïeva et autres c. Russie*, req. n° 15339/02 et suiv., Rec. 2008-II, §§149-152 : « on pouvait raisonnablement attendre des autorités qu'elles prissent conscience du risque accru d'accidents en cas de coulée de boue cette année-là et fassent preuve de toute la diligence nécessaire en informant la population civile et en adoptant à l'avance un dispositif d'évacuation d'urgence. En tout état de cause, informer la population des risques constituait l'une des mesures pratiques majeures qu'imposait le souci d'une protection effective des citoyens concernés » [souligné par nous]. Pour les activités à risque : CEDH, 24 avril 2012, *Iliya Petrov c. Bulgarie*, req. n° 19202/03, §55 : « Lorsque l'État met en place des installations électriques du type de celle de l'espèce, sa responsabilité sous l'angle de l'article 2 de la Convention implique la prévention des risques inhérents à ces installations. [...] Dans le domaine de l'activité examinée, la Cour estime que l'État a une obligation de signaler les installations électriques à haute tension » [souligné par nous]. Pour les activités comportant des risques environnementaux : CEDH, 27 janvier 2009, *Tătar c. Roumanie*, req. n° 67021/01, §88 : « Le processus décisionnel doit tout d'abord comporter la réalisation des enquêtes et études appropriées, de manière à prévenir et évaluer à l'avance les effets des activités qui peuvent porter atteinte à l'environnement et aux droits des individus [...]. L'importance de l'accès du public aux conclusions de ces études ainsi qu'à des informations permettant d'évaluer le danger auquel il est exposé ne fait pas de doute » [souligné par nous].

puisse satisfaire pleinement à ses obligations positives. Cette technique s'étend à d'autres contentieux comme celui des négligences médicales. Dans l'affaire *Cavelli et Ciglio*¹⁴³⁶, le juge indique à l'État italien que l'obligation positive de protection « *peut être remplie aussi, par exemple, si le système juridique en cause offre aux intéressés un recours devant les juridictions civiles, seul ou conjointement avec un recours devant les juridictions pénales, aux fins d'établir la responsabilité des médecins en cause et, le cas échéant, d'obtenir l'application de toute sanction civile appropriée, tels le versement de dommages-intérêts et la publication de l'arrêt. Des mesures disciplinaires peuvent également être envisagées* »¹⁴³⁷.

283. En somme, le principe de sécurité juridique participe, de manière directe ou indirecte, à un contrôle « procéduralisé » de la légalité. Concourant à une meilleure qualité rédactionnelle des lois bénéfique sur le plan de l'effectivité, la Cour déplace le curseur de son contrôle sur le terrain des obligations procédurales en vérifiant non plus seulement la qualité formelle et matérielle des lois, mais également leur qualité « *procédurale* »¹⁴³⁸. L'élaboration d'une telle légistique conduit à un contrôle assez intrusif sur les mesures étatiques qui contrevient à l'autonomie dont ils sont censés disposer en matière législative au titre de leur obligation de résultats. Selon nous, cette légistique « procéduralisée » concourt en réalité à contribuer à un accompagnement législatif pleinement compatible avec les évolutions récentes de la subsidiarité en droit de la Convention.

¹⁴³⁶ CEDH, Gde. Ch., 17 janvier 2002, *Cavelli et Ciglio c. Italie*, req. n° 32976/96 (*JCP G*, 2002, I, 157, n° 1, obs. F. SUDRE).

¹⁴³⁷ *Ibid.*, §51.

¹⁴³⁸ La systématisation et la récapitulation des obligations positives confère en effet aux États véritables « guides » de fabrication légistique qui s'inscrivent dans une logique préventive des violations. En contrôlant le droit interne à la lumière de ces « guides », la jurisprudence de la Cour renforce l'effectivité procédurale des législations nationales. Pour plus de détails voy., *infra*, n° 460 et suiv.

B- Une légistique corrélée avec les évolutions du principe de subsidiarité

284. À l'aune de l'entrée en vigueur du Protocole n° 15¹⁴³⁹, le principe de subsidiarité est au cœur de l'actualité juridique européenne¹⁴⁴⁰. Innommé dans le texte conventionnel¹⁴⁴¹, il constitue la « *clé de voûte du système européen de protection des droits de l'homme* »¹⁴⁴². Principe de répartition des compétences entre la Cour et les États¹⁴⁴³, il se singularise par son imprécision conceptuelle. À la différence d'autres types d'organisations juridiques qui promeuvent une « *subsidiarité-concurrente* » des compétences, la subsidiarité « au sens de la Convention » se présente davantage comme une « *subsidiarité-complémentarité* »¹⁴⁴⁴. Inspirée

¹⁴³⁹ L'article 1^{er} du Protocole n° 15 du 24 juin 2013 fait suite aux Conventions sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'Homme (Conférence de Brighton des 19 et 20 juin 2012, la Conférence d'Interlaken des 18 et 19 février 2010 ainsi que la Conférence d'Izmir du 26 et 27 avril 2011). Il prévoit l'insertion du principe de subsidiarité et de la marge nationale d'appréciation dans le Préambule de la Convention alors reformulé comme suit : « *Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme instituée par la présente Convention* ». Pour un article retraçant les principaux enjeux de ce protocole, voy. G. MALINVERNI, « Le Protocole n° 15 à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2015/101, p. 51-63.

¹⁴⁴⁰ En sus des études mentionnées dans notre analyse, nous indiquons également les lectures suivantes : J. CALLEWAERT, « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, Bruxelles, 2000 p. 13-61 ; O. DE SCHUTTER, « La subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme : la dimension procédurale », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité, op. cit.*, p. 63-130 ; C. PICHERAL, « L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité, par la marge nationale d'appréciation », in F. SUDRE, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant-Némésis, Bruxelles, 2014, n° 108, p. 87-116 ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme, *RAE*, 1998, p. 28-37 ; J.-P. COSTA, « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », *Rec. Dalloz*, 2010, p. 1364 ; J.-M. SAUVE, « La subsidiarité : une médaille à deux faces ? », intervention prononcée lors du séminaire organisé par la Cour européenne des droits de l'homme sur *Le rôle des autorités nationales* le vendredi 30 janvier 2015 à Strasbourg [disponible en ligne : <http://www.conseil-État.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-subsidiarite-une-medaille-a-deux-faces>] ; L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse. dactyl., Université de Montpellier, 2015.

¹⁴⁴¹ Le principe de subsidiarité a été consacré pour la première fois par le juge dans l'arrêt CEDH, Plén., 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5473/92, §76 (*GACEDH*, 2019, n° 7).

¹⁴⁴² J.-M. SAUVE, Intervention devant le Conseil d'État lors de la conférence sur *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme, op. cit.*

¹⁴⁴³ De formule constante, « *La Cour ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instaurée par la Convention* », CEDH, Plén., *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique, dite " Affaire linguistique Belge "*, 23 juillet 1968, req. n° 1474/62, série A. 6. (*GACEDH*, 2019, n° 9).

¹⁴⁴⁴ Cette subsidiarité concourt à la préservation de la souveraineté étatique, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme *op. cit.*, p. 30. Pour plus de développements sur la notion de subsidiarité « au sens de la Convention », voy. F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant-Némésis, Bruxelles, coll. « Droit & Justice », 2014 ; L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme, op. cit.* ; D. SZYMCAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme, op. cit.*, p. 15-37.

du droit international, cette conception répond à une logique de coopération entre les ordres juridiques. Jouant un « rôle de cliquet »¹⁴⁴⁵, elle laisse la priorité au juge national (juge naturel de la Convention) pour se prononcer sur le respect des droits conventionnels et procéder lui-même, le cas échéant, à la réparation du dommage causé, le contrôle européen s'exerçant alors qu'à titre complémentaire¹⁴⁴⁶. Rapidement, le principe de subsidiarité est détourné par la Cour pour devenir l'instrument d'une politique jurisprudentielle de plus en plus orientée vers la protection des intérêts individuels. C'est ainsi qu'aux côtés de la « subsidiarité-préservation » se greffe le concept intégratif de « subsidiarité-efficacité »¹⁴⁴⁷. Elle exprime un activisme jurisprudentiel assumé au bénéfice de l'effectivité, de l'égalité et de la démocratisation des droits de l'homme¹⁴⁴⁸ qui fait naître de nombreuses tensions dans le paysage conventionnel entre la Cour et les Hautes parties contractantes¹⁴⁴⁹. La conception actuelle de la « subsidiarité-complémentarité » repose donc sur un équilibre délicat entre le recentrage sur l'office du juge national et la promotion de droits conventionnels effectifs, et dans lequel prend racine le développement de cette nouvelle légistique.

285. Si la subsidiarité se décompose habituellement en deux dimensions - substantielle et procédurale¹⁴⁵⁰ – l'adjonction du versant « efficacité » inspire manifestement certains écrits qui lui octroient des dimensions « matérielles » et « rémédiales ». Axées respectivement sur le degré et le champ d'application du contrôle opéré par la Cour¹⁴⁵¹, ces deux nouvelles fonctionnalités se répercutent sur le contrôle de légalité et sur les règles de légistique qui le composent. Si son développement permet la Cour de s'immiscer profondément dans la fabrique

¹⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 60.

¹⁴⁴⁶ Ce rôle « complémentaire » est par ailleurs une caractéristique typique du contrôle international des droits de l'homme, voy. S. BESSON, « L'évolution du contrôle européen : vers une subsidiarité toujours plus subsidiaire », in S. TOUZE, *La Cour européenne des droits de l'homme : une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire », 2016, p. 57-82.

¹⁴⁴⁷ B. DEZANGLES, « Variation des relations entre le système européen de protection des droits de l'homme et les systèmes nationaux : l'inconstance du principe de subsidiarité », in *Journées juridiques franco-polonaises. Le jeu des influences croisées du droit français, du droit européen et du droit des autres pays européens*, Mare & Martin, Paris, coll. « Droit public », 2013, p. 147-175.

¹⁴⁴⁸ S. BESSON, « L'évolution du contrôle européen : vers une subsidiarité toujours plus subsidiaire », *op. cit.*, p. 62

¹⁴⁴⁹ Comme le souligne le Professeur David SZYMCZAK, cette subsidiarité incarne « la permanence de la tension entre la face négative et positive du principe [...] entre le souci de préserver l'autonomie, voire la souveraineté de l'État et de veiller à l'effectivité de la garantie européenne et l'harmonisation des droits », D. SZYMCZAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », *op. cit.*, p. 32.

¹⁴⁵⁰ La dimension « substantielle » est représentée par la marge nationale d'appréciation tandis que la dimension « procédurale » comprend l'ensemble des règles régissant l'existence de la compétence d'organe de contrôle, c'est-à-dire la règle d'épuisement des voies de recours, les règles de recevabilité ainsi que la réparation *in integrum* dans le cadre de la satisfaction équitable, *ibid.* p. 20 et suiv.

¹⁴⁵¹ S. BESSON, « L'évolution du contrôle européen : vers une subsidiarité toujours plus subsidiaire », *op. cit.*, p. 75.

législative nationale conduisant à l'émergence d'un contrôle *in abstracto* fortement critiqué¹⁴⁵², les transformations du contrôle de la légalité conventionnelle traduisent paradoxalement à un renforcement de la subsidiarité. Loin d'être un frein au développement de la légistique conventionnelle, il promeut en réalité un accompagnement renouvelé au profit d'une collaboration avec les États dans l'élaboration de la norme conventionnelle et qui s'intègre pleinement dans cette « *subsidiarité-complémentarité* »¹⁴⁵³. Le concept de « *responsabilité partagée* », issue de la Conférence de Bruxelles de 2015¹⁴⁵⁴, conforte cette intuition. Comme le précise la dernière Conférence « *la responsabilité partagée a été utilisée pour décrire le lien entre le rôle de la Cour et celui des États Parties. Cela est essentiel au bon fonctionnement du système de la Convention et, en tant qu'objectif ultime, à la protection plus effective des droits de l'homme en Europe. [...] Se concentrer sur l'importance de protéger de manière effective les normes de la Convention au niveau national reflète le développement du système de la Convention. La Convention est aujourd'hui incorporée, et dans une large mesure s'est enracinée, dans les ordres juridiques nationaux des États Parties et la Cour a fourni un corps jurisprudentiel interprétant la plupart des droits protégés par la Convention* »¹⁴⁵⁵. En indiquant précisément à l'Etat le type de procédure à introduire dans son cadre législatif, ce dernier peut davantage se conformer aux exigences de la Cour européenne et respecter ses engagements conventionnels C'est pourquoi la légistique procédurale s'inscrit, de notre point de vue, dans cette évolution¹⁴⁵⁶.

*

* *

286. « *La législation, écrivait le Doyen Gérard CORNU, est fondamentalement une source de réflexion [...] sur ce qu'il est souhaitable et possible d'encourager, de proposer, de permettre ou d'interdire* »¹⁴⁵⁷. Le prétoire strasbourgeois renouvelle incontestablement la

¹⁴⁵² S. TOUZE, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », *op. cit.*, p. 59-86.

¹⁴⁵³ S. BESSON, « L'évolution du contrôle européen : vers une subsidiarité toujours plus subsidiaire », *op. cit.*, p. 57-82.

¹⁴⁵⁴ Déclaration de Bruxelles sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, une responsabilité partagée, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 mars 2015.

¹⁴⁵⁵ Déclaration de Copenhague, Conférence à haut niveau du 13 avril 2018, pts. 6-8.

¹⁴⁵⁶ Sur le contrôle abstrait et l'objectivisation de son prétoire, voy. sur ce point *infra*, n° 404 et suiv., et n° 458 et suiv.

¹⁴⁵⁷ G. CORNU, « Rapport de synthèse », in N. MOLFESSIS (dir.), *Les mots de la loi*, Economica, Paris, coll. « Études juridiques », 1999, t. 5, p. 99 et suiv.

conception du contrôle de légalité en Europe. Grâce au principe de sécurité juridique – aidé de ses standards objectifs – il élabore des règles perfectionnées de légistique à des fins d’harmonisation et de standardisation de la « base légale ». Réalisant initialement un contrôle « faible »¹⁴⁵⁸ sur la forme des « lois », la Cour construit progressivement des standards contraignants. Par l’examen tour à tour de la clarté, de la cohérence et de la précision, le juge passe au crible les éléments constitutifs de la base légale nationale à l’origine de l’ingérence ainsi que la qualité de celle-ci.

287. Dorénavant, le contrôle de la légalité se concentre dorénavant au niveau des garanties procédurales mises en place par les États. La procéduralisation engendre une mutation de la légistique conventionnelle qui acquiert un nouveau volet procédural. En vérifiant leur conventionnalité, le juge de Strasbourg s’arroge un pouvoir assumé – mais non débridé – en indiquant les mesures et les obligations procédurales attendues dans les cadres législatifs nationaux. Cette forme ingénieuse de légistique assure la concrétisation de la norme nationale dans l’ordre juridique interne et forme, par la même occasion, un test de l’effectivité de cette norme sur la protection des droits fondamentaux. Elle contribue de la sorte au diagnostic de sa conventionnalité en s’élevant au-delà de ses défaillances formelles et rédactionnelles. Certes, cette nouvelle approche suscite des opinions contrastées à l’encontre du principe de subsidiarité. Selon nous, cette légistique procédurale permet la meilleure adaptation possible de la règle de droit aux contraintes de son système juridictionnel et à la préservation de sa sécurité juridique. Dans cette optique, sa jurisprudence a donc le mérite non seulement d’ouvrir la voie à de nouveaux horizons aux États parties dans la façon d’élaborer et d’interpréter les lois¹⁴⁵⁹ tout en préservant la stabilisation objective de son système juridictionnel, y compris sur le plan temporel.

¹⁴⁵⁸ F. SUDRE, Le principe de la légalité et la jurisprudence de la CEDH, *op. cit.*, p. 335.

¹⁴⁵⁹ Par exemple, la jurisprudence du Conseil constitutionnel s’est inspirée de sa jurisprudence pour consolider substantiellement les objectifs à valeur constitutionnel que sont l’accessibilité et la clarté de la loi, voy. *supra*, n° 97-98.

SECTION II : L'ENCADREMENT DE LA TEMPORALITE DU SYSTEME CONVENTIONNEL

288. Dans la mythologie antique, le dieu Chronos est représenté par un serpent ou un lien encerclant le monde ou étreignant ses géniteurs *Gaïa* (la terre) et *Ouranos* (le ciel). Il symbolise « *en dépit des apparences de multiplicités et de changements, une sphère unique et éternelle* »¹⁴⁶⁰. Incarnant un temps statique tendant vers « *la négation radicale du temps humain* »¹⁴⁶¹, c'est principalement sa cruauté qui a inspiré les écrits juridiques et philosophiques relatifs aux rapports houleux entretenus entre le temps et le droit¹⁴⁶². La conciliation entre les différentes temporalités du système juridique (temps chronologique et temps juridique) constitue l'une des articulations les plus délicates à mettre en œuvre, puisque le juge doit concilier le pardon, la mémoire, l'oubli et la remise en cause des situations juridiques à la fois passées et futures¹⁴⁶³. C'est en aide à cette articulation qu'intervient la sécurité juridique. La Cour mobilise par éclipse le principe ou ses déclinaisons objectives afin de trouver un compromis entre la stabilisation de son système et le caractère subsidiaire de celui-ci. La tâche est d'autant plus conséquente pour un office en proie à une multitude de temporalités juridiques.

289. La première, la plus évidente, est l'encadrement de la temporalité du système conventionnel (1§). En tant que principe finaliste, la sécurité juridique vient appuyer la limitation de l'exercice de la compétence *ratione temporis* du juge et la durée de recevabilité des requêtes individuelles et étatiques. La seconde est celle de la temporalité des droits nationaux (2§). Le principe de sécurité juridique sert alors de principe interprétatif dans le contrôle de la conventionnalité des mécanismes de prescription et du respect de l'autorité de chose jugée. Cette sécurisation temporelle se complexifie d'autant plus que la Cour doit concomitamment gérer les perturbations temporelles consécutives à ses propres arrêts.

1§) Le bornage de la temporalité conventionnelle

¹⁴⁶⁰ J-P. VERNANT, *Mythe et pensée chez les Grecs. Études de psychologie historique*, La Découverte, Paris, coll. « Poches sciences », 2005, p. 68.

¹⁴⁶¹ *Ibid.*

¹⁴⁶² La plus répandue est celle du Professeur François OST : « *[Chronos] se place en position de maître du temps, bloquant ses issues tant du côté du passé que du futur. Couper les génitoires son père, c'est dénié le poids du passé, c'est le priver de tout prolongement possible ; manger ses propres enfants, c'est les faire régresser à une position utérine, c'est priver l'avenir cette fois de tout développement futur. Le temps du tyran s'épuise dans un présent stérile, sans mémoire ni projet* », F. OST, *Le temps du droit*, Éd. Odile Jacob, Paris, 1999, p. 10.

¹⁴⁶³ *Ibidem.*

290. Dans l'arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp contre Belgique*¹⁴⁶⁴, la Cour s'inspire « d'une pratique courante devant les juridictions internationales et internes » afin de fonder « une exception d'irrecevabilité *in limine litis* » reposant sur le principe de sécurité juridique¹⁴⁶⁵. Constituant une « valeur intrinsèque »¹⁴⁶⁶ ou « valeur en soi »¹⁴⁶⁷, il impose à cette fin un double bornage temporel subordonnant l'application de l'article 35§1¹⁴⁶⁸, d'abord sur les faits qui peuvent être soumis au contrôle de la Cour, et ensuite sur la période pendant laquelle ce dernier s'exerce **(A)**. Concomitamment, le contrôle européen est encadré par une condition de recevabilité de six mois **(B)**. D'ordre public¹⁴⁶⁹, elle a pour objectif de « promouvoir la sécurité juridique, de traiter les affaires soulevant des questions relevant de la Convention dans un délai raisonnable et de protéger les autorités et autres personnes concernées contre l'incertitude pendant une période prolongée »¹⁴⁷⁰. La rigidité interprétative des règles de computation du délai témoigne une protection plurielle de la sécurité juridique dans la mesure où le délai de six de mois tente de concilier la sécurité juridique des États et des individus mais aussi celle du mécanisme conventionnel en évitant l'engorgement du prétoire de la Cour.

A- La délimitation factuelle : la compétence *ratione temporis* de la Cour

291. Selon la Cour, la détermination de sa compétence *ratione temporis* marque « la limite temporelle du contrôle opéré par les organes de la Convention et indique aux particuliers comme aux autorités de l'État la période au-delà de laquelle ce contrôle ne s'exerce plus »¹⁴⁷¹. Sa compétence repose sur la localisation du fait générateur de l'ingérence, notamment à l'aune de la date de ratification de l'État partie à la Convention européenne des droits de l'homme. Si cette règle temporelle donne lieu à une délimitation stricte de sa compétence afin elle de protéger la sécurité juridique des États **(1°)**, l'extension de sa compétence aux violations

¹⁴⁶⁴ CEDH, Ch., 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp ("vagabondage") c. Belgique*, req. n° 2832/66, 2835/66, et 2899/66, série A. 12 (GACEDH, 2019, n° 20).

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*, §§50 et 54.

¹⁴⁶⁶ CEDH, Déc., 25 janvier 2000, *Walker c. Royaume-Uni*, req. n° 34979/97.

¹⁴⁶⁷ CEDH, Gde. Ch., 8 mars 2006, *Blečić c. Croatie*, n° 59532/00, Rec. 2006-III, §77 (RDP 2007, 868, obs. G. GONZALEZ).

¹⁴⁶⁸ En vertu de l'article 35§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *La Cour ne peut être saisie dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive* ». Ce délai devrait passer à quatre mois en vertu de l'article 4 du Protocole n° 15, non encore signé et ratifié par les États parties.

¹⁴⁶⁹ Le juge doit vérifier *ex officio* à toutes les étapes de la procédure, qu'il s'agisse d'une question de compétence ou de procédure CEDH, Déc., 25 janvier 2000, *Walker c. Royaume-Uni*, Rec. 2000-I, req. n° 39979/97 ; CEDH, Gde. Ch., 8 mars 2006, *Blečić c. Croatie*, n° 59532/00, Rec. 2006-III, §77 (RDP 2007, 868, obs. G. GONZALEZ).

¹⁴⁷⁰ CEDH, Gde. Ch., 29 juin 2012, *Sabri Güneş c. Turquie*, req. n° 27396/06, §42.

¹⁴⁷¹ *Ibid.*, §38 ; CEDH, Gde. Ch., 11 décembre 2018, *Lekić c. Slovaquie*, req. n° 36480/07, §64.

continues bouleverse cette protection initiale en venant assouplir la rigueur de la limite temporelle à l'égard des individus (2°).

1°) Un objectif premier de sécurisation étatique

292. Faute de bénéficiaire de disposition conventionnelle spécifique, la Commission fondait implicitement l'étendue de sa compétence *ratione temporis*¹⁴⁷² sur le principe de non-rétroactivité des traités codifié à l'article 28 de la Convention de Vienne de 1969¹⁴⁷³. Se conformant « *au souhait des Parties contractantes* »¹⁴⁷⁴, elle protège ainsi la sécurité juridique des États en verrouillant toute action juridique qui mettrait indéfiniment en cause leur responsabilité¹⁴⁷⁵. C'est pourquoi dans l'arrêt *Blečić contre Croatie*¹⁴⁷⁶, la Cour se déclare incompétente et refuse d'examiner en l'espèce des faits survenus antérieurement à la date de ratification de l'Etat à la Convention¹⁴⁷⁷ puisque « *pareille démarche serait contraire aux règles générales du droit international* »¹⁴⁷⁸. Le souci de préserver la sécurité juridique étatique imprègne également la détermination de la « *date critique* » ou « *le seuil temporel* »¹⁴⁷⁹ à partir duquel la Convention et ses protocoles commencent à produire leurs effets. Ce critère prend en compte la date des « *faits constitutifs de l'ingérence* »¹⁴⁸⁰ dès lors que l'État adhère à la Convention ainsi qu'à ses protocoles additionnels¹⁴⁸¹. De la sorte, les juridictions nationales ne sont pas tenues de faire une application rétroactive de la Convention pour les faits survenus

¹⁴⁷² CEDH, Ch., 9 juin 1958, *De Becker c. Belgique*, req. n° 214/56, série A. 4 ; CEDH, Gde. Ch., 29 juin 2012, *Sabri Güneş c. Turquie*, req. n° 27396/06, §§39-40.

¹⁴⁷³ En vertu de l'article 28 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités : « *À moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou un fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date* ».

¹⁴⁷⁴ « *Elle rappelle que cette règle, qui reflète le souhait des Parties contractantes de ne pas voir remettre en cause des décisions anciennes après un délai indéfini, sert les intérêts non seulement du Gouvernement mais aussi de la sécurité juridique en tant que valeur intrinsèque* », voy. par ex. Com EDH, 13 décembre 1982, *X. c. France*, req. n° 9587/81 ; CEDH, Déc., 25 janvier 2000, *Walker c. Royaume-Uni*, Rec. 2000-I, req. n° 34979/97.

¹⁴⁷⁵ CEDH, 16 janvier 2007, *Solmaz c. Turquie*, req. n° 27561/02, §32.

¹⁴⁷⁶ CEDH, Gde. Ch., 8 mars 2006, *Blečić c. Croatie*, Rec. 2006-III, req. n° 59532/00 (RDP 2007, 868, obs. G. GONZALEZ) ; CEDH, Gde. Ch., 28 septembre 2004, *Kopecký c. Slovaquie*, req. n°44912/98, Rec. 2004-IX, §38 (AJDA, 2005, 541, chron. J-F. FLAUSS ; RTD Civ., 2006, 263, note J-P. MARGUENAUD).

¹⁴⁷⁷ *Ibid.*, §70.

¹⁴⁷⁸ *Ibid.*, § 92.

¹⁴⁷⁹ L. BIELUS BINZARU, « *Compétence ratione temporis* », in P. DORNEAU-JOSETTE, E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme?*, Éd. du Conseil de l'Europe, 2011, p. 152-160, spéc. p. 152.

¹⁴⁸⁰ CEDH, Gde. Ch., 8 mars 2006, *Blečić c. Croatie*, n° 59532/00, Rec. 2006-III, §77 (RDP, 2007, 868, obs. G. GONZALEZ).

¹⁴⁸¹ CEDH, Gde. Ch., 9 avril 2009, *Silih c. Slovénie*, req. n° 71463/01, §164.

antérieurement à la « *date critique* »¹⁴⁸², et ce même si la décision définitive de refus de redressement de l'ingérence résultant de l'exercice d'une voie de recours en interne est postérieure à celle-ci¹⁴⁸³. De même, l'échec des voies de recours introduites par le requérant pour redresser l'ingérence litigieuse n'est pas un critère déterminant dès lors que les faits sont antérieurs à la date de ratification. Ainsi, la Cour s'est déclarée incompétente pour apprécier la conventionnalité d'une action en annulation d'un titre de propriété engagée avant la « *date critique* », et ce même si l'action fût clôturée à titre postérieur¹⁴⁸⁴. À l'évidence, la prise en compte de la date d'arrêt définitif susceptible d'avoir porté atteinte aux droits des requérants fait l'objet d'une interprétation stricte largement en faveur des intérêts étatiques.

293. Les limites temporelles fixées aux articles 25¹⁴⁸⁵ et 46¹⁴⁸⁶ ont pu rendre délicate la préservation de la sécurité juridique étatique. En vertu de la clause facultative de juridiction obligatoire – contenue dans l'ex-article 46 – l'État ne pouvait émettre qu'un seul type de réserve visant à limiter sa responsabilité que pour des faits postérieurs à la date de la déclaration de la reconnaissance du droit à un recours individuel¹⁴⁸⁷. La Cour avait alors contourné cette contrainte en reconnaissant sa compétence pour les requêtes individuelles en se plaçant dans un « *entre-deux* » entre la date de ratification et la date de déclaration¹⁴⁸⁸. Ainsi, si l'ingérence est antérieure à la ratification, et que le refus d'y remédier est postérieur à cette date, alors la Cour se déclarera incompétente, puisque cela revient logiquement à une application rétroactive du droit de la Convention prohibé par le droit international. En dépit de l'adoption du Protocole n° 11, qui subordonne l'adhésion au système de la Convention à la reconnaissance de sa

¹⁴⁸² CEDH, Gde. Ch., 8 mars 2006, *Blečić c. Croatie*, n° 59532/00, Rec. 2006-III, §77 (RDP, 2007, 868, obs. G. GONZALEZ).

¹⁴⁸³ CEDH, Déc., 17 juin 2008, *Meltex Ltd c. Arménie*, req. n° 37780/02 (décision administrative antérieure à la date de la ratification de l'Arménie).

¹⁴⁸⁴ CEDH, 28 juillet 2008, *Turgut et autres c. Turquie*, req. n° 1411/03.

¹⁴⁸⁵ En vertu de l'ancien article 25 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *La Commission peut être saisie d'une requête adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la présente Convention, dans le cas où la Haute Partie contractante mise en cause a déclaré reconnaître la compétence de la Commission dans cette matière* ».

¹⁴⁸⁶ En vertu de l'ancien article 46 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *Chacune des Hautes Parties contractantes peut, à n'importe quel moment, déclarer reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, la juridiction de la Cour sur toutes les affaires concernant l'interprétation et l'application de la présente Convention* ».

¹⁴⁸⁷ La Turquie a ainsi limité la compétence temporelle de la Cour aux faits postérieurs à la date du dépôt de la réserve au 22 janvier 1990, ce qui n'avait pas empêché la Cour de se déclarer compétente en se fondant sur condamnation nationale postérieure constitutive d'une ingérence au sens de l'article 10 et rejeter ainsi l'exception préliminaire d'irrecevabilité du gouvernement, voy. en ce sens CEDH, Ch., 25 novembre 1997, *Zana c. Turquie*, req. n° 69/1996 et 688/880, §41.

¹⁴⁸⁸ Com EDH, Déc., 13 décembre 1982, *X. c. France*, req. n° 9587/51.

compétence obligatoire¹⁴⁸⁹, les restrictions temporelles émises par les États parties continuent de s'appliquer¹⁴⁹⁰. Leur maintien conforte un certain niveau de sécurisation étatique par la Cour.

294. Par opposition aux faits instantanés, la Cour accepte d'étendre sa compétence *ratione temporis* aux violations continues. Inspirées également du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹⁴⁹¹, elles désignent « *un état de choses résultant d'actions continues accomplies par l'État ou en son nom, dont les requérants sont victimes* »¹⁴⁹². Plus simplement, il s'agit de l'hypothèse dans laquelle le requérant est victime d'une violation de ses droits pendant une longue durée sans qu'aucun recours effectif ne lui permette d'y remédier¹⁴⁹³. Dans cette hypothèse, le juge protège la sécurité juridique des États parties en se déclarant incompétent pour les violations trouvant leur origine dans un acte instantané antérieur à l'entrée en vigueur de la Convention, même si ses effets sont assimilables à une violation continue. Dans l'affaire *Malhous contre République Tchèque*¹⁴⁹⁴, la privation d'un bien par les autorités communistes ne constituait pas, aux yeux de la Cour, une violation continue mais un acte instantané, se déclarant *in fine* incompétente.

295. Manifestement, Le juge semble protéger en priorité la sécurité juridique des États partie en évitant des remises en cause perpétuelles, même dans l'hypothèse des situations ou de violations continues, qui contraste avec l'extension « *à tout-va* »¹⁴⁹⁵ de sa compétence *ratione temporis* en faveur de la protection de la sécurité juridique individuelle.

2°) Un objectif secondaire de sécurisation individuelle

¹⁴⁸⁹ Protocole additionnel n° 11 du 11 mai 1994, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998.

¹⁴⁹⁰ Conformément à l'article 6 du Protocole n° 11 : « *Dès lors qu'une Haute Partie contractante a reconnu la compétence de la Commission ou la juridiction de la Cour par la déclaration prévue à l'ancien article 25 ou à l'ancien article 46 de la Convention, uniquement pour les affaires postérieures, ou fondées sur des faits postérieurs à ladite déclaration, cette restriction continuera à s'appliquer à la juridiction de la Cour aux termes du présent Protocole* ». Ainsi, si la Cour a validé la réserve émise par la Turquie concernant la limitation temporelle au droit au recours individuelle après le 28 janvier 1987 (CEDH, Gde. Ch., 18 septembre 2009, *Varnava et al. c. Turquie*, req. n° 16064/9, Rec. 2009-V, §133), elle a invalidé les réserves limitant la compétence de la Cour (CEDH, 13 mars 1995, *Loizidou c. Turquie (Exceptions préliminaires)*, req. n° 5318/89, §71 (GACEDH, 2019, n° 1).

¹⁴⁹¹ Voy. en ce sens l'opinion concordante commune aux juges SPIELMANN et POWER jointe à l'arrêt CEDH, Gde., Ch., 18 septembre 2009, *Varnava et al. c. Turquie*, req. n° 6064/90 et suiv., Rec. 2009-V, pt. 1.

¹⁴⁹² CEDH, 24 septembre 2002, *Posti et Rahko c. Finlande*, req. n° 27824/95, Rec. 2002-VII, §39.

¹⁴⁹³ L. BIELUS BINZARU, « Compétence *ratione temporis* », *op. cit.*, p. 159-160.

¹⁴⁹⁴ Notamment en ce qui concerne la privation du droit de propriété qui peut s'étaler sur plusieurs années, voy. CEDH, Gde. Ch., 13 décembre 2000, *Malhous c. République Tchèque*, req. n° 33071/96, Rec. 2013-IV. *A contrario*, voy. CEDH, Gde. Ch., 19 décembre 2002, *Broniowski c. Pologne*, req. n° 31443/96, Rec. 1999-VII, §74 (GACEDH, 2019, n° 74).

¹⁴⁹⁵ Voy. principalement, H. SURREL, « L'extension audacieuse de la compétence *ratione temporis* de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de protection des droits procéduraux garantis par les articles 2 et 3 de la Convention », *RTDH*, n° 2012/90, p. 271-296.

296. Cette délimitation temporelle s'adresse également aux requérants potentiels qui doivent saisir le prétoire strasbourgeois dans « *les six mois à compter de la date de la décision interne définitive* »¹⁴⁹⁶. L'objectif étant alors d'encadrer la légalité temporelle en évitant que les requérants ne viennent engorger le prétoire de la Cour par des requêtes perpétuelles ou abusives, la Cour effectue une délimitation ambivalente de sa compétence. La localisation du fait générateur peut autant favoriser l'ouverture que la clôture du prétoire. Dans la décision *De Becker contre Belgique*¹⁴⁹⁷, la Commission a étendu de manière « *audacieuse* »¹⁴⁹⁸ la compétence *ratione temporis* aux hypothèses de violations continues. Ainsi, des cas d'occupation illicite et continue d'un terrain par les autorités nationales sans indemnisation¹⁴⁹⁹, ou des cas relatifs à la récupération impossible d'un bien et d'en percevoir le loyer alors que la possession dudit bien étant conforme à la législation antérieure¹⁵⁰⁰ ont justifié la reconnaissance de sa compétence temporelle. De manière plus remarquable dans l'affaire *Šilih contre Slovénie*¹⁵⁰¹ relative à des décès suspects, la Cour a étendu sa compétence temporelle à des faits qui sont matériellement exclus de sa compétence, en effectuant à un détachement de l'obligation procédurale « *distincte et indépendante* » de l'acte matériel au titre des articles 2 et 3¹⁵⁰².

297. Bénéfique pour le justiciable en ce que l'extension factuelle sert à la protection de ses droits fondamentaux, ceci compromet cependant la sécurité juridique *in globo* en augmentant le nombre de requêtes individuelles, mais aussi la sécurité juridique étatique, en augmentant les contestations potentielles¹⁵⁰³. L'extension quasi illimitée de sa compétence contrevient dès lors à la finalité de sécurisation temporelle poursuivie par l'article 35§1. Dans cette optique, la Cour va durcir ses exigences en interprétant de manière volontairement restrictive le fait générateur de la violation continue. Depuis l'affaire *Janowiec*¹⁵⁰⁴ la détectabilité de l'obligation procédurale est subordonnée à la réunification de deux critères : le premier est celui de la

¹⁴⁹⁶ Article 35§1 de la Convention.

¹⁴⁹⁷ CEDH, Déc., 27 mars 1962, *De Becker c. Belgique*, req. n° 214/54, série A. 4.

¹⁴⁹⁸ H. SURREL, « L'extension audacieuse de la compétence *ratione temporis* de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des droits procéduraux garantis par les articles 2 et 3 de la Convention », *op. cit.*, p. 271

¹⁴⁹⁹ CEDH, Gde. Ch. 13 octobre 1995, *Papamichalopoulos c. Grèce*, req. n° 14556/89, §40 (*GACEDH*, 2019, n° 75).

¹⁵⁰⁰ CEDH, Gde. Ch., 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c. Pologne*, req. n° 35014/97, Rec. 2006-VIII, §§152-153.

¹⁵⁰¹ CEDH, Gde. Ch., 9 avril 2013, *Šilih c. Slovénie*, req. n° 71463/01 (*RTDH*, 2012, 271, note H. SURREL). Pour une application sous l'angle combiné des articles 2 et 3 de la Convention, voy. CEDH, 19 janvier 2010, *Tuna c. Turquie*, req. n° 22339/03, §§54-63 (relatif au décès du requérant suite aux sévices subis pendant sa garde à vue).

¹⁵⁰² *Ibid.*, §§152-163.

¹⁵⁰³ *Infra*, n° 414 et n° 431 et suiv.

¹⁵⁰⁴ CEDH, Gde. Ch. 21 octobre 2013, *Janowiec et a. c. Russie*, Rec. 2013-V, req. n° 55508/07 et 29520/09 (*JCP G*, 2013, act. 1218, M. AFROUKH) ; voy. également CEDH, Gde. Ch., 17 septembre 2014, *Mocanu et autres c. Roumanie*, req. n° 10865/09, 45886/07 et 32431/08, Rec. 2014-V, §§205-211.

véracité du lien « *entre le décès et l'entrée en vigueur de la Convention* »¹⁵⁰⁵. Se refusant alors de reconnaître une présomption de décès au profit de la sécurité juridique individuelle, la Cour impose que le laps de temps écoulé entre le décès et l'entrée en vigueur de la Convention doit être relativement bref¹⁵⁰⁶, et que le requérant démontre qu'une procédure adéquate ou une enquête effective aurait dû être mises en œuvre par l'Etat après la ratification de celui-ci à la Convention¹⁵⁰⁷. Le second critère, plus substantiel, est la négation « *des valeurs de la Convention européenne* »¹⁵⁰⁸ comme pour les crimes graves de droit international. Ce critère est également d'interprétation restrictive dans la mesure où la Cour le réserve aux événements antérieurs à 1950, soit la date d'adoption du texte de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁵⁰⁹. Là encore, cette délimitation s'inscrit dans une volonté de protéger la sécurité juridique des États ainsi du mécanisme conventionnel. Selon le juge, « *la responsabilité sur le terrain de la Convention d'une Partie à celle-ci ne peut pas être engagée pour la non-réalisation d'une enquête sur un crime de droit international, fût-il le plus abominable, si celui-ci est antérieur à la Convention* »¹⁵¹⁰. La protection de la sécurité juridique et la stabilité du mécanisme conventionnel nécessitent alors que, « *passé un certain temps, le suspect ne soit plus inquiété et que la menace permanente de l'action de l'action publique qui pèse sur lui soit levée* »¹⁵¹¹.

298. Outre la délimitation factuelle, l'encadrement temporel de la légalité conventionnelle repose sur la délimitation procédurale contenue dans le fameux délai de six mois.

B- La délimitation procédurale : la règle de computation des délais

299. Pour parvenir à un encadrement temporel suffisant de la légalité conventionnelle, la règle de computation du délai de six mois a été érigée comme une règle procédurale autonome qui s'apprécie selon « *des critères propres à la Convention* »¹⁵¹². L'assurance d'une règle

¹⁵⁰⁵ *Ibid.*, §163.

¹⁵⁰⁶ *Ibid.*, §146. Par délai « bref » la Cour entend une période maximale de dix ans.

¹⁵⁰⁷ *Ibid.*, §147.

¹⁵⁰⁸ *Ibid.*, §§149-151.

¹⁵⁰⁹ *Ibid.*, §151. Pour une application postérieure, voy. CEDH, Déc., *Chong et autre c. Royaume-Uni*, 11 septembre 2018, req. n° 29753/16, §91 (décès de vingt-quatre civils non armés par des militaires britanniques en Malaisie commis en 1948).

¹⁵¹⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹¹ Voy. l'opinion concordante du juge PINTO DE ALBUQUERQUE, à laquelle se rallie le juge VUČINIĆ, jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 17 septembre 2014, *Mocanu et autres c. Roumanie*, req. n° 10865/09, 45886/07 et 32431/08, Rec. 2014-V, pts. 3-4.

¹⁵¹² CEDH, Gde. Ch., 29 juin 2012, *Sabri Güneş c. Turquie*, req. n° 27396/06, §56 (pas de répercussion du calcul du délai si le *dies a quem* tombe sur un jour non ouvrable).

« uniforme » pour tous les États parties, le respect du principe de sécurité juridique, qui sous-tend la règle des six mois¹⁵¹³, est donc garanti. Or, l'autonomie procédurale constitue un critère ambivalent dans la détermination du niveau de sécurisation temporelle et influe, par conséquent, différemment sur la computation du délai conventionnel. Si le point de départ du délai se veut flexible pour contrer les éventuelles difficultés liées à l'effectivité des voies de recours¹⁵¹⁴ (1°), la clôture de l'action conventionnelle est soumise à une interprétation stricte en faveur d'une sécurisation maximale du mécanisme conventionnel (2°).

1°) La flexibilité des règles de computation du *dies a quo*

300. Le point de départ du délai de six mois est fixé à la date de la décision définitive qui est tranchée définitivement par une juridiction nationale¹⁵¹⁵. D'acception large, seul l'exercice de voies de recours « normales » sera toutefois pris en compte par le juge. Ce faisant, la Cour se refuse d'inclure les recours internes « *extraordinaires* »¹⁵¹⁶, imprécis¹⁵¹⁷ ou voués à l'échec¹⁵¹⁸ dans la computation du délai.

301. Intransigeante sur le contenu de la décision définitive, la Cour manifeste une plus grande souplesse sur son application, qu'elle apprécie indépendamment toute considération de droit interne¹⁵¹⁹. Elle effectue une approche différenciée selon le contexte de l'affaire et l'attitude diligente des requérants, et ce pour obvier la détérioration des éléments de preuves ainsi que les requêtes illimitées¹⁵²⁰. En ce qui concerne le contexte, l'effectivité des voies de recours constitue le critère essentiel dans la détermination du *dies a quo*. Le point de départ n'est pas tant subordonné à la date de la décision définitive qu'à la date de sa réalisation

¹⁵¹³ F. SUDRE avec la collaboration de L. MILANO, H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, coll. « Droits fondamentaux », 2019, 14^{ème} éd., p. 337.

¹⁵¹⁴ Pour le premier, le délai de six mois commence à courir à la date de la « *décision interne définitive intervenue dans le cadre du processus d'épuisement des voies de recours internes* ». La computation du délai de six mois s'interprétant en « *étroite corrélation* » avec l'article 35§1, CEDH, Déc., 7 janvier 2003, *Yonger c. Royaume-Uni*, req. n° 57420/00 ; CEDH, Gde. Ch., 5 juillet 2016, *Jeronovičs c. Lettonie*, req. n° 44898/10, §75. L'imbrication des articles 34 et 35§1 est d'ailleurs inscrite dans la lettre de l'article 47 6 a) du Règlement de la Cour, actualisée le 16 avril 2018 : « *Aux fins de l'article 35§1 de la Convention, la requête est réputée introduite à la date à laquelle un formulaire de requête satisfaisant aux exigences posées par le présent article est envoyé à la Cour, le cachet de la poste faisant foi* ».

¹⁵¹⁵ CEDH, Gde., Ch., 18 septembre 2009, *Varnava et al. c. Turquie*, req. n° 16064/90 et suiv., Rec. 2009-V, §157.

¹⁵¹⁶ CEDH, Déc., 28 octobre 2011, *Akcicek c. Turquie*, req. n° 40965/10. La Cour fait exception si la voie de recours extraordinaire est la seule voie de recours disponible, CEDH, Déc., 31 mai 2005, *Ahtinen c. Finlande*, req. n° 48907/99.

¹⁵¹⁷ CEDH, Déc., 17 février 2009, *Willimas c. Royaume-Uni*, série A. 7, req. n° 32567/06.

¹⁵¹⁸ CEDH, Gde. Ch., 5 juillet 2016, *Jeronovičs c. Lettonie*, req. n° 44898/10, §75.

¹⁵¹⁹ La notion de « *décision interne définitive* » est appréciée souverainement par la Cour indépendamment toute considération de droit interne, voy. CEDH, 26 septembre 1996, *Di Pede c. Italie*, req. n° 15797/89, §22.

¹⁵²⁰ CEDH, Gde. Ch., 17 septembre 2014, *Mocanu et autres c. Roumanie*, req. n° 10865/09, 45886/07 et 32431/08, Rec. 2014-V, §264.

effective, fusionnant ainsi la règle de computation avec l'effectivité des voies de recours internes. Dans cette hypothèse, la Cour décale généralement la fixation du *dies a quo* « à la date des actes ou des mesures dénoncées ou à la date à laquelle l'intéressé en prend connaissance ou en ressent les effets ou le préjudice »¹⁵²¹. Elle se réserve ainsi le droit de reporter le *dies a quo* à une date ultérieure correspondant au caractère véritablement « définitif » de la décision¹⁵²². Par exemple, dans la décision *Chapman contre Belgique*¹⁵²³, le point de départ retenu est celui de la date de l'avis négatif de l'avocat sur la réussite de son pourvoi, au lieu de la date de l'arrêt définitif. Mêmement, lorsque l'ineffectivité du recours se révèle postérieurement aux faits, le *dies a quo* est reporté la date à laquelle « le requérant a eu ou aurait dû avoir pour la première fois connaissance de la situation »¹⁵²⁴. Elle prend donc en compte le moment de la connaissance réelle du requérant de la violation de ses droits conventionnels, ce qui est donc gage d'effectivité pour ses droits¹⁵²⁵. Toutefois, elle assouplit l'encadrement temporel et diminue la sécurité juridique de l'Etat défendeur et celle de la sécurité juridique *in globo*.

302. De surcroît, la Cour prend en compte la situation du requérant. Par exemple, dans l'arrêt *Zorica Jovanovic contre Serbie*¹⁵²⁶, l'attente de la requérante dans la saisine du prétoire de Strasbourg était justifiée par le projet de loi parlementaire visant à instaurer des enquêtes concernant les enfants mort-nés portés disparus dans les hôpitaux. Elle rejette conséquemment l'exception de tardiveté formulée par le Gouvernement¹⁵²⁷. En outre, elle prend en considération la vulnérabilité de la requérante en raison de son état de santé et des sévices subis par les forces de l'ordre pour justifier une interprétation tempérée du *dies a quo*¹⁵²⁸, comme en matière de détentions multiples et consécutives¹⁵²⁹. Plus protectrice, la Cour ajoute « une exception à l'exception » pour les situations continues pour lesquelles « le délai de six mois ne s'applique

¹⁵²¹ CEDH, 30 novembre 1999, *Baghli c. France*, req. n° 34374/97, Rec. 1999-VIII, §31 ; CEDH, Gde., Ch., 18 septembre 2009, *Varnava et al. c. Turquie*, req. n° 16064/90 et suiv., Rec. 2009-V, §165.

¹⁵²² Cette prérogative est d'ailleurs inscrite à l'article 47 6 b) la nouvelle édition du règlement de la Cour, adoptée le 16 avril 2018 : « Si elle l'estime justifié, la Cour peut toutefois décider de retenir une autre date ».

¹⁵²³ CEDH, Déc., 5 mars 2013, *Chapman c. Royaume-Uni*, req. n° 39619/06 (*GACEDH*, 2019, n° 48).

¹⁵²⁴ *Ibid.*, §34.

¹⁵²⁵ *Le délai de six mois constitue une règle autonome qui doit être interprétée et appliquée dans chaque affaire de manière à assurer l'exercice efficace du droit de recours individuel* », CEDH, Gde. Ch., 29 juin 2012, *Sabri Güneş c. Turquie*, req. n° 27396/06, §55.

¹⁵²⁶ CEDH, 26 mars 2013, *Zorica Jovanović c. Serbie*, req. n° 21794/08, Rec. 2013-II (*JCP G*, 2013, n° 16, 449, obs. C. PICHÉRAL).

¹⁵²⁷ *Ibid.*, §§56-57.

¹⁵²⁸ CEDH, Gde. Ch., 17 septembre 2014, *Mocanu et autres c. Roumanie*, req. n° 10865/09, 45886/07 et 32431/08, Rec. 2014-V, §264.

¹⁵²⁹ CEDH, 16 janvier 2007, *Solmaz c. Turquie*, req. n° 27561/02, §36.

pas en tant que tel»¹⁵³⁰. Le *dies a quo* est alors repoussé au moment de la cessation de la situation litigieuse, le délai continuant de courir chaque jour dans le cas contraire.

303. Indulgent lorsque le requérant est confronté à une ineffectivité manifeste de ses voies de recours ou une carence étatique, la Cour sanctionne sans réserve un justiciable qui se montrerait négligent dans l'exercice de son droit d'agir, et ce pour protéger la sécurité juridique des tiers également « *concernés par l'incertitude dans laquelle les laisserait l'écoulement prolongé du temps* »¹⁵³¹. Dans l'arrêt *Vanarva et autres contre Turquie*¹⁵³², le juge énonce « *que des requêtes peuvent être rejetées pour tardiveté dans des affaires de disparition lorsque les requérants ont trop attendu, ou attendu sans raison apparente, pour la saisir, après s'être rendu compte, ou avoir dû se rendre compte, de l'absence d'ouverture d'une enquête ou de l'enlèvement ou de la perte d'effectivité de l'enquête menée, ainsi que de l'absence dans l'immédiat, quel que soit le cas de figure, de la moindre chance réaliste de voir une enquête effective être menée à l'avenir* »¹⁵³³. Ainsi, dès lors qu'il apparaît évident que l'Etat ne s'acquittera pas de son obligation d'enquête, les requérants doivent impérativement saisir le prétoire strasbourgeois afin d'éviter la détérioration temporelle des éléments d'enquête¹⁵³⁴. En contrepartie de l'extension de sa compétence, la Cour encourage le requérant à se saisir de son prétoire dans « *un délai raisonnable* » en assurant parallèlement une défense propice à l'établissement de sa propre sécurité juridique en limitant les requêtes abusives ou inflationnistes¹⁵³⁵, ce qui n'est pas suscité, dans l'hypothèse de situation continue telle que dans l'affaire susmentionnée, quelques interrogations sur la protection des droits des requérants¹⁵³⁶.

¹⁵³⁰ CEDH, Gde., Ch., 18 septembre 2009, *Varnava et al. c. Turquie*, req. n° 16064/90 et suiv., Rec. 2009-V, §165.

¹⁵³¹ Les tiers sont également « *concernés par l'incertitude dans laquelle les laisserait l'écoulement prolongé du temps* », CEDH, Gde. Ch., 17 septembre 2014, *Mocanu et autres c. Roumanie*, req. n° 10865/09, 45886/07 et 32431/08, Rec. 2014-V, §264.

¹⁵³² CEDH, Gde., Ch., 18 septembre 2009, *Varnava et al. c. Turquie*, req. n° 16064/90 et suiv., Rec. 2009-V.

¹⁵³³ *Ibid.*, §165.

¹⁵³⁴ « *Il s'ensuit que l'obligation de diligence incombant aux requérants comporte deux aspects distincts quoique étroitement liés : d'une part, les intéressés doivent s'enquérir promptement auprès des autorités internes de l'avancement de l'enquête – ce qui implique la nécessité de les saisir avec diligence car tout retard risque de compromettre l'effectivité de l'enquête, et, d'autre part, ils doivent promptement saisir la Cour dès qu'ils se rendent compte ou auraient dû se rendre compte que l'enquête n'est pas effective* », CEDH, Gde. Ch., 17 septembre 2014, *Mocanu et autres c. Roumanie*, req. n° 10865/09, 45886/07 et 32431/08, Rec. 2014-V, §264.

¹⁵³⁵ Ceci s'inscrit dans une responsabilité accrue du requérant dans l'établissement de ses prévisions juridiques aux fins de sauvegarde du mécanisme conventionnel, voy. *infra*, n° 551.

¹⁵³⁶ « *On peut bien comprendre que la Cour souhaite assurer une certaine sécurité juridique s'agissant des délais d'introduction de griefs devant elle. Bien que nous reconnaissons par principe que, "en matière de disparition, les requérants ne sauraient attendre indéfiniment pour saisir la Cour" [et] "doivent faire preuve de diligence et d'initiative et introduire leurs griefs sans délai excessif" [...], nous ne devons pas moins garder à l'esprit que nous sommes en présence d'une violation continue d'une obligation internationale et que l'Etat défendeur n'a jamais donné d'explication sur ce qu'il est advenu des hommes disparus, ni conduit d'enquête effective sur les événements et les responsables, ni offert aux victimes et à leurs proches la possibilité de demander réparation* », opinion concordante commune aux juges SPIELMANN et POWER jointe à l'arrêt CEDH, Gde., Ch., 18 septembre 2009, *Varnava et al. c. Turquie*, req. n° 16064/90 et suiv., Rec. 2009-V, pt. 2.

304. L'imbrication de l'épuisement des voies de recours dans la computation du *dies a quo* joue un rôle d'un baromètre interprétatif qui limite ou élargit la temporalité conventionnelle, et assouplit de la sorte l'encadrement temporel de la légalité conventionnelle en faveur de la sécurité juridique des requérants et de la protection des droits conventionnels. En revanche, elle fait preuve de la plus grande sévérité dans le calcul du *dies ad quem*.

2°) L'inflexibilité des règles de computation du *dies ad quem*

305. Originellement, la Commission européenne avait fixé la date d'expiration du délai conventionnel à six mois calendaires « *quelle que soit leur véritable durée* »¹⁵³⁷. De ce fait, ce dernier ne pouvant être dépassé, y compris lorsque celui-ci s'achève un samedi, un dimanche ou un jour férié. Dans la décision *Kadiķis contre Lettonie (n° 2)*¹⁵³⁸, la Cour va même jusqu'à neutraliser la règle interne de prorogation automatique des délais prévue par la législation lettone, pour conclure au dépassement du délai de six mois¹⁵³⁹. Déclarant la requête irrecevable, le juge s'appuie sur l'interprétation autonome de la règle des six mois pour légitimer ce durcissement procédural.

306. À un moment de la jurisprudence, le juge a tenté d'assouplir la computation du *dies ad quem* au profit d'une interprétation *pro victima* des conditions de recevabilité¹⁵⁴⁰. Le premier pas fut effectué par la Commission en 1996. Constatant que le délai a débuté pendant un jour férié, et que le jour suivant constituait également un jour férié, la Commission décide de le proroger au premier jour ouvrable suivant, ajoutant donc deux jours supplémentaires à la date de clôture¹⁵⁴¹. La modulation du point de départ engendre en toute logique la modulation de la fermeture du délai. La position téméraire de la Commission n'est pas parvenue à convaincre la Grande Chambre. Bien que la Cour aurait pu se saisir de l'affaire *Sabri Güneş*¹⁵⁴² pour opérer un revirement jurisprudentiel en faveur d'une interprétation plus protectrice des justiciables, elle maintient une approche très restrictive, voire même contradictoire. Alors même que la prise en compte du compte du droit et de la pratique pertinente constituait « *un élément certes*

¹⁵³⁷ Com. EDH, Déc., 9 janvier 1995, *K.C.M c. Pays-Bas*, req. n° 21034/92.

¹⁵³⁸ CEDH, Déc., 29 septembre 2003, *Kadiķis c. Lettonie (n° 2)*, req. n° 62393/00.

¹⁵³⁹ La Cour rappelle que « *le respect du délai de six mois s'opère selon les critères propres à la Convention, et non en fonction des modalités prévues en droit interne de chaque État défendeur* », CEDH, Gde. Ch., 29 juin 2012, *Sabri Güneş c. Turquie*, req. n° 27396/06, §61.

¹⁵⁴⁰ S. TEWELET, *Le droit d'agir devant la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse datcyl., Université de Bordeaux, 2017, p. 389.

¹⁵⁴¹ Com. EDH, 11 avril 1996, *Fondation Croix-Etoile, Baudin et de Delajoux c. Suisse*, req. n° 24856/94.

¹⁵⁴² CEDH, Gde. Ch., 29 juin 2012, *Sabri Güneş c. Turquie*, req. n° 27396/06.

important mais non décisif dans la détermination du point de départ du délai de six mois »¹⁵⁴³, cet argument redevient le point central de sa motivation sur la clôture dudit délai. En effet, si le calcul du *dies a quo* intègre « *une pratique ou une règle de droit interne* » pour conférer « *plein effet à la nécessité d’assurer l’exercice effectif du droit de recours individuel* »¹⁵⁴⁴, elle rejette cet élément dans l’appréciation du *dies ad quem*¹⁵⁴⁵. Par voie de conséquence, la pratique interne légitime les assouplissements de la computation du *dies a quo* alors même qu’elle les neutralise pour le *dies ad quem*. Naturellement, cette motivation peine à convaincre puisque la solution contrevient à la lettre de Convention de Bâle¹⁵⁴⁶, qui prône justement l’unification desdits délais dans le domaine international. Précisément, l’article 5 énonce que « *lorsque le dies ad quem d’un délai avant l’expiration duquel un acte doit être accompli est un samedi, un dimanche, un jour férié légal ou considéré comme tel, le délai est prolongé de façon à englober le premier jour ouvrable qui suit* »¹⁵⁴⁷. Or, la Cour refuse de prendre en compte « *les jours non ouvrables* » dans la détermination du délai¹⁵⁴⁸. Cependant, la solution nous paraît justifiée du point de vue de la sécurisation temporelle. Comme la Cour le soulève au paragraphe 21, la Turquie n’a pas signée, ni adhéree à la Convention de Bâle. Elle ne peut donc être juridiquement liée à celle-ci. Ensuite, cette interprétation restreinte s’inscrit dans une logique générale de restriction de l’accès au prétoire, et tend en ce sens à garantir la sécurité juridique du mécanisme conventionnel. Selon la Cour « *la sécurité juridique s’impose encore davantage dans les précédents de la Cour qui devraient être suivis avec plus de rigueur encore pour assurer le respect des exigences de la prévisibilité et de la cohérence qui servent les intérêts de toutes les parties à la procédure* »¹⁵⁴⁹. En outre, si elle « *devait nécessairement tenir compte du droit et de la pratique interne, il lui faudrait établir un calendrier complet des jours fériés dans les 47 États parties à la Convention, lesquels varient d’un pays à l’autre et parfois même au sein d’un même pays autonomes impliquées dans l’affaire n’avaient pas la même liste de jours fériés, et peuvent également changer au fil des années* »¹⁵⁵⁰.

307. En définitive, le principe de sécurité juridique préserve la stabilité du système conventionnel en fournissant une limite temporelle aux acteurs de la Convention (États, requérants et tiers). L’interprétation de la Cour dans la gestion de sa propre temporalité s’insère

¹⁵⁴³ *Ibid.*, §52.

¹⁵⁴⁴ *Ibid.*, §53.

¹⁵⁴⁵ *Ibid.*, §§55 et suiv.

¹⁵⁴⁶ La Convention européenne sur la computation des délais, ouverte à la signature le 16 mai 1972 à Bâle, est entrée en vigueur le 28 avril 1983, *ibid.*, §§21-22.

¹⁵⁴⁷ *Ibid.*, §§21-23.

¹⁵⁴⁸ *Ibid.*, §48.

¹⁵⁴⁹ *Ibid.*, §50.

¹⁵⁵⁰ *Ibid.*, §46.

dans une « *préoccupation légitime d'ordre, de stabilité et de paix* »¹⁵⁵¹. Hormis l'ouverture aux situations et violations continues, son interprétation restrictive met en lumière le souci de préserver l'efficacité du droit de la Convention face au risque d'engorgement de son prétoire. Si la fonction de sécurisation temporelle nous paraît remplie au regard de ces éléments jurisprudentiels, ce constat laisse planer certains doutes sur la compatibilité d'une telle interprétation sur l'effectivité des droits fondamentaux¹⁵⁵². Paradoxalement, l'impératif de sécurité juridique se trouve également menacé par l'instrumentalisation de la temporalité conventionnelle pratiquée par la Cour pour asseoir l'encadrement temporel du droit de la Convention¹⁵⁵³.

308. Puisque « *la réglementation relative aux délais à respecter pour former un recours vise à assurer une bonne administration de la justice et le respect, en particulier, du principe de sécurité juridique* »¹⁵⁵⁴, le juge se livre parallèlement à un encadrement accru sur la gestion procédurale de la temporalité des États parties.

2§) Le bornage de la temporalité interne

309. La prescription et l'autorité de chose jugée sont supposément assimilées à des sources subjectives de sécurité juridique, étant donné qu'elles ont pour finalité de sauvegarder la tranquillité des situations individuelles en leur accordant « *la faculté d'oublier* »¹⁵⁵⁵. En vérité, « *ces institutions assurent objectivement et de manière statique la sécurité juridique sous l'angle de l'incontestabilité, sans qu'il s'agisse de protéger les préservations initiales* »¹⁵⁵⁶.

310. Reconnaisant dans l'arrêt *Rasmussen contre Danemark*¹⁵⁵⁷ que les délais servent à limiter le droit d'accès à un tribunal « *par souci de garantir la sécurité juridique* »¹⁵⁵⁸, il faudra cependant attendre l'arrêt *Stubbings contre Royaume-Uni*¹⁵⁵⁹ pour que le juge consacre

¹⁵⁵¹ CEDH, Gde. Ch., 29 juin 2012, *Sabri Güneş c. Turquie*, req. n° 27396/06, §56.

¹⁵⁵² *Infra*, n° 585 et suiv.

¹⁵⁵³ Cette modulation temporelle emporte des conséquences qui sont susceptibles de nuire aux finalités même du principe la sécurité juridique, H. SURREL, « L'extension audacieuse de la compétence *ratione temporis* de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des droits procéduraux garantis par les articles 2 et 3 de la Convention », *op. cit.* p. 290 et suiv.

¹⁵⁵⁴ Voy., parmi d'autres, CEDH, 25 janvier 2000, *Miragall Escolano et autres c. Espagne*, req. n° 38366/97 et suiv, Rec. 2000-I, §33 ; CEDH, Ch., 28 octobre 1998, *Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne*, req. n° 28090/95, §45 (*Dalloz*, 1999, obs. N. FRICERO) ; CEDH, 26 janvier 2017, *Ivanova et Ivashova c. Russie*, req. n° 797/14 et 67755/14, §44.

¹⁵⁵⁵ J-G. HUGLO, La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique, CCC, 2001, n° 11.

¹⁵⁵⁶ T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Defrénois, Paris, coll. « Doctorat & Notariat », 2009, t. 35, p 43.

¹⁵⁵⁷ CEDH, Ch., 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, req. n° 8777/79, série A. 87 (*RTDH*, 1998, 781, note J. SACE).

¹⁵⁵⁸ *Ibid.*, §41.

¹⁵⁵⁹ CEDH, Ch., 22 novembre 1996, *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 22083/93 et 22095/93, Rec. 1996-IV (*RTDH*, 1998, p. 781, note J. SACE).

expressément la conventionnalité des délais de prescription sous l'égide du principe de la sécurité juridique comme but légitime¹⁵⁶⁰. Progressivement, le juge étend la portée de cette jurisprudence. À l'exclusion du champ naturel de l'article 6§1¹⁵⁶¹, la prescription extinctive donne lieu à une jurisprudence prolifique en matière d'action en reconnaissance et/ou en désaveu de paternité¹⁵⁶², en matière pénale¹⁵⁶³ ainsi que pour les volets procéduraux des articles 2 et 3¹⁵⁶⁴. Elle applique également « un brevet de conventionnalité » aux prescriptions acquisitives¹⁵⁶⁵.

311. Ce faisant, sous le halo contraignant et inquisiteur du principe de sécurité juridique, le juge place sous son contrôle les délais de prescription nationaux¹⁵⁶⁶ **(A)** ainsi que les entorses au principe de l'autorité de la chose jugée **(B)**.

A- Le contrôle inquisitif des délais de prescription

312. Si l'arrêt *Golder*¹⁵⁶⁷ consacre le droit d'accès à un tribunal concret et effectif¹⁵⁶⁸, il n'a toutefois pas vocation à être absolu. Il souffre en conséquence de « *limitations implicitement admises notamment en ce qui concerne les conditions de recevabilité d'un recours* »¹⁵⁶⁹ en l'occurrence les délais de prescription qui s'accompagnent d'une « *certaine marge*

¹⁵⁶⁰ « Ces délais ont plusieurs finalités importantes, à savoir garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions, mettre les défendeurs potentiels à l'abri de plaintes tardives [...] et empêcher l'injustice qui pourrait se produire si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur des événements survenus loin dans le passé à partir d'éléments de preuve auxquels on ne pourrait plus ajouter foi, et qui seraient incomplets en raison du temps écoulé », *ibid.*, §51.

¹⁵⁶¹ Voy. par ex. CEDH, Gde. Ch., 10 mai 2005, *T.P et K.M c. Royaume-Uni*, Rec. 2001-V, req. n° 28945/95, §98 (*JCP G* 2001, I, 342, n° 18, obs. F. SUDRE).

¹⁵⁶² Voy. parmi les plus importants CEDH, 27 octobre 1994, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, req. n° 18535/91, §§33-40 ; CEDH, 26 février 2006, *Shofman c. Russie*, req. n° 74826/01, §45 ; CEDH, 10 octobre 2006, *Paulik c. Slovaquie*, req. n° 10699/05, Rec. 2006-XI, §§44-47. Si le principe de sécurité juridique n'est pas explicitement mobilisé, il en constitue la finalité essentielle d'un tel mécanisme, voy. en ce sens sur les actions en désaveu de paternité, voy. l'opinion dissidente du PINTO DE ALBUKERQUE et du juge KELLER jointe à l'arrêt CEDH, 6 novembre 2011, *Iyilik c. Turquie*, req. n° 2899/05, pt. 5.

¹⁵⁶³ CEDH, 18 octobre 2000, *Coëme c. Belgique*, req. n° 32492/96 et suiv.

¹⁵⁶⁴ CEDH, 8 juillet 2004, *Vo c. France*, req. n° 53924/00, Rec. 2004-VIII (responsabilité pénale du médecin) ; CEDH, 17 septembre 2014, *Mocanu et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 10865/09, Rec. 2014-V (responsabilité fonctionnaire de l'État).

¹⁵⁶⁵ À titre illustratif, voy. CEDH, Gde. Ch., 30 août 2007, *J.A Pye Oxford LTD et J.A. Pye (Oxford) Land LTD c. Royaume-Uni*, Rec. 2007-III, req. n° 44302/02, §§76-83.

¹⁵⁶⁶ Voy. L. MILANO, Délai de prescription en matière d'indemnisation des atteintes à l'intégrité physique : quand la Cour européenne dicte aux États le point de départ du délai (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt *Howald Moor e.a. c. Suisse*, 11 mai 2014), *RTDH*, 2015/102, p. 421-436.

¹⁵⁶⁷ CEDH, Plén., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, série A. 18, §34 (*GACEDH*, 2019, n° 27).

¹⁵⁶⁸ *Ibid.*, §35.

¹⁵⁶⁹ CEDH, 24 mai 2011, *Sabri Güneş c. Turquie*, req. n° 27396/06, §56.

d'appréciation »¹⁵⁷⁰. Ainsi, la Cour doit veiller à ce que l'application de délais nationaux n'entraîne pas une perte d'effectivité préjudiciable au système conventionnel. Dans cette perspective, elle instaure un contrôle de plus en plus inquisiteur, d'une part en examinant « *la nature du délai de prescription* » (1^o) mais surtout sur « *la manière dont [...] il se concilie avec la Convention* »¹⁵⁷¹ (2^o).

1^o) Un examen souple sur la nature du délai

313. À défaut de consensus européen sur ces questions, la Cour adopte une appréciation flexible des délais de prescription nationaux. Premièrement, elle n'opère aucune distinction selon la nature du délai en droit interne¹⁵⁷², qu'il s'agisse d'un délai de forclusion, de prescription ou de préemption, qui, pourtant, se distinguent quant à leur nature et leurs effets¹⁵⁷³. Deuxièmement, ces délais ne peuvent souffrir d'une rigidité ni d'un formalisme excessif, leur degré de souplesse constituant un facteur déterminant dans l'évaluation de leur degré de sécurisation juridique. Ils doivent présenter de la sorte un caractère réfragable en intégrant des mécanismes suspensifs¹⁵⁷⁴. Pour exemple, dans l'affaire *Stagno contre Belgique*¹⁵⁷⁵, la législation belge instaurait un délai de prescription de trois ans pour toute action dérivant d'une police d'assurance, celle-ci devant être exercée dans le cas de bénéficiaires mineurs par le curateur ou le représentant légal (en l'occurrence leur mère). Or les deux requérantes (mineures au moment des faits) étaient bénéficiaires d'une assurance vie, dont les fonds avaient été perçus et rapidement dilapidés par leur mère en tant qu'administratrice légale. La prescription les privait donc de voies de recours effectives contre les agissements de leur mère. Saisie de cette question, la Cour condamne la rigidité du délai national au regard de la situation particulière des requérantes. « *La limitation du droit d'accès à un tribunal [...] n'[étant] pas proportionnée au but visant à garantir la sécurité juridique et la bonne administration de la justice* »¹⁵⁷⁶, elle en conclut à la violation de l'article 6§1. Au surplus, un devoir d'information s'impose à l'État partie sur l'existence et la date d'expiration du délai. Dans l'arrêt *Zolotas contre Grèce* (n^o

¹⁵⁷⁰ *Ibid.*

¹⁵⁷¹ CEDH, 20 décembre 2007, *Phinikaridou c. Chypre*, req. n^o 23890/02, §52.

¹⁵⁷² Voy. en ce sens CEDH, 25 janvier 2007, *Aon Conseil et Courtage S.A et Christian de Clarens S.A. c. France*, req. n^o 70160/01, §§41-44 ; CEDH, 6 décembre 2001, *Yagtzilar et autres c. Grèce*, Rec. 2001-XII, req. n^o 41727/98, §§24-27.

¹⁵⁷³ Sur la distinction entre les deux notions, voy. N. BALAT, Forclusion et prescription, *RTD Civ.*, 2016, p. 751.

¹⁵⁷⁴ La Cour accorde volontiers un brevet de conventionnalité à la législation nationale qui prévoyait prévoyant des prescriptions réfragables et suspensives dans le cas spécifique de la force majeure, CEDH, 3 avril 2014, *Konstandinis c. Grèce*, req. n^o 58809/09, §§57-61.

¹⁵⁷⁵ CEDH, 7 juillet 2009, *Stagno c. Belgique*, req. n^o 1062/07.

¹⁵⁷⁶ *Ibid.*, §39.

2)¹⁵⁷⁷, si l'instauration de délai de prescription visant à attribuer à l'État le versement du solde d'un compte bancaire inactif « *ne [pose] aucun problème sous l'angle de la Convention* », l'État grec n'a pas informé en amont le requérant débiteur d'un tel versement avant la date d'expiration de son compte personnel¹⁵⁷⁸. Troisièmement, dans l'arrêt *Backlung contre Finlande*¹⁵⁷⁹ afférent aux actions en désaveu de paternité, le juge justifie l'instauration de mécanismes suspensifs et/ou réfragables à l'aune du « *respect de la vie privée familiale [qui] exige que la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale* »¹⁵⁸⁰. À cette fin, elle tolère un certain nombre d'entorses au mécanisme prescriptif, parfois au détriment de la prescription des droits de l'individu qui en bénéficie¹⁵⁸¹. Ultimement, la Cour vient à imposer directement leur création. L'Ukraine fut ainsi condamnée pour ne pas avoir instauré de délai de prescription concernant la révocation d'un juge pour « rupture de serment ». À ses yeux, une telle omission emporte violation de l'article 6§1 « *en raison de l'atteinte portée au principe de la sécurité juridique par l'absence de délai de prescription* »¹⁵⁸².

314. Compte tenu de la marge d'appréciation octroyée à l'État partie et aux juridictions nationales, le juge européen a eu tendance à adopter initialement une position de « *self-restrained* »¹⁵⁸³. Toutefois, il est coutume qu'une telle attitude prétorienne s'accompagne systématiquement d'un contrôle même restreint¹⁵⁸⁴. Délaissant l'aspect purement formel¹⁵⁸⁵ à

¹⁵⁷⁷ CEDH, 22 avril 2013, *Zolotas c. Grèce (n° 2)*, Rec. 2013-I, req. n° 66610/09 (*JCP G*, n° 7, 11 février 2013, 181, obs. G. GONZALEZ).

¹⁵⁷⁸ *Ibid.*, §43.

¹⁵⁷⁹ CEDH, 6 juillet 2010, *Backlund c. Finlande*, req. n° 36498/05 ; voy. également CEDH, 20 décembre 2007, *Phinikaridou c. Chypre*, req. n° 23890/02, §57 et CEDH, 19 juillet 2016, *Călin contre Roumanie*, req. n° 25057/11, 34739/11 et 20316/12, §§93-104.

¹⁵⁸⁰ *Ibid.*, §48.

¹⁵⁸¹ *Infra*, n° 588 et suiv.

¹⁵⁸² CEDH, 9 janvier 2013, *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, req. n° 21722/11, §140.

¹⁵⁸³ Dans l'arrêt *Stubbings*, le juge avait souligné dans un premier temps qu'une prise de conscience commençait à émerger au niveau européen sur la gravité des préjudices psychologiques, puis s'était retranché avec prudence derrière l'absence de consensus européen, CEDH, Ch., 22 novembre 1996, *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 22083/93 et 22095/93, Rec. 1996-IV, §§54-46 (*RTDH*, 1998, p.781, note J. SACE). Cependant, dans un arrêt plus récent en matière d'action en reconnaissance de paternité, la Cour effectue un contrôle plus approfondi aboutissant à la violation de l'article 8 alors même qu'il admet qu'il n'existe pas de consensus concernant de tels délais, voy. CEDH, 19 juillet 2016, *Călin c. Roumanie*, req. n° 25057/11, 34739/11 et 20316/12, §96. Sur ce point, voy. *infra*, n° 593 et suiv.

¹⁵⁸⁴ CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5473/92, série A. 24, §49 (*GACEDH*, 2019, n° 7).

¹⁵⁸⁵ Le juge a pu donc reconnaître la conventionnalité de délais aussi épars que les présomptions de paternité acquises par décision définitive de justice (CEDH, 13 juillet 2006, *Jäggi c. Suisse*, req. n° 58757/00, Rec. 2006-X) ou encore les délais de péremption dans le cadre des dommages corporels (CEDH, 11 mars 2014, *Howald Moor et autres c. Suisse*, req. n° 52067/10 et 41072/11 (*RTDH*, n° 2015/102, 421, note. L. MILANO)). De même, la jurisprudence de la Cour n'impose pas en principe de durées particulières hormis le fameux « *délai raisonnable* », et dont l'appréciation s'effectue au cas par cas (CEDH, 3 avril 2014, *Konstandinis c. Grèce*, req. n° 58809/09, §69).

l'image de la « loi », la Cour focalise progressivement son contrôle sur l'impact effectif du délai, précisément sur l'appréciation des modalités relatives à la computation des délais.

2°) Un examen renforcé sur les modalités de computation des délais nationaux

315. Dans la perspective de garantir la protection des droits individuels, le contrôle de conventionnalité strasbourgeois vérifie l'interprétation faite des juridictions nationales dans le calcul du *dies a quo* du délai de prescription afin d'en déceler d'éventuels abus de la part des autorités judiciaires (a). En particulier, la Cour est venue « solutionner » le point de départ du délai touchant les actions en indemnité pour les victimes ayant subi des atteintes à leur intégrité physique (b).

a- La prohibition d'une fixation arbitraire du *dies a quo* par les juges nationaux

316. L'appréciation de la conventionnalité du mécanisme prescriptif s'opère à l'aune des déclinaisons objectives du principe. La mesure du degré de prévisibilité et d'accessibilité du requérant visera à déceler une interprétation arbitraire qui est manifestement disproportionnée au but légitime de sécurité juridique invoqué par l'État partie. C'est ainsi que le régime de prescription grec encadrant la contestation du droit aux pensions de retraite refusées par l'administration a été jugé non conforme aux exigences conventionnelles¹⁵⁸⁶. Selon la Cour, « *la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique et inhérent à l'ensemble des articles de la Convention, exige que le point de départ ou d'expiration des délais de prescription soient clairement définis et liés à des faits concrets et objectifs, tels que le dépôt d'une demande ou l'introduction d'une action en justice par l'intéressé. En revanche, lorsque la fixation de la date à partir de laquelle le justiciable peut réclamer ses créances dépend de faits fortuits, imprévisibles et hors de sa sphère d'influence, les impératifs de la prééminence du droit ne se trouvent guère satisfaits* »¹⁵⁸⁷. En l'espèce, la fixation du *dies a quo* avait pour objectif de compenser des défaillances dans la conduite de la procédure par les autorités (notamment le manque de célérité dans le traitement de la demande du requérant),

¹⁵⁸⁶ CEDH, 6 novembre 2008, *Kokkinis c. Grèce*, req. n° 45769/06 ; CEDH, 25 juin 2009, *Zouboulidis c. Grèce* (n° 2), req. n° 36963/06 ; CEDH, 3 octobre 2013, *Giavi c. Grèce*, req. n° 25816/09. Le cœur de l'inconventionnalité se situait sur la modification interprétative de la Cour des Comptes qui, faisant courir initialement le délai à la date de la publication de son propre arrêt, a modifié sa jurisprudence pour la mettre en conformité avec les dispositions constitutionnelles et l'article 1 du Protocole n° 1. Le nouveau de départ a donc été fixé à compter « *le premier jour du mois au cours duquel est pris l'acte ou la décision relative à cette retraite* », c'est à dire à compter de la décision de la compatibilité générale de l'État.

¹⁵⁸⁷ *Ibid.*, §33.

donnant lieu à des « *résultats contradictoires et peu justifiés* »¹⁵⁸⁸. La modulation du délai réalisé par la juridiction interne avait empêché le requérant d’obtenir, de manière rétroactive, le montant réévalué de sa pension. La Cour a donc prononcé la violation de l’article 1^{er} du Protocole n° 1¹⁵⁸⁹. Ce raisonnement irrigue également la motivation de la Cour dans l’arrêt *Gök contre Turquie*¹⁵⁹⁰. La juridiction ayant adopté pour le cas d’espèce une position contraire et isolée par rapport à la jurisprudence nationale sur l’interprétation du point de départ du délai, elle estime « *qu’en revenant sur un point du litige qui a déjà été tranché et qui a fait l’objet d’une décision définitive sans qu’il y ait aucun motif valable, les juridictions turques ont enfreint le principe de sécurité juridique* »¹⁵⁹¹. Il est loisible de se féliciter d’un tel encadrement puisque le juge étend le contrôle de conventionnalité des délais de prescription jusqu’aux tréfonds de l’interprétation émise par les prétoires nationaux. Ceci évite que la temporalité nationale ne contrevienne à l’efficacité du mécanisme conventionnel. Néanmoins, force est de reconnaître que cette solution outrepassé quelque peu le respect de l’indépendance des tribunaux nationaux dans l’interprétation de la loi¹⁵⁹². Cela ne semble toutefois par réfréner le contrôle du juge européen¹⁵⁹³, dont l’intensité se révèle maximale pour les délais de prescription afférents aux actions en indemnisation des victimes ayant subi un préjudice à leur intégrité physique.

¹⁵⁸⁸ *Ibid.*, §35.

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*, §§39-40.

¹⁵⁹⁰ CEDH, 27 octobre 2006, *Gök et autres c. Turquie*, req. n° 71867/01 et suiv. En l’espèce le requérant dénonçait la divergence interprétative des juridictions turques concernant le *dies a quo* du délai de prescription de vingt ans pour les demandes d’indemnisation intentées après une expropriation indirecte.

¹⁵⁹¹ *Ibid.*, §§55-62.

¹⁵⁹² Voy. l’opinion dissidente des juges CABRAL BARRETO et JOCIENE jointe à l’arrêt CEDH, 27 octobre 2006, *Gök et autres c. Turquie*, req. n° 71867/01 et suiv.

¹⁵⁹³ « *S’il est vrai que la Cour constitutionnelle est le garant de la constitutionnalité des lois et du principe de non-rétroactivité de la loi civile, il n’en reste pas moins que la Constitution prévoit la protection de la vie privée et la primauté des dispositions internationales, de sorte qu’une mise en balance de tous ces intérêts aurait pu donner lieu à un débat au niveau interne. Par la suite, les juridictions internes ont suivi la décision de la Cour constitutionnelle. De l’avis de la Cour, il n’a donc pas été suffisamment démontré en quoi l’intérêt général qu’il y avait à protéger la sécurité juridique des liens familiaux ou l’intérêt du père présumé l’emportait sur le droit des requérantes à avoir au moins une chance de faire établir en justice leur filiation paternelle* » [souligné par nous], CEDH, 19 juillet 2016, *Călin contre Roumanie*, req. n° 25057/11, 34739/11 et 20316/12, §101.

b- L'imposition du *dies a quo* des actions en indemnisation des victimes ayant subi une atteinte à leur intégrité physique

317. Si « le point de départ de la prescription est souvent impossible à prévoir puisqu'il dépend de l'aléa de l'apparition du dommage »¹⁵⁹⁴, l'imprévisibilité est encore plus forte lorsque la survenance n'est qu'en devenir, la sécurité juridique étant difficile à garantir. C'est le cas des préjudices dits « potentiels », c'est-à-dire des préjudices touchants des victimes « dont la maladie ne peut être diagnostiquée que de longues années après les événements pathogènes »¹⁵⁹⁵. C'est sans doute en raison de la spécificité de ces dommages que l'intensité de son contrôle se fait ressentir sur les mécanismes prescriptifs étatiques. Dans deux affaires turques, les requérants se trouvaient dans une incapacité absolue d'agir en justice pour obtenir l'indemnisation des dommages subis en raison de leur découverte tardive¹⁵⁹⁶. De manière bienvenue, la Cour impose « qu'en matière d'indemnisation du dommage corporel, le droit de recours doit s'exercer à partir du moment où les justiciables peuvent effectivement évaluer le dommage qu'ils ont subi »¹⁵⁹⁷. L'absence d'adaptation du *dies a quo* avait rendu ineffectif le droit de recours à un tribunal du requérant, la Cour en a conclu à la violation de l'article 6§1.

318. C'est également l'aléa des préjudices liés à certaines maladies professionnelles, notamment celles liées à la poussière d'amiante, qui a donné lieu à une jurisprudence particulièrement novatrice. Dans l'affaire *Howald Moor contre Suisse*¹⁵⁹⁸, Monsieur Moor y avait été exposé durant de longues années dans le cadre de son activité professionnelle. Lui occasionnant une tumeur cancéreuse entraînant son décès, sa veuve décida par suite d'intenter une action en réparation de son dommage moral auprès de la caisse nationale d'assurance, ainsi qu'auprès de l'employeur de son défunt époux. Conformément à la législation suisse, le Tribunal fédéral rejeta la demande pour prescription. Selon le droit helvétique, le délai de péremption de dix ans court à compter du jour de l'acte qui a entraîné le dommage. Concomitamment, les filles du défunt intentèrent une action à l'encontre du seul employeur.

¹⁵⁹⁴ P. SARGOS, « Les points de départ de la prescription dans la jurisprudence de la Cour de cassation », in P. COURABE (dir.), *Les désordres de la prescription*, Publications de l'Université de Rouen et du Havre, Havre, 2000, p. 23-33, spéc. p. 26.

¹⁵⁹⁵ L. MILANO, « Délai de prescription en matière d'indemnisation des atteintes à l'intégrité physique : quand la Cour européenne dicte aux États le point de départ du délai » (obs. sous CEDH, *Howald Moor et autres c. Suisse*), *op. cit.*, p. 424.

¹⁵⁹⁶ CEDH, 24 mai 2011, *Sabri Güneş c. Turquie*, req. n° 27396/06, §66 (l'arrêt de grande chambre, rendu le 29 juin 2012, n'est pas venu modifier cette interprétation de fond) ; CEDH, 17 septembre 2013, *Eşim c. Turquie*, req. n° 59601/09, §§25-26

¹⁵⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁹⁸ CEDH, 11 mars 2014, *Howald Moor et autres c. Suisse*, req. n° 52067/10 et 41072/11 (RTDH, n° 2015/102, 421, note. L. MILANO).

Cette action fut également rejetée, le délai d'exigibilité de créances en réparation commençant à courir au moment du fait dommageable, abstraction faite de la connaissance ou non du dommage par la personne lésée. Déclarées forcloses, les requérantes portèrent l'affaire devant la Cour de Strasbourg pour violation de l'article 6§1. Si elle reconnaît « *des buts légitimes poursuivis par les règles de péremption ou de prescription appliquées, à savoir notamment la sécurité juridique* », la Cour énonce que « *lorsqu'il est scientifiquement prouvé qu'une personne est dans l'impossibilité de savoir qu'elle souffre d'une certaine maladie, une telle circonstance devrait être prise en compte pour le calcul du délai de prescription* »¹⁵⁹⁹. Faisant application des préceptes dégagés précédemment, la Cour en conclut à la violation de l'article 6§1.

319. Protectrice à l'égard des droits patrimoniaux et procéduraux des requérants salariés, la Cour européenne a favorisé le développement de *dies a quo* dits « *glissants* » ou « *subjectifs* »¹⁶⁰⁰ dans les législations nationales. Surtout, l'affaire *Howald Moor* a appuyé le contrôle de conventionnalité effectué par la Cour de cassation française dans un arrêt du 3 avril 2019 sur le délai butoir de l'article 2232 du Code civil¹⁶⁰¹. La complexité de l'affaire mérite d'exposer brièvement les faits de l'espèce. Le requérant salarié intentait une action en indemnisation contre son employeur, qui n'avait pas procédé à son inscription à une caisse de retraite complémentaire. Bien que la négligence se soit déroulée 27 ans auparavant, elle avait empêché de faire droit à la demande de liquidation des droits à pension effectuée par le requérant en 2013. Or, l'action en indemnisation se heurte à enchevêtrement de différents délais de prescription. En vertu de l'article 2224 du Code civil¹⁶⁰², le *dies a quo* du délai ordinaire de prescription est fixé à compter du « *jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ». Or, l'article 2232 instaurant le fameux délai butoir, énonce que « *le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit* ». Logiquement, le délai butoir était arrivé à expiration avant que le délai ordinaire de prescription ne commence à courir, ce qui avait pour conséquence d'empêcher le requérant d'exercer son droit d'agir en justice. Interprétant ces articles « *à la lumière de l'article 6§1* », la Chambre sociale neutralise le délai butoir en appliquant

¹⁵⁹⁹ *Ibid.*, §§71-73.

¹⁶⁰⁰ S. MILLEVILLE, Le délai-butoir évincé sans procès : à propos de Cass. soc., 3 avril 2019, pourvoi n° 17-15568, *RDLF*, 2019, chron. n° 56.

¹⁶⁰¹ Cass. Soc., 3 avril 2019, n° 17-15568. Voy. le commentaire autorisé de l'arrêt A. DAVID, Retraite complémentaire (obligation d'affiliation) : prescription de l'action des salariés, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 2239.

¹⁶⁰² « *Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ».

rétroactivement le délai de l'article 2224¹⁶⁰³. Si l'interprétation effectuée par la Chambre sociale est conforme à la jurisprudence de la Cour et aux garanties du droit à un procès équitable, sans pour autant lever les incertitudes quant aux implications futures de sa jurisprudence¹⁶⁰⁴.

320. Si cette nouvelle obligation conventionnelle est susceptible de porter atteinte au principe de subsidiarité en imposant aux États parties de réformer les délais de prescription applicables en matière de responsabilité des maladies professionnelles¹⁶⁰⁵, elle suscite également quelques interrogations du point de vue de cette étude. Si l'argument de la rigidité des délais est peu surprenant, laisser une période de latence aléatoire entre le fait générateur et la découverte du dommage peut apparaître comme peu favorable sur le plan de la sécurité juridique objective, l'aléa de la saisine nuisant au principe des prescriptions acquises¹⁶⁰⁶. Il résulte également une variabilité inégale quant à l'appréciation du degré de sécurisation juridique. En effet, les victimes de maladies professionnelles bénéficient d'un régime prescriptif plus favorable que celles ayant subi des sévices psychologiques¹⁶⁰⁷. Cela pourrait se justifier par la dimension morale des sévices sexuels, qui nécessiterait d'apposer une prescription avec un degré strict de sécurisation juridique afin de protéger la sécurité des tiers. Si les conséquences de l'amiante peuvent être diagnostiquées scientifiquement, il en va de même pour les sévices sexuels dont l'existence peut être établie à partir d'expertises psychologiques. Cette différence reste regrettable pour les victimes d'atteintes à l'intégrité physique qui voient leur sécurité juridique modulée en fonction de la nature du dommage subi alors même qu'en « *matière de procédure et de délai, un impératif essentiel est celui de la sécurité juridique, qui assure l'égalité des justiciables devant la loi [...]* »¹⁶⁰⁸. Sans doute l'absence de consensus sur ces questions touchant à des domaines sensibles incite à la Cour à faire preuve de prudence et à avancer au

¹⁶⁰³ Cass. Soc., 3 avril 2019, *op. cit.*

¹⁶⁰⁴ S. MILLEVILLE, Le délai-butoir évincé sans procès : à propos de Cass. soc., 3 avril 2019, pourvoi n° 17-15568, *op. cit.*, chron. n° 56.

¹⁶⁰⁵ L. MILANO, Délai de prescription en matière d'indemnisation des atteintes à l'intégrité physique : quand la Cour européenne dicte aux États le point de départ du délai », obs. sous CEDH, *Howald Moor et autres c. Suisse*, *op. cit.*, p.421-436. Voy. également l'opinion dissidente du juge Lemmens jointe à l'arrêt CEDH, *Howald Moor et autres c. Suisse*, *op. cit.* Contra F. MARCHADIER, Délai absolu, délai de péremption et délai butoir à l'épreuve du droit d'accès au juge, *RDC*, 2014, n° 110, p. 506.

¹⁶⁰⁶ J-S. BORGHETTI, La conformité aux droits fondamentaux des délais de prescription des actions en responsabilité civile, *Recueil Dalloz*, 2014, p. 209.

¹⁶⁰⁷ Dans l'arrêt *Stubblings*, la Cour avait refusé d'apprécier le point de départ au moment de la connaissance du dommage par les victimes de sévices sexuels.

¹⁶⁰⁸ CEDH, 24 mai 2011, *Sabri Güneş c. Turquie*, req. n° 27396/06, §66.

coup par coup¹⁶⁰⁹. Il est vrai que la Cour n'exclut pas non plus la perspective d'un revirement jurisprudentiel sur ce point¹⁶¹⁰.

321. Le principe de sécurité juridique est donc devenu un instrument essentiel dans l'appréciation de la conventionnalité des mécanismes de prescription nationaux. La prévisibilité et la clarté des procédures encadrent les mécanismes temporels de la temporalité des États parties de manière conforme aux exigences du droit de la Convention, ce qui est *in fine* gage de stabilisation juridique. Se montrant de plus en plus exigeant dans leur application, le juge pose visiblement les fondements d'un modèle européen de prescription. Son contrôle se révèle presque tout aussi minutieux quant au respect de l'autorité de chose jugée des autorités nationales.

B- Un contrôle ambivalent sur les atteintes à l'autorité de chose jugée des décisions nationales

322. À l'exemple des autres composantes de la sécurité juridique objective, l'autorité de chose jugée prend naissance dans la prééminence du droit¹⁶¹¹. « *Présumposée* » à la sécurité des rapports juridiques¹⁶¹², elle veut « *entre autres, que la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause* »¹⁶¹³. La réouverture porte une atteinte considérable à l'effet extinctif attaché à l'autorité de chose jugée, car elle bouscule la stabilité des situations passées devenues définitives. Face à l'expansion des procédures de réouverture en droit interne¹⁶¹⁴, la Cour s'appuie de plus en plus sur le principe de sécurité juridique pour en reconnaître la conventionnalité et légitimer, par la même occasion, un contrôle accru sous l'angle du procès équitable (1°). À l'inverse, lorsque la réouverture est consécutive à l'un des

¹⁶⁰⁹ F. MARCHADIER, Délai absolu, délai de péremption et délai butoir à l'épreuve du droit d'accès au juge, *op. cit.*, p. 506.

¹⁶¹⁰ CEDH, Ch., 22 novembre 1996, *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 22083/93 et 22095/93, Rec. 1996-IV (RTDH, 1998, p.781, note J. SACE).

¹⁶¹¹ *Supra*, n° 144.

¹⁶¹² CEDH, Gde. Ch., 28 octobre 1999, *Brumărescu c. Roumanie*, req. n° 28342/95, Rec. 1999-VII, §62 (JCP G, 2000, I, 203, 10, obs. F. SUDRE). Pour un arrêt récent, voy. CEDH, 19 juin 2018, *Bursa Barosu Başkanlığı et autres c. Turquie*, req. n° 25680/05, §134 et suiv.

¹⁶¹³ Voy. CEDH, 24 juillet 2003, *Riabykh c. Russie*, req. n° 52854/99, Rec. 2003-IX, §§51- 42 ; CEDH, 3 juin 2008, *S.C. Pilot Service S.A. Constanta c. Roumanie*, req. n° 1477/02, §119.

¹⁶¹⁴ Dans sa Recommandation (2000) 2 du 19 janvier 2000 portant sur le réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne suite à des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil des Ministres procéda à une distinction terminologique entre la procédure de réexamen et de révision. Pareille distinction ne se retrouve pas dans la jurisprudence européenne. Par procédure de réouverture, nous incluons donc dans nos développements les procédures de révision et de réexamen qui constituent des « voies de recours extraordinaires » selon sa jurisprudence.

arrêts, le principe de sécurité juridique est absent de son contrôle et laisse le soin aux États de réguler les atteintes à l'autorité de chose jugée (2°).

1°) Le cas d'une réouverture interne portant atteinte à un jugement définitif

323. Les premiers arrêts¹⁶¹⁵ témoignent de la vigilance de la Cour à l'encontre de toute atteinte engendrée par la réouverture nationale d'un procès qui viendrait bouleverser la sérénité juridique des requérants¹⁶¹⁶. L'émergence progressive d'un consensus européen en faveur des procédures de révision¹⁶¹⁷ l'a contrainte à assouplir sa position en reconnaissant leur compatibilité avec les exigences de l'article 6§1¹⁶¹⁸. Conformément au principe de subsidiarité, « *il ne lui appartient pas de connaître des erreurs de fait ou droits prétendument commis par une juridiction interne* »¹⁶¹⁹. Craignant toutefois la prolifération d'« *appels déguisés* »¹⁶²⁰, elle exige que les États parties pondèrent les intérêts en présence au regard du principe de sécurité des rapports juridiques¹⁶²¹, qui se meut pour l'occasion en un seuil de tolérance acceptable. Comme la Cour l'a confirmé récemment, « *la simple possibilité de rouvrir la procédure est prima facie compatible avec la Convention [...] et que, dans certains cas, un jugement définitif et obligatoire peut être révisé, elle rappelle également que les décisions de rouvrir un procès doivent être conformes aux dispositions internes pertinentes et que l'usage abusif d'une telle procédure peut être contraire à la Convention. Le principe de la sécurité des rapports juridiques et la prééminence du droit exigent que la Cour soit vigilante dans ce domaine* »¹⁶²².

¹⁶¹⁵ De ce fait, la Roumanie était au centre d'un contentieux de masse sur ses recours en annulation et en révision. L'incompatibilité de l'article 330 du Code procédure civil roumain avec l'article 6§1 a été maintes fois sanctionnée sur ce fondement. Selon les statistiques HUDOC (1^{er} juillet 2019), pas moins de 35 arrêts ont été rendu depuis l'arrêt *Brumărescu contre Roumanie*, et ce même après l'abrogation de la disposition litigieuse par le Gouvernement roumain le 27 août 2003.

¹⁶¹⁶ « *Une fois l'affaire tranchée par un jugement interne définitif ayant acquis force de chose jugée, on ne peut en principe soutenir qu'un recours ou une demande extraordinaires formés ultérieurement pour solliciter la révision de ce jugement permettent d'alléguer de manière défendable qu'il existe un droit reconnu dans l'ordre juridique national, ou que l'issue de la procédure au cours de laquelle il s'agit de statuer sur l'opportunité de réexaminer l'affaire est déterminante pour des "droits et obligations de caractère civil" ou une "accusation en matière pénale"* », CEDH, Gde., Ch., 5 février 2015, *Bochan c. Ukraine* (n° 2), req. n° 22251/08, Rec. 2015-I, §44.

¹⁶¹⁷ CEDH, 21 octobre 2014, *Lungu et autres c. Roumanie*, req. n° 25129/06, §39.

¹⁶¹⁸ Voy. par ex. CEDH, 31 juillet 2008, *Protesenko c. Russie*, req. n° 13151/34, §25, réaffirmé récemment dans CEDH, 26 avril 2016, *S.C. Britanic World S.R.L. c. Roumanie*, req. n° 8602/38, §38.

¹⁶¹⁹ CEDH, 21 octobre 2014, *Lungu et autres c. Roumanie*, req. n° 25129/06, §38.

¹⁶²⁰ CEDH, 20 juillet 2004, *Nikitine c. Russie*, req. n° 50178/99, Rec. 2004-VIII, §52.

¹⁶²¹ « *L'annulation de l'arrêt définitif [...] était justifiée et si un rapport de proportionnalité a été ménagé entre les intérêts de la requérante et le besoin d'assurer la bonne administration de la justice, qui comprend le respect du principe de la sécurité des rapports juridiques civils et de l'autorité de la chose jugée* », CEDH, 26 avril 2016, *S.C. Britanic World S.R.L. c. Roumanie*, req. n° 8602/38, §39.

¹⁶²² CEDH, 5 décembre 2017, *Borşan c. Roumanie*, req. n° 25228/09, §28.

324. Pour en limiter les répercussions négatives, les autorités ne peuvent par principe « solliciter la révision d'un jugement définitif et exécutoire [...] à moins que des motifs substantiels et impérieux ne l'exigent »¹⁶²³. Par motifs substantiels et impérieux, la Cour entend toute erreur de fait ou de droit postérieure à la procédure devant être corrigée par l'autorité compétente¹⁶²⁴, distinct d'un réexamen, afin de préserver « l'intérêt primordial de la sécurité juridique »¹⁶²⁵. De jurisprudence constante, un constat de violation de l'article 6§1 est prononcé dans deux hypothèses. D'une part, lorsque l'annulation d'une décision définitive se produit par la voie d'un recours extraordinaire faute d'être accessible aux requérants¹⁶²⁶ et, d'autre part, lorsqu'un jugement émis par une autre juridiction nationale vise à remettre en cause la solution émise dans une décision définitive¹⁶²⁷. Dans le cadre de la première hypothèse, les pouvoirs publics ne doivent pas disposer d'une saisine illimitée de la procédure de révision¹⁶²⁸. En ce sens, la mise en œuvre d'une procédure répétitive avait été jugée contraire à la Convention et au principe de sécurité juridique¹⁶²⁹. Mêmement, l'autorité doit être indépendante et impartiale, distincte de celle ayant statué antérieurement sur le litige. Dans l'arrêt *Riabykh contre Russie*¹⁶³⁰, le juge a considéré que la saisine de la juridiction à la demande d'un fonctionnaire de l'État rendait illusoire le droit d'accès à un tribunal¹⁶³¹. De même, dans l'arrêt *Dickman contre Roumanie*¹⁶³², la recevabilité d'une procédure de révision par une juridiction suprême alors même qu'elle avait déclaré précédemment l'incompétence des juridictions de première instance pour ce type de recours enfreint également le principe de sécurité juridique¹⁶³³. Contenu de la spécificité de la matière pénale¹⁶³⁴, la Cour s'appuie sur ce même principe pour dégager des critères jurisprudentiels encore plus précis et contraignants. Dans l'arrêt *Sergiu Popescu contre Roumanie*¹⁶³⁵, elle adopte une approche circonstanciée en prenant en

¹⁶²³ CEDH, 24 juillet 2003, *Riabykh contre Russie*, req. n° 52854/99, §52.

¹⁶²⁴ CEDH, 7 juillet 2007, *Stanca Popescu c. Roumanie*, req. n° 8727/03, §105.

¹⁶²⁵ CEDH, 26 avril 2016, *S.C. Britanic World S.R.L. c. Roumanie*, req. n° 8602/38, §38.

¹⁶²⁶ CEDH, 20 juillet 2004, *Nikitine c. Russie*, req. n° 50178/99, Rec. 2004-VIII, §39.

¹⁶²⁷ CEDH, 16 avril 2013, *Siegle c. Roumanie*, req. n° 23456/04, Rec. 2000-XII, §33.

¹⁶²⁸ CEDH, 25 juillet 2002, *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, req. n° 48553/99, §77.

¹⁶²⁹ CEDH, 22 décembre 2004, *Androne c. Roumanie*, req. n° 54062/00, §50.

¹⁶³⁰ CEDH, 24 juillet 2003, *Riabykh contre Russie*, req. n° 52854/99.

¹⁶³¹ *Ibid.*, §56.

¹⁶³² Voy. entre autres CEDH, 22 octobre 2003, *Dickman c. Roumanie*, req. n° 36017/97.

¹⁶³³ *Ibid.*, §36 ; CEDH, 3 février 2005, *Iacob c. Roumanie*, req. n° 39410/98, §25. Ne constitue pas également une circonstance « impérieuse et substantielle de nature à justifier la réouverture de la procédure » le recours en annulation d'un procureur pour interprétation erronée d'une dispositions législative interne d'un procureur général partie à l'instance, voy. CEDH, 14 février 2008, *Ignat et Ignat (Valea) c. Roumanie*, req. n° 1526/02 et 1528/02, §54.

¹⁶³⁴ La matière pénale concerne le champ de l'article 6§1 et non l'article 4 du Protocole n° 7, qui prohibe toute répétition de procédure ayant acquis autorité de chose jugée en vertu du principe de *non bis in idem*, voy. par ex. CEDH, 20 juillet 2004, *Nikitine c. Russie*, req. n° 50178/99, Rec. 2004-VIII, §§35-48.

¹⁶³⁵ CEDH, 16 décembre 2008, *Sergiu Popescu c. Roumanie*, req. n° 4234/04.

considération « *les conséquences que la réouverture et la procédure subséquente ont eues pour la situation de l'intéressé et du cas où ce dernier a demandé, lui-même, un tel réexamen ; des motifs pour lesquels les tribunaux ont annulé la décision judiciaire définitive ; de la conformité de la procédure à la législation interne ; de l'existence dans la réglementation interne et l'application en l'espèce de garde-fous pour éviter que les autorités internes n'abusent de cette procédure ; et de toute autre circonstance pertinente de l'espèce* »¹⁶³⁶. Le motif invoqué par le procureur partie à l'instance pour justifier un recours en annulation « *ne concernant pas de nouveaux faits pertinents ou la méconnaissance d'une garantie essentielle de la procédure pénale* », le juge fait application de sa jurisprudence, en estimant que l'exercice de la procédure avait, en l'espèce, porté atteinte au droit à un procès équitable et à l'efficacité de la justice pénale¹⁶³⁷.

325. Dans le cadre de la seconde hypothèse, l'utilisation du principe de sécurité juridique se concentre sur le caractère strictement « correctif » de l'erreur de fait ou de droit. Dans l'arrêt *Rozalia Avram contre Roumanie*¹⁶³⁸, la Cour d'appel nationale avait dans un premier temps validé la nationalisation des biens ayant appartenu aux cultes religieux et donc leur vente aux locataires, puis était revenue dans un second temps sur sa position suite à une ordonnance. Tout en admettant la complexité de l'affaire et des difficultés inhérentes à tout changement législatif, le juge strasbourgeois constate que la juridiction nationale a adopté un « *arrêt radicalement opposé à son arrêt antérieur* ». Partant, l'absence de faits nouveaux justifiant ce retournement prétorien porte atteinte au principe « *fondamental* » de la sécurité des rapports juridiques¹⁶³⁹. Plus récemment, elle a rejeté la justification du Gouvernement roumain, qui invoquait la correction d'erreur de fait par les voies ordinaires de recours alors même que les erreurs de fait ne faisaient l'objet d'aucune visibilité en cours de procédure, empêchant alors la société requérante de se saisir de ces voies de recours¹⁶⁴⁰.

326. Assurément, le principe de sécurité juridique concourt à un encadrement de la temporalité des procédures nationales afin d'éviter que les procédures de révision et de réexamen ne contreviennent à l'efficacité de son propre système. Il procède à un contrôle assez rigoureux, et n'autorise qu'à titre exceptionnel l'application de tels mécanismes.

¹⁶³⁶ *Ibid.*, §19 ; voy. également CEDH, 8 mai 2011, *Butușină c. Roumanie*, req. n° 30818/04, §33.

¹⁶³⁷ *Ibid.*, §§21-22.

¹⁶³⁸ CEDH, 19 septembre 2014, *Rozalia Avram c. Roumanie*, req. n° 19037/07.

¹⁶³⁹ *Ibid.*, §§40-43 ; plus récemment concernant le relevé de forclusion exercé par les juridictions nationales jugé comme insuffisant à fonder un motif substantiel voy. CEDH, 28 mars 2017, *Magometov et autres c. Russie*, req. n° 33636/09, §§92-96.

¹⁶⁴⁰ CEDH, 5 décembre 2017, *Borșan c. Roumanie*, req. n° 25228/09, §§31-34.

L'encadrement de la temporalité interne se corse lorsque l'atteinte à l'autorité de chose jugée en droit national fait suite à un arrêt de condamnation de la Cour européenne.

2°) Le cas d'une réouverture consécutive à un arrêt de condamnation de la Cour européenne

327. Par principe, la Cour européenne se refuse à consacrer une obligation de réouverture, se déclarant incompétente pour ordonner ce type de procédure¹⁶⁴¹. En lien direct avec l'exécution de ses arrêts¹⁶⁴², dont la surveillance est dévolue au Conseil des ministres¹⁶⁴³, le choix de procéder à la réouverture appartient au premier chef à l'État partie dans l'établissement des mesures de redressement de la violation¹⁶⁴⁴. Manifestement respectueuse de leur marge nationale d'appréciation, cette position prétorienne engendre logiquement un assouplissement des modalités d'exécution au profit du respect de l'autorité de chose jugée des décisions nationales¹⁶⁴⁵.

328. Rapidement, cette solution est apparue difficilement conciliable avec l'effectivité du droit à réparation découlant de l'article 41¹⁶⁴⁶. Pour rappel, l'obligation de réparation intégrale (appelée *restitutio in integrum*) commande à l'État condamné de replacer le requérant à la situation antérieure au fait illicite en lui laissant le soin de choisir les mesures de redressement les plus adaptées pour le cas d'espèce. Cependant, il est fréquent que la nature même de la violation impose un type de mesure spécifique¹⁶⁴⁷, mesure que la Cour peut « indiquer » à ce

¹⁶⁴¹ « La Cour constate que la Convention ne lui donne pas compétence pour exiger de l'État français l'ouverture d'un nouveau procès [...] ni l'adoption de l'une des autres mesures souhaitées par le requérant », CEDH, 20 septembre 1993, *Saadi c. France*, req. n° 14647/89, Rec. 2008-I, §47 ; voy. également CEDH, Gde. Ch., 11 juillet 2017, *Moreira Ferreira c. Portugal (n°2)*, req. n° 19867/12, §49 : « ainsi, s'agissant de la réouverture d'une procédure, il est clair que la Cour n'a pas compétence pour ordonner pareille mesure ».

¹⁶⁴² CEDH, Gde. Ch., 30 juin 2009, *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VGT) c. Suisse (n° 2)*, req. n° 32772/02, Rec. 2009-IV, §90 (*JCP G*, 2010, doct. 70, F. SUDRE).

¹⁶⁴³ En vertu de l'article 46 alinéa 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « L'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution ».

¹⁶⁴⁴ En vertu de l'article 46 alinéa 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties ».

¹⁶⁴⁵ « Les mesures de réparation spécifiques à prendre par un État défendeur [...] dépendent nécessairement des circonstances particulières de la cause et doivent être définies à la lumière de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire concernée », CEDH, Gde. Ch., 12 mai 2005, *Öcalan c. Turquie*, Rec. 2005-IV, req. n° 46221/99, §210 (*GACEDH*, 2019, n° 13).

¹⁶⁴⁶ En vertu de l'article 41 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable ».

¹⁶⁴⁷ « Il est possible que, dans d'autres cas exceptionnels, la nature même de la violation constatée n'offre pas réellement de choix parmi différentes sortes de mesures susceptibles d'y remédier et que la Cour soit conduite à

dernier dans son dispositif. Bien qu'elle maintienne son incompétence de principe, la Cour va user de cette stratégie prétorienne pour forger une obligation étatique de réouverture¹⁶⁴⁸ – prenant la forme d'une clause de réouverture¹⁶⁴⁹ – au titre de l'obligation de réparation *in integrum*. L'affaire *Gençel contre Turquie*¹⁶⁵⁰ est en ce sens significative. En l'espèce, la Chambre s'appuie sur l'article 327 du Code de procédure turc pour indiquer à l'État « *qu'en principe le redressement le plus approprié serait de faire rejurer le requérant en temps utile par un tribunal indépendant et impartial* »¹⁶⁵¹. Sans préciser le type de mesure individuelle, le juge affirme clairement le caractère privilégié de cette modalité d'exécution pour résorber l'atteinte à un tribunal indépendant et impartial constatée¹⁶⁵². Adoptant une attitude plus tempérée, la Grande chambre procède à un changement formel en déclarant « *qu'un nouveau procès ou une réouverture de la procédure [...] représente en principe un moyen approprié de redresser la violation* »¹⁶⁵³, tout en renfermant la portée novatrice de cette affirmation en précisant que cette préférence est subordonnée à l'examen de « *circonstances particulières* »¹⁶⁵⁴.

329. En s'appuyant sur la recommandation R (2000)2 du Conseil des Ministres¹⁶⁵⁵, la réécriture permet au juge européen de consolider son obligation de réouverture en lui conférant davantage de force contraignante¹⁶⁵⁶. Par une interprétation extensive, la clause de sauvegarde s'étend aux États parties dépourvus de mécanismes procéduraux de réouverture en les encourageant à en faire réception dans leur législation nationale¹⁶⁵⁷. Pour les États déjà dotés

indiquer exclusivement l'une de ces mesures », voy. par ex. CEDH, Gde. Ch., 8 avril 2004, *Assanidzé c. Géorgie*, Rec. 2004-II, req. n° 71503/01, §202 et CEDH, Gde. Ch., 12 mai 2005, *Öcalan c. Turquie*, Rec. 2005-IV, req. n° 46221/99, §210 (*GACEDH*, 2019, n° 13).

¹⁶⁴⁸ Pour plus de détails, voy. M. LAFOURCADE, *La réouverture des procédures juridictionnelles consécutives à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme. L'éclairage français*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque de sciences criminelles », 2014, t. 60, p. 141-164.

¹⁶⁴⁹ Sur la portée de cette « obligation » de réouverture sur l'effectivité des droits fondamentaux, voy. *infra*, n° 624 et suiv.

¹⁶⁵⁰ CEDH, 23 octobre 2003, *Gençel c. Turquie*, req. n° 53431/99.

¹⁶⁵¹ *Ibid.*, §26. L'article 327 du Code pénal turc prévoit une procédure réouverture suite à un arrêt définitif de la Cour européenne dans un délai d'un an à compter de la date à laquelle l'arrêt est devenu définitif.

¹⁶⁵² CEDH, 18 mai 2004, *Somogyi c. Italie*, req. n° 67972/01, Rec. 2004-IV, §86.

¹⁶⁵³ CEDH, Gde. Ch., 12 mai 2005, *Öcalan c. Turquie*, Rec. 2005-IV, req. n° 46221/99, §210 (*GACEDH*, 2019, n° 13).

¹⁶⁵⁴ CEDH, Gde. Ch., 1^{er} mars 2006, *Sejdovic c. Italie*, req. n° 56581/00, Rec. 2006-II, §126 (*JCP G*, 2005, III, doct. 103, F. SUDRE).

¹⁶⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁵⁶ M. LAFOURCADE, *La réouverture des procédures juridictionnelles consécutives à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. L'éclairage français, op. cit.*, p. 66-69.

¹⁶⁵⁷ « *En d'autres termes, la réouverture d'une procédure ayant violé la Convention n'est pas une fin en soi, elle n'est qu'un moyen – certes privilégié – susceptible d'être mis en œuvre en vue d'un objectif : l'exécution correcte et entière des arrêts de la Cour. Dès lors que celle-ci constitue le seul critère d'évaluation du respect de l'article 46 § 1, lequel critère est le même pour tous les États contractants, il n'en résulte aucune discrimination entre ceux qui ont introduit une procédure de révision dans leur ordre juridique et les autres* », CEDH, Gde. Ch., 30 juin

de ce type de procédure, le juge n'hésite pas à indiquer, de manière injonctive, dans le dispositif de sa décision qu'il « *doit assurer, dans les six mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif [...] sur demande de la requérante auprès des tribunaux compétents, la révision du jugement* »¹⁶⁵⁸.

330. Malgré les efforts développés par la Cour pour rendre contraignante cette obligation, force est de constater qu'elle reste encore au stade embryonnaire dans la jurisprudence de la Cour¹⁶⁵⁹. Les injonctions relevées ne concernent qu'une poignée d'arrêts de chambre assez isolés, donnant en définitive une jurisprudence assez aléatoire et incertitude sur la normativité de cette obligation¹⁶⁶⁰. Le récent arrêt *Moreira Ferreira contre Portugal (n° 2)*¹⁶⁶¹, manifeste d'ailleurs un certain recul de la Grande chambre sur ce point. En l'occurrence était remise en cause la conventionnalité du rejet de la demande de révision d'un jugement pénal, présenté par le requérant suite à un arrêt de la Cour, dont le dispositif contenait justement une clause de réouverture¹⁶⁶². De manière inattendue, la Grande Chambre annule les effets de cette clause dans l'hypothèse d'une réouverture d'un procès pénal¹⁶⁶³. Procédant à une interprétation littérale de sa propre jurisprudence, elle considère que la réouverture constituait un moyen de redressement « *approprié mais non pas nécessaire ou unique* », l'emploi des « en principe » et « cependant » démontrant au contraire qu'elle « *s'est abstenue de donner des indications contraignantes quant aux modalités d'exécution de son arrêt* »¹⁶⁶⁴. Dorénavant, la révision du procès constitue « *l'option la plus souhaitable* »¹⁶⁶⁵, et non plus le moyen le plus « approprié » marquant de la sorte une position de retrait, bien que cette procédure soit un élément essentiel dans l'assurance de l'exécution de ses arrêts¹⁶⁶⁶.

2009, *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VGT) c. Suisse (n° 2)*, req. n° 32772/02, Rec. 2009-IV, §90 (*JCP G*, 2010, doct. 70, F. SUDRE).

¹⁶⁵⁸ Parfois, la Cour impose l'État de procéder à une réouverture ou à un réexamen, voy. par ex. CEDH, 20 avril 2010, *Laska et Lika c. Albanie*, req. n° 12315/04 et 17605/04, §77. Pour une application en matière pénale, voy. CEDH, 5 juillet 2011, *Moreira Ferreira c. Portugal*, req. n° 19808/08, §41. Parfois, la Cour impose l'État de procéder à une réouverture ou à un réexamen dans les motifs, voy. par ex. CEDH, 20 avril 2010, *Laska et Lika c. Albanie*, req. n° 12315/04 et 17605/04, §77.

¹⁶⁵⁹ M. LAFOURCADE, *La réouverture des procédures juridictionnelles consécutives à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. L'éclairage français*, op. cit., p. 68.

¹⁶⁶⁰ Voy. l'opinion dissidente du juge PINTO DE ALBUQUERQUE, à laquelle se rallient les juges KARAKAŞ, SAJÓ, LAZAROVA TRAJKOVSKA, TSOTSORIA, VEHABOVIĆ et KÜRIS, pts. 10-13.

¹⁶⁶¹ CEDH, Gde. Ch., 11 juillet 2017, *Moreira Ferreira c. Portugal (n° 2)*, req. n° 19867/12.

¹⁶⁶² CEDH, 5 juillet 2011, *Moreira Ferreira c. Portugal*, req. n° 19808/08, §41.

¹⁶⁶³ *Ibid.*, §66.

¹⁶⁶⁴ *Ibid.*, §67.

¹⁶⁶⁵ *Ibid.*, §§92-94.

¹⁶⁶⁶ « *La Cour souligne que les considérations ci-dessus n'ont pas pour but de nier l'importance qu'il y a à garantir la mise en place de procédures internes permettant le réexamen d'une affaire à la lumière d'un constat de violation de l'article 6 de la Convention. Au contraire, de telles procédures peuvent être considérées comme un aspect important de l'exécution de ses arrêts et leur existence démontre l'engagement d'un État contractant de respecter la Convention et la jurisprudence de la Cour* », *ibid.*, §99.

331. Bien évidemment, la solution de la Cour n'a pas manqué d'attiser une vive polémique chez les juges avec pas moins de quatre opinions dissidentes¹⁶⁶⁷. En dehors des critiques évoquées par ces opinions, c'est l'absence de toute mention au principe de sécurité juridique¹⁶⁶⁸ pour contrôler la conventionnalité de la réouverture qui étonne. Le principe de sécurité juridique n'est pas exclu du contrôle de l'obligation étatique de réouverture mais fait l'objet d'une mobilisation à éclipses. Le contentieux des affaires *Bochan contre Ukraine* illustre ce constat. Dans le premier arrêt de 2007¹⁶⁶⁹, la Cour avait conclu à la violation de l'article 6§1. La réattribution de l'affaire par la juridiction suprême présentait une double absence de motivation et de notification à la requérante qui lui avait alors inspiré quelques doutes quant au respect de certaines garanties procédurales¹⁶⁷⁰. En l'espèce, la Cour en avait alors déduit que la « *situation procédurale heurtait le principe de sécurité juridique* »¹⁶⁷¹. Après avoir obtenu gain de cause, la requérante saisit ensuite la Cour suprême nationale par un pourvoi dit « à la lumière de circonstances exceptionnelles » afin d'obtenir l'exécution l'arrêt de 2007. Ce dernier ayant été rejeté par cette même Cour suprême, l'affaire se présente de nouveau devant le prétoire strasbourgeois. Le second arrêt, rendu Grande Chambre en 2015¹⁶⁷², démontre un net assouplissement du contrôle européen sous l'angle de sécurité juridique. *Nonobstant* la « *dénaturation interprétative* » de la Cour suprême ukrainienne ayant conduit à « *un déni de justice* »¹⁶⁷³, la Cour se montre respectueuse du principe de subsidiarité en renvoyant devant le juge national l'exercice du contrôle « *sans indûment heurter les principes de l'autorité de la chose jugée ou de la sécurité juridique en matière civile, en particulier dans les cas où le litige touche des tiers dont les intérêts légitimes propres sont à protéger* »¹⁶⁷⁴.

332. L'omission du principe est visiblement révélatrice d'un contrôle européen assoupli sur les procédures nationales de réouverture consécutives à l'un de ses arrêts de condamnations. Ce

¹⁶⁶⁷ Les opinions portent respectivement sur le problème de compétence de la Cour à l'égard du Conseil des ministres en vertu de l'article 46 (Opinion dissidente commune aux juges RAIMONDI, NUßBERGER, DE GAETANO, KELLER, MAHONEY, KJØLBRO et O'LEARY) ; sur l'interprétation globale de la Cour sur la réouverture d'un procès pénal suite à un arrêt de la Cour et sur le consensus européen (opinion dissidente du juge PINTO DE ALBUQUERQUE, à laquelle se rallient les juges KARAKAŞ, SAJÓ, LAZAROVA TRAJKOVSKA, TSOTSORIA, VEHABOVIĆ et KÜRIS) ; sur l'interprétation littérale de la Cour (opinion dissidente du juge KÜRIS, à laquelle se rallient les juges SAJÓ, TSOTSORIA et VEHABOVIĆ) ; sur l'applicabilité de l'article 6§1 (opinion dissidente du juge BOŠNJAK).

¹⁶⁶⁸ La sécurité juridique est mentionnée dans les principes généraux relatifs à la réouverture d'un procès pénal mais reste sans grand portée sur le raisonnement de la Cour, *ibid.*, §62.

¹⁶⁶⁹ CEDH, 3 mai 2007, *Bochan c. Ukraine*, req. n° 5777/02.

¹⁶⁷⁰ *Ibid.*, §§72-73.

¹⁶⁷¹ *Ibid.*, §75.

¹⁶⁷² CEDH, Gde., Ch., 5 février 2015 *Bochan c. Ukraine* (n° 2), req. n° 22251/08, Rec. 2015-I.

¹⁶⁷³ *Ibid.*, §§63-64.

¹⁶⁷⁴ *Ibid.*, §30.

constat n'est pas sans soulever des carences quant à leur effectivité en droit national¹⁶⁷⁵, notamment au regard d'une réception aussi contrastée selon que la procédure s'exerce en matière civile ou en matière pénale¹⁶⁷⁶. Ceci est d'autant plus regrettable que l'obligation conventionnelle de réouverture peut nuire à la protection interne de la sécurité du mécanisme conventionnel, mais aussi celle des tiers, dont la quiétude est garantie par l'effet extinctif d'un jugement définitif, y compris au niveau interne¹⁶⁷⁷. L'opinion séparée du juge WOJTYCZEK appelle dans cette optique à plus de nuances et d'équité procédurale de la part du juge européen¹⁶⁷⁸. Cependant, le repli de la Cour se justifie à maints égards. Le caractère obligatoire de l'obligation de réouverture est restreint par les effets déclaratoires associés aux arrêts de la Cour¹⁶⁷⁹. Si la remise en cause de l'autorité de chose jugée est plus aisément acceptable lorsqu'elle relève d'une autorité interne, elle présente un caractère intrusif lorsqu'elle émane d'un prétoire extérieur. En laissant une marge d'amplitude aux États parties, la Cour s'épargne

¹⁶⁷⁵ Sur les insuffisances concrètes du droit du réexamen en France et des résultats obtenus par la Commission de réexamen, voy. notamment la thèse de Madame Manon LAFOURCADE, *La réouverture des procédures juridictionnelles consécutives à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. L'éclairage français*, op. cit.

¹⁶⁷⁶ En droit français, la réception de l'obligation de réouverture ou de réexamen suite à un arrêt de la Cour européenne varie selon les matières. Pour la matière administrative, aucune disposition légale ne prévoit une procédure de réouverture, en raison de la spécificité du droit administratif qui tire dans le cadre de son office les conséquences d'un arrêt européen. Ayant préservé dans un premier temps l'autorité de chose jugée de sa décision en estimant qu'aucune disposition en droit interne ou en droit de la Convention ne lui imposait pas la réouverture d'une procédure juridictionnelle close (voy. CE, 11 février 2004, *Mme Chevrol*, n° 257682, Rec. p. 115 (*AJDA*, 2004, 439, chron. F. DONNAT ; *RFDA*, 2005, 163, étude J. ANDRIANTSIMBAZOVINA) ; voy. également CE, sect., 4 octobre 2012, n° 328502 (*AJDA*, 2012, 2162, De la tenace autorité de la chose inconventionnellement jugée, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; *RFDA*, 2013.103, note F. SUDRE, et 576, chron. H. LABAYLE, F. SUDRE, X. DUPRE DE BOULOIS et L. MILANO). Le juge administratif a infléchi légèrement sa position en considérant que l'arrêt de la Cour européenne constitue « un élément nouveau qui doit être pris en considération par l'autorité investie du pouvoir de sanction » (CE, Ass., 30 avril 2014, *Vernes*, n° 358564, Rec. p. 160 (*AJDA*, 2014, 1629, chron. J. LESSI et L. DUTHEILLET DE LAMOTHE)) dont la démarche de l'examen est explicitée par l'arrêt *Vernes II* (CE, 9 mars 2016, *Vernes II*, n° 392782, Rec. p. 63 (*AJDA*, 2016, 944, chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET)).

Pour les matières pénales et civiles le législateur prévoit une procédure de réexamen ou de révision respectivement à l'article 622-1 du Code de procédure judiciaire et aux articles L 451-1 et L 452-6 du Code de l'organisation judiciaire, modifié récemment par l'article 42 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au 21^{ème} siècle. Cette extension bienvenue à la matière civile s'inscrit dans une meilleure réception de l'obligation de réouverture en droit français.

¹⁶⁷⁷ Le Conseil des ministres a relevé « que le réexamen ou la réouverture pourrait poser des problèmes pour des tiers, en particulier lorsqu'ils ont acquis des droits de bonne foi », Recommandation n° R(2000)2 adoptée par le Conseil des Ministres du 19 janvier 2000 sur le réexamen ou la réouverture de certaines affaires suite à un arrêt de la Cour Européenne des droits de l'homme, pt. 15.

¹⁶⁷⁸ « Une décision définitive, même entachée de vices du point de vue de la Convention, crée des attentes légitimes quant à sa stabilité, en particulier si la partie adverse a agi de bonne foi alors que les violations de la Convention ne sont pas évidentes à la lumière de la jurisprudence antérieure de la Cour. L'impératif de respecter la stabilité des décisions de justice définitives tranchant des affaires concernant les sujets de droit privé et les intérêts légitimes de toutes les parties à la procédure est un argument important contre la réouverture de la procédure civile à la suite d'un arrêt de la Cour constatant une violation de la Convention », voy. l'opinion concordante du juge WOJTYCZEK, joint à l'arrêt CEDH, Gde., Ch., 5 février 2015 *Bochan c. Ukraine* (n° 2), req. n° 22251/08, Rec. 2015-I.

¹⁶⁷⁹ *Infra*, n° 727.

de multiples contestations nationales en ravivant de la sorte la crainte d'un juge national dont le rôle se limite à celui d'un « *vassal* »¹⁶⁸⁰ par rapport au juge strasbourgeois. En droit français, cette crainte tend à être dépassée comme en atteste l'extension récente de la réouverture en matière civile par la Loi de modernisation de la Justice du XXI^{ème} siècle du 18 novembre 2016¹⁶⁸¹. Finalement, l'obligation conventionnelle de réouverture s'incorpore dans une recherche globale et compromissaire entre le caractère politique de l'exécution de ses arrêts, la sécurité juridique, autorité de chose jugée¹⁶⁸². Cependant, elle interroge sur le plan de l'effectivité des droits. Le requérant, qui vient obtenir gain de cause en ce que le prétoire strasbourgeois a reconnu la violation de ses droits, ne peut valablement voir cette violation réparée par l'État partie si ce dernier ne prévoit pas dans sa législation, de mécanisme de réouverture.

333. En conclusion, le contrôle européen des mécanismes temporels nationaux pêche par excès et par défaut. Un excès de protection de la stabilité d'abord, qui camoufle un contrôle intrusif sur les délais de prescription nationaux sous couvert de sécurité juridique à des fins d'harmonisation procédurale. Un défaut de protection ensuite, dans le cadre des procédures de réouverture et de révision, dont l'examen dévoile une régulation contrastée entre la sécurité juridique et l'autorité de chose jugée selon que l'élément perturbateur provient du juge national ou d'un juge strasbourgeois.

*

* *

¹⁶⁸⁰ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque de droit public », 1998, t. 192, p. 655.

¹⁶⁸¹ La loi de modernisation instaure l'article L. 452-1 du Code de l'organisation judiciaire qui dispose désormais que « le réexamen d'une décision civile définitive rendue en matière d'état des personnes peut être demandé au bénéfice de toute personne ayant été partie à l'instance et disposant d'un intérêt à le solliciter, lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que cette décision a été prononcée en violation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour cette personne, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée en application de l'article 41 de la même convention ne pourrait mettre un terme. Le réexamen peut être demandé dans un délai d'un an à compter de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme. Le réexamen d'un pourvoi en cassation peut être demandé dans les mêmes conditions ».

¹⁶⁸² Ces enjeux feront l'objet d'une analyse approfondie, *infra*, n° 624 et suiv.

334. En opérant des « *opérations de liaison et de déliaison du temps* »¹⁶⁸³, la Cour européenne canalise les temporalités de son système par le principe de sécurité juridique. En tant que principe axiologique, il sert de barrière temporelle en évitant les requêtes tardives des requérants. Il sauvegarde la pérennité de son système en évitant un engorgement de son prétoire, tout en fixant une limitation temporelle prévisible tant pour les requérants que pour les États parties, prévisibilité qui concourt au maintien de la sécurité juridique *in globo*. Si l'instrumentalisation du principe engendre quelques incertitudes, elle permet de voir la temporalité du droit de la Convention comme un processus d'ajustements continus de situations juridiques. Il est également un instrument de mesure dans la régulation de la temporalité interne provenant des mécanismes temporels nationaux. Son objectif est alors de déterminer si la clôture ou l'ouverture des actions juridiques nuisent non seulement à la stabilité juridique des individus mais également à leurs droits procéduraux, tels que garantis par le droit de la Convention. La prescription et le respect de l'autorité de chose jugée sont progressivement soumis à un contrôle conventionnel renforcé. En plaçant ces procédures sous le couvert de la clarté, de la prévisibilité et de l'accessibilité, la Cour procède à une harmonisation des délais de prescription. De même, en précisant les conditions dans lesquels les procédures de réouverture et de réexamen sont susceptibles d'être compatibles d'être déclarées compatibles avec le droit de la Convention, la Cour s'assure que la temporalité nationale ne vienne déstabiliser son droit, ni contrevenir à l'exécution de l'un de ses arrêts. Bien que l'obligation de réouverture soit encore perfectible et dénote un encadrement souple de la légalité temporelle, elle a le mérite de concilier les impératifs antagonistes du temps juridique passé et futur au niveau national et d'apporter une réponse concrète à l'éternelle conciliation entre mutabilité et stabilité juridique.

335. Bien loin du non-droit de Chronos, le temps du droit de la Convention est un temps juridique pluriel, flexible et ancré dans l'effectivité des droits. « *Il est essentiel pour la démocratie et les droits fondamentaux, d'instituer un temps porteur de sens [...]. Il y a enchevêtrement et conditionnement réciproque du temps instituant et de la promotion de l'homme par les droits. [...], le temps est consubstantiel aux droits de l'homme* »¹⁶⁸⁴ et, devrions-nous ajouter, consubstantiel à la fiabilité du mécanisme conventionnel.

¹⁶⁸³ P. HEBRAUD, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », in *Études offertes à Pierre KAYSER*, PUAM, Aix-Marseille, 1979, t. 2, p. 1-58, spé. p. 15.

¹⁶⁸⁴ F. OST, Le temps, quatrième dimension des droits de l'homme, *Journal des Tribunaux*, 1999, p. 1-17, spéc. p. 1.

CONCLUSION DU CHAPITRE

336. D'un point de vue matériel, l'utilisation du principe et de ses dérivés objectifs participe à la construction substantielle et matérielle d'une légistique bipartite (matérielle et procédurale). Cette légistique confère un cadre juridique propice au développement d'une norme conventionnelle standardisée qui s'ajoute de manière complémentaire aux standards étatiques de légalité. Élément phare de ce contrôle, l'extension du principe de la prévisibilité à toutes les étapes du processus législatif lui fournit un étalon essentiel de la bonne fabrication des lois nationales et *in fine*, de la norme conventionnelle. L'apport essentiel de la première fonctionnalité objective du principe réside donc dans l'amélioration de la qualité globale de la norme conventionnelle et des mécanismes de contrôle nationaux qui l'accompagnent en ce qu'elle promeut une meilleure coopération entre le juge et le législateur¹⁶⁸⁵. D'un point de vue temporel, l'utilisation du principe reflète plutôt sa dimension axiologique. Il n'est plus seulement un instrument de mesure mais une limitation temporelle régulant la confrontation entre les deux temporalités du droit de la Convention. Instrument de mesure à l'égard des États parties dans la mise en œuvre de leurs délais, du respect de leur autorité de chose jugée et de la rétroactivité, sa malléabilité conceptuelle lui confère une capacité de transformation fonctionnelle. En ce sens, « *la sécurité juridique [...] et son aptitude à fournir aux États des points de repères clairs et stables, apparaissent comme les conditions sine qua non du bon fonctionnement du système de surveillance que cette Convention met en place* »¹⁶⁸⁶. Le principe de sécurité juridique se métamorphose alors en balise temporelle à attention des États et des justiciables, et, plus largement au nom de la sécurité juridique *in globo*.

337. S'interroger sur les finalités du principe de sécurité juridique objectif revient à s'interroger inmanquablement sur les finalités inhérentes à son existence. La première réflexion porte sur la promotion du rôle du juge en tant que gardien responsable et responsabilisé à l'endroit de la sécurité juridique objective du système conventionnel. Responsable, puisqu'il a charge de dire et d'interpréter concrètement le droit de la convention face à un droit national devenu abstrait et incertain¹⁶⁸⁷, ce dernier reprenant ainsi sa place de

¹⁶⁸⁵ P. MUZNY, Quelques considérations en faveur d'une meilleure prévisibilité de la loi, *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2224.

¹⁶⁸⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne. Prendre l'idée simple au sérieux*, FUSL, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 704.

¹⁶⁸⁷ « *Le législateur ne légifère pas ou légifère mal, l'exécutif applique les normes comme il peut, le juge rectifie corrige ou avalise tant et plus mais chacun engage ainsi sa responsabilité* », in F. TULKENS, « Accélération du temps et sécurité juridique : poison et contre-poison », in P. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *L'accélération du temps juridique*, FUSL, Bruxelles, 2000, p. 469-488, spéc. p. 488.

premier juge de la Convention dans l'application de la norme conventionnelle en accord avec le principe de subsidiarité. Responsabilisé d'autre part, puisque les juges nationaux se soumettent au principe de la sécurité juridique dans le respect des délais et de l'autorité de chose jugée sous peine d'en subir la sanction d'un contrôle contraignant. L'articulation objective du principe atteste d'une « *bonne gouvernance* »¹⁶⁸⁸ du système conventionnel.

338. La seconde réflexion porte sur les bénéficiaires que sont les sujets de droit. Les exemples en sont multiples : les aménagements des modalités de calcul du délai de six mois face aux situations et violations continues, la mise en oeuvre des délais de prescriptions ou le délai de six mois devant satisfaire à certaines conditions de formes pour permettre au requérant d'y avoir accès, la rigueur du contrôle de conventionnalité pour éviter que la réouverture ne porte atteinte à l'autorité de chose jugée et à la quiétude des requérants. L'encadrement opéré leur est consacré afin de répondre à leur besoin croissant de sécurité que les défaillances des systèmes conventionnels et nationaux ne cessent d'engrainer¹⁶⁸⁹. Plus que la stabilisation, c'est la fiabilité du droit conventionnel et la garantie de l'effectivité des droits fondamentaux qui sont en jeu. Ainsi, un encadrement rigide de la légalité temporelle jouera de manière négative sur la protection des droits fondamentaux, en ce qu'elle nuit à appréhender tout regard sur la sécurité juridique du requérant, eu égard à sa connaissance réelle dû à l'égard des standards de la légalité matérielle ou des mécanismes procéduraux de la légalité temporelle¹⁶⁹⁰. À la lumière de ces éléments, il appert que les fonctionnalités objectives de la sécurité juridique sont insécables de ses fonctionnalités subjectives.

¹⁶⁸⁸ P. WACHSMANN, « De la qualité de la loi à la qualité du système juridique », in *Libertés, Justice, Tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. II, p. 1687-1705, spéc. p. 1688.

¹⁶⁸⁹ « *C'est parce que de tels phénomènes ont pour conséquence que les citoyens ne se sentent à aucun moment en sécurité. Ils souffrent de ne pas savoir à quoi s'en tenir. [...] Ils souffrent encore plus lorsque le droit les engage à se fier à lui pour programmer leur avenir, mais ne tient de cette manière leur promesses* », L. FRANÇOIS, « La fiabilité du droit, dite sécurité juridique », in *La Sécurité juridique*, Actes du colloque organisé par la conférence du jeune barreau de Liège, 14 mai 1993, éd. du jeune barreau de Liège, 1993, p. 8-20, spéc. p. 10-11.

¹⁶⁹⁰ Ceci fait écho à l'invitation lancée par le Professeur Florian POULET sur l'interprétation des délais par le juge administratif au nom de la sécurité juridique : « *À la théorie de la connaissance acquise de la décision prise par l'administration [...] il est peut-être temps d'opposer une théorie de la connaissance non acquise des règles de procédure par les administrés. Il s'agirait d'encourager l'administration et le juge à prendre en compte, de façon concrète, la fragilité et l'ignorance de bon nombre de requérants vis-à-vis des règles de la procédure juridictionnelle administrative* », F. POULET, Sécurité juridique et fermeture du prétoire, *AJDA*, 2019, p. 1088. Pour un arrêt controversé du Conseil d'État sur l'articulation entre sécurité juridique et légalité sur les droits procéduraux des requérants dans le cadre de la limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure, voir CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, n° 414583, Rec. Lebon. p. 187 (*GAJA*, 2019, n° 117).

CHAPITRE 2 : LES FONCTIONS SUBJECTIVES

« La subjectivité s'entend certes souvent comme une terre inhospitalière dans laquelle il arrive au sujet de se hasarder de manière incertaine et inquiète [...]. Pour le juge, la subjectivité est sa première tâche, une tâche infinie de déconstruction et de reconstruction de soi [...]. Et ce n'est ainsi [...] que le juge réussit à prospecter imaginativement et avec une vraie connaissance le champ de la justesse afin d'y inventer une solution aussi appropriée que possible au litige et aussi pertinente que possible pour les litigants »¹⁶⁹¹

339. Comme l'écrit le Professeur Antoine MAZEAUD, faire le procès de la sécurité juridique revient toujours à faire celui du sentiment d'insécurité juridique¹⁶⁹². Contrairement à sa consœur objective, la doctrine française manifeste une certaine hostilité à l'encontre de sa facette subjective¹⁶⁹³. Pour certains, le besoin de sécurité n'est rien d'autre que la manifestation de la discrétionnarité d'un juge qui use et en abuse à des fins de légitimation de son office¹⁶⁹⁴. Pour d'autres, ce sentiment se confine à une chimère sociétale prisée par les pouvoirs publics pour répondre à des revendications individualistes de plus en plus exigeantes¹⁶⁹⁵. Que la dérive d'une sécurité juridique individualiste soit réelle ou fictive, l'expression de ce besoin se

¹⁶⁹¹ G. ROMMEL, *La sagesse du juge. Au-delà de Montesquieu*, La Chartre, Bruges, 2013, p. 95.

¹⁶⁹² A. MAZEAUD, La sécurité juridique et les décisions du juge, *Dr. soc.*, 2006, n° 7, p. 744-752 ; Y. BENHAMOU, Cursives remarques sur la sécurité juridique, *LPA*, 1996, n° 54, p. 19.

¹⁶⁹³ J.-M. SAUVE, « Allocution d'ouverture », in B. FAUVARQUE-COSSON (dir.) et J.-L. DEWOST (dir.), *L'entreprise et la sécurité juridique*, Actes du colloque du 21 novembre 2014, Société de législation comparée, Paris, coll. « Colloques », 2015, vol. 25, p. 7-24, spéc. p. 16.

¹⁶⁹⁴ « Aussi peut-on observer que, dans plusieurs cas où elle est invoquée, [la sécurité juridique] n'apporte rien de décisif. Elle ne remplit dans de trop nombreux discours juridiques qu'une fonction ornementale, c'est-à-dire uniquement destinée à disposer favorable l'interlocuteur », in L. FRANÇOIS, « La fiabilité du droit, dite sécurité juridique », in *La Sécurité juridique*, Actes du colloque organisé par la conférence du jeune barreau de Liège, 14 mai 1993, éd. du jeune barreau de Liège, 1993, p. 8-20, spéc. p. 17. Voy. également C. ATIAS, Les paradoxes de l'office du juge et de la sécurité juridique, *Recueil Dalloz*, 2003, p. 513.

¹⁶⁹⁵ N. MOLFESSIS, Les « avancées » de la sécurité juridique, *RTD Civ.*, 2000, p. 660 ; P. MORVAN, Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ?, *Dr. soc.*, 2006, n° 7/8, p. 70 ; B. BONNET, L'analyse des rapports entre administration et administrés au travers du prisme des principes de sécurité juridique et de confiance légitime, *RFDA*, 2013, n° 4, p. 718-721 ; P. FRAISSEIX, La « subjectivisation » du droit administratif, *LPA*, 15 octobre 2004, n° 207, p. 12 ; X. SOUVIGNET, Le modèle politique de la Cour européenne des droits de l'homme : du pouvoir du peuple à la souveraineté du sujet, *Jurisdoctoria*, 2010, n° 5, p. 41-58.

symbolise par un phénomène de subjectivisation du contentieux. En effet, la sécurité juridique subjective implique de « *prêter attention aux situations particulières et d'octroyer des droits subjectifs pour les protéger* ». Le versant subjectif « *participe en ce sens à une certaine subjectivisation du droit* »¹⁶⁹⁶. Dans les rares travaux consacrés à cette tendance, la « subjectivisation » – ou « *subjectivation* »¹⁶⁹⁷ – désigne « *le déploiement de procédures qui permettent l'expression et la reconnaissance des revendications individuelles, potentiellement individualistes* »¹⁶⁹⁸. Elle est donc un processus dynamique de recentrage du droit positif vers les intérêts et les droits subjectifs des particuliers¹⁶⁹⁹.

340. En tant qu'initiatrice de cette tendance, on reproche régulièrement à la Cour européenne de promouvoir une subjectivisation excessive qui contreviendrait à l'objectif même de sécurisation juridique¹⁷⁰⁰. *Prima facie*, les références ponctuelles et circonstanciées à la « *sécurité juridique des liens familiaux* »¹⁷⁰¹ ou à la sécurité juridique des requérants¹⁷⁰² traduisent à l'évidence la promotion reconnue d'une sécurité juridique subjective et individuelle¹⁷⁰³. Toutefois, elle ne saurait se réduire à une simple utilité discursive. À notre sens, la spécificité du mécanisme conventionnel commande d'élargir la subjectivisation de la sécurité juridique à l'ensemble des intérêts protégés par le droit de la Convention. Par définition, le versant subjectif vise à rétablir et maintenir le sentiment de confiance des sujets de droit, et l'assurance d'un droit fiable et certain. Selon le professeur Robert KOLB, le maintien de la confiance et de la certitude se forme dans une double perspective de sécurisation *infra partes*

¹⁶⁹⁶ P. RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, LGDJ, Paris, coll. « Thèses », 2009, p. 571.

¹⁶⁹⁷ La doctrine n'opère aucune distinction entre « *subjectivisation* » et « *subjectivation* », qui sont utilisés de façon synonymique.

¹⁶⁹⁸ X. BIOY, « L'individualisme dans le contentieux des droits de l'homme », E. DUBOUT (dir.), S. TOUZE (dir.), *Refonder les droits de l'homme. Des critiques aux pratiques*, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire », 2019, p. 153-179, spéc. p. 159.

¹⁶⁹⁹ E. JAULNEAU, *La subjectivisation du droit, étude de droit privé*, thèse dactyl., Université d'Orléans, 2007, p. 2-5.

¹⁷⁰⁰ B. EDELMAN, La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ?, *Dalloz*, 2008, n° 28, p. 1946. *Contra* S. HENNETTE-VAUCHEZ, Droits de l'homme et tyrannie : de l'importance de la distinction entre esprit critique et esprit de critique, *Recueil Dalloz*, 2009, p. 238.

¹⁷⁰¹ Notamment dans le contentieux des présomptions légales de paternité, CEDH, 12 janvier 2006, *Mizzi c. Malte*, req. n° 26111/02, Rec. 2006-I, §114 ; CEDH, 20 décembre 2007, *Phinikaridou c. Chypre*, req. n° 23890/02, §64 ; CEDH, 19 juillet 2016, *Călin contre Roumanie*, req. n° 25057/11, 34739/11 et 20316/12, §101.

¹⁷⁰² Dans les contentieux de nature économique et financière, la Cour fait régulièrement référence à la sécurité juridique des requérants, que ce soit en matière d'expropriation indirecte dans le cadre de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 (« *les requérants n'ont eu pas la sécurité juridique concernant la privation de leur terrain* » (voy. CEDH, 17 mai 2005, *Scordino c. Italie (n° 3)*, req. n° 43662/98, Rec. 2006-V, §98) ou pour le calcul du dommage moral dans le cadre de l'article 41 de la Convention (« *le requérant a subi un préjudice moral du fait notamment du sentiment d'impuissance et de frustration provoqué par la privation du terrain qu'il avait acquis de bonne foi et utilisé pendant plusieurs années en se croyant en situation de sécurité juridique [souligné par nous]* », CEDH, 13 septembre 2011, *Sarisoy c. Turquie*, req. n° 19641/05, §22 ; CEDH, 7 février 2017, *Gümrükçüler et autres c. Turquie (n° 2)*, req. n° 9580/03, §44).

¹⁷⁰³ Sur la consolidation sémantique d'une sécurité juridique individuelle, voy. *supra*, n° 153.

et *erga omnes*. Dans le cadre de la première sécurité juridique, le droit vise à commettre « un sujet à l'apparence qu'il a librement créée et de laquelle il doit désormais répondre envers les sujets qui s'y sont fiés »¹⁷⁰⁴. En ce sens, il précise que « tout sujet porte dans certaines limites définies par le droit, une responsabilité pour l'apparence créée quand il se commet dans une attitude qui visiblement touche aux intérêts légitimes d'autre, comme tout sujet peut aussi, dans les mêmes limites, tabler sur une certaine constance et la continuité des comportements d'autrui, là sa propre sphère d'intérêts est affectée »¹⁷⁰⁵. Au-delà de la protection de la confiance interpersonnelle, la sécurité juridique doit également assurer une confiance des sujets en permettant au droit de protéger cette même confiance. La confiance passe donc par la sécurité *erga omnes* qui consolide « les positions respectives [des parties] en tablant sur l'acquis pour se projeter vers l'avenir »¹⁷⁰⁶. Cette dualité se confirme également en droit de l'Union européenne. Prônant la revalorisation de la logique subjective du principe, le Professeur Jérémy VAN MEERBEECK déclarait que « ce plaidoyer en faveur de la logique subjective de la sécurité juridique [...] ne signifie pas asservir les intérêts particuliers à l'intérêt général. Les juges doivent conserver la capacité de procéder à des balances d'intérêts dans les cas qui le requièrent mais il convient qu'ils justifient explicitement la prévalence d'un intérêt général »¹⁷⁰⁷. À la lumière de ces éléments, la subjectivisation du principe ne peut être limitée aux seuls intérêts individuels. Cela étant, elle sera définie dans cette étude comme le recentrage du contrôle de conventionnalité en faveur des intérêts sous-jacents de sécurité juridique qui irriguent le droit de la Convention (individus, États partie, système conventionnel), pour maintenir la confiance et la certitude juridiques à la fois dans leurs rapports interpersonnels mais aussi dans le mécanisme conventionnel.

341. Dans un premier temps, la subjectivisation du principe se place au service des intérêts des sujets de droit de la Convention¹⁷⁰⁸. Majoritairement, elle sauvegarde la sécurité juridique subjective du requérant, en particulier dans le respect de ses droits procéduraux. Cela aboutit à une juridictionnalisation de la facette subjective par des déclinaisons ou une approche

¹⁷⁰⁴ R. KOLB, La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques, *African Yearbook of International Law*, 2002, p. 103-142, spéc. p. 115.

¹⁷⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 117.

¹⁷⁰⁷ J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, PUSL, Bruxelles, 2014, p. 31.

¹⁷⁰⁸ Généralement, les sujets de droit sont des personnes morales ou physiques qui sont ou qui peuvent être titulaires de droits et d'obligations. Dans le champ de notre étude, les sujets de droit désignent les requérants ainsi que les États parties. Pour plus de détails, lire notamment S. TOUZE, Pour une lecture « anzilottienne » de la Convention européenne des droits de l'homme. À travers la subsidiarité, un dualisme oublié ?, *Droits*, 2012/2, n° 56, p. 255-276, spéc. p. 257 et suiv.

subjective dans le contentieux qui vont permettre au juge d'orienter son contrôle en faveur du justiciable et déceler des atteintes au droit à un procès équitable. Parallèlement, elle vise aussi à maintenir la « confiance du public » dans la justice conventionnelle contre les abus des autorités judiciaires et étatiques dans la lignée de la sécurisation *inter partes* évoquée précédemment. Par ailleurs, la subjectivisation accompagne une mutation substantielle de l'intérêt étatique de sécurité juridique. Les États parties se sont récemment accaparées de la dimension subjective du principe afin de faire valoir la protection de leurs intérêts devant la Cour. Comme le rappelle une étude, « *si le juge n'applique jamais mécaniquement le droit car il en est également l'interprète, il s'agit, en droit international, d'un interprète particulièrement contraint par la volonté des sujets souverains-auteurs des textes* »¹⁷⁰⁹. La subjectivisation vise alors à se recentrer sur la protection de leur propre sécurité juridique, d'abord de façon descendante en invoquant un but légitime de sécurisation objective de leur ordre juridique, puis de façon ascendante pour souligner une incohérence ou une imprévisibilité dans la détermination du contenu de leurs obligations conventionnelles. De la sorte, la subjectivisation se dote d'une coloration revendicative à l'égard d'une jurisprudence portant atteinte à leur souveraineté et au principe de subsidiarité. Se métamorphosant en une véritable « *règle d'or* »¹⁷¹⁰, la subjectivisation du principe sert à asseoir la protection d'intérêts antagonistes de sécurités juridiques subjectives (des individus et des États parties). Ce faisant, elle est contrainte par le jeu des acteurs conventionnels¹⁷¹¹. **(Section I)**.

342. Dans un second temps, la subjectivisation va consolider le sentiment de confiance des parties dans le droit de la Convention. On remarque que la sécurité juridique est de plus en plus utilisée par les juges à des fins argumentatives dans la jurisprudence de la Cour ainsi que dans les opinions séparées, agrainant au passage le stéréotype d'une subjectivisation « tout azimut » de son contrôle¹⁷¹². En outre, l'analyse de sa jurisprudence tend à démontrer que les fonctionnalités subjectives ne sont pas finalement si « subjectives » qu'il n'y paraît. La

¹⁷⁰⁹ H. RASPAIL, « Effectivité des droits de l'homme et extension des obligations internationales », in E. DUBOUT (dir.), S. TOUZE (dir.), *Refonder les droits de l'homme. Des critiques aux pratiques, op. cit.*, p. 117-150, spéc. p. 119.

¹⁷¹⁰ L-E PETTITI, « Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention. De l'idéal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui », in L-E. PETTITI, E. DECAUX, P.H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1999, 2^{ème} éd., p. 27-40, spéc., p. 33 ; K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUAM, Aix-Marseille, 2008, p. 251-255.

¹⁷¹¹ P. RAIMBAULT, La sécurité juridique, nouvelle ressource argumentative, *Revue du notariat*, 2008, n° 2, p. 517-543, spéc. p. 529.

¹⁷¹² T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Defrénois, Paris, coll. « Doctorat & Notariat », 2009, t. 35, p. 422-425.

subjectivisation ne s'opère qu'en palliatif ou en complément des fonctionnalités objectives¹⁷¹³ dans une perspective renouvelée et globalisante d'« *objectivisation* » du droit¹⁷¹⁴. Controversé, l'argument « sécurité juridique » n'est pas dépourvue d'utilité car il s'incorpore dans la politique globale de revalorisation de son office et de sa jurisprudence. La référence récurrente à l'impératif de sécurité juridique des individus ou des États lui permet de renforcer l'impact de sa décision et de renforcer concomitamment la légitimité de sa motivation et, *in fine*, l'autorité de sa jurisprudence. Par voie de conséquence, la subjectivisation du principe joue un rôle stratégique visant à maintenir la fiabilité du mécanisme conventionnel, fiabilité qui repose sur une multitude d'intérêts de sécurités juridiques (**Section II**).

SECTION I : UNE SUBJECTIVISATION EFFECTUEE AU SERVICE LA SECURITE JURIDIQUE DES SUJETS DE DROIT CONVENTIONNEL

343. Comme le fait remarquer à juste titre le Professeur Philippe RAIBAUT, « la sécurité juridique est le lieu où se cristallise la conciliation entre les exigences relatives à la protection des droits individuels et celle de l'intérêt général »¹⁷¹⁵. La première fonctionnalité subjective est de parvenir à concilier les intérêts antagonistes de sécurité juridique – c'est-à-dire la sécurité juridique individuelle et la sécurité juridique étatique – afin de déterminer si la mise en œuvre de la légalité étatique ne porte pas atteinte à la sécurité juridique des justiciables de façon à porter atteinte à la protection de leurs droits fondamentaux. C'est ainsi que le contrôle de proportionnalité se subjectivise tantôt pour défendre les intérêts subjectifs des individus, tantôt pour respecter les intérêts de l'État défendeur¹⁷¹⁶.

344. Au premier plan, la subjectivisation consolide la sécurité juridique des justiciables. Le principe de sécurité juridique « *est [alors] générateur de prérogatives pour l'individu contre*

¹⁷¹³ « *La sécurité juridique, principe objectif, est à l'origine des droits fondamentaux qui sont des droits subjectifs et qui contribuent à leur préservation. En ce sens, si l'individu est en mesure de pouvoir exiger la prévisibilité de la règle de droit, il n'existe pas de droit individuel à la prévisibilité* », C. SALVIEJO, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, thèse dactyl., Université de Montpellier I, 2003, p. 142-143.

¹⁷¹⁴ M. AFROUKH, « Le contrôle de la norme nationale par la Cour européenne des droits de l'homme », in E. BONIS (dir.) et V. MALABAT (dir.), *La qualité de la norme. L'élaboration de la norme*, Mare & Martin, Paris coll. « Droit & Science politique », 2016, p. 299-312, spéc. p. 300 ; J. ARLETTAZ (dir.) et J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et des libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit*, Pedone, Paris, coll. « Publications de l'Institut International des Droits de l'Homme », 2015.

¹⁷¹⁵ P. RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, op. cit., p. 596.

¹⁷¹⁶ F. LUCHAIRE, *La sécurité juridique en droit constitutionnel français*, CCC, 2001, n° 11.

l'État »¹⁷¹⁷. L'intronisation du principe incite la jurisprudence à se diriger « *vers une justice de cas individuel* »¹⁷¹⁸ teintant progressivement le contrôle de conventionnalité européen d'une coloration subjective. En effet, le juge affiche une subjectivisation de plus en plus assumée de son contrôle au profit de la protection de la sécurité juridique individuelle. Si on lui reproche de se cantonner à un rôle strictement « *ornemental* »¹⁷¹⁹ dans la motivation du juge, la facette subjective du principe ne peut être réduite à cette simple fonctionnalité. En effet, la Cour se pare d'instruments et de standards qui visent à apprécier concrètement l'atteinte à la sécurité juridique des requérants. Le sentiment d'insécurité juridique est « *juridictionnalisé* » pour déterminer la réalité de son ressenti dans le cas d'espèce. L'objectif poursuivi par le principe est de maintenir l'effectivité des droits fondamentaux en en préservant la confiance de l'individu dans la capacité des pouvoirs publics à défendre ses mêmes droits (1§).

345. En arrière-plan, la subjectivisation modifie également la substance de l'intérêt étatique de sécurité juridique. Fondamentalement, la sécurité juridique est un devoir de l'État¹⁷²⁰. Elle est un objectif qui doit inspirer le législateur national qui se cristallise en un intérêt général visant à restreindre la portée des droits et des libertés individuels pour garantir la stabilité de son ordonnancement juridique ou l'un de ses particularismes nationaux. Elle est donc, par essence, une sécurité juridique objective, liée au respect de l'exigence de la légalité par les États parties à la Convention. Cependant, certains arrêts – encore peu nombreux – mettent en lumière un accaparement progressif de la sécurité juridique par les États parties à l'encontre de la jurisprudence de la Cour à des fins revendicatives. Or, cet appel tacite à une plus grande sécurité juridique jurisprudentielle n'est pas sans rappeler celui des requérants à l'encontre des juridictions nationales. Résurgence des racines internationales du système conventionnel, l'argument « *sécurité juridique* » invoqué par l'État cherche à retourner l'approche subjective du juge à son profit. *A priori*, l'évocation d'une sécurité juridique subjective de nature étatique peut paraître incongrue en ce que cette facette est censée servir les intérêts individuels et non celui des États. Pourtant, elle cadre avec une lecture élargie de la notion de subjectivisation comprise comme la recentralisation du processus décisionnel sur les sujets de droit, incluant

¹⁷¹⁷ C. SALVIEJO, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, op. cit., p. 153.

¹⁷¹⁸ S. CALMES, *Le principe de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Dalloz, Paris, coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », 2001, p. 28.

¹⁷¹⁹ L. FRANÇOIS, « La fiabilité du droit, dite sécurité juridique », in *La Sécurité juridique*, Actes du colloque organisé par la conférence du jeune barreau de Liège, 14 mai 1993, éd. du jeune barreau de Liège, 1993, p. 8-20, spéc. p. 17.

¹⁷²⁰ K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 252.

donc les États parties. En tant que « *responsable de l'interprétation de la Convention* »¹⁷²¹, la Cour doit davantage prendre en considération la sécurité juridique des États en se concentrant sur la prévisibilité du contenu des obligations conventionnelles, prévision sur laquelle repose la confiance de ces derniers dans le droit de la Convention. La sécurité juridique étatique serait donc un intérêt hybride, à la fois objectif à l'égard des justiciables dont il protège les droits et libertés, et subjectif à l'égard d'une jurisprudence chargée de protéger la prévisibilité de leurs obligations conventionnelles (2§).

1§) Une protection « augmentée » de la sécurité juridique individuelle

346. La facette subjective du principe vise à protéger les requérants contre les incertitudes générées par le droit interne en leur « *donnant l'impression d'être à l'abri des dangers* »¹⁷²². C'est en ce sens que la Cour a coutume d'affirmer que le principe de sécurité juridique « *tend notamment à garantir une certaine stabilité des situations juridiques et à favoriser la confiance du public dans la justice* »¹⁷²³. La sauvegarde de la situation juridique répond au besoin de certitude offerte par le droit¹⁷²⁴ et se réalise par l'utilisation des standards objectifs du principe de sécurité juridique – prévisibilité et accessibilité – pour vérifier que les ingérences dans le droit au procès équitable ne portent pas atteinte de manière excessive à l'effectivité des droits conventionnel (A). Dans une perspective similaire, la « confiance du public dans l'appareil de la justice » met l'accent « *sur la confiance dont sont investis les pouvoirs en place et qu'ils ont pour mission de respecter* »¹⁷²⁵. Dans cette optique, la subjectivisation s'opère par la matérialisation des déclinaisons subjectives du principe – espérance légitime, confiance légitime – afin d'établir la véracité « objective » de ce sentiment en décelant le cas échéant des abus de la part des autorités publiques nationales (B).

¹⁷²¹ Expression empruntée dans l'opinion séparée du juge ZAGREBELSKY jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n° 34503/97, Rec. 2008-V, pt. 3.

¹⁷²² J.-M. PONTIER, De la sécurité, *AJDA*, 2006, n° 19, p. 1009.

¹⁷²³ Il s'agit là d'un paradoxe inhérent au principe de sécurité juridique: “ *the more the legal aspect of human relations prevails in society, the more accessibility of legislation becomes a basic requirement on the one hand, a 'mission impossible' on the other; the review of legislation in the light of the principle of legal certainty is itself unpredictable* ”, P. POPELIER, “ Five Paradoxes on Legal Certainty and the Lawmaker ”, *Legisprudence. International Journal for the study of legislation*, 2008, vol. 2, n° 2, p. 47-66, spéc. p. 49.

¹⁷²⁴ J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, PUSL, Bruxelles, 2014, p. 29.

¹⁷²⁵ *Ibidem*.

A- La protection de la stabilité juridique par les dérivés objectifs

347. Comme le relevait le philosophe Jürgen HABERMAS, la sécurité juridique s'exerce à « *un autre niveau* » qu'est celle du respect des garanties procédurales du droit à un procès équitable¹⁷²⁶, matérialisant « *ainsi les tensions entre le principe de sécurité juridique et la prétention à des décisions justes* »¹⁷²⁷. L'instauration de délais de recours, l'accessibilité matérielle et intellectuelle de ces voies, la prévisibilité du droit national sont liées à une approche subjective du principe qui imprègne le raisonnement de la Cour. De jurisprudence constante, elle déclare que « *le droit d'accès à un tribunal s'en trouve atteint lorsque sa réglementation cesse de servir les buts de sécurité juridique et de bonne administration de la justice et constitue une sorte de barrière qui empêche le justiciable de voir son litige tranché au fond par la juridiction compétente* »¹⁷²⁸. Si les « *requérants doivent s'attendre à ce qu'elles soient appliquées* »¹⁷²⁹, la connaissance des rouages procéduraux devient impossible dans l'hypothèse d'une défaillance en droit interne ou lorsque l'interprétation du juge national se veut arbitraire. Dans ce cas de figure, la subjectivisation protège la sécurité juridique individuelle et la loyauté procédurale, d'abord sur le terrain de l'accessibilité matérielle (1^o) puis s'étend ensuite sur celui de la prévisibilité (2^o).

1^o) La subjectivisation du standard de l'accessibilité

348. Considérée comme composante fonctionnelle de l'État de droit¹⁷³⁰, le droit d'accès à un tribunal en forme naturellement un élément intrinsèque¹⁷³¹. Droit activiste, militant ou revendicatif¹⁷³², il poursuit un but identique à la sécurité juridique sociale étant donné qu'il fonde la garantie concrète des droits fondamentaux des citoyens. Ceci explique que ce droit forme l'une des premières sources de la subjectivisation du contentieux au travers du standard

¹⁷²⁶ « *Le droit ne prend pas tout son sens normatif en vertu de sa seule forme [...] mais à travers une procédure d'édiction du droit qui engendre la légitimité* », J. HABERMAS, *Droit et démocratie, Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 17-18.

¹⁷²⁷ *Ibid.*, p. 217-219.

¹⁷²⁸ CEDH, Ch., 28 octobre 1998, *Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne*, req. n° 28090/95, §45 (Dalloz, 1999, obs. N. FRICERO). Pour une application récente, CEDH, 23 octobre 2018, *Arrozpide Sarasola et autres c. Espagne*, req. n° 65101/16, §§98-99.

¹⁷²⁹ *Ibidem*.

¹⁷³⁰ L. MILANO, *Le droit d'accès à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Paris, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèse », 2006, p. 63-70.

¹⁷³¹ Comme le souligne la Professeure Laure MILANO, « *la sécurité juridique sert l'accès au droit en ce qu'elle confère au droit les qualités indispensables d'accessibilité [...] de la règle. [...] Le justiciable doit être en mesure de comprendre [...] et d'en prévoir les effets* », *ibid.*, p. 282.

¹⁷³² « *La notion d'accès au droit est plus concrète et militante : c'est une revendication* », T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 25.

légal de l'accessibilité¹⁷³³. *Nonobstant* sa nature objective¹⁷³⁴, ce standard produit des effets subjectifs grâce à une interprétation prétorienne axée sur le justiciable¹⁷³⁵. Si cela reste minime dans l'appréciation de l'accessibilité formelle, cette tendance est significative au niveau de l'accessibilité matérielle, c'est-à-dire l'accès au droit¹⁷³⁶. En effet, « *le fait d'avoir pu emprunter les voies de recours internes mais seulement pour entendre déclarer ses actions irrecevables par le jeu de la loi ne satisfait pas toujours aux impératifs de l'article 6§1 [...] encore faut-il que le degré d'accès procuré par la législation nationale suffise pour assurer à l'individu le "droit à un tribunal" eu égard au principe de la prééminence du droit dans une société démocratique. L'effectivité du droit d'accès demande qu'un individu jouisse d'une possibilité claire et concrète de contester un acte constituant une ingérence dans ses droits* »¹⁷³⁷. Cela étant le droit d'accès à un tribunal constitue l'un des ancrages majeurs de cette subjectivisation du principe, comme l'illustre l'arrêt *Beles et autres contre République tchèque*¹⁷³⁸, dans lequel le juge énonce que le « *principe de la sécurité des rapports juridiques [...] exige que soit assurée une voie judiciaire effective permettant à chaque justiciable de revendiquer des droits* »¹⁷³⁹.

349. Plus qu'un effet stylistique¹⁷⁴⁰, cette appréciation subjective se répercute sur l'évaluation du standard d'accessibilité matérielle lorsque le juge examine si la restriction porte atteinte à la substance du droit à un tribunal. Dans l'arrêt *Geouffre de la Pradelle contre France*¹⁷⁴¹, la Cour se place du point de vue du requérant pour dénoncer l'absence de règles

¹⁷³³ Déterminée selon l'aptitude du citoyen à « *disposer de renseignements suffisants [...] sur les normes juridiques dans un cas donné* », CEDH, Ch., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, req. n° 6538/74, série A. 30, §49 (*JDI*, 1980, 471, obs. P. ROLLAND).

¹⁷³⁴ *Supra*, n° 135.

¹⁷³⁵ « *En cela, cette sorte de droit à un tribunal est porteur d'un droit au jugement, car on peut supposer qu'un recours n'est véritablement effectif que lorsque non seulement il peut être concrètement pratiqué, mais encore en ce qu'il aboutit à un jugement, car c'est celui-ci qui donne sens à l'action [...] À côté de celui-ci, sont visés des droits subjectifs substantiels, c'est-à-dire des droits qui confèrent un pouvoir d'agir directement sur autrui et sur les choses* », M-A. FRISON-ROCHE, W. BARANES, Le souci de l'effectivité du droit, *Recueil Dalloz*, 2996, p. 301.

¹⁷³⁶ CEDH, Plén., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, série A. 18, §35 (*GACEDH*, 2019, n° 27).

¹⁷³⁷ CEDH, Ch., 19 décembre 1992, *Geouffre de la Pradelle, c. France*, req. n° 12964/87, §34 (*Dalloz*, 1993, 562, note F. BENOIT-ROHMER) ; CEDH, *Bellet c. France*, req. n° 23805/94, §34 (*AJDA*, 1996, obs. J-F. FLAUSS).

¹⁷³⁸ CEDH, 12 novembre 2002, *Beles et autres c. République Tchèque*, req. n° 47273/99 ; voy. plus récemment CEDH, 29 septembre 2017, *Mazzo c. Italie*, req. n° 32269/09.

¹⁷³⁹ *Ibid.*, §49.

¹⁷⁴⁰ La Cour désigne souvent « *le droit d'accès au requérant à un tribunal* » (CEDH, 4 mai 2006, *Examiliotis c. Grèce (n° 2)*, req. n° 28340/02, §30) ou « *le droit d'accès à un tribunal des particuliers* » (CEDH, 14 décembre 2006, *Lupas et autres c. Roumanie (n° 1)*, req. n° 1434/02, 35370/02 et 1385/03, Rec. 2006-XV, §67).

¹⁷⁴¹ CEDH, Ch., 19 décembre 1992, *Geouffre de la Pradelle, c. France*, req. n° 12964/87, §34 (*Dalloz*, 1993, 562, note F. BENOIT-ROHMER). Pour une affaire similaire, voy. également CEDH, 24 octobre 2017, *Nesterenko et Gaydukov c. Russie*, req. n° 20189/14 (refus judiciaire d'examiner les demandes de privatisation des biens octroyés aux requérants militaires à défaut de recours précontentieux).

claires et cohérentes de publicité quant aux modalités de recours contre les actes administratifs pris dans le domaine de la protection des sites historiques. Elle estime que la notification préalable par les autorités du délai d'ouverture pouvait « *raisonnablement donner à penser que le résultat, positif ou négatif, desdites procédures serait lui aussi communiqué à chacun d'eux sans qu'ils eussent à se plonger, des mois ou des années durant, dans la lecture du Journal officiel* »¹⁷⁴². En dehors d'une souplesse inhabituelle dans l'appréciation de l'exigence d'accessibilité au regard de la qualité professionnelle du requérant¹⁷⁴³, elle est illustrative d'une subjectivisation du contrôle dans le but de garantir implicitement « *aux justiciables une réelle sécurité juridique quant à l'accès au droit* »¹⁷⁴⁴.

350. D'autres arrêts tendent à illustrer la pertinence de cette subjectivisation dans l'appréciation de l'accessibilité. Dans *Zvolský et Zvolská contre République Tchèque*¹⁷⁴⁵ la Cour condamne l'introduction simultanée du recours constitutionnel et du pourvoi en cassation à défaut de publication des décisions du juge rapporteur sur cette exigence procédurale, considérant « *qu'il est difficile aux justiciables de connaître ce procédé [...] eu égard au fait que les décisions des juges [...] ne sont publiées que si l'assemblée plénière de la haute juridiction en décide ainsi, c'est-à-dire, en réalité, très rarement* »¹⁷⁴⁶. Par ailleurs, dans une affaire portugaise, le juge s'est appuyé sur les « *circonstances particulières de l'espèce* »¹⁷⁴⁷ pour condamner une divergence de jurisprudence entre des situations identiques en matière de contestation de décision arbitrale qui, prenant en compte la valeur économique du litige, avait atteint la substance de son droit d'accès à un tribunal¹⁷⁴⁸. Plus récemment, dans l'arrêt *Paroutsas contre Grèce*¹⁷⁴⁹, la législation nationale prévoyait une présomption irréfragable empêchant le requérant de contester son droit à une indemnisation complète suite à la perte de

¹⁷⁴² *Ibid.*, §33.

¹⁷⁴³ *A contrario*, la Cour n'avait pas manifesté la même bienveillance pour un requérant, ancien avocat de profession, qui, « *rompu aux arcanes de la procédure judiciaire, [...] ne pouvait ignorer que des délais relativement brefs enserraient cette dernière, d'autant plus que les règles applicables présentaient une cohérence et une clarté suffisantes* », CEDH, Ch., 22 juin 1993, *Melin c. France*, req. n° 12914/87, §24.

¹⁷⁴⁴ L. MILANO, *Le droit d'accès à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 286.

¹⁷⁴⁵ CEDH, 12 novembre 2002, *Zvolský et Zvolská c. République Tchèque*, Rec. 2002-IX, req. n° 46129/99 ; CEDH, 7 novembre 2017, *Cherednichenko et autres c. Russie*, req. 35082/13 et suiv., §31.

¹⁷⁴⁶ *Ibid.*, §53.

¹⁷⁴⁷ CEDH, 20 mai 2008, *Santos Pinto c. Portugal*, req. n° 39005/04.

¹⁷⁴⁸ L'articulation entre subjectivisation, sécurité juridique, effectivité et accessibilité est particulièrement explicite. « *Si rien ne s'oppose à ce que les États réglementent l'accès aux juridictions de recours en prenant en compte, entre autres critères, celui de la valeur économique du litige, toujours est-il qu'en l'occurrence l'application de cette règle, dans les circonstances particulières de l'espèce, a privé le requérant de l'accès à la juridiction de recours [souligné par nous]. La Cour rappelle que la réglementation en matière de conditions de recevabilité des recours doit présenter une cohérence et une clarté suffisantes [...]* », condamnant l'État portugais sur le fondement du principe de sécurité juridique, *ibid.* §44.

¹⁷⁴⁹ CEDH, 2 mars 2017, *Paroutsas et autres c. Grèce*, req. n° 34639/09.

son droit de propriété, entravant par la même son accès au droit à un tribunal. Bien que ces règles remplissent pleinement les exigences objectives de clarté et de cohérence, le juge subjectivise son contrôle afin de déterminer si cette présomption s'est opérée, dans son application, au détriment du respect de la sécurité juridique du requérant. En dépit du fait que celui-ci n'ait pas respecté le délai de trente jours pour effectuer sa demande d'indemnisation, la rigidité excessive des tribunaux dans l'interprétation dudit délai ne permettait pas de prendre en considération la diversité des situations, notamment celle du requérant¹⁷⁵⁰. *Last but not least*, l'irrecevabilité du recours d'*amparo* pour non-épuisement des voies judiciaires disponible alors même que le Tribunal espagnol avait déclaré irrecevable ces mêmes requêtes au-delà du délai imparti pour pouvoir introduire ce recours, a occasionné « *un manque de sécurité juridique [dont] ont souffert les requérants* »¹⁷⁵¹.

351. L'appréciation subjective vient ainsi renforcer l'accessibilité matérielle et l'effectivité du droit d'accès à un tribunal. Cette démarche se constate également pour le standard de la prévisibilité.

2°) La subjectivisation du standard de prévisibilité

352. Initialement, la prévisibilité incarne la fonction pacificatrice de la sécurité juridique¹⁷⁵². En offrant la possibilité de bâtir les prévisions juridiques dans un cadre juridique « *apaisé* », elle rejoint l'idée de certitude¹⁷⁵³, voire d'une certaine prédictibilité¹⁷⁵⁴. Pourtant, ce « *désir évident du citoyen* » entre « *en contradiction directe avec la dynamique inévitable et perpétuelle du droit moderne, en proie aux mutations, voire aux expérimentations* »¹⁷⁵⁵. La subjectivisation du contrôle du standard de la prévisibilité limite l'impact de cette dynamique sur la protection des droits procéduraux. La prévisibilité au sens de la Convention est une prévisibilité subjective puisque « *le justiciable doit raisonnablement prévoir les conséquences mais aussi les formalités, conditions, restrictions ou sanctions qui peuvent être attachées à ce comportement,*

¹⁷⁵⁰ « *La Cour estime qu'en rejetant comme tardive l'opposition du requérant, par le jeu de l'application d'une présomption qu'elles ont considérée comme irréfragable, les juridictions grecques n'ont pas répondu aux problèmes spécifiques soulevés par l'intéressé et qu'elles ont entravé de manière excessive son droit d'accès à un tribunal* », *ibid.*, §38.

¹⁷⁵¹ CEDH, 23 octobre 2018, *Arrozpide Sarasola et autres c. Espagne*, req. n° 65101/16 §§107-109.

¹⁷⁵² *Supra*, n° 142.

¹⁷⁵³ « *La sécurité ne se confond pas avec la simple protection de l'individu et de sa liberté. Elle exprime plus précisément l'aspiration à un système de règles certaines, parce qu'une telle certitude correspond au besoin décisif de prévisibilité* », H. BATTIFOL, *La Philosophie du droit*, PUF, Paris, coll. « Que sais-je », 1960, p. 103.

¹⁷⁵⁴ Sur la notion de prédictibilité, voy. par ex. T. CASSUTO, *La justice à l'épreuve de sa prédictibilité*, *AJ Pénal*, 2017, p. 334 ; D. IWEINS, *La justice prédictive, nouvel allié des professionnels du droit?*, *Gaz. Pal.*, 2017, n° 1, p. 5.

¹⁷⁵⁵ S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 19.

s'il est jugé contraire aux lois nationales »¹⁷⁵⁶. Si cette subjectivisation se limite de prime abord à une manifestation formelle¹⁷⁵⁷, le juge en vient progressivement à lui conférer des effets juridiques afin d'assurer une protection accrue des situations individuelles affectées ou anéanties par une imprévisibilité provenant de la « loi » nationale¹⁷⁵⁸. Le juge procède également à un contrôle d'adéquation du comportement du requérant à l'égard de la « loi »¹⁷⁵⁹. En effet, l'appréciation de la prévisibilité du point de vue du requérant lui permet d'effectuer un « *contrôle de conventionalité de la loi subjective* »¹⁷⁶⁰ pour déceler une éventuelle déloyauté de la part des autorités étatiques qui aurait pourtant dû procéder à une individualisation de la règle de droit¹⁷⁶¹.

353. L'examen de ce que le requérant pouvait « raisonnablement prévoir » ou non au regard de la législation pertinente constitue une sorte d'aiguillon par lequel le juge choisit de subjectiviser ou non son contrôle. À cette fin, la Cour prend en considération des éléments extrinsèques au requérant. C'est le cas notamment du « *degré de consolidation* »¹⁷⁶² de la situation juridique dans le temps dans l'hypothèse de l'acquisition d'un titre de propriété par la requérante qui amène une interprétation subjective sur le terrain de la prévisibilité¹⁷⁶³. C'est le cas également de l'atteinte à la substance d'un droit qui conduit à un examen subjectivisé de la prévisibilité des règles procédurales interprétées par les juridictions nationales¹⁷⁶⁴. La Cour fait alors référence à une prévisibilité appréciée « *selon les yeux du justiciable* »¹⁷⁶⁵. Dans un autre

¹⁷⁵⁶ CEDH, 5 mai 2011, *Comité de Rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine*, req. n° 33014/05, Rec. 2011-I, §52.

¹⁷⁵⁷ La Cour européenne fait couramment référence à la « *prévisibilité du requérant* » ou à ce qu'il peut « *raisonnablement prévoir* », voir *infra*, n° 546.

¹⁷⁵⁸ S. FERRARI, Les critères d'identification de la situation protégée de l'imprévisibilité de la règle de droit, *RDP*, 2015, n° 3, p. 859.

¹⁷⁵⁹ Sur la notion d'adéquation légale, voy. *supra*, n° 280 et suiv.

¹⁷⁶⁰ J. SIRINELLI, La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir, *RFDA*, 2016, p. 529.

¹⁷⁶¹ S. FERRARI, Les critères d'identification de la situation protégée de l'imprévisibilité de la règle de droit, *op. cit.*, p. 859.

¹⁷⁶² *Ibidem*.

¹⁷⁶³ Dans cette hypothèse, la Cour énonce que l'annulation du titre « *ne pouvait passer pour prévisible aux yeux du requérant* », voy. CEDH, 2 juin 2009, *Silviu Marin c. Roumanie*, req. n° 35482/06, §§35-36 ; CEDH, Déc., 9 janvier 2007, *Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı c. Turquie*, req. n° 34478/97, §57 et CEDH, 4 avril 2017, *Yaşar Holding A.S. c. Turquie*, req. n° 48642/07, §§96-99 ainsi que l'opinion dissidente des juges KJØLBRO et RAVARANI jointe à l'arrêt, pts. 6-12.

¹⁷⁶⁴ L. MILANO, *Le droit d'accès à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 288-289.

¹⁷⁶⁵ « *Afin de s'assurer que la déclaration d'irrecevabilité n'a pas porté atteinte à la substance même du "droit" de la requérante "à un tribunal", la Cour recherchera d'abord si les modalités d'exercice du pourvoi en cassation, spécialement quant à la production des pièces, pouvaient passer pour prévisibles aux yeux d'un justiciable [...]* », CEDH, Ch., 23 octobre 1996, *Levages Prestations Services c. France*, req. n° 21920/93, §42 (*JCP G*, 1997, I, doct. 400, F. SUDRE) ; pour un exemple récent, voy. CEDH, 5 novembre 2015, *Henrioud c. France*, req. n° 21444/11, §60.

domaine de l'article 6, la particularité de la renonciation aux droits¹⁷⁶⁶ préconise un examen *in concreto* poussé sur le degré de prévisibilité subjective. Si l'article ne prohibe pas en lui-même la renonciation expresse ou tacite à comparaître et à se défendre, elle doit néanmoins être « *non équivoque* » et s'accompagner d'un « *minimum de garanties correspondant à sa gravité* »¹⁷⁶⁷. En dépit de l'attitude répréhensible du requérant, les autorités doivent évaluer concrètement le caractère tacite de la renonciation, de manière à ce qu'il puisse « *raisonnablement prévoir les conséquences du comportement en question* »¹⁷⁶⁸. Mêmement, dans *Idalov contre Russie*¹⁷⁶⁹ relative à la comparution d'un requérant expulsé de son procès suite à un comportement jugé « incorrect », la juridiction nationale en avait déduit une renonciation tacite à son droit à un procès équitable. *Nonobstant* le fait que l'intéressé n'ait pu comparaître ultérieurement afin d'être entendu sur le bien-fondé de son accusation, la présidente aurait dû s'interroger sur la capacité de celui-ci à comprendre pleinement les conséquences de son comportement. Le juge national doit donc avoir l'assurance optimale que le requérant était à même de prévoir les conséquences de son comportement avant que ce dernier soit assimilé à une renonciation tacite¹⁷⁷⁰.

354. La subjectivisation s'opère également en lien avec des critères intrinsèques liés à la qualité du requérant. Par exemple, la Cour effectue au préalable un examen rigoureux des garanties légales en lien avec l'attitude générale des journalistes dans le traitement et la diffusion de l'information. Dans une affaire ukrainienne¹⁷⁷¹, des journalistes avaient été condamnés pour diffamation. Attentif aux allégations des requérants pendant leur procès, le juge souligne que ces derniers avaient suffisamment démontré que leur publication sur Internet s'inscrivait dans un but d'intérêt public et avaient en ce sens agi de bonne foi. Partant, c'est le droit ukrainien qui n'offrait pas de garanties adéquates pour que les requérants puissent

¹⁷⁶⁶ Pour lecture, voy. J. ARROYO, *La renonciation aux droits fondamentaux : étude de droit français*, Pedone, Paris, 2016 ; P. RUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit international », 2001 ; B. ADAMN-FERREIRA, *La renonciation est-elle compatible avec la protection des droits fondamentaux ? La renonciation aux droits procéduraux dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour européenne des droits de l'homme*, *RFDA*, 2007, p. 744.

¹⁷⁶⁷ CEDH, Ch., 12 février 1985, *Colozza c. Italie*, req. n° 9024/80, série A. 89, §28 (en matière de comparution à un tribunal) ; voy. également CEDH, Plén., 10 février 1983, *Albert Le Compte et Ven Leuven c. Belgique*, série A. 43, req. n° 7299/75 et 7496/76, §35 (*GACEDH*, 2019, n° 21) ; CEDH, Ch., 25 février 1992, *Pfeifer et Plankl c. Autriche*, req. n° 10802/84, §37 ; CEDH, Ch., 23 novembre 1993, *Poitrimol c. France*, req. n° 14032/88, série A. 277, §31 (*GACEDH*, 2019, n° 36).

¹⁷⁶⁸ CEDH, Gde. Ch., 1^{er} mars 2006, *Sejdovic c. Italie*, req. n° 56581/00, Rec. 2006-II, §§87 et 94-104 (*JCP G*, 2005, III, doct. 103, F. SUDRE).

¹⁷⁶⁹ CEDH, Gde. Ch., 22 mai 2012, *Idalov c. Russie*, req. n° 5826/03.

¹⁷⁷⁰ *Ibid.*, §§172, 173 et 178.

¹⁷⁷¹ CEDH, 5 mai 2011, *Comité de Rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine*, req. n° 33014/05, Rec. 2011-I.

déterminer avec suffisamment de prévisibilité l'évaluation des conséquences emportées par la publication litigieuse¹⁷⁷². Enfin, l'appartenance du justiciable à une ou plusieurs catégories de personnes vulnérables¹⁷⁷³ légitime parfois une subjectivisation du contrôle sous l'angle de la prévisibilité. Toujours en matière de renonciation aux droits, un requérant, dont la vulnérabilité est accentuée par sa qualité de mineur détenu, nécessite un examen accru sur la possibilité concrète d'évaluer les conséquences de ses actes. Dans l'arrêt *Panovits contre Chypre*¹⁷⁷⁴, en sus de conditions susvisées, la Cour exige que la renonciation soit « *exprimée sans équivoque une fois que les autorités ont pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer qu'il a pleinement conscience de ses droits et peut mesurer au mieux les conséquences de ses actes* »¹⁷⁷⁵. L'utilisation des standards d'accessibilité et de prévisibilité atteste d'un contrôle subjectivisé de la légalité européenne et manifeste une ambition évidente du juge de replacer les justiciables au cœur du contentieux européen des droits de l'homme, recentrage qui n'est pas toujours exercée de façon convergente avec la protection effective des droits procéduraux¹⁷⁷⁶. La Cour poursuit explicitement dans cette voie avec la matérialisation des dérivés subjectifs.

¹⁷⁷² *Ibid.*, §53.

¹⁷⁷³ Pour quelque lectures, S. BESSON, « La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme. L'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, p. 59-85 ; C. RUET, La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH*, 2015/102, p. 317-340 ; C. PICHERAL, *La vulnérabilité en droit européen des droits de l'homme. Conception(s) et fonction(s)*, Bruylant-Némésis, Bruxelles, coll. « Droit & Justice », 2019.

¹⁷⁷⁴ CEDH, 11 décembre 2008, *Panovits c. Chypre*, req. n° 4268/04.

¹⁷⁷⁵ La Cour « *estime peu probable que, compte tenu de l'âge du requérant, celui-ci ait été conscient qu'il avait le droit d'être représenté par un avocat avant de dire quoi que ce soit à la police. En outre, faute pour l'intéressé d'avoir bénéficié des conseils d'un défenseur ou de son tuteur, il est tout aussi peu probable qu'il ait bien mesuré les conséquences découlant d'un interrogatoire mené sans l'assistance d'un avocat dans le cadre d'une enquête pénale sur des faits de meurtres* », *ibid.*, §68-71. Voy. également CEDH, Gde. Ch., 16 juin 2012, *Kurić et autres c. Slovénie*, req. n° 26828/06, Rec. 2012-IV. En l'espèce, la loi de 1992 portant modification du statut des étrangers a procédé à un effacement des personnes ne disposant pas de la nationalité slovène ou n'ayant pas de permis de séjour. Les requérants qui résidaient en Slovénie, avaient auparavant le statut de résident de longue durée en tant que citoyen de l'ex-Yougoslavie. À défaut de notification préalable, n'avaient pas été avertis par les autorités slovènes de leur qualité d'étrangers. Axant son contrôle sur leur point de vue, elle estime que l'absence de notification personnelle et préalable, ne leur avait pas permis préalablement du changement de leur statut de résident permanent à celui d'étranger. « *Ce n'est d'ailleurs qu'incidemment qu'ils ont eu connaissance de l'effacement* », engendrant de sérieux doute quant à la prévisibilité de la mesure, *ibid.*, §§343-350.

¹⁷⁷⁶ La subjectivisation entraîne une responsabilisation des requérants à l'égard de leur propre sécurité juridique, *infra*, n° 361 et suiv.

B- La protection de la confiance par les dérivés subjectifs

355. Dans sa thèse sur les Notions fondamentales en droit privé, René DEMOGUE relevait que « *si la sécurité juridique est un sentiment, chose subjective s'il en fut, elle peut être envisagée objectivement et subjectivement* »¹⁷⁷⁷. Nécessitant alors de distinguer l'émotion des effets juridiques, l'évaluation du niveau de sécurité juridique subjective (et notamment des atteintes potentielles à celle-ci) doit s'effectuer à l'aide de notions adaptées. La Cour européenne est parvenue dans cette optique à « juridictionnaliser » ce sentiment subversif par le biais des dérivés subjectifs du principe¹⁷⁷⁸. La « juridictionnalisation » se focalise sur le germe central de l'insécurité juridique en tentant de rétablir la confiance des citoyens dans un droit objectif fiable. Considérées comme équivalentes¹⁷⁷⁹, les notions d'espérance et de confiance ont vocation à « juridictionnaliser » des situations juridiques dissemblables. La confiance légitime protège les situations légalement constituées ayant achevé leur degré de consolidation dans l'ordre juridique. Différemment, l'espérance légitime concerne les situations légalement préconstituées, c'est-à-dire en cours de concrétisation. Équivalente à une promesse, elle s'inscrit dans une logique de reconnaissance d'un droit par les autorités publiques¹⁷⁸⁰. En dépit de cette distinction, elles ont toutes deux pour finalité de protéger les attentes légitimes des justiciables¹⁷⁸¹ face aux autorités publiques (1°) et judiciaires (2°).

1°) La protection de la « confiance du public » contre les abus des autorités publiques

356. Comme le relève le Professeur Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, « *la confiance du public [...] exige des autorités nationales l'adoption d'un comportement traduit dans des actes*

¹⁷⁷⁷ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Éd. A. Rousseau, Paris, 1911, p. 87.

¹⁷⁷⁸ Nous précisons que le principe de confiance légitime se distingue du sentiment de confiance car il comprend plus largement l'espérance et la bonne foi. Si les dérivés subjectifs assurent sa concrétisation, ils sont reliés dans la jurisprudence de la Cour au principe de sécurité juridique, qui englobent l'ensemble de ces notions sous son volet subjectif, *supra*, n° 154 et suiv.

¹⁷⁷⁹ J-B. WALTER, *L'espérance légitime*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque des thèses », 2011, p. 144-145.

¹⁷⁸⁰ « *L'espérance légitime de la jurisprudence relative à la protection du droit au respect de ses biens s'emboîte dans la reconnaissance même d'un droit à travers lequel elle vit et ne supporte pas au même titre que la confiance une logique de responsabilité* ». C'est sur cette distinction fonctionnelle que Monsieur Jean-Baptiste WALTER dissocie la notion d'espérance légitime de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour européenne, *ibid.*, p. 175.

¹⁷⁸¹ Ainsi l'auteur parvient-il à la conclusion que « *dans la confrontation entre espérance légitime et principe de protection de la confiance légitime, il est des espérances légitimes qui se sont éloignées d'autres espérances légitimes pour se rapprocher de la confiance, si ce n'est pour s'y perdre complètement* », *ibid.*, p. 178.

et des actions juridiques précis »¹⁷⁸². Il confère au juge un étalon de mesure lui permettant de déterminer ce qu'il est légitime d'attendre de la conduite d'un État partie au regard du cadre légal interne¹⁷⁸³. Dans le prolongement du contrôle d'adéquation mentionné précédemment, la Cour examine la loyauté des autorités publiques à l'égard de leur propre droit positif¹⁷⁸⁴. Dans l'arrêt *McKerr contre Royaume-Uni*¹⁷⁸⁵, le juge utilise le sentiment de confiance ressenti par les individus pour évaluer le caractère excessif du recours à la force meurtrière, et légitimer la mise en œuvre de garanties procédurales. En ce sens, il énonce que « *l'existence de procédures adéquates permettant de mettre en jeu la responsabilité des agents de l'État est indispensable pour préserver la confiance du public et répondre aux inquiétudes légitimes que peut susciter le recours à la force meurtrière [...]. L'absence de telles procédures ne peut qu'exacerber les craintes quant à l'existence de motivations inavouables* »¹⁷⁸⁶. La bonne conduite de l'enquête à la lumière des exigences conventionnelles d'effectivité et de célérité est à même de renforcer la protection de la confiance citoyenne dans l'appareil étatique¹⁷⁸⁷, tout comme la participation des proches de la victime, dont le droit de regard est « *nécessaire à la protection de leurs intérêts légitimes* »¹⁷⁸⁸. L'inclusion du sentiment de confiance lui permet d'appuyer une approche subjective et légitimer par la même occasion une extension protectrice sur le contenu des obligations procédurales¹⁷⁸⁹. D'autres expressions caractérisent cette fonctionnalité du principe comme « *la confiance du public et dans l'adhésion de l'État de droit* »¹⁷⁹⁰, « *dans le*

¹⁷⁸² J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La " confiance du public " dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 11-20, spéc. p. 14.

¹⁷⁸³ La confiance légitime vient « *concrétiser [...] certaines exigences de la sécurité juridique, en tenant compte de la situation particulière de la personne concerné par les effets inéquitables et des modifications de la ligne de conduite adoptée par les pouvoirs publics* », S. CALMES, *Le principe de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷⁸⁴ Pour plus de détails sur l'exercice du contrôle d'adéquation dans le cadre du recours à la force meurtrière, voy. *supra*, n° 280.

¹⁷⁸⁵ CEDH, 4 mai 2001, *McKerr c. Royaume-Uni*, req. n° 28883/95, Rec. 2001-III. Voy. également CEDH, Gde. Ch. 30 mars 2016, *Armani Da Silva c. Royaume-Uni*, req. n° 5878/08, §231.

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*, §160.

¹⁷⁸⁷ *Ibid.*, §114.

¹⁷⁸⁸ *Ibid.*, §115. Variable, le droit de regard permet d'évaluer l'accessibilité des proches aux documents de l'enquête ou du verdict des décisions prononcées suite à la réalisation de l'enquête, voy. CEDH, 13 juin 2002, *Anguelova c. Bulgarie*, Rec. 2002-IV, req. n° 38361/97, §140.

¹⁷⁸⁹ La confiance légitime s'érige comme « *une exigence procédurale qui entre dans le phénomène plus global de procéduralisation des droits substantiels* », J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La "confiance du public" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 14.

¹⁷⁹⁰ L'engagement des poursuites apparaît aux yeux du juge « *indispensable pour maintenir la confiance du public et assurer son adhésion à l'État de droit ainsi que pour prévenir toute apparence de tolérance d'actes illégaux, ou de collusion dans leur perpétration* », CEDH, Gde. Ch., 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turquie*, Rec. 2004-XII, req. n° 48939/99, §96 (, 2015, n° 64) ; CEDH, Gde. Ch., 9 avril 2009, *Silih c. Slovénie*, req. n° 71463/01, §195.

respect par les autorités de la prééminence du droit »¹⁷⁹¹ ou encore « *dans le respect du principe de légalité* »¹⁷⁹².

357. À la différence du principe de confiance légitime, la notion d'espérance légitime s'adresse aux situations juridiques légalement préconstituées, c'est-à-dire en cours de concrétisation. Elle est principalement utilisée par la Cour pour apprécier la légitimité d'une expectative individuelle qui serait anéantie par un bouleversement juridique exogène et imprévisible¹⁷⁹³. Si elle est dotée d'une « *coloration sentimentale* »¹⁷⁹⁴, elle s'inscrit dans une logique objective de reconnaissance d'un droit par les autorités publiques. D'abord, l'espérance légitime constitue le canal prétorien transformant un simple sentiment subjectif en droit patrimonial¹⁷⁹⁵. L'appréciation de la « *base légale suffisante* »¹⁷⁹⁶ s'effectue grâce à un faisceau d'éléments factuels ou contextuels – tels que le caractère automatique du régime d'indemnisation en matière de responsabilité¹⁷⁹⁷ ou la validité de la créance par les tribunaux internes¹⁷⁹⁸ – qui mesure l'incidence concrète sur les attentes des requérants. En marquant

¹⁷⁹¹ CEDH, 13 juin 2002, *Anguelova c. Bulgarie*, Rec. 2002-IV, req. n° 38361/97, §140 (violation de l'article 3 suite aux mauvais traitements subis par le requérant pendant sa garde à vue).

¹⁷⁹² CEDH, Gde. Ch., 30 mars 2016, *Armani Da Silva c. Royaume-Uni*, req. n° 5878/08 (*JCP G*, 508, 2016, G. GONZALEZ) (non-violation de l'article 2-1 pour ne pas avoir mené une enquête effective sur le décès par balle d'un individu suspecté à tort d'être un terroriste). La Cour utilise également « *la confiance du public dans le mécanisme d'application des lois* », CEDH, 26 février 2004, *Natchova et autres c. Bulgarie*, Rec. 2005-VII, req. n° 43577/98 et 43579/98, §158 (violation des articles 3 et 3 en l'absence d'enquête effective sur la mort de fugitifs Roms suite à des tirs mortels lors de la tentative d'arrestation par la police militaire).

¹⁷⁹³ D. BAILLEUL, De l'espérance légitime d'obtenir un avantage à l'espérance légale de conserver un droit, *AJDA*, 2010, n° 32, p. 182. Sur la corrélation conceptuelle entre sécurité juridique et espérance légitime voy. *supra*, n° 159.

¹⁷⁹⁴ B. WALTER, *L'espérance légitime*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque des thèses », 2011, p. 17.

¹⁷⁹⁵ « *La notion de bien peut recouvrir tant des biens existants que des valeurs patrimoniales, y compris des créances, pour lesquelles un requérant peut prétendre avoir au moins une espérance légitime de les voir concrétiser* », CEDH, 1^{er} décembre 2005, *Tsantiris c. Grèce*, req. n° 42320/02, §22.

¹⁷⁹⁶ CEDH, Ch., 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera S.A. et autres contre Belgique*, req. n° 17849/91, série A. 332, §29 (*AJDA*, 1996, 376, chron. J-F. FLAUSS ; *RTD Civ.*, 1996, 1019, obs. J-P. MARGUENAUD, *Gaz. Pal.* 1996, n° 285, note C. PETTITI). Voy. également CEDH, Ch., 29 novembre 1991, *Pine Valley Developments Ltd et autres contre Irlande*, req. n° 12742/87, série A. 222, §51 (*AJDA*, 1992, 15, chron. J-F. FLAUSS ; *JDI* 1992, n° 3, p. 813-815, note P. TAVERNIER).

¹⁷⁹⁷ Dans l'arrêt *Pressos Compania Naviera S.A. et autres contre Belgique*, la Cour a reconnu la « *valeur patrimoniale* » de créances en réparation résultant d'accidents de navigation provoqués par la négligence des autorités belges. Prenant naissance dès la survenance du dommage, elles étaient donc constitutives d'une espérance légitime au regard du droit belge en matière de responsabilité, CEDH, Ch., 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera S.A. et autres contre Belgique*, req. n° 17849/91, série A. 332, §31 (*AJDA* 1996, 376, chron. J-F. FLAUSS ; *RTD Civ.*, 1996, 1019, obs. J-P. MARGUENAUD, *Gaz. Pal.*, 1996, n° 285, note C. PETTITI).

¹⁷⁹⁸ « *Ce qui importe c'est que les conditions d'engagement de la responsabilité sur le fondement du droit positif soient réunies [...], de sorte que l'intéressé puisse se prévaloir d'un intérêt pécuniaire reconnu en droit interne* », CEDH, 12 janvier 2017, *Saumier c. France*, req. n° 74734/14, §45. Aussi, la Cour rejette l'existence d'une espérance légitime « *lorsqu'il y a controverse sur la façon dont le droit interne doit être interprété et appliqué et que les arguments développés par le requérant à cet égard sont en définitive rejetés par les juridictions nationales* », CEDH, Gde. Ch., 28 septembre 2004, *Kopecný c. Slovaquie*, req. n° 44912/98, req. n° 44912/98, Rec. 2004-IX, §50 (*AJDA*, 2005, 541, chron. J-F. FLAUSS ; *RTD Civ.*, 2006, 263, note J-P. MARGUENAUD).

« l'approbation du juge quant au caractère objectivement fondé [...] de l'expectative »¹⁷⁹⁹, elle matérialise la prise en compte d'un intérêt subjectif de sécurité juridique en octroyant à cette expectative la qualification de « bien » au sens de l'article 1^{er} du Protocole n° 1.

358. Dans la même logique, la Cour utilise l'espérance légitime pour étendre le champ de protection de l'article 8 aux personnes disposant d'une notoriété publique. Dans l'arrêt *Von Hannover contre Allemagne*¹⁸⁰⁰ elle a admis que ces personnes puissent dorénavant se prévaloir d'une « espérance légitime de protection et de respect de sa vie privée »¹⁸⁰¹. L'appartenance du requérant à la catégorie des personnalités publiques nécessite par conséquent une protection individualisée contre les abus des autorités médiatiques¹⁸⁰². Si les personnes publiques bénéficient en principe d'une protection moindre que les personnes privées, le juge procède à un renforcement leur protection sous l'angle de l'espérance légitime, qui devient alors un critère primordial dans la conciliation entre le respect de la vie privée et la liberté d'expression¹⁸⁰³. Dans *Alkaya contre Turquie*¹⁸⁰⁴, la requérante avait été victime de harcèlements suite à la divulgation de son adresse domiciliaire dans un quotidien national populaire. En l'espèce, la Cour souligne que le comportement déplacé de personnes devant son domicile avait provoqué un sentiment d'insécurité qui avait été exclu de l'examen des juridictions internes. Elle en conclut donc que « le défaut d'évaluation adéquate des intérêts en cause et des répercussions de la publication pour la requérante ne peut passer pour conforme aux obligations positives de l'État au titre de l'article 8 de la Convention »¹⁸⁰⁵. En dépit des incertitudes résultant d'une éventuelle dénaturation de la notion d'espérance légitime¹⁸⁰⁶, son déploiement dans le champ de l'article 8 présage un renforcement bénéfique pour l'avenir de la protection des situations

¹⁷⁹⁹ C. RUET, Sentiments et droits de l'homme. Philosophie des sentiments moraux et jurisprudence dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, *RTDH*, 2016/106, p. 365.

¹⁸⁰⁰ CEDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c. Allemagne*, req. n° 59320/00, Rec. 2004-VI, (*GACEDH*, 2019, n° 42).

¹⁸⁰¹ *Ibid.*, §§51-78 ; voy. également CEDH, 23 juillet 2009, *Hachette Filipacchi Associés (« ICI PARIS ») c. France*, req. n° 12268/03, §53 (*JCP G*, 2015, 1332, note. H. SURREL) ; CEDH, Gde. Ch., 7 février 2012, *Von Hannover c. Allemagne (n° 2)*, req. n° 0660/08 et 60641/08, §97 (*JCP G*, 2012, 650, obs. M. AFROUKH) ; CEDH, Gde. Ch., 7 février 2012, *Axel Springer AG c. Allemagne*, req. n° 39954/08, §101. La Cour se limite toutefois aux informations « intimes » et se refuse à étendre sa jurisprudence aux informations accessibles au public, voy. CEDH, Gde. Ch., 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, req. n° 931/13, §29 (*JCP G*, 832, 2017, zoom. H. SURREL).

¹⁸⁰² « Ainsi, l'appartenance d'un individu à la catégorie des personnalités publiques ne saurait aucunement, même dans le cas de personnes exerçant des fonctions officielles, autoriser les médias à transgresser les principes déontologiques et éthiques qui devraient s'imposer à eux ni légitimer des intrusions dans la vie privée », CEDH, Gde. Ch., 10 novembre 2015, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. n° 40454/07, §122.

¹⁸⁰³ Le Professeur Jean-Pierre MARGUENAUD la qualifie de « nouveau concept amplificateur de l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », J-P. MARGUENAUD, La princesse et les paparazzi, *RTD Civ.*, 2004, p. 802.

¹⁸⁰⁴ CEDH, 9 octobre 2012, *Altaya c. Turquie*, req. n° 42811/06.

¹⁸⁰⁵ *Ibid.*, §§39-41.

¹⁸⁰⁶ C. BLANC-FILY, La notion conventionnelle d'espérance légitime : convergences et divergences entre appréhensions prétoriennes nationale et européenne, *RFDA*, 2015, p. 527.

individuelles à l'encontre des atteintes provenant des autorités publiques *largo sensu*, y compris les médias¹⁸⁰⁷.

359. Le juge « juridictionnalise » le sentiment de confiance pour rétablir le lien unissant l'État partie à ses citoyens. La subjectivisation ainsi opérée s'apparente à une sorte de « *droit à la prévisibilité des changements de la ligne de conduite publique* »¹⁸⁰⁸. La même logique s'applique également pour le pouvoir judiciaire.

2°) La protection de la « confiance du public » contre les abus des autorités judiciaires

360. De jurisprudence constante, la confiance des citoyens dans les tribunaux constitue l'un des éléments fondamentaux de l'État de droit¹⁸⁰⁹ et sur laquelle repose la sécurité des rapports juridiques. Pour examiner la portée juridique du sentiment d'incertitude provoqué par cette perte de confiance, la Cour utilise de nouveau les dérivés subjectifs du principe.

361. Premièrement, le juge a recours à la notion d'espérance légitime pour mesurer le sentiment d'incertitude suscité par l'attente du requérant quant au dénouement du litige¹⁸¹⁰. Dans l'arrêt *Anagnostopoulos contre Grèce*¹⁸¹¹, le requérant avait été informé par sa banque que le chèque déposé sur le compte de sa société anonyme était faux. S'étant acquitté de sa créance sur ses deniers personnels, il avait demandé la restitution du chèque litigieux ou, à défaut, son remboursement. Engageant une action pénale contre les employés de l'établissement bancaire pour faux et usage de faux en 1994, la juridiction nationale s'était déclarée par suite incompétente en raison de l'extinction de la prescription quinquennale applicable à ces infractions. En l'espèce, la Cour considère qu'à partir de la date d'introduction de la demande en indemnisation, le requérant disposait d'une « *espérance légitime d'attendre*

¹⁸⁰⁷ Par ailleurs, sa mobilisation s'intègre pleinement dans la vague de responsabilisation des journalistes amorcée par sa jurisprudence au regard du respect des règles déontologiques et éthiques qu'elle a regroupé sous le concept de « journaliste responsable », voy. F. SUDRE avec la collaboration de L. MILANO, H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, coll. « Droits fondamentaux », 2019, 14^{ème} éd., p. 821.

¹⁸⁰⁸ S. CALMES, *Le principe de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, op. cit., p. 38.

¹⁸⁰⁹ « *Les questions concernant le fonctionnement de la justice, institution essentielle à toute société démocratique, relèvent de l'intérêt général. À cet égard, il convient de tenir compte de la mission particulière du pouvoir judiciaire dans la société. Comme garant de la justice, valeur fondamentale dans un État de droit, son action a besoin de la confiance des citoyens pour prospérer* », CEDH, Gde. Ch., 23 avril 2015, *Morice c. France*, Rec. 2015-II, req. n° 29369/10, §128.

¹⁸¹⁰ « *Le principe de sécurité juridique et protection de la confiance légitime des justiciables fondent chez un accusé l'attente légitime résultant d'un choix de procédure, en contrepartie d'une renonciation à certains droits, qui ne soient pas ultérieurement remise en cause. Le caractère légitime de l'expectative correspond alors ce qu'il doit pouvoir être attendu* », C. RUET, *Sentiments et droits de l'homme. Philosophie des sentiments moraux et jurisprudence dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 366.

¹⁸¹¹ CEDH, 3 avril 2003, *Anagnostopoulos c. Grèce*, Rec. 2000-XI req. n° 54589/00 (*Europe*, 2003, 299, comm. V. LECHEVALLIER) ; a contrario, voy. CEDH, 18 février 2016, *Baka c. Grèce*, req. n° 24891/10, §§28-35.

que les tribunaux statuent sur cette indemnisation »¹⁸¹². Indépendamment de toute possibilité de procédure parallèle devant les juridictions civiles, elle s'appuie sur cette notion pour mettre en exergue le manque de zèle des autorités nationales dont le retard avait provoqué l'extinction de son action pénale. Elle constituait donc un déni de justice privant le requérant de son droit d'accès à un tribunal¹⁸¹³. Le juge européen adopte également un raisonnement *a contrario* dans le volet « pénal » de l'article 6 dans le domaine spécifique de la répression disciplinaire pénitentiaire. L'utilisation singulière de l'espérance légitime dans ses deux arrêts lui permet de contourner la légalité interne de la qualification de la sanction pénitentiaire ou de la prescription au niveau national en subjectivisant son contrôle aux fins d'extension de l'applicabilité de l'article 6.

362. Deuxièmement, la Cour examine les éléments susceptibles de porter atteinte à la confiance des individus dans leur droit de bénéficier d'un procès équitable conformément aux canons de la bonne administration de la justice et de la société démocratique¹⁸¹⁴. Contrairement à l'hypothèse précédente dans laquelle le requérant éprouvait un sentiment d'attente vis-à-vis de son action juridique, la seconde s'exerce dans une perspective de réassurance de l'individu à l'égard des craintes engendrées par une influence externe ou interne sur le dénouement de son procès. D'abord, la Cour restreint la liberté d'expression journalistique quant à la divulgation des informations sur les procédures pénales en cours susceptibles de nuire à l'effectivité du procès ainsi qu'au respect des garanties inhérentes au droit à un procès équitable¹⁸¹⁵. En sus de l'appel à la responsabilité journalistique¹⁸¹⁶, le juge examine, par le concours d'un faisceau d'indices factuels et contextuels¹⁸¹⁷, si la crainte d'une influence « *dans le processus de*

¹⁸¹² *Ibid.*, §32.

¹⁸¹³ Dans l'arrêt de Grande Chambre *Ezeh et Connors contre Royaume-Uni*, la Cour regarde « *par-delà les apparences et le vocabulaire employé, s'attacher à cerner la réalité de la situation* » pour réfuter l'existence d'une espérance légitime, CEDH, Gde. Ch., 9 octobre 2003, *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, req. n° 39665/98 et 40086/98, Rec. 2003-X, §121.

¹⁸¹⁴ « *Il y va, en ce qui concerne la garantie de l'autorité du pouvoir judiciaire, de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables* », CEDH, Gde. Ch., 15 décembre 2005, *Kyprianou c. Chypre*, req. n° n° 73797/01, Rec. 2005-XIII, §172.

¹⁸¹⁵ De jurisprudence constante, la Cour affirme que « *les journalistes doivent se souvenir qui rédigent des articles sur des procédures pénales en cours, car les limites du commentaire admissible peuvent ne pas englober des déclarations qui risqueraient, intentionnellement ou non, de réduire les chances d'une personne de bénéficier d'un procès équitable ou de saper la confiance du public dans le rôle tenu par les tribunaux dans l'administration de la justice pénale* », CEDH, Ch., 19 août 1997, *Worm c. Autriche*, Rec. 1997-V, req. n° 22714/93, §50 ; CEDH, 24 novembre 2005, *Tourancheau et July c. France*, req. n° 53886/00, §66.

¹⁸¹⁶ CEDH, 7 juin 2007, *Dupuis et autres c. France*, req. n° 1914/02, §34.

¹⁸¹⁷ Pour permettre aux États de mesurer la proportionnalité de l'atteinte à secret de l'instruction par un journaliste, la Cour établit la grille analytique suivante : « *le mode d'obtention des informations, la teneur de l'article, la contribution à un débat d'intérêt général, l'influence de l'article sur la conduite de la procédure pénale, l'atteinte à la vie privée du prévenu, l'atteinte à la vie privée d'autres parties à la procédure, qui est un critère supplémentaire et la proportionnalité de la sanction prononcée* », CEDH, Gde. Ch., 29 mars 2016, *Bédar c. Suisse*, req. n° 56925/08, §§55-81 ainsi que CEDH, 6 juin 2017, *Y. c. Suisse*, req. n° 22998/13, §62.

formation de l'opinion et de prise de décision du pouvoir judiciaire »¹⁸¹⁸ pouvait anéantir le sentiment de confiance inspiré par « *une bonne justice* »¹⁸¹⁹. Si la sécurité juridique n'est pas mentionnée directement, elle est présente dans le raisonnement tant dans l'examen matériel de la confiance¹⁸²⁰ que dans la bonne administration de la justice¹⁸²¹. C'est le cas également lorsqu'elle mesure le respect de l'obligation de bonne foi des journalistes sur le respect de leurs devoirs et responsabilités inhérents à leur profession¹⁸²². Présentée comme un facteur de variabilité de son contrôle, la bonne foi exerce davantage une fonction de soutènement interprétatif et se fonde généralement sur l'interprétation des juridictions nationales¹⁸²³. C'est également sur la confiance des justiciables dans le bon exercice de la justice que le prétoire strasbourgeois assure la protection de la liberté d'expression des avocats pendant le procès, le public devant « *avoir confiance en la capacité des avocats à représenter effectivement les justiciables* »¹⁸²⁴.

363. De plus, la Cour s'appuie sur des éléments objectifs pour déterminer si la crainte du requérant quant à un manque d'impartialité ou d'indépendance des juges est avérée¹⁸²⁵. Ainsi dans *Borgers contre Belgique*¹⁸²⁶, elle a pu souligner « *l'importance attribuée aux apparences et à la sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice* »¹⁸²⁷. Dans l'arrêt *Sacilor Lormines contre France*¹⁸²⁸, elle rappelle, dans la continuité de sa jurisprudence antérieure¹⁸²⁹, « *que l'avantage pour la formation de jugement de cette "assistance" purement technique est à mettre en balance avec l'intérêt supérieur du justiciable, qui doit avoir la garantie que le commissaire du gouvernement ne puisse pas, par sa "présence", exercer une certaine influence*

¹⁸¹⁸ CEDH, Gde. Ch., 29 mars 2016, *Bédât c. Suisse*, req. n° 56925/08, §68.

¹⁸¹⁹ CEDH, 7 mars 2006, *Donadzé c. Géorgie*, req. n° 74644/01, §40.

¹⁸²⁰ « *La Cour rappelle qu'il est légitime de vouloir accorder une protection particulière au secret de l'instruction compte tenu de l'enjeu d'une procédure pénale, tant pour l'administration de la justice que pour le droit au respect de la présomption d'innocence des personnes mises en examen [...]. Elle souligne que le secret de l'instruction sert à protéger, d'une part, les intérêts de l'action pénale [...] et d'autre part les intérêts du prévenu [...] et plus généralement, de ses relations et intérêts personnels [souligné par nous]* », CEDH, Gde. Ch., 29 mars 2016, *Bédât c. Suisse*, req. n° 56925/08, §68.

¹⁸²¹ Sur le lien unissant les deux principes, voy. *supra*, n° 156 et n° 165.

¹⁸²² CEDH, 14 février 2008, *July et SARL Libération*, Rec. 2008-II, req. n° 20893/03, §§62-63.

¹⁸²³ Par exemple, en droit de propriété CEDH, Gde. Ch., 25 octobre 2012, *Vistiņš et Perepjolkins c. Lettonie*, req. n° 71243/01, Rec. 2014-I, §§120-124.

¹⁸²⁴ CEDH, Gde. Ch., 15 décembre 2005, *Kyprianou c. Chypre*, req. n° 73797/01, Rec. 2005-XIII, §172.

¹⁸²⁵ CEDH, Plén., 24 mai 1989, *Hauschildt c. Danemark*, req. n° 10486/83, série A. 154, §48 (, n° 31).

¹⁸²⁶ CEDH, Plén., *Borgers c. Belgique*, req. n° 12005/86, série A. 214-B (GACEDH, 2019, n° 30).

¹⁸²⁷ *Ibid.*, §24.

¹⁸²⁸ CEDH, 9 novembre 2006, *Sacilor Lormines c. France*, req. n° 65411/01, Rec. 2006-XIII, §60 (RFDA, 2007, 342, note J.-L. AUTIN et F. SUDRE).

¹⁸²⁹ CEDH, Gde. Ch., 12 avril 2006, *Martinie c. France*, req. n° 58675/00, Rec. 2004-II (RFDA, 2006, 577, note L. SERMET ; AJDA, 2006, 986, note F. ROLIN) ; CEDH, Gde. Ch., 7 juin 2001, *Kress c. France*, req. 39594/98 (RFDA, 20001, 991, obs. B. GENEVOIS ; RFDA, 2001, 1000, obs. J.-L. AUTIN et F. SUDRE).

sur l'issue du délibéré, et constate que tel n'est pas le cas du système français »¹⁸³⁰. La question d'un manque d'impartialité et d'indépendance du commissaire est directement liée à la préservation de la confiance des citoyens dans l'appareil judiciaire¹⁸³¹. En utilisant la théorie dites des « apparences » la Cour inclut dans son raisonnement le point de vue subjectif du requérant¹⁸³². Enfin, elle effectue une protection extensive des expectatives juridiques individuelles contre les divergences de jurisprudence engendrant « une situation d'insécurité juridique susceptible de saper la confiance du public dans le système judiciaire »¹⁸³³. Dans l'arrêt *S.C. Uzinexport S.A. contre Roumanie*¹⁸³⁴, c'est l'insécurité provoquée par les interprétations contradictoires de la plus haute juridiction qui « est de nature à saper la confiance du public dans le système judiciaire et porte atteinte au principe de la sécurité juridique »¹⁸³⁵.

364. Le sacre des sentiments par les déclinaisons subjectives de la sécurité juridique concourt à la matérialisation du sentiment d'insécurité juridique ressenti par les requérants l'égard des autorités publiques et judiciaires. Espérance légitime, confiance légitime, bonne foi, théorie des apparences et bonne administration de la justice s'érigent de la sorte en symboles d'une subjectivisation assumée du contentieux européen. Associée à une « politique des émotions »¹⁸³⁶, la subjectivisation opérée par la Cour ne peut se limiter qu'à une simple fonctionnalité discursive en ce qu'elle produit des effets juridiques bénéfiques sur la protection des droits procéduraux des individus. Cette protection qui n'est pas d'ailleurs systématique¹⁸³⁷, ni exclusivement réservés à la sécurité juridique individuelle. En ce que la subjectivisation vise

¹⁸³⁰ *Ibid.*, §78.

¹⁸³¹ « Il y va en effet de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables, avec pour conséquence que tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité doit se récuser ». Néanmoins les juges appellent à la prudence quant à l'usage des apparences, en invoquant le développement « d'une forme de suspicion forme de suspicion généralisée finalement génératrice d'insécurité juridique », voy. l'opinion partiellement dissidente commune des juges ZUPANCIC, BIRSAN et LONG jointe à l'arrêt.

¹⁸³² Si la théorie des « apparences » permet de « prendre soin de pondérer l'impression subjective du justiciable par des faits vérifiables », elle n'a pas vocation cependant à prévaloir sur le droit objectif, F. SUDRE, Le mystère des "apparences" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH*, 2009/79, p. 633-650, spéc. p. 643-644. La Cour confirme cette idée dans un arrêt récent : « en ce qui concerne l'apparence d'indépendance, l'optique d'une partie entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées [...]. La Cour examinera donc aussi le grief du requérant du point de vue des apparences », CEDH, 18 octobre 2018, *Thiam c. France*, req. n° 80018/12, §73. La Cour conclut sur ce fondement à la non-violation de l'article 6.

¹⁸³³ CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie*, req. n° 13279/05, §55 (*JCP G*, 2012, doct. 87, F. SUDRE) ; CEDH, 19 mai 2015, *Paroisse Greco-Catholique Lupeni et autres c. Roumanie*, req. n° 76943/11, §124.

¹⁸³⁴ CEDH, 31 mars 2015, *S.C. Uzinexport S.A. c. Roumanie*, req. n° 43807/06.

¹⁸³⁵ *Ibid.*, §30.

¹⁸³⁶ S. SCHMITT, « La sécurité juridique et le contribuable : une histoire de temps », in A. BROYER (dir.), S. SCHMITT (dir.), *La sécurité juridique et le justiciable*, PUAM, Aix-Marseille, 2016, p. 201-208, spéc. p. 208.

¹⁸³⁷ Sur les dérives de la subjectivisation, *infra*, n° 542 et 561.

à protéger la sécurité juridique *inter partes*, elle a vocation à protéger – certes de manière plus limitée – la sécurité juridique des États parties.

2§) Une protection évolutive de la sécurité juridique étatique

365. Comme l'explique Pierre-Henri TEITGEN, « *il est légitime et nécessaire de limiter, quelques fois même de restreindre, les libertés individuelles pour permettre à tous d'exercer paisiblement leur liberté à eux, et pour assurer la primauté de la morale, du bien général, du bien commun et de l'utilité publique* »¹⁸³⁸. Ainsi, « *quand l'État définit, organise, règlemente, limite les libertés pour ces motifs-là, dans l'intérêt et pour mieux assurer l'intérêt général, il ne fait que remplir son devoir* »¹⁸³⁹. C'est dans l'exercice de son devoir que l'État doit restreindre la portée droits et libertés établis dans le texte conventionnel afin de sauvegarder la stabilité de son propre droit ou la défense de ses particularismes nationaux. En dehors des rares cas où il est mentionné à titre purement indicatif dans les griefs¹⁸⁴⁰, le principe de sécurité juridique va alors exercer une fonction justificatrice servant à faire peser la balance du côté du but légitime de l'Etat partie dans la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité (A).

366. Par ailleurs, conformément au principe de subsidiarité, les États parties sont les premiers à réceptionner et à mettre en œuvre ses exigences. Aux premières loges de l'exécution des droits conventionnels, ces derniers doivent pouvoir se fier à la jurisprudence la Cour européenne afin de réaliser une compatibilité complète de leur droit interne avec la règle énoncée par le juge européen¹⁸⁴¹. Or, de la même manière que le droit interne vient bouleverser les prévisions juridiques individuelles, les fluctuations jurisprudentielles de la Cour européenne heurtent souvent les législations étatiques. Somme toute logique, il est loisible de se demander si les États parties usent du principe de sécurité juridique non plus dans une optique de légitimation, mais dans un optique de revendication à l'égard d'un intérêt « personnel » à disposer d'une jurisprudence stable et prévisible. Dans cette hypothèse, la sécurité juridique étatique se greffe d'un intérêt nouvellement subjectif (B).

¹⁸³⁸ P-H. TEITGEN, *Aux sources de la Cour et de la Convention européenne des droits de l'homme*, Éd. Confluences, 2000, coll. « Voix de la cité », p. 25.

¹⁸³⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁴⁰ Voy. par ex. CEDH, 9 novembre 2006, *Sacilor Lormines c. France*, req. n° 65411/01, Rec. 2006-XIII, §56 (RFDA, 2007. 342, note J.-L. AUTIN et F. SUDRE).

¹⁸⁴¹ F. SUDRE, L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH*, 2008/76, p. 917-947.

A- Un intérêt initialement objectif

367. Incarnant la préservation d'un « *d'intérêt général* »¹⁸⁴², le principe de sécurité juridique est invoqué pour légitimer la proportionnalité de l'ingérence dans deux hypothèses : d'une part, pour préserver la stabilité du système juridique de l'État défendeur (1°), et, d'autre part, pour une restreindre l'exercice des droits d'autrui pour préserver une sécurité juridique individuelle (2°).

1°) Un but légitime limitatif à des fins de protection de l'ordonnement juridique national

368. Le principe de sécurité juridique est utilisé par l'État pour justifier des limitations formelles et/ou procédurales nécessaires à la stabilité de son système juridique. Argument récurrent dans le cadre du droit d'accès à un tribunal, ce dernier l'invoque en complément du principe de bonne administration de la justice pour restreindre l'accès de ses prétoires. Dans l'arrêt *Roubies*¹⁸⁴³, l'examen limité des seuls documents mentionnés dans la requête poursuivait selon l'État grec « *une sécurité juridique qui n'existe pas seulement au profit des parties* »¹⁸⁴⁴.

369. Le respect du principe de sécurité juridique fut également invoqué pour appuyer le refus d'octroyer une prétention pécuniaire à la requérante pour défaut d'inscription de sa qualité d'héritier dans le procès-verbal ainsi que de l'absence d'intérêt à agir pour une partie civile décédée¹⁸⁴⁵, pour appuyer la désignation d'un nouvel avocat au cours d'instruction entravant l'exercice des droits de la défense¹⁸⁴⁶, ou encore pour apprécier le refus d'une renonciation à mandat parlementaire « *au nom de la sécurité juridique dans le processus électoral* »¹⁸⁴⁷, pour ne citer que quelques exemples.

370. Ensuite, la sécurité juridique est invoquée comme but légitime pour justifier par des modifications législatives. Dans l'arrêt *Hutten-Czapska contre Pologne*¹⁸⁴⁸, les lois correctrices

¹⁸⁴² CEDH, 9 octobre 2014, *Marinis c. Grèce*, req. n° 3004/10, §63 (non-violation de l'article 8).

¹⁸⁴³ CEDH, 30 avril 2009, *Roubies c. Grèce*, req. n° 22525/07. Pour une application récente, voy. CEDH, 7 novembre 2017, *Cherednichenko et autres c. Russie*, req. n° 35082/13 et suiv. (violation de l'article 6§1).

¹⁸⁴⁴ *Ibid.*, §34. La Cour ne retient pas ce but légitime et sanctionne l'État pour atteinte disproportionnée au droit d'accès à un tribunal.

¹⁸⁴⁵ CEDH, 16 mars 2017, *Louli-Georgopoulou c. Grèce*, req. n° 22756/09, §§38-48 (violation de l'article 6§1).

¹⁸⁴⁶ CEDH, 30 juin 2016, *Duceau c. France*, req. n° 29151/11, §30 (violation de l'article 6§1).

¹⁸⁴⁷ CEDH, 21 mai 2019, *G.K. c. Belgique*, req. n° 58302/10, §53 (RTDH, 2019, n° 120, note. T. GAUDIN).

¹⁸⁴⁸ CEDH, Gr. Ch., 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c. Pologne*, req. n° 35014/97, Rec. 2006-VIII (violation de l'article 1^{er} du Protocole n° 1).

constituaient selon l'État « *un exemple de mise en œuvre du principe de sécurité juridique* »¹⁸⁴⁹. Une fois la reconnaissance du but légitime établi, il faut que les mesures prises en son nom soient « nécessaires dans une société démocratique » pour franchir la dernière étape du contrôle de proportionnalité européen. La démonstration d'une nécessité de sécurisation objective confère à l'Etat un argument supplémentaire pour motiver la proportionnalité de la mesure adoptée. Il est en effet fréquent que le Gouvernement invoque la prise en compte du « juste équilibre » de la sauvegarde des droits fondamentaux avec l'impératif de sécurité juridique à l'échelon national. Il est loisible de trouver de nombreuses illustrations jurisprudentielles qui affluent vers cette fonctionnalité justificative. À titre illustratif, dans l'affaire *Aon Conseil et Courtage*¹⁸⁵⁰, l'État français tente de démontrer que l'irrecevabilité du pourvoi en l'espèce respectait, eu égard à l'ancienneté des faits et au principe de sécurité juridique, les « *exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de sauvegarde des droits fondamentaux des individus* »¹⁸⁵¹. De même, l'irrecevabilité de l'appel pour absence de mention dans la déclaration au greffe d'un changement d'avocat en cours d'instruction par le requérant constitue selon le Gouvernement une règle de formalisme procédural respectueuse d'un « *rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et les buts visés* », à savoir le respect du droit d'accès à un tribunal, le respect des droits de la défense ainsi que la représentation par un avocat¹⁸⁵². Enfin, la Cour a rejeté toute atteinte au principe de sécurité de juridique et à l'autorité de chose jugée par une action nouvelle engagée par une autorité publique d'un jugement ordonnant la restitution de terrains aux requérants qui était passée en force de chose jugée et avait été exécutée¹⁸⁵³.

371. L'invocabilité d'un intérêt général de sécurité juridique étatique s'inscrit dans la continuité de la sécurisation objective du principe représentée par l'exigence de légalité, évoquée précédemment lors de l'examen des fonctionnalités objectives¹⁸⁵⁴. Cherchant à s'exonérer de sa responsabilité à l'égard de ses obligations conventionnelles en se justifiant de

¹⁸⁴⁹ *Ibid.*, §171. Pour d'autres cas, voy. par ex. en matière d'accélération des procédures d'exécution forcée (CEDH, 6 décembre 2001, *Tsirionis c. Grèce*, req. n° 44584/98, §36) ; en matière de dépréciation de la valeur réelle du terrain dans le cadre d'une expropriation (CEDH, 20 juillet 2017, *Poulimenos et autres c. Grèce*, req. n° 41230/12, §§47-53) ; en matière de succession en cours d'instance excluant les enfants adultérins (CEDH, Gde. Ch. 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n° 16574/08, Rec. 2013-I, §41 (*JCP G*, 2013, act. 242, obs. F. SUDRE), violation de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 combinée avec l'article 14).

¹⁸⁵⁰ CEDH, 25 janvier 2007, *Aon Conseil et Courtage S.A et Christian de Clarens S.A. c. France*, req. n° 70160/01.

¹⁸⁵¹ *Ibid.*, §48.

¹⁸⁵² CEDH, 30 juin 2016, *Duceau c. France*, req. n° 29151/11, §30. La Cour ne retient pas l'argument du gouvernement en l'espèce puisque le juge d'instruction étant informée du changement d'avocat, le requérant s'est vu imposé « *une charge disproportionnée* » (§42).

¹⁸⁵³ CEDH, 15 novembre 2011, *Sivova et Koleva c. Bulgarie*, req. n° 30383/03, §§66-75 (non-violation).

¹⁸⁵⁴ *Supra*, n° 251.

la protection de l'ordre public national, l'État partie invoque également la sécurité juridique aux fins de légitimation d'une restriction des droits d'autrui.

2°) Un but légitime restrictif aux fins de protection des droits d'autrui

372. De façon ponctuelle, l'État invoque la sécurité juridique comme un but légitime restrictif visant à protéger une sécurité juridique individuelle au détriment d'une autre. Cette fonctionnalité se focalise presque exclusivement sur l'article 8 et concerne les conflits de sécurités juridiques intersubjectives¹⁸⁵⁵ dans lesquelles le juge national doit trancher entre deux sécurités juridiques subjectives : la sécurité juridique des tiers et la sécurité juridique des requérants.

373. Les buts légitimes de « *stabilité des relations familiales, la certitude quant à la filiation et la protection de la vie privée des tiers* » sont invoqués par le Gouvernement afin de justifier des ingérences dans le droit à la vie privée et familiale¹⁸⁵⁶. Dans l'arrêt Rasmussen contre Danemark¹⁸⁵⁷, l'État légitime l'existence d'un délai de prescription pour les actions en désaveu de paternité afin de protéger la filiation de l'enfant par « *le souci de garantir la sécurité juridique et de protéger les intérêts de l'enfant* »¹⁸⁵⁸. Dans ces contentieux, la Cour prend en considération « *dans la mise en balance des intérêts en jeu [...] le droit des requérantes à maintenir les liens de filiation de la première requérante, mineure, établis avec son père défunt et [...] les droits successoraux des demandeurs* », précisant que « *l'intérêt public à la protection de la sécurité juridique est également à mettre en balance dans l'évaluation* »¹⁸⁵⁹. De la même manière, la fixité du nom et le respect de l'état civil constituent des principes fréquemment associés par l'État partie à des impératifs de sécurité juridique. La protection de la sécurité juridique du requérant s'efface au profit de la défense d'un intérêt collectif incarnant la sécurité

¹⁸⁵⁵ *Infra*, n° 588.

¹⁸⁵⁶ CEDH, 3 avril 2014, *Konstantinidis c. Grèce*, req. n° 58809/09, §51 (non-violation de l'article 8 et article 8 combiné avec l'article 14). Comme l'explique le Professeur Pierre-Yves GAUTHIER, les règles de prescription ont naturellement pour objectif d'assurer la « *sécurité de l'État et la paix des familles* », et répond donc à une exigence d'intérêt social. Cela explique ses critiques négatives sur le développement dans la jurisprudence de la Cour de cassation, du contrôle de proportionnalité dans l'appréciation des délais de prescription en matière de filiation, voy. P-Y. GAUTHIER, La prescription sur le billot du contrôle de proportionnalité, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 64 et, plus largement, *infra*, n° 595.

¹⁸⁵⁷ CEDH, Ch., 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, req. n° 8777/79, série A. 87 (RTDH, 1998, p.781, note J. SACE) (non-violation de l'article 8 combiné avec l'article 14) ; voy. également CEDH, 10 octobre 2006, *Paulik c. Slovaquie*, req. n° 10699/05, Rec. 2006-XI, §39 (violation) ; CEDH, 20 décembre 2007, *Phinikaridou c. Chypre*, req. n° 23890/02, §39 (violation de l'article 8).

¹⁸⁵⁸ *Ibid.*, §41.

¹⁸⁵⁹ CEDH, 26 juillet 2011, *T.Ç. et H.Ç. c. Turquie*, req. n° 34805/06, §81 (violation des articles 6 et 8).

juridique des tiers. Par exemple, dans l'arrêt *Henry Kismoun contre France*¹⁸⁶⁰, le Gouvernement affirme dans ses griefs que « *l'immutabilité du patronyme, élément de sécurité juridique et de stabilité de l'Etat civil* » prévaut sur « l'intérêt légitime » du requérant qui disposait d'une double identité française et algérienne et souhait en conséquence bénéficier d'un nom unique¹⁸⁶¹. Si la Cour reconnaît « *qu'il est de l'intérêt public de garantir la stabilité du nom de famille, en vue de la sécurité juridique des rapports sociaux* »¹⁸⁶², elle énonce que le manque de motivation des juridictions nationales quant à la proportionnalité de la demande de changement de nom par rapport à l'intérêt général a porté atteinte à la protection de ses intérêts conformément à l'article 8. Enfin, dans l'arrêt *Evans contre Royaume-Uni*¹⁸⁶³, le juge a admis que l'octroi de mesures restrictives assurant la protection de la primauté du consentement dans un domaine aussi sensible que le don de gamète poursuivait un but légitime « *plus vaste* » de sécurité juridique¹⁸⁶⁴.

374. De plus, l'État peut invoquer la sécurité juridique des personnes morales ou privées en matière économique. Par exemple, dans l'arrêt *Stagno*¹⁸⁶⁵ l'État belge se réfère à « *la sécurité juridique des compagnies d'assurance* »¹⁸⁶⁶ pour justifier la non-suspension du délai de prescription pour les mineurs en matière d'assurance vie. De la même manière, dans l'arrêt *Zehentner contre Autriche*¹⁸⁶⁷, l'État se réfère à la sécurité juridique et à la bonne administration de la justice aux fins de protection des acquéreurs de bonne foi pour légitimer la brièveté du délai d'appel d'une procédure d'exécution dans le cadre d'une adjudication judiciaire de biens immobiliers. Or, la vulnérabilité particulière de la requérante, dépourvue de toute capacité juridique en raison de ses troubles psychologiques au moment de la décision de vente et d'expulsion de son domicile, nécessitait selon la Cour la mise en œuvre d'une protection légale ainsi qu'un contrôle de proportionnalité spécifique entre le créancier de bonne foi et la débitrice incapable. De manière péremptoire, le juge rejette l'argument du gouvernement en estimant que

¹⁸⁶⁰ CEDH, 5 décembre 2013, *Henry Kismoun c. France*, req. n° 32265/10 (violation de l'article 8). Voy. également en ce qui concerne l'invocation du but de sécurité juridique pour les demandes de changement d'état civil à l'égard des personnes transgenres CEDH, 6 avril 2017, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, req. n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13, §106 (violation partielle de l'article 8, violation sur le grief relatif au principe de sécurité juridique).

¹⁸⁶¹ *Ibid.*, §24.

¹⁸⁶² *Ibid.*, §§32-37.

¹⁸⁶³ CEDH, Gde. Ch., 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, req. n° 6339/05, Rec. 2007-I (RDSS, 2007, 810, note D. ROMAN) (non-violation de l'article 8).

¹⁸⁶⁴ *Ibid.*, §74.

¹⁸⁶⁵ CEDH, 7 juillet 2009, *Stagno c. Belgique*, req. n° 1062/07 (violation de l'article 8).

¹⁸⁶⁶ *Ibid.*, §22.

¹⁸⁶⁷ CEDH, 16 juillet 2009, *Zehentner, c. Autriche*, req. n° 20082/02 (violation de l'article 8).

« ni la protection de l'acheteur de bonne foi ni le motif d'intérêt public que représente la préservation de la sécurité juridique ne suffisaient à l'emporter »¹⁸⁶⁸.

375. En définitive, l'objectif de sécurité juridique correspond au but légitime d'intérêt général des États parties afin de démontrer le respect de leurs obligations conventionnelles conformément au principe de « loyauté conventionnelle »¹⁸⁶⁹. Cependant, l'analyse de ces jurisprudences met en lumière une protection assez faible de leur sécurité juridique objective. Le nombre peu élevé de constat de non-violation prononcé pour absence de manquement au principe de sécurité juridique démontre un quasi-insuccès de son invocabilité par les autorités étatiques¹⁸⁷⁰. Bien entendu, une telle mise en balance en faveur de la sécurité juridique individuelle se justifie amplement pour un prétoire axé sur la protection des droits fondamentaux. Cependant, le caractère parfois directif et intrusif de sa jurisprudence couplée à un manque de prévisibilité dans la détermination des obligations étatiques agraine un sentiment de frustration étatique, les États se sentant alors bridés dans l'exercice de leur marge d'appréciation et de leur souveraineté. Si le sentiment de frustration est légitime pour des États parties vaincus par le jeu naturel du procès, il alimente leur mécontentement et leur animosité à l'égard du prétoire de Strasbourg¹⁸⁷¹. Cet aspect revendicatif donne lieu à une appropriation de l'argument « sécurité juridique » dans leur grief non pas pour se prévaloir de la défense d'un intérêt général auprès des requérants, mais pour requérir plus de sécurité dans l'interprétation de la norme conventionnelle qu'ils vont devoir réceptionner. Ainsi cet appel étatique donne lieu à une réorientation du principe vers la protection de leur propre sécurité juridique.

B- Un intérêt nouvellement subjectif

376. Revenant à une lecture internationale du droit de la Convention¹⁸⁷², les États parties mettent de plus en plus l'accent sur l'imprévisibilité de leurs obligations tant dans le contenu formel que dans le contrôle matériel réalisé par le juge¹⁸⁷³. Il s'ensuit une dénaturation substantielle et fonctionnelle de la sécurité juridique subjective dirigée vers la défense des

¹⁸⁶⁸ *Ibid.*, §§63-65.

¹⁸⁶⁹ F. SUDRE, L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 917-947, spéc. p. 924. Cette obligation s'apparente à l'obligation préventive de réparation de l'illicite.

¹⁸⁷⁰ On remarquera dans les exemples étudiés précédemment que les constats de violation sont en nombre très largement inférieurs à ceux de non-violation (mentionnés entre parenthèses).

¹⁸⁷¹ *Infra*, n° 723.

¹⁸⁷² *Supra*, n° 151.

¹⁸⁷³ S. TOUZE, Deux facettes différentes de l'imprévisibilité sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme, *RDP*, 2016, n° 3, p. 847.

intérêts étatiques, en réaction au développement extensif des obligations conventionnelles et aux dérives interprétatives de la Cour (1°). Cet intérêt subjectif semble être accueilli timidement au sein de la jurisprudence¹⁸⁷⁴ (2°).

1°) La revendication d'un intérêt subjectif par les États parties

377. Si cette instrumentalisation s'est opérée de manière silencieuse, force est de constater que cette utilisation se fait des plus explicites, notamment lorsque surviennent des arrêts polémiques. Dans l'arrêt de Grande Chambre *Hirst contre Royaume-Uni*¹⁸⁷⁵ le Gouvernement britannique affirme dans une formulation sans équivoque qu'il est « *préoccupé par le fait que la Chambre n'ait fourni aucune explication quant aux mesures que le Royaume-Uni devrait prendre pour rendre son système compatible avec l'article 3 du Protocole n° 1 et demande instamment que, dans l'intérêt de la sécurité juridique, les États contractants se voient fournir des indications détaillées à ce sujet* »¹⁸⁷⁶. De même, dans l'arrêt *Jeronovičs contre Lettonie*¹⁸⁷⁷, l'État allègue l'incompétence *ratione materiae* de la Cour concernant la réouverture d'un procès pénal portant sur des allégations de mauvais traitements subis par le requérant en garde à vue alors que la violation avait été reconnu en amont par une déclaration unilatérale. Cette dernière ne pouvait être assimilée à une obligation continue de réouverture de l'enquête pénale contre les policiers, le Gouvernement arguant à cet égard que « *toute interprétation contraire irait à l'encontre des principes de sécurité juridique et de subsidiarité* »¹⁸⁷⁸. L'affaire de Grande Chambre *Lopes de Sousa Fernandes contre Portugal*¹⁸⁷⁹ rendue en matière de négligence médicale vient entériner ce constat. En l'espèce, l'épouse du requérant est décédée des suites d'une septicémie et d'une méningite infectieuse consécutives à une opération médicale. Malgré l'ouverture d'une procédure disciplinaire, les tribunaux nationaux rejetèrent l'hypothèse d'une négligence médicale post-opératoire soulevée par l'époux. Cette dernière saisit dès lors le prétoire strasbourgeois en alléguant une atteinte au droit à la vie. Dans l'arrêt de Chambre, les juges reconnurent la responsabilité de l'État portugais sous l'angle des volets matériel et

¹⁸⁷⁴ Sans doute cela s'exprime davantage lorsque la Cour restreint son interprétation pour préserver le principe de subsidiarité.

¹⁸⁷⁵ Pour rappel, cet arrêt fait suite à la condamnation du Royaume-Uni par la Chambre qui avait prononcé l'inconventionnalité de sa législation concernant la privation absolue du droit de vote pour tout détenu purgeant une peine perpétuelle sur le fondement de l'article 3 du Protocole n° 1, CEDH, Gde. Ch., 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2), req. n° 74025/01 (AJDA, 2006, 475, chron. J.-F. FLAUSS).

¹⁸⁷⁶ CEDH, Gde. Ch., 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2), req. n° 74025/01, §52 [souligné par nous].

¹⁸⁷⁷ CEDH, Gde. Ch., 5 juillet 2016, *Jeronovičs c. Lettonie*, req. n° 44898/10.

¹⁸⁷⁸ *Ibid.*, §40.

¹⁸⁷⁹ CEDH, Gde. Ch., 19 décembre 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*, req. n° 56080/13.

procédural de l'article 2¹⁸⁸⁰. Renvoyée en Grande Chambre, l'affaire présente un intérêt majeur sous le prisme de la sécurité juridique des États. En effet, l'État portugais ainsi que les gouvernements britannique et irlandais – tiers intervenants au litige – invoquent sur ce fondement l'absence de motivation et le manque de clarté de l'arrêt rendu par la Chambre. Pour rappel, l'article 2 fait peser sur l'État partie une obligation substantielle de protection contre les négligences médicales¹⁸⁸¹. Or, comme le souligne le Gouvernement requérant, l'obligation positive de l'État de prévenir les décès suite à une négligence médicale est « *essentiellement de nature procédurale et consiste à mettre en place un cadre réglementaire imposant aux établissements hospitaliers [...] et de prendre les mesures adéquates pour faire en sorte que la vie des patients soit protégée* »¹⁸⁸². Il invite la Cour à maintenir sa jurisprudence antérieure sur une responsabilité étatique imputable uniquement en cas de défaillance dans la réalisation de l'obligation procédurale. Le Gouvernement britannique confirme également cette position en relevant que « *la Convention ne renferme aucune disposition expresse reconnaissant un droit à la fourniture d'une forme particulière de soins de santé ou un droit à bénéficier de soins d'une certaine qualité* »¹⁸⁸³. En d'autres termes, les États parties s'accordent sur une insécurité juridique née de cette absence de prévisibilité quant au contenu des obligations positives qui saperait « *les efforts entrepris au niveau national par les États et les autorités chargées de l'encadrement juridique des soins de santé* »¹⁸⁸⁴.

378. Dans ces arrêts, les États invoquent la défense de leur sécurité juridique « personnelle » en tant que sujets de droit du système conventionnel et premiers exécuteurs de la jurisprudence européenne. Cette logique subjective serait la contrepartie du respect de leurs obligations conventionnelles portée par le principe de bonne foi et du *pacta sunt servanda* qui sont les racines internationales du principe¹⁸⁸⁵.

¹⁸⁸⁰ CEDH, 15 décembre 2015, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*, req. n° 56080/13 (JCP G, 2008, n° 3, doct. 65, chron. F. SUDRE). Sur le volet matériel, la Cour avait admis l'établissement effectif du lien de causalité entre le décès du patient et le dysfonctionnement dans la gestion du service hospitalier pour défaut de soins d'urgence appropriés. Sous le volet procédural, les carences dans la réalisation des obligations d'information et d'enquête ne permettent pas d'en conclure, selon la Cour, à une évaluation effective du lien de causalité entre le décès du patient et la responsabilité éventuelle des médecins.

¹⁸⁸¹ CEDH, Gde. Ch., 17 janvier 2001, *Calvelli et Ciglio c. Italie*, req. n° 32967/96, Rec. 2002-I (JCP G, 2002, I, 157, n° 1, chron. F. SUDRE).

¹⁸⁸² CEDH, Gde. Ch., 19 décembre 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*, req. n° 56080/13, §153.

¹⁸⁸³ *Ibid.*, §158.

¹⁸⁸⁴ *Ibid.*, §161.

¹⁸⁸⁵ « *Les autorités nationales, y compris les tribunaux, doivent agir d'une façon qui s'accorde avec le principe pacta sunt servanda et se conformer à la lettre et aux principes des arrêts et décisions de la Cour, y compris ceux qui sont rendus contre d'autres Parties contractantes. En tant que premiers gestionnaires de la Convention, les autorités nationales doivent donc se conformer au dernier mot de la Cour, à qui est confié le maintien uniforme de "l'instrument constitutionnel de l'ordre public européen" dès lors que le niveau interne de protection des droits de l'homme est inférieur à celui de la Cour* », opinion dissidente du juge PINTO DE ALBUQUERQUE jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 17 novembre 2017, *Huchinson c. Royaume-Uni*, req. n° 57592/08, pt. 45.

379. Cette sécurité juridique « détournée » n'est plus invoquée sous l'angle objectif de la préservation d'un intérêt général, mais sous l'angle subjectif d'un intérêt étatique au respect de ces mêmes obligations dont le contenu se révèle imprévisible. Comme l'explique le Professeur Sébastien TOUZE, « *s'il est convenu que les États [...] doivent prendre l'ensemble des mesures nécessaires à la prévention des violations de la Convention [...] il est une question qui se pose au regard de ce qui est véritablement attendu de l'État et de ce que la norme conventionnelle prévoit à cette effet* »¹⁸⁸⁶. Par comparaison aux États qui ont le devoir de garantir la prévisibilité des normes conformément aux impératifs de la Convention, le juge de Strasbourg aurait donc le devoir de préserver la stabilité de sa jurisprudence afin de protéger les intérêts « subjectifs » des États parties¹⁸⁸⁷, dont les intérêts sont davantage d'ordre politiques que juridiques.

380. Le colloque mené par les professeurs Jean-Christophe BARBATO et Jean-Denis MOUTON sur la question d'un droit fondamental des États, –examinée sous l'angle des notions d'identité et de solidarité¹⁸⁸⁸– offre quelques perspectives de réflexion sur la nature réelle de cet intérêt. Sans s'aventurer sur le terrain d'un « *droit fondamental à la sécurité juridique des États* »¹⁸⁸⁹, les auteurs de cette étude pointent de leur plume l'effet « argumentatif » des droits fondamentaux avancés par les États devant la Cour de justice de l'Union européenne pour contrer le processus d'intégration du droit de l'Union. Concrètement, cet effet se traduit par une subjectivisation revendicative des « droits » des États membres auprès de la Cour de Justice pour asseoir la protection de leur identité constitutionnelle¹⁸⁹⁰. Le Professeur Jean-Denis MOUTON souligne que si ces « droits » disposent d'une nature objective, ils ne sont pas dépourvus de toute subjectivité. Ils ne peuvent simplement pas faire l'objet d'un « *processus de subjectivisation classique* »¹⁸⁹¹, ce qui n'exclut pas qu'ils soient subjectivisés. Dans cette perspective, « *l'État titulaire de droits opposables pourrait devenir un Etat revendicatif, se*

¹⁸⁸⁶ S. TOUZE, Deux facettes différentes de l'imprévisibilité sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 847.

¹⁸⁸⁷ « *Dans le système juridique de la Convention, la sécurité juridique intervient [...] en tant qu'exigence s'appliquant [...] au juge européen concernant sa propre jurisprudence* », K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 252.

¹⁸⁸⁸ J-C. BARBATO (dir.), J-D. MOUTON (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Actes du colloque du 21 septembre 2007 et 3 avril 2009, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de l'Union européenne », 2010.

¹⁸⁸⁹ *Supra*, n° 178.

¹⁸⁹⁰ D. RITLENG, « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », in J-C. BARBATO (dir.), J-D. MOUTON (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, *op. cit.*, p. 21-49.

¹⁸⁹¹ J-D. MOUTON, « Présentation d'une proposition doctrinale », in J-C. BARBATO (dir.), J-D. MOUTON (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, *op. cit.*, 2010, p. 1-17.

servant de ses droits subjectifs comme paravent d'un nationalisme prenant forme juridique »¹⁸⁹², et d'un argument confortant leur souveraineté.

381. Ces observations sont pleinement transposables pour le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. De la même manière que l'identité constitutionnelle est invoquée à des fins souverainistes en droit de l'Union, la sécurité juridique des États est invoquée à des fins politiques. La mention de la sécurité juridique des États dans un arrêt aussi polémique que l'arrêt *Hirst (n° 2)*¹⁸⁹³ est significative. En réalité, l'invocation d'une insécurité juridique camoufle un détournement politique du principe qui illustre les mécontentements étatiques à l'encontre de l'activisme jurisprudentiel de la Cour¹⁸⁹⁴. L'appel à la sécurité juridique viserait donc à refréner son office en contrecarrant une interprétation jugée extensive eu égard à la délimitation initialement conventionnelle de son champ de compétence. S'il est vrai que ces cas jurisprudentiels restent relativement rares dans la jurisprudence européenne, la Cour ne se montre pas insensible face à cet appel étatique. Sa jurisprudence manifeste une réception timorée mais perceptible de cet intérêt nouvellement subjectivisé.

2°) Une réception circonspecte dans la jurisprudence de la Cour

382. Alors que les juges utilisent cette nouvelle forme de sécurité juridique subjective pour sensibiliser la Cour sur l'insécurité générée par ses méthodes interprétatives (a), la Cour manifeste davantage de circonspection à l'incorporer dans sa motivation, sans pour autant y être insensible (b).

a- Une sécurité juridique matérialisée dans les opinions séparées

383. Les opinions séparées n'hésitent pas faire mention du respect de la sécurité juridique des États parties pour mettre l'accent sur interprétation un peu trop extensive de la Cour par

¹⁸⁹² S. BARBOUDES PLACES, « Conclusion. Les droits fondamentaux des États membres de l'Union européenne : enjeux et limites d'une proposition doctrinale », in J-C. BARBATO (dir.), J-D. MOUTON (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, op. cit., p. 289-326.

¹⁸⁹³ CEDH, Gde. Ch., 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)*, req. n° 74025/01 (AJDA, 2006, 475, chron. J-F. FLAUSS). On note notamment que la sécurité juridique est généralement évoquée en appui de du grief étatique au respect de la subsidiarité : « toute interprétation contraire irait à l'encontre des principes de sécurité juridique et de subsidiarité » (§40).

¹⁸⁹⁴ La qualification par la Chambre d'un « dysfonctionnement du service public hospitalier » (voy. CEDH, 15 décembre 2015, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*, req. n° 56080/13, §114 (JCP G, 2008, n° 3, doct. 65, chron. F. SUDRE) a visiblement attisé le mécontentement de l'État portugais qui affirme sans équivoque que « la chambre a agi comme une quatrième instance et élargi le domaine de compétence de la Cour à l'appréciation in abstracto du fonctionnement des services de santé nationaux, ce qui, estime-t-il, ne doit pas être son rôle », CEDH, Gde. Ch., 19 décembre 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*, req. n° 56080/13, §156.

rapport au texte de la Convention. Dans l'arrêt *Golder contre Royaume-Uni*¹⁸⁹⁵ le juge VERDROSS reprochait à la Cour son interprétation extensive de l'article 6§1 au droit d'accès à un tribunal car elle contreviendrait au respect des obligations étatiques, contractées pour des « *raisons de sécurité juridique* »¹⁸⁹⁶. Dans le même sens, la juge PINHEIRO FARINHA rappelait que « *la fonction de la Cour européenne des droits de l'homme est d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la Convention, en interprétant celle-ci et en disant quel est le droit qui en découle. La Cour n'a pas la compétence de reformuler la Convention, mais celle de l'appliquer. Seules les Hautes Parties contractantes peuvent modifier le contenu des obligations assumées* »¹⁸⁹⁷.

384. De façon plus explicite, dans l'arrêt *Mocanu et autres contre Roumanie*¹⁸⁹⁸ concernant la non-rétroactivité d'une sanction pénale, le juge WOJTYCZEK incite la Cour européenne à porter davantage son contrôle sur cette question si elle souhaitait préserver sa légitimité. Selon lui, « *la protection efficace des droits de l'homme en Europe exige un minimum de confiance dans les relations entre les États et les organismes internationaux chargés de mettre en œuvre les traités dans ce domaine [...]. L'attribution jurisprudentielle d'un effet rétroactif à un traité, après plusieurs décennies de jurisprudence, bien établie [...] peut saper la confiance nécessaire au fonctionnement efficace de cet instrument international. [...] Une telle approche n'incite pas les États au respect du droit international* »¹⁸⁹⁹. C'est sur le fondement du renforcement des principes classiques de bonne foi et de la coopération institutionnelle internationale que le juge souligne l'attente légitime occasionnée par sa jurisprudence à l'attention des États parties¹⁹⁰⁰, qui s'appuie sur sa jurisprudence pour élaborer leur législation nationale et réceptionner correctement la norme conventionnelle. De ce fait, il incite la Cour à modifier sa

¹⁸⁹⁵ Voy. l'opinion séparée du juge VERDROSS jointe à l'arrêt CEDH, Plén., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, série A. 18 (GACEDH, 2019, n° 27).

¹⁸⁹⁶ Dans l'opinion séparée, la sécurité juridique désignée est bien celle des États « *qui se sont soumis au contrôle de la Commission et de la Cour concernant certains droits et libertés "définis" (defined) dans la Convention doivent être sûrs que ces limites seront strictement respectées* », *ibid.*, pt. 4.

¹⁸⁹⁷ Opinion partiellement dissidente du juge PINHEIRO FARINHA à l'arrêt CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, pt. 4.

¹⁸⁹⁸ CEDH, Gde. Ch., 17 septembre 2014, *Mocanu et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 10865/09, Rec. 2014-V.

¹⁸⁹⁹ « *La protection efficace des droits de l'homme en Europe exige un minimum de confiance dans les relations entre les États et les organismes internationaux chargés de mettre en œuvre les traités dans ce domaine [...]. L'attribution jurisprudentielle d'un effet rétroactif à un traité, après plusieurs décennies de jurisprudence, bien établie [...] peut saper la confiance nécessaire au fonctionnement efficace de cet instrument international. [...] Une telle approche n'incite pas les États au respect du droit international* », opinion partiellement dissidente du juge WOJTYCZEK jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 17 septembre 2014, *Mocanu et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 10865/09, Rec. 2014-V, pt. 7.

¹⁹⁰⁰ *Ibid.*, pt. 6.

conception selon laquelle « *la protection de la sécurité juridique en droit international devrait servir seulement les individus, non les États* »¹⁹⁰¹.

385. Présenté en tant qu'argument, le rappel au respect de la sécurité juridique étatique se confond avec celui d'un organe de contrôle qui outrepassé ses compétences conventionnellement admises au nom de l' « instrument vivant ». Il sert à sensibiliser Cour sur la nécessité de poursuivre une méthodologie interprétative « *saine* »¹⁹⁰², c'est-à-dire respectueuse des compétences qui lui ont attribuées initialement par les États. Si les juges n'hésitent pas à en faire usage, la Cour semble peu encline à donner une quelconque force juridique à cet argument.

b- Une sécurité juridique dissimulée par la Cour

386. Bien qu'elle ne soit jamais reconnue explicitement par la Cour, on retrouve quelques traces de la sécurité juridique étatique dans sa jurisprudence. On pense notamment à la fameuse formulation de la Cour dans l'arrêt *Irlande contre Royaume-Uni*¹⁹⁰³ selon laquelle sa jurisprudence a pour but de « *clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et à contribuer de la sorte au respect, par les États, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes* »¹⁹⁰⁴. L'interprétation de la Cour doit nécessairement s'articuler avec cette dernière dans la mesure où le respect de l'obligation conventionnelle dépend de la sécurité juridique de sa jurisprudence¹⁹⁰⁵. Dans la même logique, lorsque le juge affirme qu'il est « *dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité du droit et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motifs valables des précédents* »¹⁹⁰⁶, si le premier intérêt est celui de défendre la sécurité juridique de son propre système, la mention du principe de l'égalité s'adresse non seulement aux individus mais également aux États parties¹⁹⁰⁷.

¹⁹⁰¹ *Ibid.*, pt. 7.

¹⁹⁰² Opinion séparée du juge FIDZMAURICE jointe à l'arrêt CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, série A. 18 (*GACEDH*, 2019, n° 27), pt. 24.

¹⁹⁰³ CEDH, Plén., 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71, série A. 25 (*JDI*, 1980, 449, obs. P. ROLLAND). Cette logique imprègne également un arrêt récent dans lequel la Chambre clarifie le contenu de sa jurisprudence relatifs aux conditions de transports des détenus sous l'angle de l'article 3 : « *dans l'intérêt de la sécurité juridique et pour une application uniforme et prévisible des principes généraux* », CEDH, 9 avril 2019, *Tomov et autres c. Russie*, req. 18255/10 et suiv., §123.

¹⁹⁰⁴ *Ibid.*, §174.

¹⁹⁰⁵ S. TOUZE, Deux facettes différentes de l'imprévisibilité sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 847.

¹⁹⁰⁶ CEDH, Gde. Ch., 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, req. n° 46295/99, Rec. 2002-IV, §68.

¹⁹⁰⁷ *Infra*, n° 712.

387. À la vérité, seule une poignée arrêts semblent faire produire des effets juridiques et donne réellement corps à l'argument étatique de sécurité juridique. Dans l'arrêt *Magyar Helsinki Bizottság contre Hongrie*¹⁹⁰⁸, la Cour prend le soin d'affirmer que la solution d'espèce intègre « l'importance de la sécurité juridique en droit international et de ce que l'on ne peut attendre des États qu'ils mettent en œuvre une obligation internationale qu'ils n'ont pas d'abord acceptée »¹⁹⁰⁹. Cependant, la prise en compte de la sécurité juridique lui confère l'occasion de procéder à l'extension novatrice de l'applicabilité de l'article 10 au droit d'accès aux informations qui contrevient au grief de l'insécurité juridique invoquée par l'État. Sans méconnaître l'approche dynamique de la Cour, force est de constater que la réécriture des obligations conventionnelles a attisé quelques critiques sur l'atteinte portée à cet impératif par la méthode interprétative usée en l'espèce. Si certains juges estiment que « la doctrine de l'"instrument vivant" et la méthode de l'interprétation évolutive [...] s'inscrivent en réalité [...] dans la continuité de la volonté présumée des États contractants, qui sont eux aussi des entités vivantes »¹⁹¹⁰, d'autres y voient au contraire une atteinte à leur souveraineté. L'instrument vivant ne peut constituer « une porte ouverte aux juges de la Cour pour élever toute évolution positive dans les États membres au niveau d'une norme internationale contraignante, ce qui limiterait les droits souverains et démocratiques des États »¹⁹¹¹. Plus sévèrement, la Cour rappelle, dans son premier arrêt rendu dans le cadre de la procédure en manquement de l'article 46§4¹⁹¹² que l'exécution de ses arrêts repose sur la bonne foi des États parties, ce qui « suppose que la Haute Partie contractante concernée fasse preuve de bonne foi ». En effet, « toute la structure de la Convention repose sur le postulat général que les autorités publiques des États membres agissent de bonne foi »¹⁹¹³. C'est sur ce fondement qu'elle a sanctionné dans ce même arrêt l'État turc pour défaut d'exécution du précédent arrêt *Ilgar Mammadov*¹⁹¹⁴.

¹⁹⁰⁸ CEDH, Gde. Ch., 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, req. n° 18030/11 (RTDH, 2017, 623, note. H. SURREL).

¹⁹⁰⁹ *Ibid.*, §150.

¹⁹¹⁰ Opinion concordante du juge SICILIANOS, à laquelle se rallie le juge RAIMONDI, jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, *op. cit.*, pt. 5.

¹⁹¹¹ « L'article 10 de la Convention ne prévoit pas expressément la liberté de rechercher des informations, mais il se limite à la liberté de les recevoir. Partant, le droit d'accès à des informations ne peut être créé sans aucune base textuelle se référant à l'objet et au but de l'article 10 et à la nécessité d'interpréter cette disposition dans un sens plus concret et effectif, lorsque le texte lui-même indique clairement que le but de la liberté d'expression dans le cadre de la Convention est plus circonscrit : cette disposition garantit une protection contre une ingérence de l'État, rien de plus [souligné par nous] », opinion dissidente du juge SPANO, à laquelle se rallie le juge KJØLBRO jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, pts 17-18.

¹⁹¹² CEDH, Gde. Ch. (Procédure fondée sur l'article 46§4), 20 mai 2019, *Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan*, req. n° 15172/13.

¹⁹¹³ *Ibid.*, §214.

¹⁹¹⁴ CEDH, 22 mai 2014, *Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan*, req. n° 15172/13 (JCP G, 2018, obs. F. SUDRE ; AJDA, 2018, 150, L. BURGORGUE-LARSEN ; Gaz. Pal., 2018, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA).

388. Alors que le grief de l'insécurité juridique se retourne contre l'État dans les arrêts susmentionnés, ce dernier est mieux accueilli dans l'affaire *Hutchinson contre Royaume-Uni*¹⁹¹⁵. En l'occurrence, la Grande chambre est venue préciser sa jurisprudence sur les critères et modalités en matière de peines perpétuelles incompressibles à la lumière de l'arrêt *Vinter et autres contre Royaume-Uni*¹⁹¹⁶. Dans ses griefs, le Gouvernement avait justifié l'absence de calendrier aux motifs que « *la sécurité juridique n'appellerait pas la mise en place d'un calendrier spécifique pour le réexamen de la peine, celui-ci étant conditionné par la capacité du détenu concerné de démontrer que sa détention ne se justifie plus* »¹⁹¹⁷. Alors même qu'elle réaffirme que « *le moment de l'examen de la peine constitue un aspect particulier de la sécurité juridique* »¹⁹¹⁸, elle se rallie toutefois à la position du Gouvernement. Estimant que la situation d'espèce se distingue de l'arrêt *Vinter* dans lequel elle avait manifesté « ses préoccupations » sur l'absence de calendrier et ses conséquences pour le détenu, elle considère en l'espèce qu'« *il est loisible au requérant de demander à tout moment un réexamen de sa peine par le ministre* »¹⁹¹⁹. Sa motivation est d'autant plus ambiguë qu'elle constate au même paragraphe l'émergence d'un consensus européen « *en faveur de l'instauration d'un mécanisme spécial garantissant un premier réexamen dans un délai de vingt-cinq ans au plus après l'imposition de la peine perpétuelle, puis des réexamens périodiques* »¹⁹²⁰. En faisant sien l'argumentaire du Gouvernement, elle refrène un courant jurisprudentiel constructif au profit de la préservation de la sécurité juridique étatique et de la subsidiarité¹⁹²¹. La même observation peut être faite à pour l'arrêt de *Lopes de Sousa Fernandes contre Portugal*¹⁹²². Affirmant à titre liminaire la nécessité de clarifier sa jurisprudence, la Cour admet dans les principes généraux que la responsabilité de l'État puisse être engagée exceptionnellement dans le cadre du volet matériel de l'article 2¹⁹²³. Néanmoins, elle se rallie à la position de l'État et se refuse volontairement à un contrôle *in abstracto* sur le contenu du système médical portugais. Choisisant la prudence, le juge s'écarte de la position extensive de la Chambre en soulignant que « *le cadre*

¹⁹¹⁵ CEDH, Gde. Ch., 17 janv. 2017, *Hutchinson c. Royaume-Uni*, req. n° 57592/08 (RDLF, 2017, chron. n° 31, M. AFROUKH, C. HUSSON-ROCHCONGAR, C. PICHERAL).

¹⁹¹⁶ Dans cet arrêt, la Cour avait condamné le Royaume-Uni au motif que le droit interne était insuffisamment précis quant aux chances d'élargissement et de possibilités de réexamen de la peine perpétuelle du détenu, CEDH, Gde. Ch., 9 juillet 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, Rec. 2013-III.

¹⁹¹⁷ CEDH, Gde. Ch., 17 janv. 2017, *Hutchinson c. Royaume-Uni*, req. n° 57592/08, §28.

¹⁹¹⁸ *Ibid.*, §66.

¹⁹¹⁹ *Ibid.*, §69.

¹⁹²⁰ CEDH, Gde. Ch., 9 juillet 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, Rec. 2013-III, §120.

¹⁹²¹ M. AFROUKH, C. HUSSON-ROCHCONGAR, C. PICHERAL, Évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – Premier semestre 2017 », RDLF, 2017.

¹⁹²² CEDH, Gde. Ch., 19 décembre 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*, req. n° 56080/13, §153.

¹⁹²³ *Ibid.*, §196.

réglementaire en vigueur ne révèle aucun manquement de la part de l'État à l'obligation qui lui incombait de protéger le droit à la vie du mari de la requérante » et entérine sa démonstration en remarquant que « *celle-ci ne dénonce d'ailleurs pas un manquement de ce type* »¹⁹²⁴. Il condamne finalement le Gouvernement sur le seul volet procédural, conformément avec sa ligne jurisprudentielle antérieure¹⁹²⁵.

389. L'ensemble de ces éléments d'analyses appellent à trois observations. La première confirme l'approche revendicative et politique de cette sécurité juridique, qui ne trouve pas, hormis quelques exceptions, de matérialisation juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne. La seconde est liée à la résurgence d'un argument utilisé pour inciter la juridiction à revenir à une lecture plus internationale du droit de la Convention pour brider une approche constructive et extensive de ses compétences au nom de la protection des droits fondamentaux. La dernière observation fait état d'un argument généralement retoqué contre l'État comme ne témoigne l'affaire hongroise, et qui s'inscrit dans la logique de responsabilisation inhérente à la sécurité juridique subjective¹⁹²⁶. De notre point de vue, il serait cependant erroné d'affirmer de façon catégorique que cet argument n'existe pas, ou n'est pas pris en compte par la Cour. L'interprétation restrictive de ses arrêts pour satisfaire au principe de subsidiarité peut être une forme implicite de cette protection de la sécurité juridique étatique¹⁹²⁷. La seule hypothèse où l'argument pourrait se matérialiser en toute légitimité serait celle d'un revirement involutif qui remettrait en cause un acquis conventionnel de longue date et bouleverserait de façon réellement imprévisible, la sécurité juridique des États parties¹⁹²⁸.

*

* *

390. Comme le constate un juge, « *l'insécurité juridique est créée par le pouvoir, la fiabilité du droit, appelée sécurité juridique n'est autre qu'une protection contre le pouvoir, demandée*

¹⁹²⁴ *Ibid.*, §204.

¹⁹²⁵ *Ibid.*, §§214-238.

¹⁹²⁶ *Infra*, n° 738.

¹⁹²⁷ « *La Conférence note avec satisfaction que la Cour a reconnue de longue date que, par souci de sécurité juridique, de prévisibilité et d'égalité devant la loi, elle ne devrait pas s'écarter sans raison valable de ses propres précédents ; invite en particulier la Cour à garder à l'esprit l'importance de la cohérence lorsque les arrêts ont trait à différents aspects d'une même question, afin que leur effet cumulé continue d'offrir aux États parties une marge d'appréciation appropriée* », Déclaration de Brighton sur la responsabilité partagée, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme du 20 avril 2012, pt. 25, c).

¹⁹²⁸ *Infra*, n° 689.

au pouvoir lui-même»¹⁹²⁹, et pourrait-on ajouter, par « le pouvoir des parties ». Le développement de la sécurité juridique subjective provient à en réalité d'une subjectivisation « imposée » au juge par les parties¹⁹³⁰ afin de protéger leurs intérêts respectifs. Pour ce qui est de la sécurité juridique subjective individuelle, la subjectivisation aboutit à une individualisation protectrice sur le terrain du droit d'accès à tribunal grâce aux standards objectifs du principe. Elle assure également une protection affermie contre les abus des autorités publiques au travers des standards subjectifs de la sécurité juridique. Ces restaurent la certitude et la fiabilité dans le droit de la Convention. Plus surprenant, la subjectivisation sert la protection d'une sécurité juridique étatique hybride. Si elle est initialement de nature « objective » en ce qu'il justifie des ingérences attentatoires aux droits et libertés conventionnels au titre de l'exigence de légalité, elle pare désormais d'une nature « subjective » à finalité revendicative à l'encontre d'une jurisprudence strasbourgeoise extensive et imprévisible. L'émergence de cette nouvelle facette de la sécurité juridique étatique annonce façon indéniablement « l'avatar »¹⁹³¹ d'un nouvel équilibre entre les intérêts individuel et étatiques de sécurité juridique.

391. L'utilisation politique du principe de sécurité juridique interroge sur les fonctionnalités réelles de la subjectivisation. Partagent la pensée d'un juge belge, « *ce n'est pas parce que [la sécurité juridique] est une bonne chose qu'elle suffit pour en faire un bon argument [...]. Elle ne remplit dans de trop nombreux discours juridiques qu'une fonction ornementale, c'est-à-dire uniquement destinée à disposer favorablement l'interlocuteur* »¹⁹³². Les bienfaits de la facette subjective du principe et de la subjectivisation qui l'accompagne ne sauraient occulter une certaine instrumentalisation dans la mesure où la subjectivisation du discours prétorien apparaît en décalage avec ses effets réels dans le contrôle européen. Souvent invoqué par les juges, le principe sert de justification à une solution ou à une évolution juridique, sans pour autant faire l'objet d'une analyse prétorienne poussée. En conséquence, elle au risque d'être réduite à une « *simple facilité de plume* »¹⁹³³. Ce hiatus nécessite de relativiser le phénomène de subjectivisation en le replaçant dans un contexte de politique jurisprudentielle. En effet, si la subjectivisation des dérivés objectifs consolide la certitude du droit conventionnel, la matérialisation des dérivés subjectifs vise quant à elle à restaurer la confiance des individus dans le droit conventionnel. Identiquement, l'apparition accrue d'une insécurité juridique à

¹⁹²⁹ L. FRANÇOIS, « La fiabilité du droit, dite sécurité juridique », *op. cit.*, p. 12.

¹⁹³⁰ P. RAIMBAULT, La sécurité juridique, nouvelle ressource argumentative, *op. cit.*, spéc. p. 523 et suiv.

¹⁹³¹ G. PELLISIER, Développements récents de l'impératif de sécurité juridique, *LPA*, 1998, n° 22.

¹⁹³² L. FRANÇOIS, « La fiabilité du droit, dite sécurité juridique », *op. cit.*, p. 17.

¹⁹³³ P. RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 29.

l'égard des États parties expriment l'attitude frondeuse à l'égard d'une jurisprudence jugée trop imprévisible et qui affecte durablement l'autorité du juge européen¹⁹³⁴. On notera d'ailleurs que la prise en compte de l'argument sécurité juridique a servi de tremplin à une interprétation progressiste dans l'affaire *Magyar Helsinki*¹⁹³⁵. De ce fait, cette subjectivisation semble se « retourner » contre celui qui lui l'invoque, traduisant une inversion des contraintes. Elle n'est pas seulement « *subie* »¹⁹³⁶ par le juge. Elle est aussi utilisée à des fins stratégiques par celui-ci pour assurer la fiabilité et la sécurité juridique globale du mécanisme conventionnel.

SECTION II : UNE SUBJECTIVISATION STRATEGIQUE AU SERVICE DE LA FIABILITE DU DROIT DE LA CONVENTION

392. La subjectivisation du principe participe à l'accroissement des pouvoirs de juges en quête d'une conciliation toujours plus effective entre les intérêts publics et privés¹⁹³⁷. Nouvellement promus et soudainement parés de nouvelles responsabilités¹⁹³⁸, les juges européens ont désormais la lourde charge de distiller une certaine réassurance à l'encontre d'un droit conventionnel devenu anxigène. Pour résoudre au mieux cette « crise de fiabilité », la promotion discursive de la sécurité juridique subjective joue un rôle rhétorique essentiel pour renouer le dialogue avec les acteurs qui participent au bon fonctionnement de son système juridictionnel. Cela étant, l'inscription de la sécurité juridique subjective dans les motifs est gage de persuasion, car elle permet de convaincre les sujets de droit de la pertinence de la

¹⁹³⁴ S. TOUZE, Deux facettes différentes de l'imprévisibilité sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 847.

¹⁹³⁵ CEDH, Gde. Ch., 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, req. n° 18030/11 (RTDH, 2017, 623, note. H. SURREL).

¹⁹³⁶ P. RAIMBAULT, La sécurité juridique, nouvelle ressource argumentative, *Revue du notariat*, 2008, n° 2, p. 517-543, spéc. p. 523.

¹⁹³⁷ Dans les contentieux marqués par la subjectivisation, bon nombre d'auteurs mettent en exergue cette tendance prétorienne avec les évolutions consécutives de l'office du juge dans la conciliation des intérêts collectifs et individuels. Voy. pour exemple G. PELLISIER, Développements récents de l'impératif de sécurité juridique, *LPA*, 1998, n° 22, p. 6 ; F. CHALTIEL, Le principe de sécurité juridique et l'office du juge, *LPA*, 2007, n° 2, p. 3 ; B. SEILLER, « La modulation des effets dans le temps de la règle prétorienne, tentative iconoclaste de systématisation », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS*, Dalloz, Paris, 2008, p. 977-991 ; J. SIRINELLI, La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir, *RFDA*, 2016, p. 529 ; J. BONNET, « La QPC et l'intérêt du justiciable », in J. BONNET (dir.), J. ARLETTAZ (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et des libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, Actes du colloque du 12 décembre 2014, Pedone, Paris, 2015, p. 9-22.

¹⁹³⁸ P. BRUNET, « La sécurité juridique, nouvel opium des juges ? », in (V.) CHAMPEIL-DESPLATS, (N.) FERRE, *Frontières du droit, critiques des droits. Billets d'humeur en l'hommage à Danièle LOCHAK*, LGDJ, Paris, coll. « Droit et société », 2007, p. 247-250.

solution par leur adhésion implicite¹⁹³⁹. Elle est également gage de légitimation, car elle augmente l'autorité du juge dans la motivation de sa décision (1§).

393. Comme l'observe le Professeur PACTEAU, « cette émergence de la sécurité juridique répond à un besoin social de plus en plus ressenti et de moins en moins assouvi de confiance dans le droit »¹⁹⁴⁰. La Cour apparaît comme un coupable idéalisé de cette subjectivisation par la sécurité juridique. Si tant est que ces inquiétudes doctrinales soient légitimes, elles apparaissent cependant en décalage avec son impact réel dans le contrôle européen. En effet, l'analyse de sa jurisprudence tend à démontrer que les fonctionnalités subjectives ne sont pas finalement si « subjectives » qu'il n'y paraît, remettant indéniablement en cause le stéréotype tenace d'une subjectivisation « tout azimut » de son contrôle¹⁹⁴¹. Il y aurait donc plus de « sécurité juridique dans le discours officiel que de fiabilité dans le droit réel »¹⁹⁴². Dès lors, la subjectivisation ne s'opère qu'en palliatif ou en complément des fonctionnalités objectives dans une perspective renouvelée et globalisante d'« objectivisation » du droit¹⁹⁴³. Finalement plus politique que juridique, la promotion de la sécurité juridique subjective doit être relativisée en ce qu'elle est surtout révélatrice des mutations contemporaines qui bouleversent l'office du juge strasbourgeois. Dans un premier temps, elle s'incorpore dans la politique globale de revalorisation de son office et de sa jurisprudence. La référence récurrente à l'impératif de sécurité juridique des individus ou des États lui permet de renforcer l'impact de sa décision et de renforcer concomitamment la légitimité de sa motivation. Dans un second temps, elle reflète la difficulté actuelle du juge à concilier une pluralité de « sécurités juridiques »¹⁹⁴⁴ (2§).

1§) Une subjectivisation symptomatique d'un juge en quête de légitimité

394. Multipliant des références explicites telles que la « *sécurité des rapports juridiques* »¹⁹⁴⁵ ou encore la « *sécurité juridique des liens familiaux* »¹⁹⁴⁶, la Cour européenne

¹⁹³⁹ C. PICHERAL, « La légitimité du juge européen », in L. FONTAINE (dir.), *Droit et légitimité*, Bruylant-Némésis, Bruxelles, coll. « Droit & Justice », p. 113-147, spéc. p.141.

¹⁹⁴⁰ B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA*, 1995, n° H.S, p. 151.

¹⁹⁴¹ T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Defrénois, Paris, coll. « Doctorat & Notariat », 2009, t. 35, p. 422-425.

¹⁹⁴² L. FRANÇOIS, « La fiabilité du droit, dite sécurité juridique », in *La Sécurité juridique*, Actes du colloque organisé par la conférence du jeune barreau de Liège, 14 mai 1993, éd. du jeune barreau de Liège, 1993, p. 8-20, spéc. p. 12.

¹⁹⁴³ M. AFROUKH, « Le contrôle de la norme nationale par la Cour européenne des droits de l'homme », in BONIS (E.) (dir.) et MALABAT (V.) (dir.), *La qualité de la norme. L'élaboration de la norme*, Mare & Martin, Paris, coll. « Droit & Science politique », 2016, p. 299-312, spéc. p. 300.

¹⁹⁴⁴ F. TULKENS, La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer, *RIEJ*, 1990, n° 24, p. 25-42, spéc. p. 38.

¹⁹⁴⁵ CEDH, Gde. Ch., 28 octobre 1999, *Brumărescu c. Roumanie*, req. n° 28342/95, Rec. 1999-VII, §62 (*JCP G*, 2000, I, 203, 10, obs. F. SUDRE).

¹⁹⁴⁶ CEDH, 12 janvier 2006, *Mizzi c. Malte*, req. n° 26111/02, Rec. 2006-I, §114 ; CEDH, 19 juillet 2016, *352c. Roumanie*, req. n° 25057/11, 34739/11 et 20316/12, §101.

subjectivise formellement son principe. C'est ainsi qu'elle en désigne, à titre ponctuel, « *un état* »¹⁹⁴⁷, « *une situation de grande insécurité juridique* »¹⁹⁴⁸, voire une « *croyance* »¹⁹⁴⁹. Ces inquiétudes n'apparaissent que partiellement justifiées dans la mesure où ces formulations sont parfois rhétoriques et ne produisent qu'un effet limité sur le raisonnement du juge. Néanmoins, la critique d'une simple figure stylistique pour « *dissimiler la misère d'un raisonnement* »¹⁹⁵⁰ apparaît également réductrice et non pertinente¹⁹⁵¹. En vérité, cet écart est la manifestation du rôle nécessairement discursif des principes. Se situant au niveau le plus souple de l'échelle de normativité du principe de sécurité juridique¹⁹⁵², la montée en puissance de cette sécurité juridique subjective dénote une fonctionnalité de nature argumentative (A). En évoquant la sécurité juridique du requérant ou de l'État, la Cour recherche à faire adhérer l'une ou l'autre partie à la solution du litige. La subjectivisation revêt alors une fonctionnalité purement stratégique (B).

A- L'essor argumentatif de la sécurité juridique subjective

395. Selon le Professeur Philippe RAIMBAULT, « l'énoncé "sécurité juridique" répond au besoin de justification juridique au sens strict du terme, c'est-à-dire à la nécessité de trouver un fondement normatif, un argument juridique susceptible de permettre au juge de valider ou d'invalider une norme inférieure »¹⁹⁵³. En droit de la Convention, elle permet de combler une lacune argumentative dans le discours juridictionnel. Contingente dans la motivation de la Cour (1°) cette fonctionnalité révèle tout son potentiel dans les opinions séparées (2°).

¹⁹⁴⁷ CEDH, Ch., 19 décembre 1992, *Geoffre de la Pradelle, c. France*, req. n° 12964/87, §33 (*Dalloz*, 1993, 562, note F. BENOIT-ROHMER).

¹⁹⁴⁸ CEDH, Ch., 26 septembre 1997, *R.M.D c. Suisse*, req. n° 19800/92, §47.

¹⁹⁴⁹ CEDH, Gde., Ch., 29 mars 2010, *Brosset-Triboulet et autres c. France*, req. n° 34078/02, §67 ; CEDH, 29 juin 2017, *Kosmas et autres c. Grèce*, req. n° 20086/13, §68 ; voy. également CEDH, 7 février 2017, *Gümrükçüleri et autres c. Turquie (n° 2)*, req. n° 9580/03, §44.

¹⁹⁵⁰ *Ibid.*, p. 265.

¹⁹⁵¹ D'une part, parce que cela remettrait en cause le sens même de la sécurité juridique conventionnelle qui est foncièrement individuelle ; d'autre part parce qu'elle est contredite par une autre réalité jurisprudentielle. Si certains éléments sont simplement « ornementaux », d'autres sont manifestes d'une prise en compte d'une véritable la sécurité juridique subjective individuelle et de cette subjectivisation.

¹⁹⁵² *Supra*, n° 212.

¹⁹⁵³ P. RAIMBAULT, La sécurité juridique, nouvelle ressource argumentative, *op. cit.*, p. 536.

1°) Une mobilisation contingente dans la motivation de la Cour

396. Contrairement aux idées préconçues¹⁹⁵⁴, les revendications individuelles ne donnent pas lieu à reconnaissance systématique des intérêts subjectifs des requérants dans la jurisprudence de la Cour. En effet, l’invocation de leur sécurité dans les griefs produit un impact contingent dans la motivation du juge, que ce soit en matière de protection de la vie privée¹⁹⁵⁵, de la liberté d’association¹⁹⁵⁶ ou en matière de détention¹⁹⁵⁷. Dans l’arrêt *Preda et autres contre Roumanie*¹⁹⁵⁸, les requérants reprochent dans leurs griefs le manque de transparence et de prévisibilité de la nouvelle loi de restitution au nom du principe de sécurité juridique. Pourtant, la Cour n’en fait nullement mention dans sa motivation, que ce soit dans les principes généraux ou dans l’examen de la proportionnalité¹⁹⁵⁹. Il en va de même lorsqu’elle mentionne la sécurité juridique des familles ou de l’intérêt supérieur de l’enfant. Dans certains arrêts, elle se contente seulement de relever le but légitime poursuivi par l’État¹⁹⁶⁰. La mention du principe reste alors sans effet sur l’examen de la proportionnalité. Ce décalage pourrait neutraliser l’existence même d’un intérêt individuel à la sécurité juridique qui serait dès lors réduit alors à un simple intérêt fictif, « *redondant et superflu* »¹⁹⁶¹ dans la motivation. Outre les carences de juridicité¹⁹⁶², ce constat met surtout en relief la force argumentative de la sécurité juridique subjective dans le discours du juge européen¹⁹⁶³. Selon le juge belge Lucien FRANÇOIS, elle est « *destinée à disposer favorablement l’interlocuteur [...] si elle va par bonheur dans le même sens que l’incantation sécurité juridique, afin d’accroître les chances qu’il se prononce avec bienveillance sur cette argumentation* »¹⁹⁶⁴. L’interlocuteur désigné dans ces propos peut à la fois prendre le visage du requérant que celui de l’État partie, selon la solution retenue par le

¹⁹⁵⁴ P. MALAURIE, Grands arrêts, petits arrêts et mauvais arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme, *LPA*, 2006, n° 166, p. 4 ; B. EDELMAN, La Cour européenne des droits de l’homme : une juridiction tyrannique ?, *Dalloz*, 2008, n° 28, p. 1946 ; V. HAÏM, Faut-il supprimer la Cour européenne des droits de l’homme ?, *Recueil Dalloz*, 2001 ; P. PUIG, L’excès de proportionnalité, *RTD Civ.*, 2016, p. 70.

¹⁹⁵⁵ CEDH, 22 décembre 2015, *G.S.B. c. Suisse*, req. n° 28601/11, §54.

¹⁹⁵⁶ CEDH, 15 janvier 2013, *Eusko Abertzale Ekintza –Accion Nacionalista Vasca (eae-anv) c. Espagne (n°2)*, req. n° 40959/09, §§ 45-50.

¹⁹⁵⁷ CEDH, 14 décembre 2006, *Bogdanowski c. Italie*, req. n° 72177/01, §56.

¹⁹⁵⁸ CEDH, 29 avril 2014, *Preda c. Roumanie*, req. n° 9584/02 et suiv.

¹⁹⁵⁹ *Ibid.*, §107.

¹⁹⁶⁰ *Supra*, n° 367.

¹⁹⁶¹ P. MARTENS, « La sécurité juridique : rapport de synthèse », in *La Sécurité juridique*, Actes du colloque organisé par la conférence du jeune barreau de Liège, 14 mai 1993, éd. du jeune barreau de Liège, 1993, p. 257-265, spéc. p. 257. Selon cet auteur, la certitude juridique est une « *valeur proto juridique que le juge doit avoir toujours avoir présente dans l’archéologie de son raisonnement* », *ibid.*, p. 264.

¹⁹⁶² *Supra*, n° 200 et 245.

¹⁹⁶³ *Supra*, n° 394 et suiv.

¹⁹⁶⁴ L. FRANÇOIS, « La fiabilité du droit, dite sécurité juridique », *op. cit.*, p. 17.

juge¹⁹⁶⁵. Par exemple, la Cour a pu ainsi estimer que « *les requérants ont subi un préjudice moral du fait notamment du sentiment d'impuissance et de frustration provoqué par la privation des terrains qu'ils avaient acquis de bonne foi et utilisés pendant plusieurs décennies en se croyant en situation de sécurité juridique* »¹⁹⁶⁶. La défense d'un intérêt subjectif offre donc un soutien en faveur d'une protection extensive des droits conventionnels, sans toutefois la garantir de manière systématique. Dans cas de figure elle conforte une motivation compassionnelle du juge¹⁹⁶⁷. Les juges n'échappent à cette tendance argumentative qu'ils usent volontiers pour leurs opinions séparées.

2°) Une mobilisation importante dans les opinions séparées

397. Jouant un rôle similaire à celui de la doctrine, les opinions séparées – autorisées par l'article 45 alinéa 2 de la Convention¹⁹⁶⁸ – exercent un rôle pédagogique notoire¹⁹⁶⁹. Elles participent *in fine* à une meilleure compréhension du droit de la Convention. Dans cette perspective, elles utilisent le principe de sécurité juridique pour mettre en exergue une carence dans la protection des intérêts individuels ou des intérêts étatiques.

398. Peu usité aux prémices de la jurisprudence européenne¹⁹⁷⁰, les juges s'accaparent progressivement l'argument « sécurité juridique »¹⁹⁷¹. Sa mobilisation s'effectue dans trois hypothèses. Premièrement, sa mention vient soutenir une interprétation compassionnelle pour répondre aux revendications individuelles de sécurité juridique et souligner la négativité de la solution *in casu* sur la protection de leurs droits conventionnels¹⁹⁷². Les défaillances du contrôle

¹⁹⁶⁵ « *Le droit est simultanément un acte d'autorité et œuvre de raison et de persuasion. Le droit [...] qui se veut démocratique, œuvre de persuasion et de raison, doit chercher, par la motivation, à obtenir une adhésion raisonnée* », C. PERELMAN, « Les motivations des décisions de justice, essai de synthèse », in C. PERELMAN et P. FORTIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruxelles, 1978, p. 415-426, spéc. p. 425. Voy. aussi A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Pedone, Paris, 2014, p. 238 et suiv.

¹⁹⁶⁶ CEDH, 13 septembre 2011, *Ali Kiliç et autres c. Turquie*, req. n° 13178/05, §35 (souligné par nous) ; voy. plus récemment, CEDH, 7 février 2017, *Gümrukçüler et autres c. Turquie (n° 2)*, req. n° 9580/03, §44.

¹⁹⁶⁷ *Infra.*, n° 758.

¹⁹⁶⁸ « *Si l'arrêt n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, tout juge a le droit d'y joindre l'exposé de son opinion séparée* ».

¹⁹⁶⁹ F. RIVIERE, *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 35.

¹⁹⁷⁰ Ceci contraste d'autant plus que la paternité référentielle de la sécurité juridique revient à l'opinion séparée du juge VERDROSS jointe à l'arrêt CEDH, Ch., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, série A. 18, §34 (*GACEDH*, 2019, n° 27).

¹⁹⁷¹ Selon le site HUDOC, 45 arrêts (Chambre et Grande chambre) font mention expresse du terme « sécurité juridique » dans leurs opinions séparées entre 1975 et 2017, 8 entre 1975 et 2000 contre 37 entre 2001 et 2017, dont 18 entre 2014 et 2017. Source : [<https://hudoc.echr.coe.int>]

¹⁹⁷² « *Chez les juges, la conception se manifeste concrètement par une écoute toujours plus attentive des revendications personnelles de l'individu touchant à sa différence, à sa personnalité, à sa "destinée". Elle s'accompagne du désir d'y satisfaire, ou à tout du moins, de s'en faire le relais, par une interprétation dite "constructive" de la Convention, un peu comme si l'instrument "interprétation" devenait dans leurs mains le*

de proportionnalité national ont conduit le juge SICILIANOS L'incohérence de la jurisprudence nationale « *a privé les requérants de la sécurité juridique garantie à tous les citoyens* » et n'ont donc pas bénéficié, selon lui, des garanties d'un procès équitable¹⁹⁷³.

399. Deuxièmement, la sécurité juridique met en exergue une défaillance ou une insuffisance jurisprudentielle provenant de l'interprétation du prétoire strasbourgeois¹⁹⁷⁴. Le juge SAJÓ fustige dans l'arrêt *Asici contre Turquie (n° 2)*¹⁹⁷⁵ l'approche suivie par la Cour constitue dans le sens où elle constitue « *un revirement injuste pour le requérant et préjudiciable à la sécurité juridique* »¹⁹⁷⁶. De même, dans une affaire concernant l'absence de reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle de la requérante après son opération, la juge MORENILLA s'appuie la notion de sécurité juridique pour rappeler que le changement des actes de naissance ne peut être réalisé qu'au moyen d'une procédure légale placée sous contrôle juridictionnel¹⁹⁷⁷. Autre exemple, dans l'arrêt *Beldjoudi contre France*¹⁹⁷⁸, le juge Sibrand Karel MARTENS estime que la Cour n'a pas suffisamment motivé sa décision en ce qu'elle aurait dû axer l'interprétation des conséquences de l'expulsion d'un « étranger intégré » sur l'atteinte au droit au respect de la vie privée. De ce fait, il enjoint la Cour à préciser sa position pour ce type de contentieux en faveur d'une meilleure protection des droits fondamentaux¹⁹⁷⁹.

400. Troisièmement, les opinions se réfèrent à la sécurité juridique des États lorsque la Cour développe une interprétation extensive et constructive susceptible de heurter la prévisibilité de

moyen de répondre aux attentes de l'individu et à sa quête "identitaire", in F. RIVIERE, Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 370.

¹⁹⁷³ « *Le principe de confiance légitime de l'administré est inextricablement lié à la présomption de validité des actes de l'administration. Jusqu'à ce qu'un acte administratif soit annulé, il est présumé être valide. Il y va de la sécurité et de la stabilité des situations administratives* », opinion dissidente du JUGE SICILIANOS, jointe à l'arrêt CEDH, 20 octobre 2016, *Eleftherios G. Kokkinakis – Dilos Kykloforiaki A.T.E. c. Grèce*, req. n° 45826/11, pt. 10 (manque de sécurité juridique sur la validité de l'acte national d'adjudication qui se répercute sur la confiance légitime de la société requérante).

¹⁹⁷⁴ Cet attribut est inhérent même au rôle des opinions séparées en ce qu'elle constitue une « réplique » sur le fond de l'arrêt et la cohérence de l'arrêt dans l'ensemble de sa jurisprudence, voy. F. RIVIERE, *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit.*, p. 144-172.

¹⁹⁷⁵ CEDH, 31 janvier 2012, *Asici c. Turquie (n° 2)*, req. n° 26656/04.

¹⁹⁷⁶ Voy. l'opinion dissidente du juge SAJÓ jointe à l'arrêt, CEDH, 31 janvier 2012, *Asici c. Turquie (n° 2)*, op. cit. Cette affaire concernait l'utilisation de gaz lacrymogène et de la violence physique par les forces de police turques pour disperser les manifestants (article 3). Le requérant avait été privé de sa liberté d'expression lorsque les policiers l'ont empêché de dénoncer ces violences par la voie d'un communiqué de presse (article 10). Le juge critique la contradiction de la Cour dans l'interprétation de la qualité de victime et de la règle de l'épuisement des voies de recours.

¹⁹⁷⁷ Opinion dissidente du juge MORENILLA jointe à l'arrêt CEDH, Plén., 25 mars 1992, *B. c. France*, req. n° 13343/87, série A. 232-C, pt. 14.

¹⁹⁷⁸ CEDH, Ch., 26 mars 1992, *Beldjoudi c. France*, req. n° 12083/86.

¹⁹⁷⁹ « *L'instillation d'une dose de sécurité juridique, qui spécialement dans ce domaine, paraît hautement désirable* », opinion concordante du juge MARTENS jointe à l'arrêt, *ibid.*, pts 2-3.

leurs obligations conventionnelles ou leur souveraineté¹⁹⁸⁰. De nouveau, le juge MARTENS invitait la Cour, à l'occasion de l'arrêt *Golder contre Royaume-Uni*¹⁹⁸¹, à plus de vigilance et à une interprétation stricte « *pour des raisons de sécurité juridique : les États qui se sont soumis au contrôle de la Commission et de la Cour concernant "certains" droits et libertés "définis" (defined) dans la Convention doivent être sûrs que ces limites seront strictement respectées* »¹⁹⁸². Dans l'arrêt de Grande Chambre *Demir et Baykara*¹⁹⁸³, le juge ZAGRABELSKY invite la Cour à prendre davantage conscience des effets produits par ses propres revirements jurisprudentiels sur la stabilité juridique des Hautes parties contractantes¹⁹⁸⁴. Aussi, les juges s'appuient sur la sécurité juridique des États pour inviter la Cour à prendre des mesures concrètes pour assurer une meilleure cohérence jurisprudentielle. Dans une autre opinion jointe à l'arrêt *Kosmas et autres contre Roumanie*¹⁹⁸⁵, ce dernier préconise de fournir « *des indications aux Hautes parties contractantes en leur permettant d'éviter des violations similaires de la Convention* »¹⁹⁸⁶. De même, dans l'arrêt *Centre de Ressources Juridiques au Nom de Valentin Câmpeanu contre Roumanie*¹⁹⁸⁷, le juge PINTO DE ALBUQUERQUE énonce que la Cour aurait pu approfondir les critères de sa jurisprudence permettant de reconnaître l'intérêt à agir des organisations non intergouvernementales. Se contentant de simples « *circonstances exceptionnelles* »¹⁹⁸⁸, le juge rappelle son rôle de « *législateur subsidiaire* »¹⁹⁸⁹, qui, sans besoins d'assurer une jurisprudence parfaitement explicite, doit offrir un seuil minimal de « *sécurité juridique aux parties contractantes à la Convention* »¹⁹⁹⁰. Cette sensibilisation vise à mieux prendre en considération cet élément pour

¹⁹⁸⁰ S. TOUZE, Deux facettes différentes de l'imprévisibilité sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'Homme, *op. cit.*, p. 847.

¹⁹⁸¹ CEDH, Plén., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n°4451/70, série A. 18 (GACEDH, 2019, n° 27).

¹⁹⁸² Voy. l'opinion séparée du juge VERDROSS, jointe à l'arrêt CEDH, Plén., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, *op. cit.*

¹⁹⁸³ CEDH, Gde. Ch., 12 novembre 2006, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n° 34503/97, Rec. 2008-V (GACEDH, 2019, n° 64).

¹⁹⁸⁴ « *Si la nouvelle jurisprudence élargit le champ d'application d'une disposition conventionnelle et impose ainsi une obligation nouvelle aux États, une rétroactivité automatique et non encadrée par la Cour me paraît difficilement compatible avec l'exigence de prévisibilité et de sécurité juridique, pilier crucial du système de la Convention* », opinion séparée du juge ZAGRABELSKY, jointe à l'arrêt, pt. 7. Sur des développements approfondis sur le sujet, *infra*, n° 684 et n° 825.

¹⁹⁸⁵ CEDH, 29 juin 2017, *Kosmas et autres c. Grèce*, req. n° 20086/13.

¹⁹⁸⁶ Opinion dissidente du juge WOJTYCZEK jointe à l'arrêt *Kosmas et autres c. Grèce*, *ibid.*, pt. 4.

¹⁹⁸⁷ CEDH, Gde. Ch., 17 avril 2014, *Centre de Ressources Juridiques au Nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, req. n° 47848/08, Rec. 2014-V.

¹⁹⁸⁸ Opinion concordante du juge PINTO DE ALBUQUERQUE jointe à l'arrêt *Centre de Ressources Juridiques au Nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, *op. cit.*, pt. 11.

¹⁹⁸⁹ *Ibid.*, pt. 12.

¹⁹⁹⁰ *Ibid.*, pt. 11.

offrir aux États plus de certitude dans ce qui est « *légitimement attendu* » dans la mise en œuvre de leurs obligations¹⁹⁹¹ de manière à les inciter davantage à les respecter¹⁹⁹².

401. De ce point de vue, l'usage argumentatif du principe de sécurité juridique s'intègre dans la politique jurisprudentielle d'un juge dans une quête de sécurisation de sa jurisprudence. La subjectivisation du contentieux, même discursive du contentieux, sert alors par ricochet l'autorité de sa jurisprudence en consolidant la force persuasive attachée à sa motivation.

B- Un essor tactique aux fins de légitimation de l'office du juge

402. « *Dans une période où le juge se veut protecteur des libertés, l'intégration dans sa jurisprudence d'une référence comme la "sécurité juridique" lui permet de se présenter comme étant particulièrement en pointe dans ce combat* »¹⁹⁹³. La sécurité juridique sert donc à sur maintenir la croyance des parties dans la capacité du juge à le « bon » droit. Comme le souligne la Professeure Danièle LOCHAK, « *la légitimité du juge, liée au capital de soutien dont il dispose, est donc tributaire de la conformité de ses décisions [...] aux attentes de son public [...] sachant que ces attentes sont contradictoires puisque les uns se féliciteront d'une jurisprudence constructive, notamment si elle permet de mieux défendre les libertés, tant que les autorités l'accuseront de vouloir gouverner en se substituant aux autorités constitutionnellement investies du pouvoir de créer du droit* »¹⁹⁹⁴. L'essor argumentatif du principe de sécurité juridique s'intègre donc dans cette perspective de légitimation d'un prétoire qui tente de rétablir la confiance dans sa *jurisdictio*, autrement dit dans sa capacité « à faire jurisprudence »¹⁹⁹⁵. Sa mobilisation référentielle permet au juge de donner plus de poids à sa motivation en fonction de la partie au litige qu'elle souhaite « séduire » ou responsabiliser. « *Un*

¹⁹⁹¹ S. TOUZE, Deux facettes différentes de l'imprévisibilité sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 847.

¹⁹⁹² « *Le principe de non-rétroactivité des règles de droit est une garantie essentielle de la sécurité juridique et une condition fondamentale de la confiance dans le droit et d'une politique rationnelle de protection des droits de l'homme. Il faut rejeter l'idée selon laquelle la protection de la sécurité juridique en droit international devrait servir seulement les individus, non les États. La protection efficace des droits de l'homme en Europe exige un minimum de confiance dans les relations entre les États et les organismes internationaux chargés de mettre en œuvre les traités dans ce domaine [...] Les États dont les actions ou omissions n'étaient pas considérées à l'époque comme étant contraires à la Convention en sont aujourd'hui tenus pour responsables. Une telle approche n'incite pas les États au respect du droit international.* », voy. l'opinion partiellement dissidente du juge WOJTYCZEK, jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 17 septembre 2014, *Mocanu et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 10865/09, Rec. 2014-V, pt. 7.

¹⁹⁹³ P. RAIMBAULT, La sécurité juridique, nouvelle ressource argumentative, *op. cit.*, p. 535.

¹⁹⁹⁴ D. LOCHAK, « Le juge administratif auteur de/du droit », in L. FONTAINE (dir.), *Droit et légitimité*, Bruylant-Némésis, Bruxelles, coll. « Droit & Justice », p. 161-189, spéc. p.175.

¹⁹⁹⁵ F. OST, *Dire le droit, faire la justice*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Penser le droit », 2004, p. 125-126.

juge qui est en présence d'un texte dont plusieurs interprétations sont défendables, justifie le choix qu'il est obligé de faire, par la raison que la solution retenue est la plus conforme à la sécurité juridique, [...]. La pertinence de l'argument sur lequel elle s'appuie ne pourra en aucun cas être contestée »¹⁹⁹⁶. Lorsque la Cour évoque la sécurité juridique du requérant ou de l'État, elle légitime de facto la solution adoptée en procédant à un effet de « réassurance » dans le droit¹⁹⁹⁷, et ce même si cela reste sans effet juridique sur la solution définitive du litige. Elle sert donc à renforcer l'autorité persuasive rattachée à la conciliation entre les intérêts subjectifs et antagonistes de sécurité juridique individuelle et étatique. De ce point de vue, la valeur argumentative exerce un rôle complémentaire en greffant motivation « *psychologique* »¹⁹⁹⁸ à la motivation « juridique ». La Cour recherche ce que le Professeur David SZYMCZAK appelle « l'acceptabilité » de l'arrêt par les parties au litige. L'entendant comme « *le caractère d'un énoncé qui est facilement compris ou naturellement émis par les sujets parlants* »¹⁹⁹⁹, son auteur dissocie son aspect formel – liée la compréhension de l'arrêt – de son aspect « substantiel » où réside cette fameuse validation psychologique²⁰⁰⁰. Partant, le choix du juge entre les fonctionnalités objectives ou subjectives marque donc la coloration sécuritaire qu'il souhaite conférer à son contrôle en fonction de l'adhésion ou de la confiance qu'il souhaite susciter auprès du destinataire convoité. Du côté des requérants, elle comble les lacunes du droit étatique par une approche individualisée et concrète, que ce soit par la subjectivisation des dérivés objectifs ou l'application des dérivés subjectifs²⁰⁰¹. Du côté des États parties, la sécurité juridique soutient la motivation de la Cour quant à l'impact d'un éventuel revirement de jurisprudence issu de son interprétation évolutive²⁰⁰².

403. Il convient de reconnaître que la recherche d'une meilleure psychologie des arrêts n'est sans doute pas la solution la plus appropriée pour renforcer la légitimité de sa motivation alors même que fleurissent les réprimandes à l'encontre d'une jurisprudence à la motivation

¹⁹⁹⁶ L. FRANÇOIS, « La fiabilité du droit, dite sécurité juridique », *op. cit.*, p. 19.

¹⁹⁹⁷ « *Le juge, ce médecin des lois, dissipe l'insécurité, en révélant si violence a été faite à la loi. Il tranche. Il coupe. Il opère. Il met un terme à ce stress qui naît du procès. Il donne satisfaction à l'un, à moins qu'il ne contente personne : c'est trop et pas assez* », A. MAZEAUD, La sécurité juridique et les décisions du juge, *Dr. soc.*, 2006, n° 7, p. 744.

¹⁹⁹⁸ C. PERELMAN, « Les motivations des décisions de justice, essai de synthèse », *op. cit.*, p. 425.

¹⁹⁹⁹ D. SZYMCZAK, « La question de l'acceptabilité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme par les États parties », in S. TOUZE (dir.), *La Cour européenne des droits de l'homme. Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire », 2016, p. 123-140.

²⁰⁰⁰ *Ibid.*, p. 126 et suiv.

²⁰⁰¹ *Infra*, n° 447 et n° 450 et suiv.

²⁰⁰² CEDH, Gde. Ch., 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, req. n° 18030/11 (RTDH, 2017, 623, note. H. SURREL).

hasardeuse²⁰⁰³. En ce sens, le Professeur Frédéric SUDRE met en garde contre une motivation subjective qui « *perd en densité juridique, en "juridicité", et qui, peu ou prou, [...] affadit l'office du juge* »²⁰⁰⁴. Dans la même optique, un juge affirmait que « *l'argument de la sécurité juridique éloigne du fait sécurité juridique* »²⁰⁰⁵. Certes, la Cour « *opère un arbitrage intéressant entre la sécurité juridique d'une norme et celle des particuliers, notions que l'on confond trop souvent, au risque de rendre ambigu et paradoxalement incertain le concept de sécurité juridique* »²⁰⁰⁶. Pourtant, si cette dimension persuasive fragilise la cohérence fonctionnelle de la sécurité juridique, elle n'est pas dépourvue de toute utilité. Assurément, la sécurité juridique est une valeur à part entière du droit de la Convention²⁰⁰⁷, mais qui doit être contrebalancée avec d'autres objectifs comme l'effectivité, le progrès des normes ou encore la protection des particularismes nationaux²⁰⁰⁸. Ce faisant, cela permet à l'auteur de la décision « *de sacrifier dans une certaine mesure cette sécurité sans qu'il puisse lui être reproché d'en avoir reconnu la valeur* »²⁰⁰⁹. De surcroît, l'émergence de la sécurité juridique subjective – et la subjectivisation qui l'accompagne – produit un impact indéniable et appréciatif de la protection conventionnelle au profit des requérants, que ce soit par l'individualisation des dérivés objectifs ou par la construction de dérivés subjectifs. En conséquence, la facette subjective du principe dispose d'une double sous-fonctionnalité en ce qu'elle permet à la fois de recentrer le contrôle sur le requérant en assurant une meilleure effectivité de ses droits, mais aussi d'exercer une « *fonction de renfort* »²⁰¹⁰ dans la motivation de la solution retenue, en suscitant l'adhésion du requérant et des États à celle-ci. Réduire la sécurité juridique subjective à une simple fonctionnalité stylistique nous paraît donc quelque peu réducteur puisqu'elle omettrait les bénéfices que cette subjectivisation confère sur le niveau de protection des droits

²⁰⁰³ H. FULCHIRON, « La lisibilité et la compréhension interne de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in S. TOUZE, *La Cour européenne des droits de l'homme : une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire », 2016, p. 141-156, spéc. p. 142.

²⁰⁰⁴ Il précise également que le « *juge européen semble bien faire place à une motivation psychologique dont on n'est pas vraiment convaincu qu'elle ait sa place dans une motivation de justice* », F. SUDRE, « Moyens de renforcement de la motivation de la Cour » in S. TOUZE, *La Cour européenne des droits de l'homme : une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, op. cit., p. 189-213, spéc. p. 194. Voy. *infra*, n° 558.

²⁰⁰⁵ P. LUCHAIRE, *Le principe de sécurité juridique en droit constitutionnel français*, CCC, 2001, n° 11.

²⁰⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁰⁷ CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, §56 ; CEDH, Gde. Ch., 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, req. n° 53080/13, §89.

²⁰⁰⁸ F. TULKENS, « La motivation et le style des décisions juridictionnels. La CEDH. Le regard d'un juge », in L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application du droit communautaire et européens*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 125-134, spéc. p. 134.

²⁰⁰⁹ L. FRANÇOIS, « La fiabilité du droit, dite sécurité juridique », op. cit., p. 18.

²⁰¹⁰ M. DE SALVIA, *La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit.

et libertés conventionnelles²⁰¹¹. Enfin, cette fonction rhétorique s'intègre dans un renouvellement contemporain des modes d'argumentation du juge. Comme le souligne la Professeure Mireille DELMAS-MARTY « *le recours à des notions indéterminées, ou faiblement déterminées, comme les standards ou les principes directeurs, implique un changement dans les logiques de l'interprétation comme seule manière d'assurer une codétermination qui ne soit pas synonyme de transgression de la norme prescrite [...]. La transformation des systèmes de droit [...] oblige à un apprentissage de nouvelles logiques, qui contrairement à la crainte de beaucoup de juristes, ne créent pas le phénomène de complexité, [...] mais apprennent à l'appriivoiser, c'est-à-dire à le maîtriser [...]* »²⁰¹². La réminiscence actuelle de la fonction argumentative est donc le résultat de l'évolution de la motivation du juge et de sa manière de rendre la justice, mais aussi de sa propre conception de la sécurité juridique. « *La qualification de principe attribuée à l'énoncé normatif* », écrit le Professeur Mouloud BOUMGHAR, « *augmente sa force argumentative et produit consécutivement un effet psychologique sur les acteurs du droit* »²⁰¹³. C'est ici que réside la vraie valeur argumentative de la sécurité juridique subjective : susciter l'adhésion des parties à la solution du litige en légitimant consécutivement la décision du juge²⁰¹⁴. Enfin, en renforçant la sécurité juridique dans son discours, la Cour renforce – ou pour le moins tente de renforcer²⁰¹⁵ – la sécurité juridique globale de son système. Si son autorité est menacée, et la fiabilité *infra partes* rompue, les normes conventionnelles resteront inappliquées ou non effectives et les requérants délaisseront son prétoire au détriment de la protection de leurs droits. « *Face au désordre du droit, le principe de sécurité juridique apparaît [alors] comme la dernière branche à laquelle s'accrochent les juridictions suprêmes pour maintenir un semblant d'ordre et permettre au droit de remplir la mission qui est normalement la sienne* »²⁰¹⁶. Ce faisant, la subjectivisation discursive participe à la sécurité juridique du système conventionnel, en renforçant la fiabilité *extra partes* du droit de la Convention²⁰¹⁷.

²⁰¹¹ *Infra*, n° 342 et suiv., n° 437 et n° 475 et suiv.

²⁰¹² M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Le Seuil, Lonrai, 1994, p. 185-186.

²⁰¹³ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, Pedone, Paris, coll. « Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme (FMDH) », 2010, p. 267-268.

²⁰¹⁴ « *Le décideur est contraint d'assumer de façon argumentative toutes les étapes du processus discursif qui conduisent à la décision. Sans ce travail, le respect des exigences procédurales contribue au montant autant à la légitimation de la décision que les contenus normatifs sur lesquels ils s'appuient* », F. OST, *Dire le droit, faire la justice*, *op. cit.*, p. 108.

²⁰¹⁵ *Infra*, n° 640 et suiv.

²⁰¹⁶ P. BRUNET, « La sécurité juridique, nouvel opium des juges », in *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle LOCHAK*, LGDJ, Paris, 2007, p. 247-250, spéc. p. 250.

²⁰¹⁷ Le premier avis consultatif rendu par la Cour européenne le 10 avril 2019 s'inscrit dans cette même logique de réassurance l'égard des États parties, voy. *infra*, n° 726.

2§) Une subjectivisation symptomatique d'une conciliation entre les « sécurités juridiques »

404. Bien loin de constituer un fantasme, le phénomène séculaire de la sécurité juridique subjective est proportionnel à celui de l'insécurité juridique objective²⁰¹⁸. L'utilisation de mécanismes subjectifs ne s'opère donc qu'en palliatif des fonctionnalités objectives et n'agit qu'en complément de celles-ci, relativisant donc la subjectivisation exacerbée de la sécurité juridique individuelle (A). Au surplus, l'imbrication entre ces fonctionnalités reflète une sécurité juridique ostensiblement plurivoque. Dans un premier temps, cette plurivocité est d'ordre substantiel et fonctionnel et renvoie à la dichotomie classique entre le versant objectif et subjectif. Dans un second temps, elle est d'ordre structurel et articulatoire entre des intérêts graduels de « sécurités juridiques » (comprenant celle de individus et celle des États parties) dont la conciliation assure *in fine* la sécurité juridique globale du droit de la Convention. Le juge européen se métamorphose donc en un juge-arbitre non plus de « la » sécurité juridique mais d'une pluralité de « sécurités juridiques » (B).

A- Une subjectivisation tempérée par l'objectivisation globale du contentieux européen

405. Alors même que le droit administratif manifeste une appétence renouvelée pour la subjectivisation, un colloque récent témoigne d'un retour à l'objectivisation – ou « *objectivation* »²⁰¹⁹ – des droits fondamentaux²⁰²⁰, autrement dit à une sécurité juridique objective du droit de la Convention. Formant les deux facettes d'une même pièce, l'objectivisation vient tempérer dans une certaine mesure la subjectivisation du contrôle européen. Souvent opposées, elles constituent en réalité deux dynamiques, à la fois alternatives et complémentaires, dans la préservation de la sécurité juridique du système de la Convention

²⁰¹⁸ « *Les incertitudes du droit objectif rejaillissent sur le droit subjectif, et font naître chez l'individu un sentiment d'insécurité* », J. CARBONNIER, « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », in J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Paris, 2001, 10^{ème} éd., p. 188.

²⁰¹⁹ À l'instar de la subjectivisation/subjectivation, ces deux termes sont synonymiques. Notre préférence penche cependant vers celui d'« *objectivisation* » en ce qu'il sous-entend un processus continu du contentieux, voy. en ce sens M. AFROUKH, « L'objectivisation du contrôle juridictionnel », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA (dir.), L. BURGOGUE-LARSEN (dir.), S. TOUZE (dir.), *La protection des droits de l'homme par les cours supranationales*, Actes du colloque des 8 et 9 octobre 2015, Pedone, Paris, 2016, p. 107-132, spéc. p. 112.

²⁰²⁰ J. ARLETTAZ (dir.), J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et des libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, Actes du colloque du 12 décembre 2014, Pedone, Paris, 2015.

qui ont pour objectif d'endiguer « *crise de confiance* »²⁰²¹. L'objectivisation soulève également des interrogations sur la nature réelle des fonctionnalités subjectives du principe de sécurité juridique dans le contrôle européen. Pour mieux comprendre l'articulation entre ces différentes facettes, il convient d'appréhender dans un premier temps le phénomène d'objectivisation (1°), pour déterminer son impact sur la facette subjective et mettre en exergue une sécurité juridique objective subjectivée (2°).

1°) Prolégomènes sur l'objectivisation actuelle du contentieux européen

406. En dépit de la récurrence de ce phénomène, l'objectivisation du droit ne possède pas encore à ce jour de définition dans les dictionnaires juridiques. Correspondant dans son sens le plus commun à « *l'action d'objectiver* »²⁰²², c'est-à-dire de « *rapporter à une réalité extérieure [...] en lui donnant une forme concrète* »²⁰²³, d'autres écrits y apportent quelques précisions supplémentaires. La Professeure Jordane ARLETTAZ le définit comme « *un mouvement qui conduit, dans le contentieux, au dépassement de la défense d'un intérêt ou d'un droit subjectif pour juger au nom de l'ordre juridique et de l'intérêt général [...] [il] est donc un processus de réécriture du contentieux qui, derrière la figure du justiciable, fait émerger le collectif, l'abstraction, le système* »²⁰²⁴. Monsieur Mustapha AFROUKH la décrit comme une technique jurisprudentielle utilisée à des fins de « *relativisation de l'intérêt individuel au cas d'espèce au profit d'une approche plus objective et abstraite du contentieux* »²⁰²⁵. C'est cette définition qui sera retenue tout au long de cette étude²⁰²⁶.

²⁰²¹ F. OST, *Dire le droit, faire la justice*, op. cit., p. 123-128.

²⁰²² *Dictionnaire Poche Larousse*, Larousse, Paris, 2019, éd., 2020, p. 556.

²⁰²³ M. AFROUKH, « L'objectivisation du contrôle juridictionnel », op. cit., p. 109.

²⁰²⁴ J. ARLETTAZ, « La signification de l'objectivation du contentieux constitutionnel des droits et des libertés », in J. ARLETTAZ (dir.), J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et des libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, op. cit., p.127-150, spéc. p. 128-129.

²⁰²⁵ M. AFROUKH, « L'objectivisation du contrôle juridictionnel », op. cit., p. 125.

²⁰²⁶ *Infra*, n° 150 et 468 et suiv.

407. Caractéristique des contentieux subjectifs²⁰²⁷, l'objectivisation renouvelle les débats quant à la place de l'individu et du juge dans la protection des droits fondamentaux²⁰²⁸. Elle bouleverse la dichotomie traditionnelle entre la fonction objective et la fonction subjective des droits fondamentaux. La première réside « *dans un prolongement de la norme fondamentale matérielle d'identification des normes, qui s'enracine dans des normes supérieures* »²⁰²⁹. Par opposition, la seconde comprend la transformation « *des droits positifs en normes positives des prétentions morales justifiées [...] sous la forme de droits subjectifs, de liberté, de pouvoirs et d'immunité* »²⁰³⁰. Formant un « *équilibre essentiel* »²⁰³¹ sur lequel repose tout ordre juridique, ces fonctionnalités ont souvent été conçues par antagonisme, les droits fondamentaux étant « *écartelés* » entre ce qui relève du subjectif et de l'objectif. Allant jusqu'à réfuter cette dichotomie, la conception positiviste considère que la fonctionnalité subjective serait dépourvue d'existence propre ou distincte de celle-ci. Pour exemple dès lors que l'individu forme un recours en justice, il se transforme en « *sujet justiciable* » et devient un organe de l'État. Cela étant, elle demeurerait « *objectivée* »²⁰³² car dissolue dans la fonctionnalité objective²⁰³³.

²⁰²⁷ Comme l'explique le Professeur Xavier DUPRE DE BOULOIS définit le contentieux objectif comme l'ensemble des « *recours contentieux dont la nature et les modalités visent par priorité à purger l'ordonnancement juridique d'une norme illégale* », tandis que le contentieux subjectif comprend les « *recours contentieux dont la nature est les modalités assurent de manière prioritaire la prise en compte de la situation personnelle du requérant et le redressement de la situation à son profit* », X. DUPRE DE BOULOIS, « Le contentieux administratif entre identité objective et conversion subjective », in J. ARLETTAZ (dir.), J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et des libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, op. cit., p. 9-22, spéc. p. 9. Si les contentieux par essence subjectifs ont tendance à s'objectiver, les contentieux objectifs tels que le droit administratif ou le droit privé ont tendance au contraire à se subjectiver. En complément de l'article précité, voy. J. BONNET, « *La QPC et l'intérêt du justiciable* », in J. ARLETTAZ (dir.), J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et des libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, op. cit., p. 9-22, ainsi que L. MAURIN, « *Le droit privé échappe-t-il au mouvement d'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux ?* », J. ARLETTAZ (dir.), J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et des libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, op. cit., p. 43-60.

²⁰²⁸ « *L'objectivisation des droits fondamentaux résulte [...] autant de celle du contentieux que de la protection des intérêts collectifs inhérente à la généralisation des droits fondamentaux* », in X. BIOY, « Le juge, gardien des intérêts objectifs du droit : une rupture dans l'histoire des droits et libertés fondamentaux ? », in J. ARLETTAZ (dir.), J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et des libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, op. cit., p. 153-175, spéc. p. 156.

²⁰²⁹ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, Paris, coll. « Droit et société », 2004, p. 319.

²⁰³⁰ *Ibid.*, p. 374.

²⁰³¹ *Ibid.*, p. 375.

²⁰³² A. VIALA, « L'objectivation du contentieux des droits et libertés et la réalisation démocratique de l'État de droit », in J. ARLETTAZ (dir.), J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et des libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, op. cit., p. 177-101, spéc. p. 183.

²⁰³³ Le Professeur Alexandre VIALA considère que « *la personne lésée dans ses droits subjectifs, accompagnée ou non de l'appareil juridictionnel, est dans l'un comme l'autre cas un organe agissant comme instrument de l'ordre juridique objectif [...]. La revendication d'un droit subjectif est la condition d'application du droit objectif* », *ibid.*, p. 184.

408. Des conceptions contemporaines cherchent à transcender cette distinction en démontrant que l'objectivisation vise au contraire à concilier l'objectif et le subjectif dans une alternance complémentaire. Ils aspirent de la sorte à redéfinir ce paradigme initial au profit d'une « hybridation » entre ces deux fonctionnalités²⁰³⁴. Sans en dissiper entièrement les « zones d'incertitudes »²⁰³⁵, la Professeure Véronique CHAMPEIL-DESPLATS souligne que cette dichotomie ne sied plus à des contentieux exclusifs mais interpénétrés par celle-ci²⁰³⁶ à l'instar du système conventionnel. En effet, comme la majorité des prétoires centrés sur le contentieux des droits et des libertés²⁰³⁷, le système conventionnel dénote par sa mixité : un contentieux principalement subjectif, matérialisé par le recours individuel de l'article 34²⁰³⁸ ; un contentieux secondairement objectif, matérialisé par le recours interétatique inscrit à l'article 33²⁰³⁹. On aurait tendance à considérer que le contrôle de conventionnalité fait prévaloir un contrôle subjectif dans la mesure où il se concentre fondamentalement sur la protection des droits des justiciables. Pourtant, « *alors que certains observateurs soulignent un mouvement de "subjectivisation" du droit [...] on assiste, paradoxalement, au renforcement de la dimension objective du mécanisme européen de protection des droits de l'homme* »²⁰⁴⁰. Cette constatation, effectuée dans un commentaire sous le premier arrêt pilote de la Cour, amorce ce basculement du contentieux européen vers un contrôle abstrait et, par conséquent, « *objectivisé* »²⁰⁴¹. La

²⁰³⁴ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Synthèse », in J. ARLETTAZ (dir.), J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et des libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, op. cit., p. 191-200, spéc. p. 192.

²⁰³⁵ *Ibid.*, p. 191.

²⁰³⁶ Ainsi relève-t-elle que les droits fondamentaux exercent une « *fonction de protection des droits subjectifs des individus* » et « *une fonction objective de structuration et de fondement de l'ordre juridique* », *ibid.*, p. 192.

²⁰³⁷ Comme le constate Monsieur Lucien MAURIN, « *le contentieux des droits et des libertés est beaucoup plus complexe : il n'est pas objectif ou subjectif mais est tout à la fois objectif et subjectif* », in L. MAURIN, « Le droit privé échappe-t-il au mouvement d'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux ? », op. cit., p. 45.

²⁰³⁸ En vertu de l'article 34 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit* ». Pour plus de précisions sur objectivisation, subjectivisation et recours individuel, voy. S. TOUZE, « Intérêt de la victime et ordre public européen », in J. ARLETTAZ (dir.), J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et des libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, op. cit., p. 61-76.

²⁰³⁹ En vertu de l'article 33 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *Toute Haute Partie contractante peut saisir la Cour de tout manquement aux dispositions de la Convention et de ses protocoles qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Haute Partie contractante* ».

²⁰⁴⁰ F. LAZAUD, L'objectivisation du contentieux européen des droits de l'homme. Lecture de l'arrêt *Broniowski* à la lumière du protocole n° 14, *RRJ*, 2005, n° 2, p. 913-934. Pour plus de détails sur cette procédure, *infra*, n° 464, et n° 814 et suiv.

²⁰⁴¹ M. AFROUKH, Le contrôle de conventionnalité *in concreto* est-il vraiment « dicté » par la Cour européenne des droits de l'homme ?, *RDLF*, 2019, chron. n° 4.

dichotomie entre objectivisation et subjectivisation est liée aux deux facettes de la sécurité juridique, objective et subjective.

2°) Sécurité juridique subjective ou sécurité juridique objective « subjectivée » ?

409. La préservation de la sécurité juridique subjective est indubitablement liée à la sauvegarde de la sécurité juridique objective. L'interprétation des dérivés subjectifs du principe de sécurité juridique est subordonnée à un minimum d'exigences légales pour produire des effets juridiques. La matérialisation de ces dérivés leur permet en quelque sorte d'« objectiviser » ces dérivés subjectifs en les replaçant dans un cadre factuel et légal et donc en les plaçant sous le prisme des fonctionnalités objectives du principe²⁰⁴². Ainsi cette étude a pu souligner à maintes reprises le caractère impératif d'une « *base légale suffisante* » pour concrétiser objectivement une espérance légitime et placer le requérant sous la protection de l'article 1^{er} du Protocole n° 1²⁰⁴³. De même, la simple « apparence » d'un manque d'impartialité ou d'indépendance des juges nationaux aux yeux du justiciable n'est pas autosuffisante pour en déterminer l'existence réelle d'une violation aux droits du procès équitable. Dans l'arrêt *Sacilor Lormines contre France*²⁰⁴⁴, après avoir rappelé les critères afférents à l'impartialité structurelle d'une juridiction nationale, la Cour s'appuie sur les articles L-131-1 et R. 131-1 régissant le statut des magistrats de l'ordre administratif afin de déceler une éventuelle carence dans l'impartialité du juge. Son examen *in concreto* s'effectue selon un faisceau d'indices objectifs comme leurs modalités de recrutement, les modalités de garanties d'indépendance ainsi que l'inamovibilité des juges en cours de mandat²⁰⁴⁵. Ensuite, le juge fait application de la technique des apparences et estime finalement que la nomination du conseiller d'État postérieure à la délibération du Conseil d'État était suffisamment litigieuse pour nourrir « a posteriori *des doutes objectivement fondés quant à l'indépendance et à l'impartialité de la formation de jugement à laquelle appartient à l'intéressé* »²⁰⁴⁶. Parvenant à une conclusion différente, le juge suit la même démarche en ce qui concerne la conventionnalité de l'exercice

²⁰⁴² « Cette intersubjectivité, qui participe du dynamisme des droits de l'homme, ne produit de conséquences juridiques qu'en étant solidement arrimée à une prise en compte du contexte objectif tant factuel que normatif », C. RUET, La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH*, 2015/102, p. 317-340, spéc. p. 378.

²⁰⁴³ *Supra*, n° 151 et suiv., n° 376 et suiv.

²⁰⁴⁴ CEDH, 9 novembre 2006, *Sacilor Lormines c. France*, req. n° 65411/01, Rec. 2006-XIII, §56 (*RFDA*, 2007, 342, note J-L. AUTIN et F. SUDRE).

²⁰⁴⁵ *Ibid.*, §§65-68.

²⁰⁴⁶ *Ibid.*, §69.

successif des fonctions consultatives juridictionnelles du Conseil d'État. Ainsi, « *l'avis et les procédures d'examen de la requérante ne peuvent avoir fait naître dans le chef de la requérante des craintes objectivement justifiées* »²⁰⁴⁷. La subjectivisation du contrôle *in concreto* opérée par les apparences n'emporte pas un rôle systématiquement décisif puisque le sentiment d'iniquité est apprécié selon un contrôle global du cadre légal et procédural²⁰⁴⁸. Finalement assez loin du « *triomphe de la psychologie du plaideur* »²⁰⁴⁹, cette « défocalisation » marque le basculement du sentiment subjectif naissant du requérant à une raison objective et donc quantifiable de craindre un défaut d'impartialité.

410. L'articulation opérée par le juge entre subjectivisation ou objectivisation traduit donc une différence de point de vue qui répercute sur son choix consécutif d'asseoir davantage les fonctionnalités objectives (structuration de l'ordre juridique, protection de l'intérêt objectif de l'État) ou les fonctionnalités subjectives (protection des intérêts individuels ou étatiques). L'incorporation des secondes dans l'examen des premières pourrait conférer le sentiment d'une hiérarchisation entre celles-ci. Or, une telle conclusion serait problématique pour deux raisons. Premièrement, elle conduirait à une remise en cause de la matérialité des fonctions subjectives qui torpillerait la pertinence même de notre analyse. Ceci est d'autant moins envisageable puisque la concrétisation des dérivés subjectifs atteste de cette prise en compte directe dans la jurisprudence de cette sécurité juridique individuelle. Deuxièmement, lorsque le juge arbitre entre les deux types de sécurité juridique, il prend davantage en considération les intérêts du requérant. En effet, la subjectivisation du principe lui permet de déceler une défaillance législative potentiellement source de violation systémique. Pour y remédier, le juge se place sur le terrain de l'objectivisation par un contrôle *in abstracto* afin de préconiser dans la foulée des normes de légistique procédurale²⁰⁵⁰. Dans ce cas de figure, c'est la sécurité juridique objective qui vient colmater les atteintes futures à la sécurité subjective des individus, revenant donc à dans une sécurité juridique « *objectivée* »²⁰⁵¹.

411. En définitive, le principe de la sécurité juridique confère à la Cour un instrument de régulation entre différents les besoins de sécurité juridique des acteurs du système

²⁰⁴⁷ *Ibid.*, §74 [souligné par nous].

²⁰⁴⁸ F. SUDRE, Le mystère des « apparences » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH*, 2009/79, p. 633-650, spéc. p. 643.

²⁰⁴⁹ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Savoir n'est rien, imaginer est tout », *Dalloz*, 2001, p. 2611.

²⁰⁵⁰ *Infra*, n° 450.

²⁰⁵¹ En « *opérant à travers une approche objective en apparence, c'est toutefois une finalité subjective qui est in fine poursuivie : la prévention des violations individuelles susceptibles de se concrétiser dans l'ordre juridique interne des États Parties* », S. TOUZE, « Intérêt de la victime et ordre public européen », *op. cit.*, p. 69.

conventionnel. Partant, la subjectivisation reflète la mutation d'une sécurité juridique désormais plurielle au sein de la jurisprudence européenne.

B- Une subjectivisation révélatrice d'une pluralité de « sécurités juridiques »

412. La sécurité juridique « au sens du » droit de la Convention, est une sécurité juridique plurielle composées de deux states de « sécurités juridiques ». La première est composée de l'intérêt des États parties et des requérants à asseoir leur propre sécurité juridique (1°). La seconde est celle de l'intérêt du juge à asseoir la sécurité juridique de son droit et de son prétoire (2°).

1°) La conciliation première des intérêts divergents de sécurité juridique

413. Dans la jurisprudence de la Cour, la sécurité juridique objective s'oppose par principe à la sécurité juridique subjective des individus, son contrôle de proportionnalité visant dans cette optique de sous-peser ces intérêts divergents. D'un côté, on retrouve la sécurité juridique objective de l'Etat partie, chargé de mettre en place un cadre juridique adapté en conformité avec ses obligations conventionnelles. De l'autre la sécurité juridique subjective des requérants, qui doivent pouvoir établir des prévisions juridiques fiables et conformes au cadre légal alors en vigueur. En réalité, le principe de sécurité juridique touche à des intérêts encore plus multiples. En édictant des règles juridiques conformément aux obligations dégagées par la Cour, les États assurent la préservation d'une sécurité juridique individuelle duale, comprenant à la fois les justiciables et les tiers au litige²⁰⁵². Ceci explique que la sécurité juridique subjective des tiers soit régulièrement invoquée comme but légitime pour justifier la conventionnalité restrictions étatiques²⁰⁵³. Cela étant, la sécurité juridique peut donner lieu à une conciliation délicate entre des deux sécurités juridiques individuelles²⁰⁵⁴. Dans la même lignée, la préservation de la sécurité juridique étatique se heurte à 47 cultures et traditions juridiques

²⁰⁵² « L'établissement de la sécurité implique donc également une protection des individus les uns à l'égard des autres, généralement assurée par un tiers, représentant de l'institution qui incarne le groupe social. [...] La sécurité de l'institution s'avère finalement, en raison de la fonction protectrice de cette dernière, une composante de la sécurité des citoyens », P. RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, LGDJ, Paris, coll. « Thèses », 2009, t. 256, p. 7.

²⁰⁵³ La sécurité juridique des tiers est régulièrement invoquée par l'État comme un but légitime, voy. *supra*, n° 371 et suiv.

²⁰⁵⁴ Sur les conflits intersubjectifs de sécurité juridique, voir *infra*, n° 832.

différentes. C'est pour préserver une application homogène des obligations conventionnelles en matière de légalité que la Cour pu retenir une interprétation largement la notion de « loi »²⁰⁵⁵.

414. « À la fois subjective et objective, individuelle et collective, la sécurité est donc la résultante d'un équilibre, le lieu où s'opère une dialectique entre des intérêts divergents, entre les préoccupations holistes visant à la préservation de la totalité sociale et celles plus particulière des individus »²⁰⁵⁶. Par voie de conséquence, le principe de sécurité juridique ne constitue plus seulement comme un principe d'équilibre, mais un principe de conciliation et de régulation, qui se traduit par une plurifonctionnalité graduelle entre différentes strates de sécurités juridiques qui concourent toutes à la préservation d'une seule sécurité juridique qu'est celle du système conventionnel.

2°) La préservation finaliste de la sécurité juridique *in globo* du système conventionnel

415. Cette évolution des fonctionnalités du principe appelle nécessairement à un changement de paradigme. Dans un article de principe sur la sécurité juridique, la Professeure Françoise TULKENS concluait qu'« *entre l'idéal classique de la sécurité juridique "à tout prix" et le réalisme extrême consistant à nier totalement l'idée de sécurité juridique, il existe, semble-t-il, une place pour une conception gradualiste intégrant différentes sécurités. Cette conception n'entend pas nier qu'en soi la sécurité juridique est un besoin au sens, où elle est à la fois "un désir ou nécessité ou un manque", mais elle considère qu'il n'existe pas de sécurité juridique au singulier mais bien des sécurités juridiques »²⁰⁵⁷. À la différence de l'auteur, qui relevait une pluralité liée à la flexibilité de la sécurité juridique²⁰⁵⁸, la sécurité juridique que nous relevons est celle des différentes logiques qui pénètrent les besoins de sécurité juridique des acteurs conventionnels et donneraient lieu à une prise en considération graduelle de l'impériosité du besoin à satisfaire par rapport à un autre. Cette différence de logique est également significative dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Comme le relève le Professeur Jérémy VAN MEERBEECK, la sécurité juridique est traversée par trois logiques à la fois distinctes et complémentaires (la logique politique, la logique subjective, et la logique*

²⁰⁵⁵ S. TOUZE, Deux facettes différentes de l'imprévisibilité sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 847.

²⁰⁵⁶ P. RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 7.

²⁰⁵⁷ F. TULKENS, La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer, *RIEJ*, 1990, n° 24, p. 25-42, spéc. p. 38 [souligné par nous].

²⁰⁵⁸ L'auteur relève notamment des distorsions inhérentes à la conception de la sécurité juridique. Si elles sont sensiblement les mêmes qu'en droit de la Convention (remise en cause de l'idéal de sécurité juridique au profit d'une sécurité juridique plurielle), elle se place davantage sur les effets des décisions de justice (notamment la prospectivité jurisprudentielle) et sur le droit économique pour appuyer cette idée.

fiduciaire), le choix de telle ou telle logique par le juge orientant alors l'usage du principe selon les intérêts qu'il est en charge de protéger²⁰⁵⁹. Plus largement, le Professeur Robert KOLB en fait une caractéristique des organisations internationales, qui, de par leur structure et la multitude d'acteurs qui les composent, à vocation à la pluralité²⁰⁶⁰.

416. Finalement, la pluralité de sécurité juridique évoquée par Madame Sylvie CALMES nous paraît la plus congruente avec les résultats de nos analyses. Dans sa thèse, elle constate qu' « *il existe en fin de compte, entre l'intangibilité des situations juridiques et la mutabilité du droit, une gradation de la protection des intérêts individuels [...] car leur fonction consiste en la régulation des changements du droit dans le temps, c'est -à-dire "la mise en balance" entre la prévisibilité et la stabilité des situations juridiques individuelles – imposées par l'impératif général de sécurité juridique – d'une part, et la mutabilité et la flexibilité nécessaire du droit objectif et de la ligne de conduite publique face aux nécessités nouvelles* »²⁰⁶¹.

417. C'est cette pluralité qui caractérise les fonctionnalités subjectives du droit de la Convention et qui parachèvent sa mutation en un principe des sécurités juridiques. Elle explicite l'impossibilité d'obtenir un droit de la Convention parfaitement stable, certain et prévisible. Ce constant invite dès lors, comme le faisait la juge Françoise TULKENS²⁰⁶², à « déconstruire » cet idéal pour tendre vers une sécurité juridique graduelle susceptibles de restaurer la confiance et de renforcer la protection des sécurités juridiques subjectives, confiance sur laquelle repose l'autorité et la fiabilité de sa jurisprudence et, somme toute logique, la sécurité juridique *in globo*.

*

* *

²⁰⁵⁹ La logique *objective* correspond à une logique *cartésienne* qui prône une sécurité juridique positiviste, axée sur la qualité de la norme et de la règle de droit. La logique *subjective* liée à la promotion des droits fondamentaux et de l'avènement de l'idéal démocratique. Enfin, la logique *fiduciaire* est liée à la confiance que les parties place dans un système juridique, J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, PUSL, Bruxelles, 2014, p. 29 et suiv. Contrairement au droit de la Convention, l'auteur invoque la restauration de la confiance dans le droit de l'Union européenne, la nature objective de son contentieux délaissant la confiance légitime des justiciables.

²⁰⁶⁰ R. KOLB, La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques, *African Yearbook of International Law*, 2002, p. 103-142, spéc. p. 110.

²⁰⁶¹ S. CALMES, *Le principe de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Dalloz, Paris, coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », 2001, p. 5.

²⁰⁶² « *Only limited degree of legal certainty can be attained. The current demand of exactness and predictability in law is incapable of satisfaction because a greater degree of legal certainty is sought than is procurable* », F. TULKENS, La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer, *op. cit.*, p. 42, citant Jérémy FRANK, *Law and the Modern Mind*, Anchor Books, New York, 1963, p. 7.

418. Souvent associée à « *l'exacerbation des revendications communautaires et des incitations individualistes mues par des mobiles purement égoïstes* »²⁰⁶³, la jurisprudence de la Cour souligne un hiatus entre ces impulsions revendicatives et leur impact réel sur le contrôle européen. Cette relativisation s'exprime au travers de son articulation en tandem avec une objectivisation, qui revient en force dans les contentieux subjectifs. La subjectivisation apparaît non pas prédominante mais subordonnée à cette objectivisation. Opérant une « valse en deux temps », le juge examine toujours la situation individuelle du requérant à la lumière du cadre légal étatique puis effectue une conciliation des intérêts individu/Etat défendeur. Si le discours du juge européen tend à assoir la promotion du versant subjectif de la sécurité juridique, il n'a pas pour seul objectif de revaloriser les revendications individuelles. Aux côtés d'une fonctionnalité subjective méliorative du contenu des intérêts se dresse une fonctionnalité subjective « objectivée ».

419. Prenant la forme aléatoire d'un critère prépondérant ou ornemental dans son raisonnement, la fonctionnalité subjective de la sécurité juridique reflète davantage une fonctionnalité plus discursive que normative. En tentant de légitimer son discours par une sécurité juridique subjective, le juge recherche à produire un effet psychologique visant à favoriser l'adhésion des individus et des États parties aux préceptes de sa jurisprudence ainsi qu'à la solution adoptée au litige. Comme l'écrit le Professeur Daniel LOCHAK, « *une institution est légitime lorsque-et parce que- l'on croit en sa légitimité, et cette croyance elle-même n'est pas acquise ne varietur mais demande à être entretenue* »²⁰⁶⁴. Dans cette optique, la subjectivisation par la sécurité juridique s'insère dans une stratégie de légitimation d'un juge qui cherche à assoir la légitimité de son office et l'autorité de sa jurisprudence. Cette revalorisation est d'autant plus cardinale que le juge se doit désormais de concilier une sécurité juridique multivoque.

²⁰⁶³ F. MELLERAY, L'exorbitance du droit administratif français, *AJDA*, 2003, n° 37, p. 1962.

²⁰⁶⁴ D. LOCHAK, « Le juge administratif auteur de/du droit », in L. FONTAINE (dir.), *Droit et légitimité*, Bruylant-Némésis, Bruxelles, coll. « Droit & Justice », p. 161-189, spéc. p.189.

CONCLUSION DU CHAPITRE

420. À l'évidence, la sécurité juridique subjective et la subjectivisation entretiennent une relation de réciprocité dans la mesure où la première constitue le canal de la seconde dans le contentieux européen des droits de l'homme. Cette interdépendance fonctionnelle nourrit les animosités à l'encontre du « *mythe des droits de l'homme à la sécurité juridique [...]* »²⁰⁶⁵. Pourtant, derrière la perspective affichée d'une subjectivisation de plus en plus assumée des intérêts individuels se cache un objectif de revalorisation jurisprudentielle au profit de la sécurité juridique *in globo*.

421. Sur le plan juridique, la subjectivisation vise à rééquilibrer la pondération d'intérêts divergents. Dans ce schéma assez classique de la conciliation entre l'intérêt général et les intérêts privés, la Cour procède à une subjectivisation manifeste au profit des requérants que ce soit par la voie des dérivés objectifs ou des dérivés subjectifs où elle impulse un effet simultané d'amplification et de concrétisation de l'intérêt individuel. S'érigeant en juge arbitre, elle use des dérivés du principe pour rétablir la balance du côté des requérants par compensation à une défaillance nationale à l'origine d'une rupture dans la protection de ces droits conventionnels²⁰⁶⁶. Si la subjectivisation est associée généralement à un « *recentrage des règles du contentieux sur la protection des intérêts privés* »²⁰⁶⁷, en ce qui concerne la jurisprudence de la Cour, elle traduit davantage un recentrage global sur l'ensemble des acteurs conventionnels, y compris les États parties.

422. Si la sécurité juridique était mobilisée initialement comme justification d'une ingérence étatique, quelques rares cas jurisprudentiels et opinions séparées démontre une appropriation curieuse et atypique de la sécurité juridique à leur profit. Marquant un retour à une conception internationaliste, les États parties invoquent la sécurité juridique subjective comme une arme de défense à l'égard de leurs propres intérêts dénaturant au passage la finalité même de la subjectivisation. En pointant dans leur grief l'instabilité jurisprudentielle de la Cour, ils la désignent comme la source directe de la violation des droits conventionnels et tentent, par la même occasion, de s'exonérer de leur responsabilité. Si elle refuse d'octroyer généralement une telle fonctionnalité en leur retoquant cet argument, elle n'en reste pas moins insensible, ne pouvant raisonnablement peut s'offrir le luxe se détourner de ces revendications étatiques si

²⁰⁶⁵ C. ATIAS, Les paradoxes de l'office du juge et de la sécurité juridique, *Recueil Dalloz*, 2003, p. 513.

²⁰⁶⁶ Sur les effets sur la protection des droits conventionnels, voir *infra*, n° 451 et suiv.

²⁰⁶⁷ P. FRAISSEIX, La « subjectivisation » du droit administratif, *LPA*, 2004, n° 207, p. 12.

elle veut maintenir l'efficacité de système juridique²⁰⁶⁸. C'est pourquoi, sans aller jusqu'à reconnaître un droit à la sécurité juridique des États²⁰⁶⁹, elle semble prendre en considération cet intérêt subjectif étatique, même si sa réception se cantonne principalement aux opinions séparées.

423. Sur le plan politique, la Cour européenne s'est emparée de l'argument « sécurité juridique » pour accroître la fiabilité de son droit et de légitimité de sa jurisprudence. Aux confins de la sociologie judiciaire²⁰⁷⁰, la sécurité juridique subjective produit un effet de persuasion psychologique en favorisant l'adhésion des parties à la conciliation opérée en l'espèce par le juge quand bien même son énoncé se cantonne à une simple figure de style dans son raisonnement. « *La légitimité de la Cour [...] [peut] tenir à l'objectivité [...] sans se cacher cependant que l'appréciation de cette objectivité sera toujours elle-même empreinte d'une part de subjectivité* »²⁰⁷¹, celle d'un juge en quête de revalorisation de son propre office. Controversée²⁰⁷², cette fonctionnalité discursive permet de rehausser le débat de la conciliation entre les intérêts antagonistes de sécurités juridiques dans la mise en œuvre d'une « méta-sécurité juridique » : celle du système conventionnel. C'est pourquoi la fonctionnalité argumentative de la sécurité juridique ne doit pas être condamnée, sous peine de perdre les bénéfices qu'elle accorde aux différents intérêts de sécurités juridiques et à l'autorité de la jurisprudence européenne. Rejoignant le constat du Professeur Jérémy VAN MEERBEECK en droit de l'Union « *nous plaidons pour que l'argument de la sécurité juridique ne puisse servir que – ou à tout le moins en priorité – les destinataires primaires des normes, leurs auteurs et les autorités chargées de leur application disposant d'autres instruments afin de faire avancer leurs intérêts et celui [du droit de la Convention]* »²⁰⁷³. Encore faut-il que la Cour n'en fasse pas usage pour justifier des dérives méthodologiques, qui entrainerait une instrumentalisation

²⁰⁶⁸ « *Si elle veut maintenir son efficacité, elle doit se reposer sur les États et non entrer en conflit avec eux* », in S. TOUZE, « Rapport introductif », in S. TOUZE, *La Cour européenne des droits de l'homme : une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire », 2016, p. 9-26, spéc. p. 10.

²⁰⁶⁹ *Infra*, n° 178.

²⁰⁷⁰ P. DE ALBUQUERQUE, « Réflexions sur le renforcement de l'obligation d'exécution des arrêts de la Cour européenne », in S. TOUZE, *La Cour européenne des droits de l'Homme : une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, *op. cit.*, p. 219-226.

²⁰⁷¹ C. PICHERAL, « La légitimité du juge européen », in L. FONTAINE (dir.), *Droit et légitimité*, Bruylant-Némésis, Bruxelles, coll. « Droit & Justice », p. 113-147, spéc. p. 147.

²⁰⁷² « *La sécurité juridique n'est rien d'autre, dans cette perspective, qu'un instrument de légitimation du pouvoir de l'administration dans l'édition du droit. [...] Comme il y a une politique de la santé (publique), il existe désormais une politique du droit dont la sécurité juridique est le porte-drapeau, on pourrait dire le slogan* », N. MOLFESSIS, Les « avancées » de la sécurité juridique, *RTD Civ.*, 2000, n° 3, p. 660.

²⁰⁷³ J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, PUSL, Bruxelles, 2014, p. 30-31.

négative du principe de sécurité juridique²⁰⁷⁴. Comme le relève un auteur, « *la sécurité se réalise d'abord par le discours. C'est par l'acte de discours, le speech act qu'un problème devient un problème de sécurité* »²⁰⁷⁵. Exposé alors à une forme de politisation jurisprudentielle, l'argument sécurité juridique risque de servir malencontreusement la défense de l'insécurité juridique *in globo* au détriment de l'effectivité du droit et des droits de la Convention²⁰⁷⁶.

²⁰⁷⁴ *Infra*, n° 657 et suiv.

²⁰⁷⁵ A. CEYHAN, Analyser la sécurité : Dillon, Waever, Williams et les autres, *Cultures & Conflits*, p. 31-32, spéc. p. 37.

²⁰⁷⁶ *Infra*, n° 640 et suiv.

CONCLUSION DU TITRE II

424. Assurément, le principe de sécurité juridique est un principe plurifonctionnel. Son arborescence se montre beaucoup plus dense et complexe que de la simple dichotomie entre ses fonctionnalités objective et subjective. Pour la dimension objective, son utilisation – soutenue par la voie des dérivés objectifs et subjectifs – permet au juge européen d’instaurer un encadrement renforcé et adapté de la légalité conventionnelle grâce à l’élaboration d’une légistique tripartite au profit d’un contrôle « *préventif, abstrait et remédiable* »²⁰⁷⁷. Pour l’encadrement temporel, son utilisation permet au juge de réguler et de concilier une pluralité de temporalité avec les exigences du droit de la Convention. Pour la dimension subjective elle présente des effets ambivalents en ce qu’elle permet de concrétiser et de pondérer les intérêts pluriels de sécurité juridique : celle des individus, celle des États et celle de la Convention européenne pour répondre aux besoins respectifs de confiance et de fiabilité juridiques.

425. Parallèlement, on observe une coordination entre les différentes fonctionnalités. La frontière entre l’objectif et le subjectif se montre de plus en plus ténue au sein de la jurisprudence susceptible de remettre en cause la bipolarité traditionnelle entre ces deux versants. D’abord, il est loisible d’observer des phénomènes d’interpénétration réciproque entre les deux domaines. Les dérivés objectifs comme la prévisibilité peuvent faire l’objet d’une approche « subjectivée » tandis que les dérivés subjectifs comme l’espérance légitime sont toujours appréciés par rapport au cadre légal national précis et dont donc l’objet d’une approche « objectivée ». Au-delà d’une mutation fonctionnelle de l’usage des dérivés du principe, il est loisible d’observer une mutation substantielle des destinataires désignés par l’une ou par l’autre des fonctionnalités. La sécurité juridique des États n’apparaît plus seulement comme un intérêt objectif, mais se pare progressivement d’une coloration subjective en se muant en principe revendicatif à l’encontre d’une jurisprudence strasbourgeoise jugée imprévisible et extensive. En conséquence, on assiste à une dénaturation substantielle des dérivés et des intérêts au profit d’une construction prétorienne hybride, à la fois mi-subjective, mi-objective. Ensuite, la subjectivisation et l’objectivisation entretiennent un rapport d’interdépendance qui n’est pas sans rappeler l’architecture arborescente relevée à l’égard de sa conceptualisation²⁰⁷⁸. Constituant les deux facettes d’une même pièce, ces deux dynamiques jurisprudentielles

²⁰⁷⁷ S. BESSON, « L’évolution substantielle du contrôle européen : vers une subsidiarité toujours plus subsidiaire », in S. TOUZE, *La Cour européenne des droits de l’homme : une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l’homme et le droit humanitaire », 2016, p. 57-82, spéc. p. 81.

²⁰⁷⁸ *Supra*, n° 115 et suiv.

forment un système de vase communicant. La subjectivisation effectuée au moment du contrôle de conventionnalité s'exerce toujours après un examen du cadre légal, ce qui offre au juge la possibilité d'ajuster la balance pour compenser une éventuelle défaillance dans le droit objectif étatique. À l'inverse, l'impact psychologique de la subjectivisation vient conforter la légitimité de sa décision, et assoir par indirectement l'objectivisation de son propre droit. Ces deux tendances sont donc indissociables, car inscrites dans un rapport de complémentarité et de compensation réciproque. L'enjeu est d'autant plus important que cette conciliation constitue le tremplin de son intégration dans la protection effective des droits fondamentaux²⁰⁷⁹ et de la sécurisation *in globo* de son système juridictionnel.

426. Finalement, son arborescence fonctionnelle n'est pas tant orientée vers la sécurisation juridique du mécanisme de la Convention que la pacification des différents paradoxes²⁰⁸⁰ et tensions qui l'animent : équité et légalité, mutabilité et stabilité, protection des droits fondamentaux et souveraineté, sécurités juridiques individuelle/collective et sécurité juridique *in globo*.

²⁰⁷⁹ P. RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, LGDJ, Paris, coll. « Thèses », 2009, t. 256, p. 568.

²⁰⁸⁰ P. POPELIER, "Five Paradoxes on Legal Certainty and the Lawmaker", *Legisprudence. International Journal for the study of legislation*, 2008, n° 2, p. 47-66.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

427. « On ne parle que souvent de la notion de sécurité juridique qu'en passant, comme si elle était trop bien connue pour qu'il faille s'y attarder. L'habitude se prend par-là d'en parler de manière imprécise »²⁰⁸¹ et ajouterons-nous, de manière univoque. Si l'expression de sécurité juridique apparaît claire en soi, elle est en réalité une notion plurivoque²⁰⁸², ce qui explique qu'elle soit si difficile à comprendre et à appréhender dans la jurisprudence de la Cour européenne. Premièrement, elle est un principe pluri-sémantique. Du fait de son importation, le principe conventionnel de sécurité juridique présente des sens communs avec la conception européenne de sécurité juridique. Il intègre les standards de prévisibilité, d'accessibilité ainsi que des dérives associées à la protection de la confiance, de la certitude et de la stabilité juridique. En réadaptant ces différentes significations, la Cour européenne les perfectionne et les dote de nouveaux attributs, de nouveaux sens. Le développement d'une légalité procédurale ainsi que la construction de la notion d'espérance légitime en sont sans nul doute les constructions les plus audacieuses résultant de cette appropriation. Ces réajustements s'exportent ensuite dans les jurisprudences nationales des États parties à la Convention et participent à leur tour à la construction de ce jus commune de sécurité juridique²⁰⁸³. Deuxièmement, la sécurité juridique est un principe pluri-catégoriel. Il incarne en cela à la fois sa dimension axiologique et sa dimension normative. Ainsi est-il à la fois un « *principe général* »²⁰⁸⁴, une « *valeur fondamentale* »²⁰⁸⁵ et un principe interprétatif du droit de la Convention. Troisièmement, la sécurité juridique est un principe pluri fonctionnel. Dans son versant objectif, il est synonyme d'ordonnement, d'harmonisation, de cohérence, d'unité, d'encadrement, de limitation et bornage de la légalité conventionnelle sous toutes ses formes.

²⁰⁸¹ L. FRANÇOIS, « La fiabilité du droit, dite sécurité juridique », in *La Sécurité juridique*, Actes du colloque organisé par la conférence du jeune barreau de Liège, 14 mai 1993, éd. du jeune barreau de Liège, 1993, p. 8-20, spéc. p. 9.

²⁰⁸² B. PACTEAU, La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?, *AJDA*, 1995, n° H.S, p. 151-155.

²⁰⁸³ En dehors du cas de la tolérance administrative, nous soulignerons également l'influence majeure de la conception strasbourgeoise de la notion d'espérance légitime sur la notion anglaise de « *legitimate expectation* ». L'arrêt *Stretch contre Royaume-Uni* (CEDH, 24 juin 2003, *Stretch c. Royaume-Uni* req. n° 44277/98, §§37-41) constitue le point d'ancrage de cette fertilisation descendante. En l'espèce, la Cour avait reconnu, de façon protectrice, l'existence d'une espérance légitime dans l'option de renouvellement puisque l'option d'extension du bail conclu avec l'autorité locale était *ultra vires*. Par suite, cet arrêt a eu un impact majeur sur la conceptualisation et l'interprétation de la notion par les juges et la doctrine britanniques. Voir principalement sur ces questions, M. SIGRON, *Legitimate expectations under article 1 of Protocol n° 1 to the European convention of human rights*, Intersentia, Antwerpen, 2014; C. F. FORSYTH, "The provenance and protection of legitimate expectations", *The Cambridge Law Journal*, 1988, vol. 47, n° 2, p. 238-260.

²⁰⁸⁴ CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, §52.

²⁰⁸⁵ CEDH, Gde. Ch., 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, req. n° 53080/13, §89.

Dans son versant subjectif, il est synonyme de subjectivisation, d'argumentation, de persuasion et de légitimation, axé sur la protection des intérêts individuel et étatique de sécurité juridique et de fiabilité du mécanisme conventionnel.

428. Au fil de l'élaboration de sa jurisprudence, le principe de sécurité juridique est devenu un principe *pluri identitaire*, chargé de représenter des intérêts, des finalités et des fonctionnalités à la fois contradictoires et complémentaires. Partant de ce constat, la détermination d'un principe de sécurité juridique ne paraît plus adaptée dans la mesure où il s'agit plus, pour le juge européen, de protéger « *une sécurité juridique au singulier mais bien des sécurité juridiques* »²⁰⁸⁶. L'évolution du principe « des » sécurités juridiques reste tributaire de l'interprétation du juge européenne au moment de trancher le litige. Surtout, cette mutation est topique de l'injection de l'objectif d'effectivité dans le patrimoine génétique du principe. Cela étant, le principe de sécurité juridique, aidé de ses dérivés objectifs et subjectifs sert les intérêts de la Convention à savoir la protection de l'effectivité des droits, et plus généralement, du droit de la Convention.

²⁰⁸⁶ F. TULKENS, La sécurité juridique, un idéal à reconsidérer, *RIEJ*, 1990, n° 24, p. 25-42, spéc. p. 38.

PARTIE II : LA PORTEE AMBIVALENTE DU PRINCIPE « DES » SECURITES JURIDIQUES A L'AUNE DE L'OBJECTIF D'EFFECTIVITE DES DROITS ET DU DROIT DE LA CONVENTION

429. L'étude de la portée du principe de sécurité juridique sur l'objectif d'effectivité se justifie par la construction (ou plutôt la déconstruction) d'un mythe²⁰⁸⁷. Si ces objectifs incarnent des intérêts divergents (l'immutabilité et la mutabilité), il serait réducteur de les réduire à une simple « relation-opposition » dans la mesure où le principe produit des effets positifs que négatifs sur l'effectivité. La sécurité juridique concourt à l'effectivité droit conventionnel car il participe à l'amélioration de la fabrication et de jurisprudence de la Cour par le biais de la pédagogie ou de prévisibilité de ses arrêts. Cela concourt également une meilleure réception de celle-ci dans les droits nationaux. Cela étant la facette objective du principe de sécurité juridique va de concert avec l'effectivité du droit dans la mesure il sécurise la norme conventionnelle, au niveau supranational et national, pour en renforcer sa réalisation concrète²⁰⁸⁸. Le principe concourt aussi à renforcer l'effectivité *des* droits. Comme cela a été soulevée précédemment, l'effectivité constitue l'« ADN conventionnel » du principe de sécurité juridique²⁰⁸⁹. L'insertion de l'effectivité dans le patrimoine sémantique de la sécurité juridique a engendré une flexibilité conceptuelle et fonctionnelle qui lui a permis de se concilier avec cet objectif.

430. Cependant, la réalisation de tels objectifs devient des plus complexes dès lors que le principe de sécurité juridique incarne des intérêts pluriels. Le principe peut alors autant servir que desservir l'effectivité *du* droit ou *des* droits en fonction de l'intérêt de sécurité juridique que le juge décide de faire prévaloir dans son arrêt. Sur un premier plan, le principe doit sauvegarder et concilier des intérêts antagonistes entre la sécurité individuelle et étatique, qui se subdivisent eux-mêmes, tel un système de « poupées russes », en une multitude de sécurités juridiques. Ainsi, la sécurité juridique individuelle intègre à la fois celle du requérant *in casu*, mais également aussi celle des tiers et des requérants potentiels et futurs. La sécurité juridique

²⁰⁸⁷ *Supra*, n° 58.

²⁰⁸⁸ Ce qui explique qu'il soit une valeur ou un principe général du droit de la Convention, voy. *supra*, n° 241.

²⁰⁸⁹ Pour rappel, l'effectivité constitue signifie ce qui tend à « *produire des effets* ». Elle correspond à un « *devoir être du droit* », S. BESSON, « L'effectivité des droits de l'homme : du devoir être, du pouvoir être et de l'être en matière de droits de l'homme », in J.B. ZUFFEREY, J. DUBEY, A. PRÉVITALI, *L'homme et son droit. Mélanges en l'honneur de Marco BORGHI à l'occasion de son 65^{ème} anniversaire*, Schulthess, Zürich, 2011, p. 53-83. Dans le cadre de notre étude, elle sert à mesurer le degré de concrétisation du droit de la Convention dans les ordres juridiques internes aux fins d'une meilleure protection des droits, voy. *supra*, n° 160.

étatique comprend naturellement celle de l'État défendeur et celle de l'ensemble des États parties à la Convention en raison de l'effet *erga omnes* associé aux arrêts définitifs de la Cour européenne. Sur un second plan, le principe incarne une « valeur fondamentale »²⁰⁹⁰ du système conventionnel. À ce titre il doit défendre les intérêts du droit de la Convention en assurant la stabilité et l'efficacité de la jurisprudence européenne dont dépendent la confiance des acteurs dans l'appareil conventionnel et la fiabilité du droit de la Convention. À ce maelström de sécurités juridiques s'ajoutent d'autres intérêts en lien avec la sécurité juridique comme la mutabilité du droit, la légalité matérielle et la légalité temporelle, le principe de subsidiarité et le progrès des normes ou encore l'articulation entre le contrôle concret et abstrait. C'est ce qui explique, selon nous, l'existence de cette portée ambivalente telle que mentionnée dans l'intitulé de cette seconde partie. En conséquence, le principe de sécurité juridique s'impose comme l'instrument de (ré)conciliation entre ces sécurités juridiques, en concordance avec les objectifs d'effectivité du droit et des droits de la Convention. Il devient alors, dans les mains de la Cour européenne, une « arme à double tranchant »²⁰⁹¹. *Prima facie*, le juge l'utilise pour préserver l'effectivité des droits. Dans ce cas de figure, le principe est usité soit de façon active en tant que principe régulateur, soit de manière passive en le neutralisant au profit des droits des justiciables. De façon souterraine, il sert une politique jurisprudentielle stratégique en faveur des intérêts des États parties ou du droit de la Convention. Dans cette optique, la sécurité juridique ne marche plus de concert avec l'effectivité des droits. Pire, il s'en trouve parfois en discordance totale avec les objectifs d'effectivité lorsque sa jurisprudence se teinte d'involution²⁰⁹², portant de la sorte atteinte à l'acquis conventionnel. Les dérives interprétatives de la Cour creusent alors le lit de l'insécurité juridique *in globo*. En partant du constat de cette ambivalence, on observe que la portée du principe se différencie selon qu'il sert (ou dessert) l'effectivité *des* droits ou *du* droit de la Convention. En effet, si la conciliation entre les sécurités juridiques étatiques et individuelles se montre satisfaisante – bien que perfectible – au regard à l'objectif de l'effectivité des droits (**Titre II**), elle reste insuffisante en ce qui concerne la conciliation entre la sécurité juridique *in globo* et l'objectif d'effectivité *du* droit de la Convention et nuit, à terme, à la réalisation de l'effectivité *des* droits (**Titre II**).

²⁰⁹⁰ CEDH, Gde. Ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n° 16574/08, Rec. 2013-I, §66 (*JCP G*, 2013, act. 242, obs. F. SUDRE).

²⁰⁹¹ L. FRANÇOIS, « La fiabilité du droit, dite sécurité juridique », in *La Sécurité juridique*, Actes du colloque organisé par la conférence du jeune barreau de Liège, 14 mai 1993, éd. du jeune barreau de Liège, 1993, p. 8-20, spéc. p. 20.

²⁰⁹² S. VAN DROOGHENBROECK, « Retour sur l'interprétation "involutive" de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Le droit malgré tout. Hommage à François OST*, PUSL, Bruxelles 2018, p. 417-439. Voy. *infra*, n° 690.

Titre I : Une conciliation perfectible des intérêts étatiques et individuels de sécurité juridique avec l'effectivité des droits

Titre II : Une conciliation insuffisante entre la sécurité juridique *in globo* et effectivité du droit

TITRE I : UNE CONCILIATION PERFECTIBLE DES INTERETS ETATIQUES ET INDIVIDUELS DE SECURITE JURIDIQUE AVEC L'EFFECTIVITE DES DROITS

431. Entendue dans son acceptation générique comme la « *qualité de ce qui produit l'effet attendu* »²⁰⁹³, l'efficacité se définit comme l'adéquation d'une norme juridique à un objectif attendu et précis fixé par son destinataire²⁰⁹⁴. Si l'effectivité s'imbrique aisément avec la notion d'efficacité, ces dernières ne marchent pas toujours d'un même pas. En effet, « *si l'effectivité des droits conventionnels assure a priori une meilleure protection des individus et participe donc en ce sens à l'efficacité de la Convention européenne, puisqu'elle contribue à réaliser l'objet et le but de cet instrument, il n'en va pas toujours ainsi* »²⁰⁹⁵. De ce fait un instrument peut être efficace sans être effectif du point de vue de l'effectivité des droits. Ce constat s'applique également à la portée du principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour, dont l'efficacité ne coïncide pas de manière systématique avec l'effectivité des droits. S'il est toujours utilisé par le juge dans un but précis, son usage n'est pas toujours motivé par l'effectivité des droits individuels. Il peut servir à asseoir la sécurité juridique du mécanisme conventionnel, ou encore à préserver le but légitime de stabilisation juridique invoqué par l'État partie.

432. Globalement, le principe de la sécurité juridique s'articule dans une efficacité congruente dans le sens où son utilisation s'inscrit dans un objectif de protection effective des droits et libertés conventionnels. Les bienfaits du principe sur l'effectivité s'effectuent indifféremment de la facette du principe qui est privilégiée en l'espèce. En effet, le principe de la sécurité juridique a une portée méliorative sur le contrôle de la légalité conventionnelle tant sur le contrôle *in concreto* (subjectif) qu'*in abstracto* (objectif). Sa malléabilité naturelle,

²⁰⁹³ *Dictionnaire Poche Larousse*, Larousse, Paris, 2019, éd., 2020, p. 269.

²⁰⁹⁴ Selon le Professeur Luc HEUSCHLIN, « *le but visé sert de critère pour évaluer, de façon positive ou négative, les performances empiriquement constantes d'une norme juridique [...]. Afin d'en mesurer le caractère adéquat, adapté* », L. HEUSCHLING, « "Effectivité", "efficacité", "efficience" et "qualité" d'une norme par un droit, analyse des mots et concepts », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET, *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité*, Bruylant, Bruxelles coll. « À la croisée des droits », 2012, p. 27-58, spéc. p. 50. On retrouve également ce critère de l'adéquation en droit de l'Union européenne, voy. R. MEDHI, « L'efficacité de la norme en droit de l'Union européenne », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), L. GAY (dir.), A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité*, Bruylant, Bruxelles, coll. « À la croisée des droits », 2012, p. 297-330, spéc. p. 29.

²⁰⁹⁵ B. DELANGLES, « Effectivité, efficacité et efficience dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in V. CHAMPEIL-DESPLATS et D. LOCHAK, *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Nanterre, Paris, coll. « Sciences juridiques et politiques », 2008, p. 41-57, spéc. p. 42. À la différence de l'auteur, qui voit l'effectivité au service de l'efficacité, nous adoptons le postulat inverse dans le champ de notre étude pour les raisons susmentionnées.

appuyée par un panel hétéroclite de dérivés objectifs et subjectifs, provoque une double sécurisation objective et subjective du droit interne en faveur du justiciable. Dans le cadre de la légalité temporelle, le principe s'impose comme un instrument cardinal de conciliation dans la résolution des conflits de sécurités juridiques engendrés par la rétroactivité législative et jurisprudentielle nationale. Le principe de sécurité juridique est donc efficace et effectif, car la balance des intérêts de sécurités juridiques penche nettement vers ceux du justiciable (**Chapitre 1**). Toutefois, sa malléabilité engendre en parallèle un excès de casuistique qui fragilise les niveaux de sécurisation subjective au profit d'une responsabilisation accrue des justiciables. Elle est à l'origine de contextualisation externe ou interne qui vient neutraliser la sécurité juridique. L'utilisation principe est alors réorientée par la Cour vers la sauvegarde d'intérêts qui peuvent être étatiques, subjectifs (comme les tiers par exemple) ou encore conventionnels. Cette efficacité « détournée » rompt avec la finalité initiale de protection et s'opère en défaveur de l'effectivité des droits (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : L'efficacité congruente du principe en faveur de l'effectivité des droits

Chapitre 2 : L'efficacité détournée du principe en défaveur de l'effectivité des droits

CHAPITRE 1 : L'EFFICACITE CONGRUENTE DU PRINCIPE EN FAVEUR DE L'EFFECTIVITE DES DROITS

« La qualité s'apprécie surtout autour des deux impératifs qu'il appartient au juge de concilier. D'un côté, la sécurité juridique comme l'égalité devant la loi demandent des solutions prévisibles et exigent que des affaires semblables reçoivent un traitement identique [...]. D'un autre côté, des questions nouvelles se posent, les conceptions évoluent, le droit et les citoyens expriment des attentes à l'égard desquels la jurisprudence doit faire preuve de souplesse, d'innovation, d'inventivité »²⁰⁹⁶

433. Pendant longtemps, le principe de sécurité juridique et le principe de légalité ont nourri une « *relation-opposition* »²⁰⁹⁷. Cet antagonisme résultait de la confrontation traditionnelle entre un principe protecteur des intérêts des administrés, et d'un principe garant de l'intérêt général²⁰⁹⁸. Aujourd'hui dépassée, cette opposition « *caricaturale* »²⁰⁹⁹ a laissé place à une relation de complémentarité. Pleinement intégré au bloc de la légalité depuis sa consécration dans l'arrêt *KPMG*²¹⁰⁰, le principe de sécurité juridique contribue à son évolution substantielle, ainsi qu'à l'amélioration de ses modalités de contrôle. Ce nouveau paradigme reflète une

²⁰⁹⁶ B. STIRN, « Qualité de la norme jurisprudentielle », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), L. GAY (dir.) et J. PINI (dir.), *Autour de la qualité des normes*, Bruylant, Bruxelles, coll. « À la croisée des droits », 2010, p. 261-268, spéc. p. 262.

²⁰⁹⁷ L. TESOKA, Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français, *AJDA*, 2006, p. 2214.

²⁰⁹⁸ Voy. en priorité l'article de D. LABETOULLE, « Principe de légalité et principe de sécurité juridique », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy BRAIBANT*, Dalloz, 1996, p. 403-410 ; S. BOISSARD, Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité administrative de tous moyen d'action et sans transiger sur le respect du principe de l'égalité ? Le difficile dilemme du juge administratif, *CCC*, 2001, n° 11. Pour un exemple récent de cette confrontation entre légalité et sécurité juridique sur les droits procéduraux des requérants, voy. CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, n° 414583, Rec. Lebon. 187 (*GAJA*, 2019, n° 117).

²⁰⁹⁹ L. VAPAILLE, Le principe de sécurité juridique : réalité et avenir en droit administratif français, *LPA*, 1999, n° 158, p. 18.

²¹⁰⁰ CE, 24 mars 2006, *KPMG et autres*, n° 288460, Rec. Lebon, p. 15 (*GAJA*, 2019, n° 104). Sur cette jurisprudence, *supra*, n° 110.

appréhension contemporaine des rapports unissant l'individu au droit à laquelle participe activement le droit de la Convention européenne des droits de l'homme.

434. Dans la jurisprudence de la Cour, le principe de la sécurité juridique se positionne au centre du principe de la légalité, d'abord de manière implicite²¹⁰¹, puis de manière explicite depuis l'arrêt *Baranowski contre Pologne*²¹⁰². Si leur interdépendance conceptuelle est évidente en raison de leur corrélation réciproque avec la prééminence du droit²¹⁰³, leur connexité matérielle présente des irrégularités manifestes. En effet, si le principe de sécurité juridique fait l'objet d'une référenciation quasi automatique dans les principes généraux en matière de détention ou dans les domaines à fort risque d'arbitraire, il est parfois accessoire ou absent tant du contrôle de légalité que du contrôle de la proportionnalité. Cependant, cette mobilisation à éclipses n'est pas symptomatique d'une rupture entre les principes²¹⁰⁴. Au contraire, le principe de sécurité juridique concourt majoritairement à améliorer l'efficacité du contrôle de légalité conventionnelle, y compris lorsqu'il n'est pas mentionné expressément dans l'arrêt litigieux. Dans son sens générique, l'efficacité s'entend comme la « *qualité de ce qui réussit* » ou « *de ce qui produit l'effet attendu* »²¹⁰⁵. En droit de l'Union européenne, le Professeur Rostane MEDHI la relie à la « *fonctionnalité du droit dans la mesure où elle renvoie à l'adéquation du droit à son but* »²¹⁰⁶. Réadaptée dans le champ de notre analyse, l'efficacité du principe de sécurité juridique réside donc dans sa capacité à améliorer le contrôle de la légalité conventionnelle dans la conciliation des intérêts antagonistes de sécurité juridique, et ce afin de préserver l'effectivité des droits. Son efficacité s'applique conjointement sur les deux ramifications de la légalité conventionnelle que sont la légalité matérielle et la légalité temporelle.

435. Dans un premier temps, le principe de sécurité juridique exerce une influence positive sur les deux modalités de contrôle de la légalité matérielle que sont les contrôles *in concreto* et

²¹⁰¹ CEDH, Ch., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, req. n° 6538/74, série A. 30, §49 (JDI, 1980, 471, obs. P. ROLLAND).

²¹⁰² CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, §52.

²¹⁰³ *Supra*, n° 118.

²¹⁰⁴ Bien au contraire, l'étude antérieure des fonctionnalités objectives du principe de sécurité juridique a pu mettre en exergue l'omniprésence de ce dernier et de ses déclinaisons dans l'architecture du contrôle de la légalité conventionnelle, voy. *supra*, n° 251 et suiv.

²¹⁰⁵ L. HEUSCHLING, « "Effectivité", "efficacité", "efficience" et "qualité" d'une norme par un droit, analyse des mots et concepts », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), L. GAY (dir.), A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité*, Bruylant, Bruxelles, coll. « À la croisée des droits », Bruxelles, 2012, p. 89-117.

²¹⁰⁶ R. MEDHI, « L'efficacité de la norme en droit de l'Union européenne », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), L. GAY (dir.), A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité*, Bruylant, Bruxelles, coll. « À la croisée des droits », 2012, p. 297-330, spéc. p. 298.

*in abstracto*²¹⁰⁷. Le premier exerce un effet curatif immédiat sur la sécurité juridique individuelle en résorbant les défaillances de sécurisation objective du droit interne, défaillances qui ont porté atteinte aux droits et libertés conventionnels du requérant *in casu*. Grâce à la multitude de dérivés objectifs et subjectifs, la Cour dispose d'un arsenal interprétatif lui laissant la latitude nécessaire pour consolider la qualité de la norme conventionnelle. En effet, la flexibilité de son contrôle s'applique tant au niveau de la première étape du contrôle de proportionnalité – dans l'appréciation du cadre normatif national – qu'au niveau de la pondération des intérêts par la rectification des ruptures entre les sécurités juridiques. Par adjonction, le contrôle abstrait exerce un effet curatif médiat sur la sécurité juridique subjective. L'édiction de préconisations générales aide les États dans la fabrication et la résorption de défaillances occasionnant des violations systémiques. La Cour accroît directement le seuil de sécurité juridique étatique en procurant indirectement un effet bénéfique sur la sécurité juridique subjective des requérants réels ou potentiels. En bref, la combinaison des deux contrôles permet de « soigner » la sécurité juridique objective de l'État partie pour une meilleure protection de la sécurité juridique subjective et partant, de l'effectivité des droits. Leur mobilisation alternative tend finalement davantage vers la complémentarité que l'opposition (**Section I**).

436. Dans un second temps, son efficacité se manifeste dans sa capacité à réguler les conflits issus de la rétroactivité de la « loi » interne. Pernicieuse, la rétroactivité entre en collision avec l'aspect temporel de la sécurité juridique, qui vise à garantir la fixité du temps législatif pour préserver la stabilité des relations juridiques, et *in fine*, la sécurité juridique subjective²¹⁰⁸. Cette régulation est d'autant plus sensible qu'elle est l'épicentre de situations antagoniques : celle d'un conflit de prétoires entre le juge naturel et le juge subsidiaire de la Convention, et celle d'un conflit d'objectif entre la stabilité et la mutabilité de droit. Tout en reconnaissant la conventionnalité d'un tel mécanisme, la Cour européenne adopte une position réaliste en procédant à un équilibre précautionneux sur sa portée. L'utilisation du principe et de

²¹⁰⁷ Le contrôle de la légalité matérielle se décompose entre deux méthodes de contrôle : le contrôle abstrait, visant à vérifier la compatibilité générale de la loi avec les dispositions de la Convention européenne, et le contrôle concret, qui porte sur la conventionnalité de son application au cas d'espèce. Le contrôle *in abstracto* et *in concreto* concourent tous deux à améliorer la qualité matérielle des lois nationales en conformité avec les exigences conventionnelles.

²¹⁰⁸ « Quant aux exigences temporelles, elles sont relatives à la prévisibilité de la loi ou plus généralement à la stabilité de l'environnement juridique ce qui implique, notamment, une protection contre la rétroactivité » in A. CRISTEAU, L'exigence de sécurité juridique, *Dalloz*, 2002, p. 2816.

ses dérivés tend lentement mais sûrement à renforcer la sécurité juridique individuelle en intensifiant le niveau de protection des droits conventionnels (**Section II**).

SECTION I : LA COMPLEMENTARITE DES CONTROLES DE LA LEGALITE MATERIELLE

437. Alors que la Cour s'évertue à prôner un contrôle concret de conventionnalité²¹⁰⁹, les juges nationaux se sont longtemps cantonnés à un contrôle abstrait en se bornant – du moins explicitement²¹¹⁰ – à un examen de la validité générale de la loi²¹¹¹. Aujourd'hui, on assiste à des rapprochements inverses des modalités du contrôle la légalité. La conventionnalité des législations afférentes au don de gamètes *post martem* à des fins de procréation médicalement assistée a été l'occasion de relancer les débats sur la nature des contrôles de conventionnalité et de proportionnalité²¹¹². Calquant l'évolution de sa jurisprudence sur celle de son homologue judiciaire²¹¹³, le Conseil d'État s'est en effet rallié à la position de la Cour européenne en s'engageant dans la voie d'un contrôle *in concreto* de conventionnalité dans la décision d'assemblée *Gonzalez Gomez* du 3 mai 2016²¹¹⁴. Dans une formulation des plus explicites, le

²¹⁰⁹ « La Cour rappelle que [...] sa tâche ne consiste point à contrôler in abstracto la loi et la pratique pertinente ; il lui faut se borner autant que possible à l'examen du cas concret dont on l'a saisie », CEDH, 6 septembre 2007, *Johansson c. Finlande*, req. n° 10163/02, §31.

²¹¹⁰ Voy. sur cette critique X. DUPRE DE BOULOIS, Le juge, la loi, et la Convention européenne des droits de l'homme, *RDLF*, 2015, chron. n° 8. L. DUTHILLET DE LAMOTHE, Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ?, *AJDA*, 2016, p. 1398.

²¹¹¹ CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243 (*GAJA*, 2019, n° 83) et CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, n° 200286 et 200287, Rec. Lebon, p. 371 (*GAJA*, 2019, n° 93) ; Cass. Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société Jacques Vabre*, n° 73-13556. Pour rappel, le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent à exercer un contrôle de conventionnalité au profit des juridictions judiciaires et administratives, C.C, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, n° 74-54 DC, pt. 7.

²¹¹² Sur la réforme actuelle des contrôles de conventionnalité et de proportionnalité, voy. le Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de Cassation, avril 2018 [disponible en ligne : <https://www.courdecassation.fr/IMG/Rapport%20sur%20la%20r%C3%A9forme%20de%20la%20Cour%20de%20cassation.pdf>].

²¹¹³ La Cour de cassation a adopté explicitement le contrôle *in concreto* de la loi, voy. par ex Cass, 1^{ère} civ., 4 décembre 2013, n° 12-26066, Bull. I, n° 234 (*Dalloz*, note F. CHENEDE et 153, note H. FULCHIRON ; *AJ famille* 2014. 124, obs. S. THOURET ; *RTD Civ.*, 2014. 88, obs. J. HAUSER et 307, obs. J.-P. MARGUENAUD) (prohibition du mariage en alliés). Sur l'évolution du contrôle *in concreto* du contrôle de conventionnalité par la Cour de cassation, voy., P. CHEVALLIER, De nouveaux horizons pour le contrôle de conventionnalité à la Cour de cassation ? *Constitutions*, 2014, p. 350.

²¹¹⁴ CE, 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, n° 396848 (*RTD Civ.*, 2016. 600, obs. J. HAUSER ; *AJDA* 2016. 1092 et 1398, chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET ; *Dalloz*, 2016. 1470, obs. M.-C. de MONTECLER ; *ibid.* 1472, note H. FULCHIRON et 1477, note B. HAFTEL ; *AJ fam.* 2016. 439, obs. C. SIFFREIN-BLANC et 360, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RFDA*, 2016. 740, concl. A. BRETONNEAU et 754, note P. DELVOLVE ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 24, note M. AFROUKH, n° 27, p. 16, note P. LE MAIGAT et n° 28, p. 29, note M. GUYOMAR ; *JCP*, 2016. 864, note J.-P. VAUTHIER et F. VIALLA ; *Dr. adm.*, 2016, obs. J.-H. STAHL ; *Dr. fam.*, septembre 2016. Étude 15, J.-R. BINET et comm. 178, note R. VESSAUD). Saisi d'une demande de référé-liberté, le juge était amené à juger de la légalité du refus de l'administration de faire droit à la

juge administratif affirme alors qu'il lui « *appartient par conséquent [...] d'apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et libertés protégés par la Convention [...] n'est pas excessive* »²¹¹⁵. Partant, le juge effectue un double contrôle de conventionnalité en jugeant la loi « *abstraitement conventionnelle et concrètement in conventionnelle* »²¹¹⁶ au regard de l'article 8. Si cette révolution jurisprudentielle reste encore nébuleuse²¹¹⁷, elle met en relief le souhait du juge national de s'affranchir progressivement de cette opposition pour tendre vers un enchevêtrement complémentaire des contrôles abstrait et concret. Critiquée par la doctrine nationale²¹¹⁸, la complémentarité des contrôles fait pourtant écho aux transformations actuelles de l'office du juge strasbourgeois, qui assortit désormais lui aussi son contrôle de légalité d'un versant *in abstracto*²¹¹⁹.

438. Institué par l'article 34 de la Convention²¹²⁰, le contrôle *in concreto* confère au juge européen un contrôle adaptatif de la légalité matérielle en faveur de la résorption de la violation pour le seul cas d'espèce. Imprégnée d'une logique subjective, son application s'inscrit dans la

demande de la requérante concernant le transfert des gamètes de son mari défunt de France vers l'Espagne, l'insémination *post mortem* étant prohibée en droit français.

²¹¹⁵ *Ibid.*, §9.

²¹¹⁶ P. DEUMIER, Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode, *RTD Civ.*, 2016, p. 578. Voy. également M. GUYOMAR, « Contrôle *in concreto* : Beaucoup de bruit pour rien de nouveau », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 323-334.

²¹¹⁷ Notamment à cause de la régression du contrôle opérée postérieurement concernant l'anonymat du don de gamètes, CE, 28 décembre 2017, *Molénat*, n° 396571 (*Gaz. Pal.*, 2018, p. 20, obs. M. GUYOMAR ; *RDLF*, 2018, obs. X. DUPRE DE BOULOIS ; *AJDA*, 2018, 497, comm. S. ROUSSEL et C. NICOLAS) Pour rappeler brièvement les faits, il s'agissait d'un litige opposant le droit du requérant – conçu par insémination artificielle avec tiers donneur – de connaître ses origines et d'avoir accès aux documents relatifs aux tiers donneurs, contre le Code de la santé publique qui protège l'anonymat du donneur dans le cadre du don de gamètes. Rappelant *expressis verbis* le considérant de principe de l'affaire *Gonzalez Gomez*, le Conseil d'État neutralise néanmoins l'exercice du contrôle concret en faveur de la protection de l'intérêt général. Ainsi estime-t-il qu'« *au regard de cette dernière finalité, qui traduit la conception française du respect du corps humain, aucune circonstance particulière propre à la situation d'un demandeur ne saurait conduire à regarder la mise en oeuvre des dispositions législatives relatives à l'anonymat du don de gamètes, qui ne pouvait conduire qu'au rejet des demandes en litige, comme portant une atteinte excessive aux droits et libertés protégés par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». Si cette neutralisation se justifie par le caractère éthique et absolu du respect du corps humain, elle suscite des interrogations sur sa conventionnalité, voy. notamment N. LE BONNIEC, L'anonymat du don de gamètes en France : un possible terrain d'inconventionnalité?, *RDSS*, 2017, p. 281.

²¹¹⁸ Nous renvoyons principalement à la lecture suivante : L. DUTHILLET DE LAMOTHE, Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ?, *AJDA*, 2016, p. 1398.

²¹¹⁹ P. DUCOULOMBIER, Contrôle de conventionnalité et Cour de cassation : de la méthode avant toute chose, *Dalloz*, 2017, p. 1778.

²¹²⁰ « *La Cour n'est point appelée, en vertu des articles 19 et 25 (art. 19, art. 25) de la Convention, à statuer sur un problème abstrait touchant la compatibilité de cette loi avec les dispositions de la Convention, mais sur le cas concret de l'application d'une telle loi à l'égard du requérant et dans la mesure où celui-ci se trouverait, de ce fait, lésé dans l'exercice de l'un des droits garantis par la Convention* », CEDH, Ch., 27 mars 1962, *De Becker c. Belgique*, req. n° 214/56, série A. 4, §14. Voy. également CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §27 (*GACEDH*, 2019, n° 51).

continuité de la subjectivisation du contentieux européen des droits de l'homme²¹²¹. Produisant tantôt des effets « modulateurs », tantôt des effets « compensateurs », les dérivés du principe restaurent une sécurité juridique individuelle amoindrie ou bouleversée par le manque de fiabilité provenant du droit objectif étatique. Leur utilisation vise donc à réparer les ruptures dans la conciliation entre les sécurités juridiques en faveur d'une protection effective des droits fondamentaux par l'adoption d'une légalité flexible (1§). À l'inverse, le contrôle *in abstracto* promeut une approche préventive du contrôle de la légalité matérielle afin d'anticiper et de résorber les violations potentielles des droits conventionnels. Il s'impose désormais comme la « *figure incontournable* » de l'objectivisation actuelle du contrôle de conventionnalité²¹²². Absent du texte conventionnel, son extension prétorienne fait aujourd'hui l'objet de nombreuses réserves. Altérant la logique subjective initiale, quelques études s'inquiètent des conséquences dommageables qu'il engendre sur l'effectivité du système conventionnel²¹²³. En effet, le rehaussement du contentieux sur l'appréciation objective du cadre normatif étatique entraîne logiquement un abaissement – voire une neutralisation – du degré d'individualisation inhérent au contrôle concret²¹²⁴. En outre, l'appréciation objective (et intrusive) des législations nationales s'apparente davantage à un contrôle de la validité sur la norme nationale. Un contrôle aussi intrusif heurte à l'évidence les sensibilités étatiques à l'égard du principe de subsidiarité. Pourtant, ce contrôle emporte des effets positifs sur la légalité matérielle. Par le développement des mécanismes de légistique procédurale, la Cour réalise un véritable suivi législatif, à la fois souple et directif, pour aider l'État à éradiquer la disposition législative inconstitutionnelle, et à instaurer, à terme, un cadre légal nouvellement en adéquation avec ses exigences. Dans cette

²¹²¹ *Infra*, n° 340 et suiv.

²¹²² M. AFROUKH, L'identification d'une tendance récente à l'objectivisation du contentieux dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme, *RDP*, 2015, n° 5, p. 1357.

²¹²³ S. TOUZE, « Intérêt de la victime et ordre public européen », in J. ARLETTAZ (dir.), J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et des libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, Actes du colloque du 12 décembre 2014, Pedone, Paris, 2015, p. 61-76.

²¹²⁴ L'arrêt de Grande Chambre *Animal Defenders contre Royaume-Uni* est souvent cité en exemple par les commentateurs pour démontrer les effets néfastes de cette stratégie prétorienne sur la protection des droits. Dans cette affaire, la Cour n'hésite pas à affirmer que « *plus les justifications d'ordre général invoquées à l'appui de la mesure générale sont convaincantes, moins la Cour attache de l'importance à l'impact de cette mesure dans le cas particulier soumis à son examen* », CEDH, Gde. Ch., 22 avril 2013, *Animal Defenders contre Royaume-Uni*, Rec. 2007-I, req. n° 48876/08, §109 (*JCP G*, doct. 855, 2013, n° 16, chron. F. SUDRE). Sur les effets négatifs de l'objectivisation des droits sur la protection des droits fondamentaux sous l'angle de l'affaire *Animal Defenders*, voy. notamment M. AFROUKH, « L'objectivisation du contrôle juridictionnel », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA (dir.), L. BURGOGUE-LARSEN (dir.), S. TOUZE (dir.), *La protection des droits de l'homme par les cours supranationales*, Actes du colloque des 8 et 9 octobre 2015, Pedone, Paris, 2016, p. 107-132 ; P. DUCOULOMBIER, « *Animal Defenders International c. Royaume-Uni* : victoire du dialogue institutionnel ou déférence injustifiée à l'égard des principes du droit britannique ? », *JJEDH*, n° 2014/1, p. 3-28. *A contrario*, voy. S. TOUZE, « Intérêt de la victime et ordre public européen », *op. cit.*, p. 61 et suiv.

perspective, ce traitement curatif sert finalement une meilleure conciliation entre les intérêts de sécurité juridique et l'effectivité des droits (2§).

1§) Une interprétation flexible de la légalité dans le contrôle *in concreto*

439. Évitant l'écueil du statisme juridique, l'utilisation prétorienne du principe de sécurité juridique et des standards de la légalité est orientée la flexibilité des « lois ». Cette malléabilité influe sur le contrôle concret de la légalité dans la mesure où elle permet au juge de moduler ses exigences en fonction du cadre législatif national, tout en assurant une protection effective des droits. La première manifestation de cette flexibilité réside dans la contextualisation préalable du litige selon des facteurs endogènes et exogènes. En ayant recours aux dérivés objectifs et exceptionnellement, à l'espérance légitime, le juge apprécie la qualité de la norme nationale d'abord en fonction de l'environnement normatif, puis en fonction de la situation concrète du requérant. On observe alors des effets de seuil entre le niveau de sécurité juridique de l'État et celui des requérants : plus le requérant voit l'établissement de sa propre sécurité diminué par son placement sous le contrôle des autorités publiques, plus le degré de sécurisation objective attendu par la Cour sera important. La souplesse des dérivés permet donc au juge d'ajuster le seuil de sécurisation objective de la loi nationale en fonction de la sécurité juridique du requérant (A). La seconde manifestation de cette flexibilité s'exprime au travers de la subjectivisation palliative du contrôle. Celle-ci a pour objectif de restaurer une sécurité juridique subjective anéantie par l'interprétation du juge national qui n'a pas su préserver la sécurité juridique objective de son droit sans porter atteinte aux droits conventionnels du requérant. Mobilisant alors les dérivés subjectifs et objectifs, la Cour « répare » la rupture alors causée en rééquilibrant la balance du côté du requérant. Vecteur d'individualisation²¹²⁵, la subjectivisation opère donc une compensation en aval axée sur l'effectivité des droits (B).

²¹²⁵ Le Professeur Philippe RAIMBAULT décrit une individualisation en réaction à l'introduction du droit européen en droit administratif français. « Si le mécanisme de la légalité demeure globalement objectif en ce qu'il consiste d'abord à rétablir la légalité bafouée, [...] une logique subjective le contamine progressivement dans la mesure où l'ouverture de l'initiative et la multiplication des moyens invocables facilite une utilisation personnalisée du principe de la légalité », in P. RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, LGDJ, Paris, coll. « Thèses », 2009, t. 256, p. 520. Le professeur Xavier BIOY relie également l'individualisme à la subjectivisation dans la mesure où elle désigne « toutes les voies de droit qui permettent à l'individu de faire connaître son point de vue et de tenter de le faire prévaloir sur celui d'un collectif, le plus souvent étatique, par opposition au contentieux objectif », X. BIOY, « L'individualisme dans le contentieux des droits de l'homme », in E. DUBOUT (dir.), S. TOUZE (dir.), *Refonder les droits de l'homme. Des critiques aux pratiques*, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire », 2019, p. 117-150, spéc. p. 119.

A- Une sécurisation objective en amont

440. La souplesse intrinsèque des standards de la légalité se prête aisément au contrôle concret. Jouant le rôle de « modulateur », ils concourent à une contextualisation graduelle selon les besoins de sécurisation objective (1°). L'utilisation circonscrite de l'espérance légitime dans le champ du droit de propriété s'inscrit également dans une objectivisation compensatrice de la légalité (2°).

1°) Une contextualisation graduelle par les dérivés objectifs

441. Habituellement, le standard de la prévisibilité dépend « dans une large mesure du contenu du texte en cause, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires »²¹²⁶. Ainsi est-il loisible de relever une double contextualisation en fonction de l'environnement de la « loi » nationale (a) et la qualité du requérant-justiciable (b).

a- Une sécurisation contextualisée par le domaine de la loi

442. Les domaines à fort degré d'arbitraire enclenchent automatiquement un seuil maximal de prévisibilité et d'accessibilité de la « loi » à cause d'une atteinte potentiellement élevée à la sécurité juridique individuelle (i). *A contrario*, la technicité ou la complexité du domaine imposent un abaissement significatif du seuil de sécurisation (ii).

i- Une sécurisation objective *a maxima* pour les domaines sujets à l'arbitraire

443. À défaut de pouvoir assurer un seuil minimal de sécurisation subjective, la Cour exige, en compensation, une sécurité juridique objective maximale de la loi « afin d'éviter tout danger d'arbitraire »²¹²⁷. Cette maximalisation est au fondement même de la lettre de l'article 5§1 car la situation de la personne détenue l'expose nettement à des risques d'abus par la puissance publique. Dans un arrêt de principe²¹²⁸, le juge européen précise qu'il « doit [...] être convaincu que la détention pendant la période en jeu est conforme au but de l'article 5§1, à savoir protéger

²¹²⁶ CEDH, Plén., 28 mars 1990, *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, req. n° 10890/84, §68 (JDI, 1990, 719, obs. P. ROLLAND).

²¹²⁷ CEDH, 6 avril 2015, *Ruslan Yakovenko c. Ukraine*, req. n° 5425/11, Rec. 2015-II, §58.

²¹²⁸ CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III.

l'individu de toute privation de liberté arbitraire »²¹²⁹. En dépit de la variabilité de la notion d'arbitraire selon le type de détention en cause²¹³⁰, sa jurisprudence atteste en ce sens d'un examen rigoureux de la prévisibilité objective. Les autorités doivent assurer, par le respect d'une base légale, la protection des deux sécurités juridiques²¹³¹. Même si la Cour prône une sécurité juridique maximale, certains facteurs peuvent venir assouplir cette exigence, notamment lorsque les détentions pratiquées par les autorités policières font suite à des manifestations ou des rassemblements sportifs²¹³².

444. Pareillement, les lois portant ingérence au droit au respect de la privée ou de la correspondance nécessitent un seuil élevé de prévisibilité. Que ce soit en matière de surveillance secrète et d'interception de télécommunications²¹³³, de correspondance des détenus²¹³⁴ ou, plus récemment, dans le cadre de la protection des données à caractère personnel²¹³⁵, le seuil de sécurité juridique objective se montre tout aussi maximal²¹³⁶. Par exemple, « *dans le contexte particulier des mesures de surveillance secrète, la prévisibilité ne saurait signifier qu'un individu doit se trouver à même de prévoir quand les autorités sont susceptibles d'intercepter ses communications de manière qu'il puisse adapter sa conduite en conséquence* »²¹³⁷. À l'instar de la privation de liberté, la maximalisation de la sécurité juridique en interne se justifie par l'incapacité du requérant à établir préalablement sa propre prévisibilité juridique. C'est

²¹²⁹ *Ibid.*, §§51-52.

²¹³⁰ Selon le type de détention en cause, voy. CEDH, Gde. Ch., 9 juillet 2009, *Mooren c. Allemagne*, req. n° 11364/03, §77.

²¹³¹ « *Toutefois, le respect du droit national n'est pas suffisant : l'article 5 § 1 exige de surcroît la conformité de toute privation de liberté au but consistant à protéger l'individu contre l'arbitraire [...]. Il est un principe fondamental selon lequel nulle détention arbitraire ne peut être compatible avec l'article 5§1, et la notion d'arbitraire que contient l'article 5 § 1 va au-delà du défaut de conformité avec le droit national, de sorte qu'une privation de liberté peut être régulière selon la législation interne tout en étant arbitraire et donc contraire à la Convention* », CEDH, Gde. Ch., 29 août 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, req. n° 13229/03, Rec. 2008-I, §67.

²¹³² CEDH, Gde. Ch., 22 octobre 2018, *S.V. c. Danemark*, req. n° 35553/12, 36678/12 et 36711/12, §118. Pour plus de détails, voy. *infra*, n° 553.

²¹³³ CEDH, Plén., 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, req. n° 8691/79, série A. 82, §79.

²¹³⁴ CEDH, Ch., 25 mars 1983, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 5947/7 et suiv., série A. 61, §88.

²¹³⁵ CEDH, Gde. Ch., 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, req. n° 30562/04 et 30566/04, Rec. 2008-V, §99 (*GACEDH*, 2019, n° 41).

²¹³⁶ « *La Cour a jugé à plusieurs reprises que, en matière d'interception de communication, la "prévisibilité" ne pouvait se comprendre de la même façon que dans beaucoup d'autres domaines. Dans le contexte particulier des mesures de surveillance secrète, telle l'interception de communications, la prévisibilité ne saurait signifier qu'un individu doit se trouver à même de prévoir quand les autorités sont susceptibles d'intercepter ses communications de manière qu'il puisse adapter sa conduite en conséquence. Or le risque d'arbitraire apparaît avec netteté là où un pouvoir de l'exécutifs'exerce en secret. L'existence de règles claires et détaillées en matière d'interception de conversations téléphoniques apparaît donc indispensable, d'autant que les procédés techniques utilisables ne cessent de se perfectionner. La loi doit être rédigée avec suffisamment de clarté pour indiquer à tous de manière adéquate en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à prendre pareilles mesures secrètes* », CEDH, 7 juin 2016, *Karabeyoğlu c. Turquie*, req. n° 30083/10, §67.

²¹³⁷ CEDH, Gde. Ch., 4 décembre 2015, *Roman Zakharov c. Russie*, req. n° 47143/06, §229 (*GACEDH*, 2019, n° 40).

pourquoi la « loi » nationale sera notamment soumise un degré de « *précision particulière* »²¹³⁸, son libellé devant à cette fin définir strictement l'étendue des pouvoirs de l'autorité compétente ainsi que leurs modalités d'exercice²¹³⁹.

ii- Une sécurisation objective *a minima* pour les domaines techniques et/ou complexes

445. À l'inverse, les matières économiques et sociales ont besoin d'un cadre assoupli pour s'adapter aux fluctuations incessantes dont elles font l'objet. La Cour octroie donc « *aux États une large marge d'appréciation dans le domaine des mesures générales de stratégie économique ou sociale* »²¹⁴⁰. Soucieuse de respecter le libre choix du législateur, le juge procède à une inversion des seuils. En diminuant le niveau de sécurisation objective en interne, elle rehausse automatiquement celui de la sécurité juridique subjective. Les activités de radiodiffusion et de télécommunication qui, par leur aspect technique et complexe, favorisent en l'occurrence un infléchissement tangible du seuil de prévisibilité objective²¹⁴¹. En contrepartie de la latitude octroyée aux sociétés requérantes dans l'établissement de leurs prévisions, la Cour exige en parallèle la plus grande vigilance de leur part²¹⁴². De manière ponctuelle, on note un durcissement du seuil de prévisibilité objective sous l'angle de l'article 10, à cause de l'avènement de nouvelles technologies et du progrès technique²¹⁴³. La Cour a ainsi estimé que « *si des restrictions préalables doivent intervenir dans le domaine de la presse, elles ne peuvent que s'inscrire dans un cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction et efficace quant au contrôle juridictionnel contre les abus*

²¹³⁸ « *L'existence de règles claires et détaillées en la matière apparaît indispensable, d'autant que les procédés techniques utilisables ne cessent de se perfectionner* », CEDH, Ch., *Kruslin c. France*, 24 avril 1990, req. n° 11801/85, §§27-38, série A. 176-A (GACEDH, 2019, n° 5).

²¹³⁹ CEDH, Ch., 25 mars 1983, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 5947/72 et suiv., série A. 61, §88. La Cour a pu admettre que le pouvoir d'appréciation puisse être soumis à un juge, voy. CEDH, 8 avril 2014, *Blaj c. Roumanie*, req. n° 36259/04, §§134-141.

²¹⁴⁰ Voy. par ex. sur les baux emphytéotiques, CEDH, Plén., 21 février 1986, *James c. Royaume-Uni*, série A. 98, req. n° 8793/79 ; en matière de sécurité sociale agricole, CEDH, 27 novembre 2007, *Luczak c. Pologne*, req. n° 77782/01, §48.

²¹⁴¹ Ce dernier s'effectue par ricochet au détriment de la société requérante qui, par compensation, doit augmenter son devoir de diligence en se renseignant « *d'une manière complète* » sur la réglementation applicable, voy. CEDH, Plén., 28 mars 1990, *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, req. n° 10890/84, §68 (JDI, 1990, 719, obs. P. ROLLAND) ; voy. *a contrario* en matière de radiofréquences, CEDH, Gde. Ch., 7 juin 2012, *Centro Europa 7 S.R.L et Di Stefano c. Italie*, req. n° 38433/09, Rec. 2012-III, §143.

²¹⁴² Sur la responsabilisation et le raffermissement subséquent de l'obligation de diligence des requérants professionnels dans l'établissement de leur sécurité juridique personnelle, voy. *infra*, n° 561 et 575.

²¹⁴³ « *L'existence de règles claires et détaillées en matière d'interception de conversations téléphoniques apparaît donc indispensable, d'autant que les procédés techniques utilisables ne cessent de se perfectionner* », CEDH, Gde. Ch., 4 décembre 2015, *Roman Zakharov c. Russie*, req. n° 47143/06, §229 (GACEDH, 2019, n° 40).

éventuels relatifs aux radiofréquences »²¹⁴⁴. En plus du domaine, le seuil de sécurisation objective de la « loi » nationale varie selon la qualité du requérant.

b- Une sécurisation contextualisée par la qualité du requérant

446. La prévisibilité de la loi est déterminée par la capacité du justiciable à garantir sa propre sécurité juridique. Les scindant en deux catégories, le juge européen module différemment le seuil de sécurisation objective selon que le requérant est un professionnel (i) ou une personne « lambda » (ii).

i- Une sécurisation objective minimale en défaveur des requérants professionnels

447. Les requérants professionnels disposent d'un faible niveau de sécurisation juridique subjective. Ceci se justifie par l'insuffisance des moyens financiers et matériels dont ils disposent pour l'obtention des fameux « conseils éclairés »²¹⁴⁵ nécessaires pour établir leur sécurité juridique. La profession influe alors sur la compréhension de la loi ²¹⁴⁶, car ces derniers sont plus à même d'évaluer les risques occasionnés par leurs prévisions juridiques²¹⁴⁷. Ainsi en va-t-il des gérants commerciaux²¹⁴⁸, des journalistes et professionnels de l'édition²¹⁴⁹ ou encore des magistrats²¹⁵⁰. Peu regardante sur la possibilité réelle ou effective de bénéficier de conseils appropriés²¹⁵¹, l'assouplissement du seuil d'individualisation s'explique par la

²¹⁴⁴ CEDH, 29 mars 2011, *RTBF c. Belgique*, req. n° 50084/06, Rec. 2011-III, §115 (RTDH, 2013, 331, note B. FRYDMAN et C. BRICTEUX). CEDH, 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, req. n° 3111/10, Rec. 2012-VI, §§60-64.

²¹⁴⁵ CEDH, Ch., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, req. n° 6538/74, série A. 30, §§47-50 (JDI, 1980, 471, obs. P. ROLLAND).

²¹⁴⁶ Sur les avocats notamment voy. CEDH, Ch., 19 décembre 1992, *Geouffre de la Pradelle, c. France*, req. n° 12964/87, §§27-35 (Dalloz, 1993, 562, note F. BENOIT-ROHMER). *A contrario*, CEDH, 11 octobre 2001, *Rodriguez Valin c. Espagne*, req. n° 47792/99, §28.

²¹⁴⁷ « Habités à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier ; aussi peut-on attendre d'eux qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu'il comporte », CEDH, Gde. Ch., 15 novembre 1996, *Cantoni c. France*, req. n° 17862/97, §35.

²¹⁴⁸ *Ibidem*.

²¹⁴⁹ CEDH, 29 juin 2004, *Chauvy et autres c. France*, req. n° 64915/01, Rec. 2004-VI, §§43-45.

²¹⁵⁰ CEDH, 17 février 2005, *K.A et A.D. c. Belgique*, req. n° 42758/98 et 45558/99, §§57-58 (connaissance de la législation en matière de coups et blessures) ; CEDH, 13 novembre 2008, *Kayasa c. Turquie*, req. n° 64119/00 et 76292/01, §§85-86 (liberté d'expression d'un procureur).

²¹⁵¹ Cette possibilité fait l'objet d'une présomption irréfragable dans le contrôle européen. La qualité de gérant de supermarché implique naturellement une connaissance de la jurisprudence de la Cour de cassation sur les conséquences juridiques liées à l'exercice illégal de la pharmacie grâce « à l'aide de conseils appropriés », conseils dont le requérant n'a pas bénéficié en l'espèce, CEDH, Gde. Ch., 15 novembre 1996, *Cantoni c. France*, req. n° 17862/97, §35. De même, les professionnels de la publication « se doivent d'être au fait des dispositions légales pertinentes et de la jurisprudence en la matière, quitte à recourir aux conseils de juristes spécialisés », CEDH, Gde. Ch., 22 octobre 2007, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, req. n° 21279/02 et 36448/02,

responsabilisation croissante des professionnels dans la préservation de leur propre sécurité juridique²¹⁵². De manière limitée, la qualité de professionnel s'efface au profit d'une individualisation impulsée sous l'article 7. La Cour prohibe en effet les interprétations extensives des infractions pénales face à une interprétation jurisprudentielle que les sociétés requérantes ou requérants professionnels ne pouvaient raisonnablement prévoir²¹⁵³.

ii- Une sécurisation objective maximale en faveur des requérants « lambda »

448. En revanche, les requérants non professionnels se voient attribuer un seuil très protecteur de sécurisation objective, même s'ils sont soumis à un minimum de diligence dans l'établissement de leurs prévisions juridiques²¹⁵⁴. Récemment, dans l'affaire *Ivanova et Ivashova contre Russie*²¹⁵⁵, la Cour conclut à la violation du droit d'accès à un tribunal en raison « d'une interprétation rigide du droit interne qui a eu pour conséquence de mettre à la charge de la requérante une obligation que celle-ci n'était pas en mesure de respecter, même en faisant preuve d'une diligence particulière »²¹⁵⁶. Si une telle jurisprudence pouvait se justifier par le zèle de la requérante, elle fait souvent preuve de la même indulgence à l'égard de requérants moins diligents. Par exemple, dans une affaire lettone concernant les personnes de « domicile inconnu », elle reconnaît que la requérante aurait dû faire preuve d'une plus grande diligence, étant consciente du fait qu'elle ne pouvait plus résider à cette adresse en raison de son expulsion. Pourtant, c'est le manque de diligence du tribunal – qui a omis de vérifier les adresses – qui emporte la violation de l'article 6§1²¹⁵⁷.

449. En résumé, la prévisibilité sera maximale dans l'hypothèse où le requérant voit sa capacité à établir sa sécurité juridique diminuée ou neutralisée soit par sa qualité de citoyen *lambda*, soit parce qu'il est placé sous le contrôle de l'État partie. À l'inverse, la prévisibilité

Rec. 2007-IV, §42 (*JCP G*, 2007, II, 10193, note E. DERIEUX). Voy. également CEDH, Gde. Ch., 16 juin 2015, *Delfi AS. c. Estonie*, req. n° 64569/09, §129 (*JCP G*, 2015, 798, K. BLAY-GRABARCZYK).

²¹⁵² *Infra*, n° 567 et n° 575.

²¹⁵³ « Même en tant que professionnel qui pouvait s'entourer de conseils de juristes, il était difficile, voire impossible pour le requérant de prévoir le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation et donc de savoir qu'au moment où il les a commis, ses actes pouvaient entraîner une sanction pénale », CEDH, 10 octobre 2006, *Pessino c. France*, req. n° 40403/02, §36 (*AJDA*, 2009, 1164, note B. PACTEAU). *A contrario*, voy. CEDH, 1^{er} septembre 2016, *X. et Y. c. France*, req. n° 48158/11, §§64-65.

²¹⁵⁴ Sur l'obligation préalable de sécurisation subjective, voy. *infra*, n° 561.

²¹⁵⁵ CEDH, 16 janvier 2017, *Ivanova et Ivashova contre Russie*, req. n° 797/14 et 67755/14. En l'espèce, la seconde requérante avait vu son recours en appel rejeté pour forclusion malgré la réception tardive de la décision invoquée par les juridictions internes et ses multiples tentatives pour obtenir ladite décision auprès du greffe.

²¹⁵⁶ *Ibid.*, §57.

²¹⁵⁷ CEDH, 31 mai 2007, *Miholapa c. Lettonie*, req. n° 61655/00, §28. Voy. également l'opinion dissidente commune des juges FURA-SANDSTRÖM et de DAVID THOR BJÖRGVINSSON jointe à l'arrêt, pts. 9-10.

sera minimale si le requérant dispose de la capacité concrète d'assurer sa propre sécurité juridique ou si le contexte requiert pareille souplesse²¹⁵⁸. De surcroît, la notion d'espérance légitime établit un certain équilibre avec la sécurité juridique objective du droit interne.

2°) Une objectivisation spécifique par la notion d'espérance légitime

450. L'espérance légitime protège les requérants intimement persuadés que leur situation s'avère en tout point conforme avec la législation en vigueur²¹⁵⁹. Son utilisation vise à apprécier le degré réel de probabilité quant à la certitude octroyée dans la réalisation de l'expectative individuelle. Faisant office de boussole dans la recherche de la reconnaissance d'un droit concrétisé ou préconstitué, le degré de certitude constitue le « *point névralgique* »²¹⁶⁰ du raisonnement du juge strasbourgeois puisqu'il détermine l'existence d'une « *valeur patrimoniale* »²¹⁶¹. Malgré la nature subjective de la notion, l'espérance légitime fait bel et bien l'objet d'une appréciation objective dans le contrôle *in concreto*. Dans le champ originel du droit de propriété, elle est un corollaire extensif²¹⁶² de son applicabilité et de son application²¹⁶³. Sa caractérisation est alors subordonnée par des données objectives : imputable à « un bien » actuel, elle est déterminée par l'existence d'un « *intérêt substantiel* »²¹⁶⁴ suffisamment établi au regard du droit national²¹⁶⁵, autrement dit par une base légale satisfaisant à toutes les conditions de sécurité juridique objective²¹⁶⁶. C'est précisément sur ce point que son objectivisation va

²¹⁵⁸ On pense notamment aux requérants terroristes ou suspects d'être terroristes pour lesquels la Cour européenne a effectué un revirement involutif sous le terrain de l'article 6§1 afin de placer le contrôle des garanties procédurales sous le critère de l'équité du procès, voy. *infra*, n° 691 et suiv.

²¹⁵⁹ L'espérance légitime prend racine dans la confiance du requérant dans la fiabilité du droit objectif et est ainsi porteuse d'une promesse « *activée* » par l'ordonnement juridique, J-B. WALTER, *L'espérance légitime*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque des thèses », 2011, p. 282. Pour de plus amples développements sur la notion sur son lien conceptuel avec la sécurité juridique, voy. *supra*, n° 159.

²¹⁶⁰ C. BLANC-FILLY, La notion conventionnelle d'espérance légitime : convergences et divergences entre appréhensions prétoriennes nationales et européenne, *RFDA*, 2015, p. 527.

²¹⁶¹ CEDH, Gde. Ch., 28 septembre 2004, *Kopecký c. Slovaquie*, req. n° 44912/98, req. n° 44912/98, Rec. 2004-IX, §50 (*AJDA*, 2005, 541, chron. J-F. FLAUSS ; *RTD Civ.*, 2006, 263, note J-P. MARGUENAUD).

²¹⁶² *Ibid.*, §48.

²¹⁶³ J-B. WALTER, *Immortelle espérance ?*, *Dr. soc.*, 2011, p. 155. Pour rappel, la notion d'espérance légitime conditionne la qualification de « bien » au sens de l'article 1^{er} du Protocole n° 1, voy. CEDH, Ch., 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera S.A. et autres contre Belgique*, req. n° 17849/91, série A. 332, §§29-32 (*AJDA*, 1996, 376, chron. J-F. FLAUSS ; *RTD Civ.*, 1996, 1019, obs. J-P. MARGUENAUD, *Gaz. Pal.*, 1996, n° 285, note C. PETTITI).

²¹⁶⁴ CEDH, Gde. Ch., 13 décembre 2013, *Bélané Nagy c. Hongrie*, req. n° 53080/13, §79.

²¹⁶⁵ Voy. notamment CEDH, Ch., 29 novembre 1991, *Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande*, req. n° 12742/87, série A. 222, §51 (*AJDA*, 1992, 15, chron. J-F. FLAUSS ; *JDI*, 1992, n° 3, p. 813-815, note P. TAVERNIER) ; CEDH, Gde. Ch., 28 septembre 2004, *Kopecký c. Slovaquie*, req. n° 44912/98, Rec. 2004-IX, §45.

²¹⁶⁶ En effet, il faut que la base légale soit « *claire et accessible* » et confirmée « *par une jurisprudence bien établie* », ce qui élimine toute controverse en interne, *ibid.*, §54. La Cour en décline l'application pour les créances « *exigibles* » (CEDH, Déc. Gde. Ch. 10 juillet 2002, *Gratzinger et Gratzingerova c. République Tchèque*, req. n°

venir restaurer une expectative légitime malmenée par une privation arbitraire de propriété. Cet effet varie selon nature de la créance. Dans l'hypothèse où celle-ci est constituée, l'espérance légitime sert à reconstituer un droit qui a été méconnu par l'État partie. Se fondant généralement sur un titre de propriété valide, elle ne fait finalement que restituer un droit subjectif²¹⁶⁷. Elle a pu ainsi tirer l'existence d'un intérêt patrimonial pour des autorisations successives d'occupation sur le domaine maritime²¹⁶⁸. Aussi, le titre d'un tiers peut venir consolider la sécurité juridique du requérant en l'espèce. Dans l'affaire *Fabris contre France*²¹⁶⁹, c'est la sécurité juridique liée au titre de propriété de la mère défunte qui assure la restitution du titre au requérant adultérin, dont l'octroi du droit héréditaire sur la donation-partage avait été refusé par l'État français²¹⁷⁰. En revanche, l'hypothèse d'une créance préconstituée est plus difficile à vérifier. En effet, la créance n'est pas constitutive d'un droit subjectif. La détermination de l'espérance légitime assure alors la mutation d'une « attente optimiste » en une « attente légitime ». Pour cela, l'interprétation du juge national sert de boussole à l'interprète de la Convention pour évaluer le niveau de sécurisation du droit objectif. Par exemple, dans l'arrêt *Maurice contre France*²¹⁷¹ – relative à la réparation au titre du préjudice causé par le handicap

39794/98, Rec. 2002-VII, §74), ou « satisfaisant aux conditions d'octroi établies par la législation selon la législation interne » voy. CEDH, Gde. Ch., 13 décembre 2013, *Bélané Nagy c. Hongrie*, req. n° 53080/13, §18 (prestation sociale). *A contrario*, elle exclut tout « espoir de voir reconnaître la survivance d'un ancien droit de propriété qu'il est depuis bien longtemps impossible d'exercer ». Ainsi exclut-elle de la notion d'espérance légitime les créances conditionnelles éteintes par la non-réalisation de la condition (CEDH, Déc., Gde. Ch., 12 juillet 2001, *Malhous c. République Tchèque*, req. n° 33071/96, Rec. 2013-IV, §§60-62). Elle a également reconnu que l'obtention d'un titre de propriété par prescription acquisitive ne pouvait être constitutive d'une espérance légitime dans la mesure où cette prescription était subordonnée à un usage agricole du terrain. Seule la conformité de l'*usus* avec la destination économique dudit bien est susceptible d'emporter prescription par le requérant, conformément à la législation nationale, CEDH, 16 juillet 2019, *Avyidi c. Turquie*, req. n° 22479/05, §§82-86.

²¹⁶⁷ « La Cour souligne qu'en l'espèce les requérants, jusqu'au jugement d'annulation, se croyaient légitimement en situation de « sécurité juridique » quant à la validité des titres de propriété inscrits sur le registre foncier qui est considéré comme la preuve incontestable du droit de propriété. Elle rappelle que, s'il est vrai que certaines dispositions constitutionnelles et législatives contiennent une interdiction absolue d'appropriation des terrains faisant partie du domaine forestier, il n'en est pas moins vrai que d'autres dispositions protègent le droit de propriété des personnes détenant des titres de propriété établis en bonne et due forme, et que ces titres de propriété restent valables jusqu'à leur annulation, d'où la nécessité pour les autorités compétentes de les faire invalider par un jugement définitif », CEDH, 13 septembre 2011, *Ali Kiliç et Autres c. Turquie*, req. n° 13178/05, §24 (souligné par nous).

²¹⁶⁸ L'approche est d'autant plus extensive que le juge soulève une carence manifeste au niveau de la sécurité juridique subjective. En dépit de la bonne foi des requérants, ces derniers savaient qu'ils n'étaient pas titulaires de droits réels en raison de l'emplacement du bien sur le domaine public maritime, voy. CEDH, Gde. Ch., 29 mars 2010, *Depalle c. France*, req. n° 34044/02, Rec. 2010-III, §65 (*JCP G*, 2010, act. 451, G. GONZALEZ). Voy. aussi CEDH, Gde. Ch., 20 mars 2010, *Brosset-Triboulet et autres c. France*, req. n° 34078/02, §65.

²¹⁶⁹ CEDH, Gde. Ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n° 16574/08, Rec. 2013-I, §66, (*JCP G*, 2013, act. 242, obs. F. SUDRE). *A contrario* CEDH, 31 janvier 2017, *Hasan Tunç et autres c. Turquie*, req. n° 19074/05, §§65-66.

²¹⁷⁰ *Ibid.*, §52.

²¹⁷¹ CEDH, Gde., Ch., 6 octobre 2005, *Draon c. France et Maurice c. France*, req. n° 1513/03, Rec. 2005-IX, §§65-72 (*JCP G*, 2006, I, 109, n° 16, chron. F. SUDRE ; *AJDA*, 2005, 1924, obs. M-C. MONTECLER ; *RTD Civ.* 2005. 743, obs. J-P. MARGUENAUD).

de l'enfant – la Cour considère qu'au regard de la jurisprudence *Quarez*²¹⁷² du Conseil d'Etat et *Perruche*²¹⁷³ de la Cour de cassation et de la loi du 4 mars 2002, les requérants détenaient une créance s'analysant en une valeur patrimoniale qu'ils pouvaient espérer légitimement voir se concrétiser²¹⁷⁴. Elle a également appliqué le même raisonnement en matière de prestations sociales²¹⁷⁵. L'objectivisation de l'espérance légitime reste toutefois circonscrite au seul champ de l'article 1^{er} du Protocole n°1²¹⁷⁶, l'espérance étant habituellement dotée d'une portée « subjectivisante » dans le contrôle de proportionnalité²¹⁷⁷, à l'image des autres dérivés subjectifs du principe.

B- Une sécurisation individuelle en aval

451. Conformément au principe de subsidiarité, la Cour se borne à vérifier la compatibilité de l'interprétation prétorienne nationale avec la Convention. Exerçant un rôle prioritaire dans le contrôle de la qualité de la loi, le juge « naturel » est censé pallier les insuffisances législatives en la complétant utilement avec un contrôle de conventionnalité respectueux des standards conventionnels de légalité. Or, il arrive fréquemment que son interprétation soit elle-même à l'origine de la rupture entre les sécurités juridiques. Dans cette optique, les dérivés objectifs exercent un effet « correctif » sur le contrôle concret. Son objectif est de « colmater » en quelque sorte la rupture causée en interne, en rééquilibrant au besoin la balance des intérêts du côté du justiciable²¹⁷⁸. L'examen « subjectivisé » des dérivés conforte alors une sécurisation individuelle du contrôle par l'examen de la prévisibilité concrète de la « loi » (1°). Les dérivés subjectifs exercent quant à eux un effet « tutélaire » prenant la forme d'un soutien rhétorique dans l'individualisation du contrôle, en appui de la subjectivisation des dérivés objectifs (2°).

²¹⁷² CE, 14 février 1997, *CHR de Nice c. époux Quarez*, n° 133238, Rec. Lebon p. 44.

²¹⁷³ Cass. Ass. plén., 17 novembre 2000, n° 99-13701.

²¹⁷⁴ *Ibid.*, §§68-70.

²¹⁷⁵ CEDH, 25 janvier 2007, *Aon Conseil et Courtage S.A et Christian de Clarens S.A. c. France*, req. n° 70160/01, §§41-44. *A contrario*, CEDH, 25 mai 2004, *OGIS-Institut Stanislas, Ogec St. Pie x et Blanche de Castille et autres c. France*, req. n° 42219/98 et 54563/00, §72.

²¹⁷⁶ Le droit de propriété « implique notamment que le droit interne doit offrir une certaine protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par la Convention », CEDH, Gde. Ch., 13 décembre 2013, *Bélané Nagy c. Hongrie*, req. n° 53080/13, §78.

²¹⁷⁷ *Supra*, n° 363 et suiv.

²¹⁷⁸ « La notion de prévisibilité s'applique non seulement à un comportement dont le justiciable doit raisonnablement pouvoir prévoir les conséquences mais aussi aux formalités, conditions, restrictions ou sanctions qui peuvent être attachées à ce comportement, si celui-ci est jugé contraire aux lois nationales », CEDH, 5 mai 2011, *Comité de Rédaction de Pravoye delo et Shtekel c. Ukraine*, req. n° 33014/05, Rec. 2011-I, §52.

1°) L'effet « correctif » de la subjectivisation des dérivés objectifs

452. La subjectivisation offre la possibilité au justiciable de faire prévaloir son intérêt au vu d'obtenir le rétablissement de sa situation individuelle au regard du droit étatique, situation qui a été bafouée par une carence de sécurité juridique objective dans l'élaboration ou l'application de la « loi ». Le droit d'accès à un tribunal est significatif de cet effet « correctif ». Terreau privilégié de la subjectivisation du contentieux européen²¹⁷⁹ et du déploiement de la sécurité juridique en droit de la Convention²¹⁸⁰, son respect repose sur un équilibre délicat. D'un côté se trouve la sécurité juridique objective de l'État partie, qui doit préserver la garantie matérielle de son système tout en y apposant des limites, conformément à l'impératif de bonne administration de la justice²¹⁸¹. De l'autre côté se situe la sécurité juridique des justiciables, dont l'accès « *concret et effectif au tribunal* »²¹⁸² assure la sauvegarde substantielle de leurs droits conventionnels. Leur (ré)conciliation se cristallise donc dans le « juste équilibre » entre « *le souci d'assurer le respect des conditions formelles pour saisir les juridictions* » et « *le droit d'accès au juge* »²¹⁸³. Son respect incombe premièrement aux juridictions et autorités nationales, qui doivent éviter que ces limitations ne forment une « *barrière qui empêche le justiciable de voir la substance de son litige tranchée par la juridiction compétente* »²¹⁸⁴. Il en va ainsi des interprétations nationales faisant preuve d'un « *formalisme excessif* »²¹⁸⁵ ou « *rigide* »²¹⁸⁶, ou des interprétations portant plus largement sur les conditions objectives de recevabilité²¹⁸⁷. En cas de défaillance interne, la Cour a pour rôle de rétablir la sécurité juridique subjective alors anéantie pour procéder au redressement de violation des droits procéduraux²¹⁸⁸.

²¹⁷⁹ *Supra*, n°159 et 356 et suiv.

²¹⁸⁰ *Supra*, n°129.

²¹⁸¹ *Ibid.*, §45.

²¹⁸² CEDH, 15, décembre 2015, *Raihani c. Belgique*, req. n° 12019/08, §45, voy. plus largement CEDH, Ch., 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, §24 (*GACEDH*, 2019, n° 2).

²¹⁸³ « *La Cour rappelle enfin que la réglementation relative aux formalités pour former un recours vise à assurer la bonne administration de la justice et le respect, en particulier, du principe de la sécurité juridique. Toutefois, les intéressés doivent pouvoir s'attendre à ce que les règles soient appliquées* », CEDH, 25 janvier 2000, *Miragall Escolano et autres c. Espagne*, req. n° 38366/97 et suiv, Rec. 2000-I, §33.

²¹⁸⁴ CEDH, 16 mars 2017, *Louli-Georgopoulou c. Grèce*, req. n° 22756/09, §39.

²¹⁸⁵ CEDH, Ch., 28 octobre 1998, *Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne*, req. n° 28090/95, §45 (*Dalloz*, 1999, obs. N. FRICERO).

²¹⁸⁶ CEDH, 26 janvier 2017, *Ivanova et Ivashova c. Russie*, req. n° 797/14 et 67755/14, §57.

²¹⁸⁷ CEDH, 26 juillet 2007, *Walchli c. France*, req. n° 35787/03, §29.

²¹⁸⁸ Comme la Cour l'évoque propos de l'interprétation du *dies a quo* du recours constitutionnel grec, « *la question posée relève du principe de la sécurité juridique ; il ne s'agit pas d'un simple problème d'interprétation de règles matérielles, mais de l'interprétation d'une exigence procédurale qui a empêché l'examen au fond de l'action des requérants, élément de nature à emporter violation du droit à une protection effective par les cours et tribunaux* », CEDH, 12 novembre 2002, *Běleš et autres c. République Tchèque*, req. n° 47273/99, Rec. 2002-IX, §50.

À titre d'exemple, dans l'affaire *Liakopoulou contre Grèce*²¹⁸⁹, la requérante contestait l'irrecevabilité des moyens de cassation par la juridiction suprême nationale. Se fondant sur une interprétation jurisprudentielle bien établie selon laquelle elle ne statue qu'en droit, la Cour de cassation avait estimé que l'absence de précisions sur les circonstances de fait par la Cour d'appel lui imposait *ipso facto* la charge de rétablir les faits de l'espèce. La subjectivisation du contrôle permet à la Cour de se placer du point de vue de la requérante pour apprécier l'impact de l'interprétation de la Cour suprême sur l'accès effectif au tribunal. *Nonobstant* le fait que la règle jurisprudentielle invoquée obéisse à un impératif de sécurité juridique et de bonne administration de la justice, la Cour européenne souligne en l'occurrence que la requérante avait fait un bref résumé des faits dans l'introduction de son pourvoi, et qu'elle avait joint un historique de l'affaire²¹⁹⁰. Par conséquent, elle en conclut que son droit d'accès à un tribunal a été mépris par une interprétation « *trop formaliste* »²¹⁹¹. Similairement, dans l'affaire *Labergere contre France*²¹⁹², l'état de santé « *sérieux et préoccupant* » du justiciable, à l'origine de son internement dans un établissement psychiatrique, altérait sa capacité à interjeter appel²¹⁹³. Faisant preuve de clémence envers le requérant en situation de vulnérabilité²¹⁹⁴, le juge européen condamne l'« *application particulièrement rigoureuse* » de la juridiction suprême en ce qu'elle porte atteinte à l'essence même au droit d'accès à un tribunal²¹⁹⁵.

453. Par contraste, si le juge exige un seuil maximal de clarté et de précision quant au libellé de la disposition légale²¹⁹⁶, il retient une conception « *lâche* » sur les effets de la prévisibilité de la « loi »²¹⁹⁷. Sous prétexte de « *clarification graduelle de la législation pénale* », il laisse en conséquence une grande latitude à l'interprétation judiciaire nationale²¹⁹⁸. La conciliation entre la sécurité juridique objective et la sécurité juridique subjective repose donc

²¹⁸⁹ CEDH, 24 mai 2006, *Liakopoulou c. Grèce*, req. n° 20627/04.

²¹⁹⁰ *Ibid.*, §§21-22.

²¹⁹¹ *Ibid.*, §§23-24.

²¹⁹² CEDH, 26 août 2006, *Labergere c. France*, req. n° 16846/02. En l'espèce, la Cour de cassation avait déclaré irrecevable la demande d'appel tardive du requérant malade à l'encontre de sa condamnation à une peine de 18 ans de réclusion criminelle.

²¹⁹³ *Ibid.*, §22.

²¹⁹⁴ En dehors de toute considération relative à sa représentation par deux avocats successifs et que le traitement prescrit ne l'empêchait pas d'exprimer sa volonté, *ibid.*, §§21-22.

²¹⁹⁵ *Ibid.*, §23.

²¹⁹⁶ Voy. par ex. CEDH, 22 novembre 1995, *C.R. c. Royaume-Uni*, req. n° 20190/92, §32.

²¹⁹⁷ Pragmatique, elle reconnaît qu'« *aussi clairement que soit rédigée une disposition juridique, il y a inévitablement une part d'interprétation des tribunaux* », voy. CEDH, Ch., 22 novembre 1995, *S.W. c. Royaume-Uni*, req. n° 20166/92, §36 (*GACEDH*, 2019, n° 38). Sur cette critique, voy. F. SUDRE avec la collaboration de L. MILANO, H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, coll. « Droits fondamentaux », 2019, 14^{ème} éd., p. 687-688.

²¹⁹⁸ *Ibidem*.

majoritairement sur le juge national, ce qui augmente nettement les risques de rupture. Portée par le principe d'individualisation des peines, la subjectivisation vise à apprécier concrètement le manque de prévisibilité de la loi pénale à l'aune de la situation spécifique de l'accusé²¹⁹⁹. L'absence d'examen juridictionnel à la demande du requérant concernant une éventuelle violation du principe de non-rétroactivité de la loi pénale²²⁰⁰, ainsi qu'une application rétroactive *in pejus* de la loi faisant suite à un revirement de jurisprudence²²⁰¹, s'apparentent toutes deux à un manque de prévisibilité pour l'accusé, qui porte atteinte aux principes inhérents à l'article 7 de la Convention. Récemment, la Cour a employé une formule similaire à celle l'article 6, en considérant que l'interprétation retenue a enfreint « *le principe de prééminence du droit [en] portant atteinte au droit du requérant de se voir appliquer la peine prévue par la loi* »²²⁰². Elle notamment usage de cette formule pour des infractions pénales touchant à d'autres domaines de la Convention, comme en matière de publication²²⁰³ ou de prosélytisme²²⁰⁴.

454. À l'évidence, la Cour incite le juge interne à procéder à une interprétation modérée en faveur de la sécurité procédurale du requérant²²⁰⁵. L'individualisation du contrôle participe donc à une meilleure protection de la légalité objective, car elle réadapte un droit national défaillant au profit d'une revalorisation de la sécurité juridique individuelle. En outre, les dérivés subjectifs jouent un rôle « tutélaire » dans la subjectivisation de la loi nationale.

2°) L'effet « tutélaire » de la subjectivisation des dérivés subjectifs

455. Précédemment, il a été démontré que la portée « subjectivisante » des dérivés subjectifs pouvait prendre une forme argumentative au travers de la subjectivisation²²⁰⁶. Cela étant, leur utilisation témoigne d'un effet tutélaire, s'entendant comme un effet « secourable » ou « profitable » sur la sécurisation subjective du contrôle. Comme pour la notion de confiance

²¹⁹⁹ « La Cour conserve la compétence de vérifier si une telle appréciation pouvait être raisonnablement prévisible pour le requérant au regard du "droit" applicable, y compris le droit jurisprudentiel », CEDH, 16 septembre 2014, *Plechkov c. Roumanie*, req. n° 1660/03, §72.

²²⁰⁰ CEDH, 14 avril 2015, *Contrada c. Italie (n° 3)*, req. n° 66655/13, §§71-76.

²²⁰¹ CEDH, Gde. Ch., 21 octobre 2013, *Del Río Prada c. Espagne*, req. n° 42750/09, Rec. 2015-II, §§116-117 (RTDH, 2014, 689, note D. SCALIA).

²²⁰² CEDH, 12 janvier 2016, *Gouarré Patté c. Andorre*, req. n° 33427/10, §35.

²²⁰³ CEDH, Gde. Ch., 8 juillet 1999, *Başkaya et Okçuoğlu c. Turquie*, req. n° 23536/94 et 24408/94, Rec. 1999-IV, §42 ; voy. également CEDH, 7 février 2002, *E.K. c. Turquie*, req. n° 28496/95, §55.

²²⁰⁴ CEDH, Ch., 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, req. n° 14307/88, §52 (GACEDH, 2019, n° 56) ; CEDH, Ch., 24 février 1998, *Larissis et autres c. Grèce*, req. n° 23372/94, §34.

²²⁰⁵ Voy. L. MILANO, *Le droit d'accès à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Paris, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèse », 2006, p. 288-289.

²²⁰⁶ Cependant, sa portée subjectivisante diffère dans le domaine de l'article 8 pour lequel elle résout des conflits de droit entre le respect de la vie privée et la liberté d'expression. Pour plus de développements, voy. *supra*, n° 357.

légitime en matière de droits civils et politiques²²⁰⁷, la mobilisation de la notion d'espérance légitime concourt à la subjectivisation du contrôle concret. Dans l'affaire *Anagnostopoulos contre Grèce*²²⁰⁸, le retard des autorités grecques pour faire droit à la demande d'indemnisation du requérant devant les juridictions pénales méconnaissait l'espérance légitime du requérant de voir son litige trancher sur cette demande par les juridictions pénales, l'obligeant à saisir de nouveau les juridictions civiles²²⁰⁹. De manière plus spectaculaire, la Cour a pu reconnaître une espérance légitime pour des occupations sans titre dans l'arrêt de Grande Chambre *Oneryildiz contre Turquie*²²¹⁰. En l'espèce, les requérants vivaient illégalement dans des bidonvilles détruits suite à l'explosion accidentelle d'un site de stockage de déchets situé. Ces derniers invoquaient la négligence des autorités nationale à l'origine de la destruction de leur bien, et de ce fait, la violation d'un droit de propriété qui n'était pourtant pas juridiquement reconnu. Soucieuse de préserver les droits des requérants alors en position de précarité économique²²¹¹, la Cour relève la turpitude des autorités publiques qui ont toléré l'existence de bidonvilles pourtant illégaux, et ce de manière continue. Prenant en compte ces paramètres, elle considère que les requérants disposent d'une espérance légitime en dépit de l'absence de tout titre de propriété²²¹². Exceptionnelle dans la jurisprudence de la Cour, cette affaire a connu un certain écho en droit français, notamment au travers de la tolérance administrative, écho qui a permis une meilleure prise en compte de la sécurité juridique des justiciables²²¹³. De façon plus ponctuelle, il arrive que la Cour délaisse la notion d'espérance au profit d'« attente »²²¹⁴.

456. En parallèle, la Cour développe une subjectivisation sur les conséquences du contrôle *in concreto*, c'est-à-dire sur l'octroi de la satisfaction équitable au titre de l'article 41 de la Convention²²¹⁵. À première vue, cela apparaît quelque peu superfétatoire, puisque ce

²²⁰⁷ CEDH, 15 juin 2006, *Lykourazos c. Grèce*, req. n° 33554/03, Rec. 2006-VIII, §57.

²²⁰⁸ CEDH, Gde. Ch., 17 décembre 2009, *Scoppola c. Italie (n° 2)*, req. n° 10249/03.

²²⁰⁹ CEDH, 3 avril 2003, *Anagnostopoulos c. Grèce*, Rec. 2000-XI req. n° 54589/00, §32 (*Europe*, 2003, 299, comm. V. LECHEVALLIER)

²²¹⁰ Voy. CEDH, Gde. Ch., 30 novembre 2004, *Oneryildiz c. Turquie*, Rec. 2004-XII, req. n° 48939/99, §124 (*GACEDH*, 2019, n° 66); voy. également CEDH, Gde. Ch., 16 juin 2015, *Chiragov et autres c. Arménie*, req. n° 13216/05, Rec. 2015-III, §§138-143.

²²¹¹B. PASTRE-BELDA, L'effectivité des garanties procédurales de l'occupant sans titre du domaine public, *AJDA*, 2011, p. 2325.

²²¹² *Ibid.*, §§124-129.

²²¹³ Voir sur ces questions F. GRABIAS, *La tolérance administrative*, LGDJ, Paris, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2018, p. 437 et suiv.

²²¹⁴ CEDH, Gde. Ch., 17 septembre 2009, *Scoppola c. Italie (n°2)*, req. n° 10249/03, §§138-144. En l'espèce, l'application rétroactive d'un décret-loi avait privé le requérant de son « attente légitime » à voir concrétiser le choix d'une procédure abrégée.

²²¹⁵ « Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable ».

contentieux est naturellement transcendé par une logique subjective²²¹⁶. Traditionnellement, le constat de violation impose à l'État de réparer le dommage par une « *forme adéquate* »²²¹⁷ prenant la forme d'une obligation de résultat appelée « *restitutio in integrum* ». Cette obligation, retranscrite dans l'arrêt *Papimachalopoulos contre Grèce*²²¹⁸, consiste à rétablir « *la situation matérielle de la victime mais aussi la situation juridique existante avant la violation du droit* »²²¹⁹. En ce sens, elle comprend à la fois une dimension objective, par le rétablissement de l'ordre juridique antérieur au fait illicite, et une dimension subjective, par le rétablissement de l'intérêt matériel de la victime²²²⁰. Malheureusement, il existe des hypothèses pour lesquelles la *restitutio in integrum* est impossible lorsque l'atteinte à la sécurité juridique subjective est avérée, par exemple lorsque le bien du requérant a été détruit après sa privation par les autorités publiques. Cantonnée à une simple logique indemnitaire²²²¹, la Cour réalise une subjectivisation palliative des effets de l'inconventionnalité de la loi nationale pour rétablir la sécurité juridique individuelle « lésée » par le droit objectif. Si le principe de sécurité juridique peut intervenir à titre exclusif²²²², c'est principalement à l'aune du principe subjectif de bonne foi²²²³ – autre dérivé subjectif du principe – que la restauration « individualisante » se montre la plus constructive. Inhérente au sentiment d'angoisse générée par la violation²²²⁴, la Cour l'associe

²²¹⁶ L'initiative de l'exercice du droit au recours individuel au titre de l'article 34 détermine l'établissement de la responsabilité étatique par la reconnaissance éventuelle du constat de violation. En outre, l'individualisation se manifeste sur les effets du constat de violation, autrement sur le contentieux de la réparation. À la différence de la réparation en droit international qui est exclusivement étatique, l'action en réparation est principalement individuelle. Si les griefs des États sont en « *comparables en substance* » à ceux d'une requête individuelle, les conséquences particulièrement lourdes emportées par une violation des droits de l'homme place naturellement les victimes individuelles au centre du mécanisme de satisfaction équitable, y compris dans l'hypothèse d'une requête interétatique, voy. CEDH, Gde. Ch., 12 mai 2014, *Chypre c. Turquie (satisfaction équitable)*, req. n° 25781/94, Rec. 2014-II, §§43-46.

²²¹⁷ CPIJ, 13 septembre 1928, *Affaire des usines de Chorzow*, Série A. n° 17, p. 17.

²²¹⁸ CEDH, Gde. Ch., 13 octobre 1995, *Papamichalopoulos c. Grèce*, req. n° 14556/89, §34 (*GACEDH*, 2019, n° 75).

²²¹⁹ P. DUPUY, *Droit international public*, Dalloz, Paris, coll. « Précis », 2016, 13^{ème} éd., p. 551.

²²²⁰ *Ibidem*.

²²²¹ Sur la critique de sa compatibilité avec le système conventionnelle de protection des droits de l'homme, voy. M. DE SALVIA, « Le principe de l'octroi subsidiaire des dommages-intérêts : d'une morale des droits de l'Homme à une morale simplement indemnitaire », in J-F. FLAUSS, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *La pratique indemnitaire par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 8-17, spéc. p. 10 ; P. TAVERNIER, La contribution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit de la responsabilité internationale en matière de réparation – une remise en cause nécessaire, *RTDH*, 2007/72, p. 945-966.

²²²² Voy. le seul exemple à ce jour CEDH, Gde. Ch., 9 mai 2015, *Paroisse Greco-Catholique Lupeni et autres c. Roumanie*, req. n° 76943/11, §§180-182.

²²²³ *Supra*, n° 156.

²²²⁴ Concernant le délai de prescription pour les actions en recherche de paternité, la Cour accorde une réparation au titre du préjudice moral subi par le requérant qui alléguait un sentiment d'incertitude et d'angoisse « *par l'incertitude de sa filiation et l'absence d'affection paternelle* », CEDH, 19 juillet 2016, *Călin et autres c. Roumanie*, req. n° 25057/11, 34739/11 et 20316/12, §113.

au « *sentiment d'impuissance et de frustration* » engendrée par la perte du bien ou du titre de propriété. À titre d'illustration, elle a alloué, dans l'affaire *Sarisoy*²²²⁵, une réparation pécuniaire au requérant en raison « *du sentiment d'impuissance et de frustration provoqué par la privation du terrain qu'il avait acquis de bonne foi et utilisé pendant plusieurs années en se croyant en situation de sécurité juridique* »²²²⁶. Circonscrite à la privation de propriété, ce principe présente l'avantage de compenser les conséquences néfastes d'une disposition interne inconvictionnelle sur la sécurité juridique des requérants, parfois au détriment de la sécurité financière des États²²²⁷. De toute évidence, l'octroi de la satisfaction équitable est naturellement marqué par un rééquilibrage au profit des individus, puisque le juge statue en équité. Cependant, cette subjectivisation ne paraît pas satisfaisante pour deux raisons. La première a trait au risque inhérent à une « sur-individualisation », ajoutant un surcroît de casuistique à une ligne jurisprudentielle déjà caractérisée pour son imprévisibilité²²²⁸. La seconde est celle d'une individualisation promouvant une réparation *a minima*. Indépendamment des reproches faits sur la « *mercantilisation* »²²²⁹, la *restitutio in integrum* reste la réparation de principe. À notre sens, la modification du cadre législatif national ou l'annulation de la disposition litigieuse constitueraient les formes de réparation les plus adéquates pour restaurer la sécurité juridique

²²²⁵ CEDH, 13 septembre 2011, *Sarisoy c. Turquie*, req. n° 19641/05.

²²²⁶ *Ibid.*, §22.

²²²⁷ Comme le remarque les juges dissidents dans l'arrêt *Vistiņš et Perepjolkins contre Lettonie*, la prééminence de la bonne foi dans la motivation de la Cour ouvre un droit à indemnisation discutable. Pour un rappel bref des faits, le litige portait sur une expropriation illégale par l'Union soviétique de biens acquis par donation entre vifs. Les requérants s'appuyaient sur leur bonne foi quant à la validité des titres de propriété et des contrats de donation pour contester un montant d'indemnisation nettement inférieur à la valeur marchande cadastrale actuelle des terrains expropriés. Dans l'arrêt au principal, sans imposer directement le remboursement de la totalité de valeur cadastrale marchande des biens, la Cour souligne la disproportion financière entre la valeur réelle du bien et le montant alloué par l'État à titre indemnitaire emportant violation de l'article 1^{er} du Protocole n° 1. La solution de la Cour fait peser à l'inverse une charge financière excessive à l'État partie et aux contribuables, d'autant plus qu'ils avaient obtenu gratuitement les terrains litigieux. Dans l'arrêt sur la satisfaction équitable, la Cour a adopté une position plus nuancée mais également plus ambiguë. Effectuant une distinction entre une expropriation régulière et irrégulière, elle réadapte par suite l'obligation de réparation. Malgré la déduction de 75% appliquée sur la valeur cadastrale initiale, des doutes persistent sur la charge financière excessive qui en résulte pour l'État défendeur. Voy. l'opinion partiellement dissidente commune aux juges BRATZA, GARLICKI, LORENZEN, TSOTSORIA et PARDALOS jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 25 octobre 2012, *Vistiņš et Perepjolkins c. Lettonie*, req. n° 71243/01, Rec. 2014-I, pt. 12.

²²²⁸ Sur ces critiques nous renvoyons au travaux au suivant : M. DE SALVIA, « La satisfaction équitable au titre des mesures individuelles et la pratique des organes de la Convention européenne des droits de l'Homme, qu'en est-il du principe de sécurité juridique ? », in *Trente ans de droit européen des droits de l'homme. Études à la mémoire de Wolfgang STRASSER*, Bruylant-Némésis, Bruxelles, coll. « Droit & Justice », 2007, n° 74, p. 45-53 ; P. TAVERNIER, La contribution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit de la responsabilité internationale en matière de réparation- Une remise en cause nécessaire, *op. cit.*

²²²⁹ J-F. FLAUSS, Réquisitoire contre la mercantilisation excessive du contentieux de la réparation devant la CEDH, *Dalloz*. 2003, p. 227.

des justiciables à l'état antérieur à la violation²²³⁰. Dépourvue de cette compétence²²³¹, la Cour a déjà « incité » l'État partie condamné à prendre une telle mesure. Concernant la pénalisation des pratiques homosexuelles, le requérant avait demandé, dans l'affaire *Norris*²²³², l'allocation d'une satisfaction équitable pour dommage moral en « *raison du maintien en vigueur de la législation* »²²³³. Si le juge s'en tient au constat de violation, il indique toutefois qu'une modification législative constituerait la réparation la plus adéquate puisque « *la violation en l'espèce résulte directement des textes incriminés* »²²³⁴. La référence aux modifications législatives effectuées suite à l'arrêt *Dudgeon*²²³⁵ n'est d'ailleurs pas anodine. En effet, elle constitue une invitation adressée à l'État partie à suivre l'exemple de son homologue britannique²²³⁶. Si cet arrêt reste exceptionnel²²³⁷, sa solution présente certains avantages. *Stricto sensu*, la suppression de la disposition législative renforce la sécurité juridique objective au niveau interne ainsi que la sécurité juridique subjective du requérant. *Largo sensu*, elle éradique d'éventuelles atteintes aux droits et libertés en renforçant de manière préventive la sécurité juridique globale des individus et celle du système conventionnel.

457. En fin de compte, les dérivés objectifs du principe tendent foncièrement à améliorer la qualité du contrôle *in concreto*. Ils assurent à cette fin une portée correctrice dans la conciliation entre la sécurité juridique étatique et la sécurité juridique individuelle. D'une part, leur objectivisation produit un effet « modulateur » par la contextualisation du contrôle de légalité selon le domaine et la qualité du requérant. Conduisant à des effets de seuil, ils engendrent tour à tour des intensifications ou des atténuations de la sécurité juridique objective de la loi en fonction de l'atteinte portée par l'ingérence étatique aux droits conventionnels et à la sécurité

²²³⁰ Exception faite en matière de droit de propriété pour lequel la restitution du bien restaure la situation à l'origine du sentiment de sécurité juridique éprouvé par le requérant et apparaît comme la « *meilleure forme possible de réparation in intergum* », voy. CEDH, Ch., 24 septembre 1994, *Hentrich c. France*, req. n° 13616/88, §71 (JCP G, 1995, I, 3823, n° 41 et 51, chron. F. SUDRE).

²²³¹ « *La Cour relève que la Convention ne l'habilite pas à enjoindre à la Suisse de modifier sa législation ; son arrêt laisse à l'État le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article 53* », CEDH, Plén., 29 avril 1988, *Belilos c. Suisse*, req. n° 10328/23, série A. 132, §78 (RGDIP, 1989, 273, note G. COHEN-JONATHAN).

²²³² CEDH, Plén., 26 octobre 1988, *Norris c. Irlande*, req. n° 8225/78, série A. 142.

²²³³ *Ibid.*, §49.

²²³⁴ *Ibid.*, §50.

²²³⁵ CEDH, Ch., 24 février 1983, *Dudgeon c. Royaume-Uni (satisfaction équitable)*, req. n° 7525/76, série A. 47, §§11-14.

²²³⁶ Nous partageons la réflexion faite par le Professeur Philippe FRUMER sur cet arrêt, voy. P. FRUMER, La réparation des atteintes aux droits de l'homme internationalement protégés. Quelques données comparatives, *RTDH*, 1996/27, p. 329-352.

²²³⁷ Pour un autre (et unique) exemple, voy. notamment CEDH, Gde. Ch., 29 juin 2007, *Folgerø et autres c. Norvège*, req. n° 15472/02, Rec. 2007-III, §109 (concernant le refus de dispenser des cours de christianisme, de religion et de philosophie à des élèves en écoles primaires publiques, la Cour note que « *la violation provient directement du cadre juridique contesté* »).

juridique subjective. D'autre part, leur subjectivisation s'inscrit dans une jurisprudence compensatrice visant à rétablir la sécurité juridique du requérant dont l'expectative a été biaisée par le droit national. Exception faite de l'espérance légitime, ces dérivés exercent un effet « compensateur ». Statuant en équité, ils accompagnent en ce sens l'interprétation du juge pour soutenir une individualisation de la loi nationale, tant sur l'évaluation que sur les conséquences de l'illicéité. Si le contrôle *in concreto* assure une légalité matérielle adaptative oscillant entre globalisation et individualisation, la Cour se dote désormais d'une légalité préventive par le biais du contrôle *in abstracto*.

2§) Une interprétation préventive de la légalité par le contrôle *in abstracto*

458. Depuis quelques années, le contrôle européen se pare d'une coloration abstraite, à tel point que certains auteurs ont pu faire état d'une logique « *tentaculaire* »²²³⁸ dans la jurisprudence strasbourgeoise. Il se matérialise par la forme d'orientations « guidant » les États partie dans la rectification de la disposition ou du cadre législatif litigieux. Constituant une entorse au principe de subsidiarité, elle est sujette à polémique en ce qu'elle se situe à la limite de la « *jurisprudence législative* »²²³⁹.

459. Pourtant, ce contrôle produit des effets bénéfiques en développant l'aspect préventif du contrôle de la légalité matérielle. En premier lieu, la Cour instaure un véritable suivi accompagnant l'État fautif, d'une part, dans l'éradication de la disposition législative inconventionnelle et, d'autre part, dans l'adoption consécutive d'un cadre légal nouvellement en adéquation avec ses exigences (A). En second lieu, ce contrôle emporte des effets mélioratifs en ce qu'il consolide directement la sécurité juridique des États et indirectement celle des individus (B).

²²³⁸ M. AFROUKH, Le contrôle de conventionnalité *in concreto* est-il vraiment « dicté » par la Cour européenne des droits de l'homme ?, *RDLF*, 2019, chron., n° 4.

²²³⁹ F. MATSCHER, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant-Némésis, Bruxelles, 1998, p. 15-40, spéc. p. 24.

A- Un contrôle *in abstracto* « directif »

460. La Cour pris l'habitude de fournir aux États parties des indications procédurales d'ordre générales et/ou individuelles au titre de la légistique procédurale²²⁴⁰. La diffusion de « législations types » (1°) ainsi que la procédure de l'arrêt pilote (2°) sont les instruments centraux de cet accompagnement prétorien.

1°) Un accompagnement législatif pédagogique : la diffusion de « législations-types »

461. Antérieurement, il a été démontré que la procéduralisation des droits entraîne une mutation corrélative entre la conception de la « *subsidiarité-complémentarité* », et l'adjonction d'un nouveau volet procédural au contrôle de légalité²²⁴¹. Or, ces mutations donnent naissance à des « *arrêts prescriptifs* »²²⁴², engendrant de véritables « manuels » de fabrication légistique. Pour preuve, dans l'arrêt *Sanoma Iutgevers B.V contre Pays-Bas*²²⁴³, la Cour se livre à une liste d'instructions détaillées sur les garanties procédurales nécessaires à la protection et l'identification des sources journalistiques : « *eu égard à la nécessité d'un contrôle de nature préventive, le juge ou tout autre organe indépendant et impartial doit donc être en mesure d'effectuer avant toute divulgation cette mise en balance des risques potentiels et des intérêts respectifs relativement aux éléments dont la divulgation est demandée, de sorte que les arguments des autorités désireuses d'obtenir la divulgation puissent être correctement appréciés. La décision à prendre doit être régie par des critères clairs, notamment quant au point de savoir si une mesure moins intrusive peut suffire pour servir les intérêts publics prépondérants ayant été établis* »²²⁴⁴. L'utilisation itérative du verbe « doit » ne laisse aucune place au doute quant à sa motivation intrinsèque. La Cour cherche volontairement à édicter de manière abstraite les « mesures types » pour guider l'État défendeur dans l'élaboration d'un

²²⁴⁰ *Supra*, n° 278.

²²⁴¹ *Supra*, n° 278.

²²⁴² S. TOUZE, « Intérêt de la victime et ordre public européen », in J. ARLETTAZ (dir.), J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et des libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, Actes du colloque du 12 décembre 2014, Pedone, Paris, 2015, p. 61-76.

²²⁴³ CEDH, Gde. Ch., 14 septembre 2010, *Sanoma Iutgevers B.V c. Pays-Bas*, req. n° 38224/03 [souligné par nous].

²²⁴⁴ La liste est encore longue : « *Le juge ou autre organe compétent doit avoir la faculté de refuser de délivrer une injonction de divulgation ou d'émettre une injonction de portée plus limitée ou plus encadrée, de manière à ce que les sources concernées puissent échapper à la divulgation de leur identité, qu'elles soient ou non spécifiquement nommées dans les éléments dont la remise est demandée, au motif que la communication de pareils éléments créerait un risque sérieux de compromettre l'identité de sources de journalistes [...] En cas d'urgence, une procédure doit pouvoir être suivie qui permette d'identifier et d'isoler, avant qu'elles ne soient exploitées par les autorités, les informations susceptibles de permettre l'identification des sources de celles qui n'emportent pas semblable risque* », *ibid.*, §92 [souligné par nous].

nouvel environnement législatif en conformité avec ses exigences. De manière ingénieuse, il lui arrive de se prononcer sur la conventionnalité d'obligations procédurales alors même que celles-ci ne constituent pas en soi l'objet du contentieux²²⁴⁵. Cette tactique prétorienne est en lien avec l'effet *erga omnes* associé à ses arrêts²²⁴⁶. En effet, en soulevant les carences législatives d'un État pour le cas d'espèce, elle prescrit concomitamment des mesures générales s'adressant à l'ensemble des États parties²²⁴⁷.

462. Confortant cette pratique, il est loisible d'observer que les préconisations procédurales mentionnées dans la motivation du juge sont par suite déplacées dans les « principes généraux » des arrêts postérieurs²²⁴⁸. Formant une catégorie spécifique au contentieux des droits de l'homme, ces principes s'accommodent d'un sens descriptif²²⁴⁹. Contrairement aux principes généraux du droit, ils jouent un rôle didactique dans l'interprétation du juge. En effet, ils contiennent les grandes lignes de sa jurisprudence afin d'accroître la portée et l'intensité de son contrôle²²⁵⁰. Participant à l'effet objectivisant du contrôle abstrait, la systématisation des obligations positives dans l'énoncé des principes généraux consolide la formation de « législations-types ». Le contentieux afférent aux écoutes téléphoniques et les interceptions de télécommunications est en ce sens significatif. Dans l'arrêt *Kruslin contre France*²²⁵¹, la Cour examine scrupuleusement la législation française en pointant l'ensemble des éléments qui auraient dû y figurer afin de satisfaire aux exigences conventionnelles. S'appuyant sur l'imprévisibilité globale de la loi nationale, elle prodigue au législateur national des indications précises quant au contenu des mesures procédurales devant être mises en œuvre. Ainsi relève-t-elle que « rien ne définit les catégories de personnes susceptibles d'être mises sous écoute judiciaire, ni la nature des infractions pouvant y donner lieu ; rien n'astreint le juge à fixer une

²²⁴⁵ S. BESSON, « L'évolution du contrôle européen : vers une subsidiarité toujours plus subsidiaire », in S. TOUZE, *La Cour européenne des droits de l'homme : une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire », 2016, p. 57-82, spéc. p. 73 ; voy. également M. AFROUKH, L'identification d'une tendance récente à l'objectivisation du contentieux dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme, *RDP*, 2015, n° 5, p. 1357.

²²⁴⁶ CEDH, Plén., 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71, série A. 25, §26 (*JDI*, 1980, 449, obs. P. ROLLAND).

²²⁴⁷ M. AFROUKH, L'identification d'une tendance récente à l'objectivisation du contentieux dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 1357.

²²⁴⁸ Nous précisons que cette catégorie de principe diffère des « principes généraux » mentionnés précédemment lors de l'identification conceptuelle du principe, voy. *supra*, n° 215.

²²⁴⁹ K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUAM, Aix-Marseille, 2008, p. 100.

²²⁵⁰ M. BOUGHMAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, Pedone, Paris, coll. « Publication de la Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme (FMDH) », 2010, p. 267.

²²⁵¹ CEDH, Ch., 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, req. n° 11801/85, série A. 176-A (*GACEDH*, 2019, n° 5).

limite à la durée de l'exécution de la mesure ; rien non plus ne précise les conditions d'établissement des procès-verbaux de synthèse consignant les conversations interceptées, ni les précautions à prendre pour communiquer intacts et complets les enregistrements réalisés, aux fins de contrôle éventuel par le juge – qui ne peut guère se rendre sur place pour vérifier le nombre et la longueur des bandes magnétiques originales – et par la défense, ni les circonstances dans lesquelles peut ou doit s'opérer l'effacement ou la destruction desdites bandes, notamment après non-lieu ou relaxe. Les renseignements donnés par le Gouvernement sur ces différents points révèlent au mieux l'existence d'une pratique, dépourvue de force contraignante en l'absence de texte ou de jurisprudence »²²⁵². Dans les affaires ultérieures, la Cour n'hésite pas à en faire usage pour rappeler (et éventuellement sanctionner) le cadre légal et réglementaire de l'État partie. Pour exemple, dans la récente affaire *Karabeyoğlu contre Turquie*²²⁵³, elle reprend toutes les mesures nécessaires en synthétisant les critères de la « législation-type » élaborée à l'issue de sa jurisprudence *Kruslin*²²⁵⁴ afin de conclure à la violation de l'article 8. De manière extensive, cette « législation-type » se sert également de modèle analytique dans l'appréciation de domaines similaires à l'instar de la protection de données à caractère personnel²²⁵⁵.

463. En définitive, le pullulement de ces « législations-types » aboutit à une double diffusion du contrôle *in abstracto*. D'abord, en fournissant des grilles de lecture procédurales détaillant le type d'obligations attendu, le juge européen s'octroie la possibilité de déterminer la solution la plus adéquate pour éradiquer la disposition législative à l'origine du constat de violation, ce qui n'est pas sans heurter l'autonomie législative des États parties²²⁵⁶. Ensuite, il s'assure préventivement des violations potentielles provenant des autres Hautes parties contractantes grâce à l'itération de ces obligations dans les « principes généraux ». Contribuant à un accompagnement pédagogique de la violation conventionnelle²²⁵⁷, la Cour poursuit dans cette voie avec la procédure de l'arrêt pilote.

²²⁵² *Ibid.*, §§35-36.

²²⁵³ CEDH, 7 juin 2016, *Karabeyoğlu c. Turquie.*, req. n° 30083/10.

²²⁵⁴ *Ibid.*, §§67-69.

²²⁵⁵ CEDH, Gde. Ch., 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, req. n° 30562/04 et 30566/04, Rec. 2008-V, §99 (*GACEDH*, 2019, n° 41).

²²⁵⁶ *Supra*, n° 283.

²²⁵⁷ *Infra*, n° 746 et suiv.

2°) Un accompagnement législatif curatif : la procédure de l'« arrêt pilote »

464. Consacrée à l'article 61 du Règlement de la Cour, la procédure dite de l'arrêt pilote consiste d'endiguer les violations systémiques et répétitives des dispositions de la Convention en indiquant à l'État les mesures générales et/ou individuelles à adopter pour y remédier²²⁵⁸. Cela étant, elle a « pour vocation d'aider les États contractants à remplir le rôle qui est le leur dans le système de la Convention en résolvant ce genre de problèmes au niveau national »²²⁵⁹. Concrètement, elle leur fournit une « aide » adéquate et conforme au principe de subsidiarité. Si le juge européen ne fait que formellement « suggérer à titre purement indicatif »²²⁶⁰ le type de mesures, il procède en réalité à un encadrement législatif assez directif. À la limite du pouvoir d'injonction²²⁶¹, il prescrit des mesures, soit pour permettre à l'État partie de « supprimer tout obstacle à l'exercice du droit des nombreuses personnes touchées par la situation jugée par [lui] contraire à la Convention en ce qui concerne le requérant », soit pour « offrir en lieu et place un redressement équivalent »²²⁶². Fort de cette ambition, il formule des mesures générales et/ou individuelles de plus en plus précises et adaptées à chaque contentieux. Elles prennent généralement la forme de mécanismes d'indemnisation²²⁶³, de voies de recours effectives²²⁶⁴, de mesures préventives dans le cadre de la surpopulation carcérale²²⁶⁵, de mesures de prolongation de personnes détenues en unité psychiatrique²²⁶⁶, ou encore pour la régularisation des « effacés »²²⁶⁷.

²²⁵⁸ Pour plus de détails sur la mise en œuvre de la procédure, voy. *infra*, n° 814 et suiv.

²²⁵⁹ CEDH, Gde. Ch., 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne*, req. n° 31443/96, Rec. 1999-VII, §35 (*GACEDH*, 2019, n° 74).

²²⁶⁰ CEDH, 12 octobre 2010, *Maria Atanasiu et autres c. Roumanie*, req. n° 30767/05 et 33800/06, §230 (*JDI*, 2011, n° 4, p. 1373-1378, note E. DECAUX) ; voy. également CEDH, 7 janvier 2014, *Fondation Foyers des élèves de l'Église réformée et Stanomirescu c. Roumanie*, req. n° 2699/03 et suiv., §83.

²²⁶¹ K. BLAY-GRABARCZYK, M. AFROUKH, A. SCHAHMANECHE, Le contrôle de l'exécution des arrêts de la CEDH, Aspects européens : acteurs politiques et acteurs juridictionnels, *RFDA*, 2014, n° 5, p. 939.

²²⁶² CEDH, Gde. Ch., 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne*, req. n° 31443/96, Rec. 1999-VII, §194 (*GACEDH*, 2019, n° 74).

²²⁶³ CEDH, 26 mars 2013, *Zorica Jovanović c. Serbie*, req. n° 21794/08, Rec. 2013-II, §92 (*JCP G*, 2013, n° 16, 449, obs. C. PICHERAL) ; CEDH, Gde. Ch. 19 juin 2006, *Hutten-Czapaska c. Pologne*, req. n° 35014/97.

²²⁶⁴ Voie de recours effective aux fins de remboursement des fonds par l'État (CEDH, Gde. Ch., 16 juillet 2014, *Ališić et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, « L'ex-République yougoslave de Macédoine », Serbie et Slovénie*, req. n° 60642/08, Rec. 2014-IV, §§145-147), redressement d'une durée procédurale excessive des procédures judiciaires (CEDH, 2 septembre 2010, *Rumpf c. Allemagne*, req. n° 46344/06, §73 ; voy. également CEDH, 20 mars 2012, *Ümmühan Kaplan c. Turquie*, req. n° 24240/07, §§76-77).

²²⁶⁵ CEDH, 15 janvier 2009, *Bourdov c. Russie (n° 2)*, req. n° 33509/04, Rec. 2009-I, §§137-146 (*JDI*, 2010, n° 3, p. 972-974, note E. DECAUX et P. TAVERNIER ; *JCP A.*, 2009, n° 51, p. 2295, chron. D. SZYMCZAK) ; CEDH, 10 janvier 2012, *Ananyev et autres c. Russie*, req. n° 2525/07 et 60800/08, §§221-231.

²²⁶⁶ CEDH, 6 septembre 2016, *W.D c. Belgique*, req. n° 73548/13, §§169-170.

²²⁶⁷ CEDH, Gde. Ch., 22 juin 2012, *Kurić et autres c. Slovénie*, req. n° 26828/06, §415.

465. Cet accompagnement législatif se durcit lorsque l'affaire « pilote » se représente devant son prétoire. Dans ce cas de figure, la Cour est amenée à établir une sorte de bilan de l'effectivité des mesures générales « indicatives » instaurées par l'État partie pour éradiquer le problème structurel souligné lors du précédent arrêt pilote. Deux hypothèses se présentent alors devant le juge. Dans l'hypothèse positive, il estime que les mesures législatives adoptées postérieurement à l'arrêt pilote sont en conformité avec les préconisations de son dispositif. Si elles sont jugées satisfaisantes, la procédure est soit clôturée définitivement²²⁶⁸, soit la requête est frappée d'irrecevabilité, le juge renvoyant alors aux voies de recours internes²²⁶⁹. Dans le cas négatif, c'est-à-dire en cas d'insuffisance ou d'absence de mesures effectives, il réitérera le constat de violation à l'encontre de l'État défendeur. Dans deux arrêts ultérieurs à l'affaire *Bourdov n° 22270*, la Cour a pu condamner une nouvelle fois l'État russe sur l'absence de recours effectif pour accélérer l'exécution d'une décision de justice ou l'indemnisation des justiciables, exception faite pour les cas d'application énoncée par la loi adoptée à la suite de l'arrêt pilote²²⁷¹. Cette seconde sanction est également l'occasion pour le juge d'émettre des mesures de redressement additionnelles en fonction de l'évolution législative de l'État défendeur. Le régime roumain d'indemnisation et de restitution des biens confisqués ou nationalisés par l'État après la chute du régime communiste en est un exemple topique. Relevée pour la première fois en 2009²²⁷², le juge européen a eu de multiples occasions de constater à nouveau son

²²⁶⁸ La Cour a décidé de clôturer dans une récente décision la procédure instaurée par l'affaire *Kurić*, estimant qu'en conférant un statut juridique offrant la possibilité effective aux « personnes effacées » d'être régularisée et d'obtenir par conséquent une indemnisation pour les dommages causés, le gouvernement slovène avait résolu le problème de violation systémique, voy. *ibid.* et CEDH, Déc., 18 octobre 2016, *Anastsov et autres c. Slovénie*, req. n° 65020/13, §103.

²²⁶⁹ La Cour a ainsi adopté deux décisions d'irrecevabilité consécutives à l'arrêt pilote *Rumpf contre Allemagne*. En décembre 2011, l'État partie a instauré une loi sur les procédures judiciaires et enquêtes pénales afin d'accélérer les procédures et permettre aux justiciables de demander ultérieurement une réparation en cas de délai excessif. Dans ces décisions, elle estime avec souplesse que le recours était suffisant pour leur permettre d'obtenir une réparation adéquate de leur grief, et ce même si les tribunaux nationaux n'avaient pas encore pu fixer leur pratique jurisprudentielle. Ainsi invite-elle les requérants à se prévaloir d'abord de ces nouveaux recours avant toute saisine européenne tout en se réservant la possibilité de revoir à l'avenir sa position, voy. CEDH, Déc., 29 mars 2012, *Taron c. Allemagne*, req. n° 53126/07 et CEDH, Déc., 29 mai 2012, *Garcia Cancio c. Allemagne*, req. n° 19588/09 faisant suite à l'arrêt pilote CEDH, 2 septembre 2010, *Rumpf c. Allemagne*, req. n° 46344/06.

²²⁷⁰ CEDH, 15 janvier 2009, *Bourdov c. Russie (n° 2)*, req. n° 33509/04, Rec. 2009-I (*JDI*, 2010, n° 3, p. 972-974, note E. DECAUX et P. TAVERNIER ; *JCP A.*, 2009, n° 51, p. 2295, chron. D. SZYMCZAK).

²²⁷¹ Le juge en conclut avec un « profond regret [...] que ce problème d'absence de recours internes, qualifié par l'arrêt pilote précité de structurel et persistant, reste entier dans le cadre d'une large catégorie d'affaires ici en question, ce qui oblige toujours les requérants à se tourner vers la Cour pour la défense effective de leurs droits », voy. CEDH, 17 avril 2012, *Ilyushkin et autres c. Russie*, req. n° 5734/08 et suiv., §§43-44 et CEDH, 17 avril 2012, *Kalinkin c. Russie*, req. n° 16697/10 et suiv., §§37-38.

²²⁷² CEDH, 15 janvier 2009, *Bourdov c. Russie (n° 2)*, req. n° 33509/04, Rec. 2009-I (*JDI*, 2010, n° 3, p. 972-974, note E. DECAUX et P. TAVERNIER ; *JCP A.*, 2009, n° 51, p. 2295, chron. D. SZYMCZAK).

ineffectivité dans des affaires concernant spécifiquement la Roumanie²²⁷³. Face à l'ampleur du problème structurel, la Cour a émis un premier arrêt pilote *Maria Atanasiu et autres contre Roumanie*²²⁷⁴. En dépit des dysfonctionnements persistants, le juge reste assez évasif sur le contenu des exemples « *de bonnes pratiques et des mesures d'ajustements législatifs* »²²⁷⁵. Il en vient cependant à « conseiller » à l'État partie de refondre sa législation avec « *des règles de procédure claires et simplifiées, qui rendraient le système d'indemnisation plus prévisible dans son application, à la différence du système actuel, dont les dispositions sont dispersées entre plusieurs lois, ordonnances et arrêtés. Le plafonnement des indemnisations et leur échelonnement sur une plus longue période pourraient également représenter des mesures susceptibles de ménager un juste équilibre* »²²⁷⁶. Néanmoins, le caractère continu des violations systémiques l'incite à raffermir ultérieurement sa position. Dans l'arrêt *Preda contre Roumanie*²²⁷⁷, si la loi n° 165/2013 « *offre, en principe, un cadre accessible et effectif pour le redressement de griefs relatifs à des atteintes au droit au respect des biens* », aucune voie de droit n'apparaît toutefois apte « *à fournir un redressement dans les situations dans lesquelles coexistent plusieurs titres de propriété pour un immeuble bâti* »²²⁷⁸. Les requérants ne disposent donc toujours pas de remède(s) concret(s) pour faire valoir la jouissance de leur titre de propriété ou un dédommagement compensatoire²²⁷⁹. Suite à ce constat, la Cour décide d'adjoindre des mesures individuelles en complément des mesures générales « dictées » dans l'arrêt *Maria Atanasiu*. Selon le dispositif de l'arrêt, la « *restitution de la jouissance du bien litigieux placerait les requérants dans la situation la plus proche possible de celle dans laquelle ils se trouveraient si les exigences de l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention n'avaient pas été méconnues* », ajoutant qu' « *à défaut pour l'État défendeur de procéder à pareille restitution dans un délai de trois mois à compter du jour où le présent arrêt sera devenu définitif, la Cour décide qu'il devra verser aux requérants, pour dommage matériel, une somme correspondant à la valeur actuelle du bien* »²²⁸⁰. Cet exemple met en exergue un encadrement prétorien continu sur le cadre légal nouvellement instauré par l'État partie. Toujours dans la

²²⁷³ Quelques arrêts antérieurs avaient en effet incité l'État roumain à mettre en œuvre des mesures générales pour modifier sa législation voy. par ex. CEDH, 9 décembre 2008, *Viașu c. Roumanie*, req. n° 75951/01, §§75-83 ; CEDH, 20 janvier 2009, *Katz c. Roumanie*, req. n° 29739/03, §§30-36.

²²⁷⁴ CEDH, 12 octobre 2010, *Maria Atanasiu et autres c. Roumanie*, req. n° 30767/05 et 33800/06 (JDI, 2011, n° 4, p. 1373-1378, note E. DECAUX).

²²⁷⁵ *Ibid.*, §235.

²²⁷⁶ *Ibid.*

²²⁷⁷ CEDH, 29 avril 2014, *Preda et autres c. Roumanie*, req. n° 9584/02 et suiv.

²²⁷⁸ *Ibid.*, §129.

²²⁷⁹ *Ibid.*, §130.

²²⁸⁰ *Ibid.*, §§162-163.

saga *Maria Anastasiu*, l'État roumain avait demandé une prolongation des délais d'exécution pour pouvoir introduire les nouvelles propositions législatives²²⁸¹. Conciliante, la Cour avait fait droit à la demande du Gouvernement et prolongé en conséquence le délai initial²²⁸².

466. Aujourd'hui banalisée²²⁸³, la procédure de l'arrêt pilote bouleverse considérablement le contrôle européen des droits de l'homme. Tel un médecin qui prescrit des remèdes à son patient, la Cour européenne prescrit des mesures d'exécution par un « *pouvoir d'indication-injonction* »²²⁸⁴. C'est pourquoi cette procédure est la forme la plus créative et la plus efficace du contrôle *in abstracto*²²⁸⁵. Premièrement, la procédure confère au juge l'assurance que la « loi » nationale sera désormais conforme à sa jurisprudence²²⁸⁶. Ensuite, il s'arroge un contrôle directif en préconisant des mesures générales et/ou individuelles. La méthodologie déployée participe au développement d'un contrôle objectif de la légalité dans la mesure. En effet, elle dépasse la simple sphère individuelle au profit d'une approche généralisée à l'attention des États parties²²⁸⁷. Cela étant, « *l'arrêt pilote [...] peut être considérée comme une stratégie innovante [...]. La Cour généralise son raisonnement juridique au-delà du cas individuel en édictant une obligation de programme législatif* »²²⁸⁸. C'est dire si la procédure renforce l'objectivisation du contrôle européen de droits de l'homme²²⁸⁹.

467. Par voie de conséquence, les mécanismes de légistique procédurale contribuent à l'extension d'un contrôle *in abstracto* par deux types de « sécurisation objective ». La première s'exerce *in casu*, et vise à renforcer la sécurité juridique objective dans la législation de l'État défendeur. La seconde s'effectue *ex casu* et s'appuie sur l'effet *erga omnes*. En effet, les

²²⁸¹ Il est fréquent que les arrêts pilotes sont assorties d'une période allant généralement de six-mois à un an pendant laquelle la Cour ajourne les requêtes en attendant que les autorités nationales adoptent les mesures préconisées. Voy. par ex. CEDH, 8 janvier 2013, *Torregiani et autres c. Italie*, req. n° 43517/09, §§99-101.

²²⁸² Voy. le communiqué de presse CEDH 099 (2013) du 3 avril 2013, disponible en ligne : [\[https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"itemid":\["003-4314237-5163342"\]}\].](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{)

²²⁸³ M. AFROUKH, La Cour européenne des droits de l'homme et l'exécution de ses arrêts, *RDLF*, 2012, chron. n° 05.

²²⁸⁴ F. SUDRE, L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH*, 2008, p. 917-947, spéc. p. 992.

²²⁸⁵ M. AFROUKH, L'identification d'une tendance récente à l'objectivisation du contentieux dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 1357.

²²⁸⁶ À condition bien entendu que l'État partie se montre « coopératif » dans l'exécution de l'arrêt pilote, voy. CEDH, Gde. Ch., 12 octobre 2017, *Burmych et autres c. Ukraine (radiation)*, req. n° 46852/13 et suiv. (*JCP G*, 2018, doct. 34, chron. F. SUDRE). Sur cet arrêt, lire *infra*, n° 859.

²²⁸⁷ « *L'intérêt individuel sera dépassé, voire supplanté par une approche générale imprégnée d'une conception objective d'un standard démocratique inhérent à la définition d'un ordre public européen* », S. TOUZE, « Intérêt de la victime et ordre public européen », *op. cit.*, p. 63.

²²⁸⁸ M. FYRNYS, « Expanding Competences by Judicial Lawmaking : the Pilot Judgment Procedure of ECHR », in A. VON BOGANDY et I. VENKE (éd.), *International judicial lawmaking: on public authority and democratic legislation in global governance*, Springer, Berlin, 2012, p. 331-332, emprunté à G. RAVARANI, Quelques réflexions sur la légitimité du juge de Strasbourg, *RTDH*, 2019/118, p. 260-296, spéc. p. 282.

²²⁸⁹ L. SERMET, L'obscur clarté de la notion prétorienne d'arrêt pilote, *RDGIP*, 2007, p. 863-878, spéc. p. 877.

mesures de redressement prescrites servent de modèles législatifs aux autres États parties qui servent alors une sécurisation préventive à l'ensemble des législations nationales au profit de la sécurité juridique *in globo* et de l'effectivité des droits fondamentaux. Manifestement, le juge européen tend manifestement à protéger, dans une combinaison positive avec la légalité matérielle, les intérêts étatiques et individuels de sécurité juridique.

B- Un contrôle *in abstracto* mélioratif

468. L'accroissement du contrôle abstrait génère un effet mélioratif sur les sécurités juridiques²²⁹⁰. La lecture « *plus apaisée* »²²⁹¹ de la Convention tend vers une politique jurisprudentielle axée à la fois sur la revalorisation et la responsabilisation des autorités nationales. L'aspect préventif de la légalité concorde avec le besoin accru de sécurisation étatique (1°). Consécutivement, la recherche d'une sécurité juridique objective engendre un impact positif sur la prévention de la sécurité juridique subjective des individus (justiciables et requérants potentiels) au profit d'une meilleure effectivité de leurs droits²²⁹² en protégeant indirectement leur sécurité juridique (2°).

1° La préservation directe de la sécurité juridique étatique

469. Sous le prisme de la sécurité juridique de l'État partie, le développement du contrôle abstrait promeut « le partenariat législatif » qui répond immanquablement à l'appel étatique de prévisibilité jurisprudentielle (a). En effet, « *l'adoption d'une législation nationale compatible avec la Convention est évidemment le meilleur moyen d'assurer en droit interne la pleine réalisation de la Convention ; cela suppose donc l'acceptation et la connaissance par le*

²²⁹⁰ N. LE BONNIEC, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme. Réflexion sur le contrôle juridictionnel du respect des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2017, p. 448.

²²⁹¹ B. PASTRE-BELDA, *La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits*, *RTDH*, 2013/94, p. 251-273, spéc. p. 252.

²²⁹² C'est la lecture qui peut être faite de l'arrêt *Klass* : « *l'une de la faculté d'introduire une requête devant la Commission parce que le caractère secret des mesures litigieuses l'empêche de signaler une mesure concrète qui le toucherait spécifiquement. De l'avis de la Cour, l'effet utile de la Convention implique, en pareilles circonstances, une possibilité d'accès à la Commission. S'il n'en était pas ainsi, l'efficacité du mécanisme de mise en oeuvre de la Convention serait grandement affaiblie. La Convention et ses institutions ayant été créées pour protéger l'individu* », CEDH, Ch., 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne* req. n° 5029/71, série A. 28, §34 (*JDI*, 1980, 463, obs. P. ROLLAND).

législateur de la norme »²²⁹³. Compatible avec le principe de subsidiarité²²⁹⁴, ce partenariat entraîne subséquemment une revalorisation de l'office du juge national fructueuse pour la sécurité juridique des États (b).

a- Un contrôle répondant au « partenariat législatif »

470. Si les États dénoncent de manière virulente un contrôle interventionniste sous le spectre de l'activisme judiciaire, ces derniers aspirent dans le même temps à une plus grande prévisibilité juridique²²⁹⁵. En dehors de la « *sanctuarisation* »²²⁹⁶ de la souveraineté étatique par l'inscription du principe de subsidiarité dans le préambule, la Déclaration de Brighton²²⁹⁷ précise également que la nécessaire clarté et cohérence des arrêts de la Cour est un « *facteur de sécurité juridique* »²²⁹⁸. En renforçant la clarté de sa jurisprudence, la Cour aiderait ainsi « *les tribunaux à appliquer la Convention de manière plus précise* », ajoutant que « *la clarté et la cohérence sont particulièrement importantes lorsque la Cour traite de questions à portée générale* »²²⁹⁹. Partant, l'introduction d'un contrôle abstrait s'incorpore pleinement dans l'objectif d'une « *responsabilité partagée* »²³⁰⁰. Lors de la dernière conférence de Copenhague, ce concept a été créé « *pour décrire le lien entre le rôle de la Cour et celui des États Parties. Cela est essentiel au bon fonctionnement du système de la Convention et, en tant qu'objectif ultime, à la protection plus effective des droits de l'homme en Europe* »²³⁰¹. C'est en ce sens que l'objectif de l'objectivisation accroît la prévisibilité des obligations conventionnelles pour garantir la sécurité juridique des États parties à la Convention.

²²⁹³ F. SUDRE, L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 992.

²²⁹⁴ « *Le principe de subsidiarité trouve ici une concrétisation manifeste en offrant au juge national le soi, dans le contrôle de conventionnalité qu'il est amené à exercer au niveau interne, de clarifier si nécessaire les normes internes appliquées [...]. Il se dégage une extension manifeste de l'exigence de prévisibilité* », S. TOUZE, Deux facettes différentes de l'imprévisibilité sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 847.

²²⁹⁵ *Supra*, n° 376 et suiv.

²²⁹⁶ S. BESSON, « L'évolution du contrôle européen : vers une subsidiarité toujours plus subsidiaire », *op. cit.*, p. 61 ; F. SUDRE, « Le recadrage de l'office du juge européen », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant-Némésis, Bruxelles, 2014, p. 239-264.

²²⁹⁷ Déclaration de Brighton sur la responsabilité partagée, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme du 20 avril 2012.

²²⁹⁸ *Ibid.*, pt. 23)

²²⁹⁹ *Ibidem*.

²³⁰⁰ *Ibid.*, pt. 3). Voy. aussi la Déclaration de Bruxelles sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, une responsabilité partagée, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 mars 2015.

²³⁰¹ Déclaration de Copenhague, Conférence de haut niveau réunie à Copenhague du 13 avril 2018, pt. 6

471. Ce paradoxe se rencontre curieusement dans les griefs présentés par le Royaume-Uni dans l'arrêt de Grande Chambre *Hirst* (n° 2)²³⁰². En l'espèce, le Gouvernement reproche à la Chambre d'avoir « *versé dans l'erreur en examinant dans l'abstrait la compatibilité de la loi interne avec la Convention* »²³⁰³. Sans évoquer directement un type de mesure spécifique, la Chambre avait en effet incité le législateur national à « *décider si les éventuelles restrictions au droit de vote doivent être adaptées à des infractions spécifiques ou à des infractions particulières* »²³⁰⁴ pour éluder toute privation automatique du droit de vote aux détenus. Perplexe, le Gouvernement réclame auprès de la Grande chambre des mesures abstraites sur le contenu de son obligation conventionnelle en matière de droit de vote. Sa demande s'exerce « *dans l'intérêt de la sécurité juridique [des] États [de se voir] fournir des informations détaillées à ce sujet* »²³⁰⁵. Cet accompagnement législatif est une réponse aux réclamations des États parties dans la satisfaction de leur besoin de sécurisation juridique²³⁰⁶. À charge alors pour le juge européen de trouver le compromis diplomatique entre cohérence et ingérence jurisprudentielle.

b- Un contrôle revalorisant l'office du juge national

472. Contrairement à une idée préconçue, l'application d'un tel contrôle n'est pas toujours synonyme de rigidité ni de subordination des autorités nationales. D'abord, l'énoncé de recommandations contraignantes dans les principes généraux camoufle parfois un « *self restreint* » dans le contrôle de proportionnalité. L'affaire *Armani Da Silva contre Royaume-Uni* est en ce sens éloquente²³⁰⁷. Dans ses principes généraux, le juge reprend l'intégralité de sa jurisprudence antérieure et liste les mesures procédurales que les États doivent introduire dans

²³⁰² CEDH, Gde. Ch., 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2), req. n° 74025/01 (AJDA, 2006, 475, chron. J-F. FLAUSS).

²³⁰³ *Ibid.*, §49.

²³⁰⁴ CEDH, 30 mars 2004, *Hirst c. Royaume-Uni* (n°2), req. n° 74025/01, §52.

²³⁰⁵ *Ibid.*

²³⁰⁶ « *Le Gouvernement répète que l'arrêt de la chambre est insuffisamment motivé et qu'il s'écarte de la jurisprudence existante de la Cour dans un domaine revêtant une importance fondamentale, créant ainsi une insécurité juridique pour l'État. Il argue qu'en concluant à la violation du droit à la vie garanti par l'article 2 sous son volet matériel en l'absence de négligence médicale, [...] la chambre a agi comme une quatrième instance et élargi le domaine de compétence de la Cour à l'appréciation in abstracto du fonctionnement des services de santé nationaux, ce qui, estime-t-il, ne doit pas être son rôle* », voy. CEDH, Gde. Ch., 19 décembre 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*, req. n° 56080/13, §153.

²³⁰⁷ CEDH, Gde. Ch., 30 mars 2016, *Armani Da Silva c. Royaume-Uni*, req. n° 5878/08 (JCP G, n° 17, 2016, act. 508, G. GONZALEZ). En l'espèce, il s'agissait de la mort d'une personne prise pour un terroriste potentiel par des agents d'intervention londoniens. La requérante fait alors grief d'un manque d'effectivité concernant l'enquête nationale quant au caractère spécifique de l'usage de la force ainsi que sur la possibilité concrète d'aboutir à l'identification des responsables et de les sanctionner.

leur législation interne afin que l'obligation d'enquête, imposée par sa jurisprudence, soit respectée. Parmi ces mesures, on retrouve des exigences éparses portant sur les personnes en charge de l'enquête²³⁰⁸, sur son caractère « adéquat »²³⁰⁹, sur l'accessibilité des familles à l'enquête et sa divulgation²³¹⁰, ou encore sur la conduite de la procédure pénale²³¹¹. Malgré le détail de cette grille d'analyse, le juge adopte en l'espèce une position en trompe-l'œil. Bien qu'il reconnaisse que le décès ait été provoqué par des défaillances institutionnelles – et non individuelles – sa motivation penche nettement en faveur de la décision prise par le procureur national²³¹². Parvenant en conséquence au constat de la non-violation de l'article 2, la Cour fait en l'occurrence le choix critiqué d'une subsidiarité complaisante. À notre sens, cette affaire démontre surtout l'absence de systématisation entre le contrôle abstrait et la détermination d'un encadrement législatif adapté à la résorption de la violation constatée, à demi-mots, dans la législation interne.

473. Au surplus, on observe que la coloration « intrusive » du contrôle objectif s'estompe dès lors que la législation litigieuse touche à un domaine sensible ou particulier. Par exemple, les préconisations de la Cour se révèlent quasi inexistantes en matière de droit de vote pour les détenus, puisque chaque État demeure libre d'adopter sa législation en la matière. De la sorte, seules l'absence de privation automatique et la nécessité de la motivation judiciaire de la décision portant interdiction suffisent à ce que le système étatique soit compatible avec les exigences inhérentes à l'article 3 du Protocole n° 1²³¹³. Par conséquent, elle reste attentive aux éventuelles disparités nationales et donc au respect d'une certaine marge d'appréciation.

474. Enfin, la mise en oeuvre du contrôle *in abstracto* est vectrice d'une revalorisation du contrôle européen sur l'office du juge national pleinement compatible avec la mutation actuelle du principe de « subsidiarité-complémentarité »²³¹⁴. En effet, la supervision du respect des

²³⁰⁸ *Ibid.*, §232.

²³⁰⁹ *Ibid.*, §232.

²³¹⁰ *Ibid.*, §§235-236.

²³¹¹ Notamment au regard des exigences de célérité et de diligence raisonnable, *ibid.*, §§ 237-249.

²³¹² *Ibid.*, §§284-286.

²³¹³ CEDH, Gde. Ch., 22 juin 2012, *Scoppola c. Italie (n° 3)*, req. n° 126/05, §§97-102. *A contrario*, voy. CEDH, 21 mai 2019, *G.K. c. Belgique*, req. n° 58302/10, §§53-65 (RTDH, 2019, n° 120, note. T. GAUDIN).

. En l'espèce, si la Cour reconnaît une « ample marge d'appréciation » et que le refus d'accepter la renonciation à un mandat parlementaire poursuit « la garantie de la sécurité juridique dans le processus électoral », elle constate l'imprécision de la loi nationale litigieuse sur les garanties procédurales offerte pour apprécier avec suffisamment de précision la démission du parlementaire, constant *in fine* la violation de l'article 3 du Protocole n° 1, voy. également l'opinion dissidente de la juge MOUROU-VIKSTRÖM jointe à l'arrêt. Même s'il s'agit d'un « simple » arrêt de Chambre, il traduit un certain durcissement jurisprudentiel qui pourrait tendre vers une diminution progressive de la marge nationale d'appréciation en matière électorale.

²³¹⁴ *Supra*, n° 283- 284.

droits conventionnels par le juge européen s'articule positivement avec la « primarité » du juge national. En vertu de l'article 19, la Cour a seulement pour tâche « *d'assurer le respect des engagements résultant de la Convention pour les États contractants* »²³¹⁵. Ceci qui explique qu'elle se fonde sur l'interprétation du juge national pour apprécier au mieux la prévisibilité matérielle ou procédurale de la loi²³¹⁶. Faisant preuve toutefois de pragmatisme, elle reconnaît également qu'une « *erreur manifeste d'appréciation de la part du juge national peut aussi découler d'une mauvaise interprétation de la jurisprudence de la Cour* »²³¹⁷. Partant, l'édiction de mesures détaillées pallie ces éventuelles erreurs interprétatives sans forcément outrepasser son office. En effet, le juge national peut s'appuyer sur ces dernières pour interpréter une loi ou pour éliminer une éventuelle inconventionnalité provenant de la loi nationale²³¹⁸. La légistique conventionnelle exclut toute idée de hiérarchisation entre les prétoires, mais promeut au contraire l'idée d'une « *collaboration* » entre les juges nationaux et européens²³¹⁹. L'accroissement de la sécurité juridique des États débouche dans le même temps sur une revalorisation indirecte (car préventive) des sécurités juridiques subjectives²³²⁰.

2°) La prévention indirecte des sécurités juridiques subjectives

475. Si l'objectivisation aboutit dans de rares hypothèses à entériner l'intérêt individuel pour la poursuite d'intérêts objectifs²³²¹, elle n'est pas incompatible avec sa protection. Elle vise simple à une protection médiata et élargie de leurs intérêts. C'est d'ailleurs la logique qui sous-

²³¹⁵ En vertu de l'article 19 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *Afin d'assurer le respect des engagements résultant pour les hautes parties contractantes la présente Convention et de ses protocoles, il est institué une Cour européenne des droits de l'homme [...]. Elle fonctionne de façon permanente* ».

²³¹⁶ *Supra*, n°256 et 277.

²³¹⁷ CEDH, Gde. Ch. 29 mars 2006, *Cocchiarella c. Italie*, req. n° 64886/01, §82.

²³¹⁸ « *La fonction de décision confiée aux juridictions sert précisément à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes, en tenant compte des évolutions de la pratique quotidienne* », CEDH, Gde., Ch., 15 novembre 1996, *Cantoni c. France*, req. n° 17862/91, §32.

²³¹⁹ B. PASTRE-BELDA, La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits, *op. cit.*, p. 262. Le Professeur Sébastien TOUZE parvient également au constat d'une logique collaborative qui serait une résurgence des racines internationales du mécanisme conventionnel, S. TOUZE, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant-Némésis, Bruxelles, 2014, p. 59-86, spéc. p. 62.

²³²⁰ En « *opérant à travers une approche objective en apparence, c'est toutefois une finalité subjective qui est in fine poursuivie : la prévention des violations individuelles susceptibles de se concrétiser dans l'ordre juridique interne des États Parties* », *ibid.*, p. 61-76.

²³²¹ C'est hypothèse de l'arrêt *Evans contre Royaume-Uni*, dans lequel la Cour neutralise volontairement les intérêts de sécurités juridiques individuelles pour entériner la protection de la sécurité juridique objective de l'État partie, CEDH, Gde. Ch., 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, req. n° 6339/05, Rec. 2007-I, §70 (RDSS, 2007, 810, note D. ROMAN).

tend la procédure de l'arrêt pilote dans la mesure où elle vise à assurer « *une réparation et un redressement à toutes les victimes – passées, actuelles et futures – de la violation systémique relevée* »²³²². Dans cette optique, le contrôle abstrait préserve à la fois la sécurité juridique du requérant au cas d'espèce (a) et, plus largement, celle des requérants *ex casu* (b).

a- La protection principale de la sécurité juridique du requérant *in casu*

476. Contrairement aux apparences, le recours au contrôle abstrait sert les intérêts des justiciables en élargissant le prétoire aux victimes dites potentielles. Si en principe « *l'article 34 ne peut être invoquée aux fins de l'introduction d'une requête de type actio popularis, ni servir de fondement à une plainte in abstracto selon laquelle une loi enfreint la Convention* »²³²³, la Cour relève qu'une loi peut « *violier les droits d'un individu s'il en subit directement les effets, en l'absence de mesure spécifique d'exécution* »²³²⁴. De la sorte, elle s'accapare la possibilité de déroger « *à son approche générale déniaut aux particuliers tout contrôle in abstracto d'une loi [...] afin d'éviter que de pareilles mesures [...] n'échappent au contrôle des autorités nationales et de la Cour* »²³²⁵. En vérifiant le degré de sécurité juridique objective de la loi nationale, le juge préserve *in fine* la sécurité juridique du requérant. Dans l'affaire *Roman Zakharov*²³²⁶, le juge considère que « *la menace de surveillance [...] constitue [...] pour chaque usager ou usager virtuel, une atteinte directe au droit garanti par l'article 8* ». L'arbitraire élevé du contentieux des surveillances secrètes impose alors « *de déroger à la règle selon laquelle les particuliers n'ont pas le droit de se plaindre d'une loi in abstracto. En pareil cas, la personne concernée n'a pas besoin d'établir l'existence d'un risque que des mesures de surveillance secrète lui aient été appliquées* »²³²⁷. Il assouplit donc la condition de recevabilité *ratione materiae* en ouvrant le prétoire à un nombre plus important de requérants, qui voient désormais leur litige passé sous le contrôle de conventionnalité strasbourgeois.

477. Sur l'examen au fond, l'usage « neutralisant » ou « atténué » du contrôle abstrait sur l'appréciation *in concreto* présente l'avantage de renforcer l'effectivité des droits du requérant

²³²² CEDH, Gde. Ch., 12 décembre 2017, *Burmych et autres c. Ukraine (radiation)*, req. n° 46852/13, 47786/13, 54125/13 et suiv., §197 (JCP G, 2018, doct. 34, chron. F. SUDRE).

²³²³ CEDH, Gde. Ch., 4 décembre 2015, *Roman Zakharov c. Russie*, req. n° 47143/06, §153 (GACEDH, 2019, n° 40).

²³²⁴ CEDH, Ch., 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, req. n° 5029/71, série A. 28, §33 (JDI, 1980, 463, obs. P. ROLLAND).

²³²⁵ CEDH, 18 mai 2010, *Kennedy c. Royaume-Uni*, req. n° 26839/05, §124.

²³²⁶ CEDH, Gde. Ch., 4 décembre 2015, *Roman Zakharov c. Russie*, req. n° 47143/06 (GACEDH, 2019, n° 40).

²³²⁷ *Ibid.*, §153 (souligné par nous).

sans se placer – du moins frontalement – sur le terrain de l’opportunité législative²³²⁸. Cette stratégie prétorienne réside dans la constatation d’une absence de qualité formelle ou procédurale emportant automatiquement la violation de la disposition conventionnelle. La Cour fait ainsi l’économie d’un contrôle concret supplémentaire sur la situation du requérant²³²⁹. Si cette dynamique jurisprudentielle est présente en matière de non-discrimination²³³⁰ ou de liberté religieuse²³³¹, elle est particulièrement explicite en matière d’expropriation indirecte. Si le juge européen tente d’« amadouer » les États parties en énonçant qu’il n’a pas statué *in abstracto* sur sa nécessité, il rappelle ensuite que « le principe de légalité signifie l’existence de normes de droit interne accessibles, précises et prévisibles »²³³². Suspicieux en qu’il « permet à l’administration de tirer bénéfice d’une situation et l’effet duquel le particulier se trouve devant le fait accompli »²³³³, la conventionnalité de ce mécanisme est incidemment remise en cause à l’aune de ses répercussions sur la protection des droits et la sécurité juridique des requérants en l’espèce²³³⁴. De surcroît, la diffusion d’un contrôle abstrait étend la portée du contrôle de la

²³²⁸ Loin d’être limitée au prétoire strasbourgeois, l’absorption du contrôle *in concreto* dans le contrôle *in abstracto* est une pratique courante dans la jurisprudence administrative dès lors que l’intérêt général poursuivi par le législateur touche à un domaine sensible ou absolu. Comme l’explique le conseiller d’État Mattias GUYOMAR dans ses observations sur l’arrêt *Molénat* relatif à l’anonymat de don de gamètes : « la compétence liée dans laquelle se trouve l’administration pour refuser toute communication de données repose sur un motif d’intérêt général dont le caractère absolu renvoie à une conception du corps humain qui s’impose à chacun indépendamment de sa situation personnelle et qui est, par là même, insusceptible de céder devant quelque circonstance que ce soit. [...] La validité de la norme d’interdiction absolue, constatée *in abstracto*, ne laisse ainsi aucune place à l’exercice d’un contrôle concret voué, dans ces conditions, à l’échec », CE, 28 décembre 2017, *Molénat*, n° 396571 (*Gaz. Pal.*, 2018, p. 20, obs. M. GUYOMAR ; *RDLF*, 2018, obs. X. DUPRE DE BOULOIS ; *AJDA*, 2018, 497, comm. S. ROUSSEL et C. NICOLAS).

²³²⁹ M. AFROUKH, Le contrôle de conventionnalité *in concreto* est-il vraiment « dicté » par la Cour européenne des droits de l’homme ?, *RDLF*, 2019, chron. n° 4.

²³³⁰ « La Cour estime important de circonscrire l’objet de la présente affaire. Le grief des requérants ne porte pas *in abstracto* sur l’obligation générale de l’État grec de prévoir en droit interne une forme de reconnaissance juridique des relations entre personnes homosexuelles [...]. La question posée est de savoir si l’État grec pouvait en l’espèce, au regard des articles 14 et 8 de la Convention, édicter une loi instituant à côté de l’institution du mariage un nouveau système de partenariat enregistré à destination des couples non mariés, en limitant cette possibilité aux couples de sexe opposé, à l’exclusion de ceux de même sexe », CEDH, Gde. Ch., voy. CEDH, Gde. Ch., 7 novembre 2013, *Vallianatos c. Grèce*, req. n° 29381/09 et 32684/09, Rec. 2013-VI, §75 (*JCP G* 2013, act. 1281, F. SUDRE).

²³³¹ CEDH, 3 juin 2010, *Dimitras et autres c. Grèce*, req. n° 42837/06, 3237/07, 3269/07, 35793/07 et 6099/08 (*AJDA*, 2010, note J-F. FLAUS).

²³³² CEDH, 10 mai 2000, *Carbonara et Ventura c. Italie*, req. n° 24638/94, Rec. 2000-VI, §64 ; voy. également CEDH, 30 mai 2000, *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italie*, req. n° 31524/96, Rec. 2000-VI, §§57-59.

²³³³ *Ibid.*, §66.

²³³⁴ « Au vu de tous ces éléments, la Cour estime que le mécanisme de l’expropriation indirecte n’est pas apte à assurer un degré suffisant de sécurité juridique », CEDH, 17 mai 2005, *Scordino c. Italie* (n° 3), req. n° 43662/98, Rec. 2006-V, §94. La défaillance structurelle et persistance de la privation de bien au titre de ce mécanisme la Cour a incité à mettre en place un « faux arrêt pilote » en 2007, dans lequel elle énonce le besoin urgent d’adopter des mesures générales pour garantir la réparation *in intergrum* des biens expropriés sans avoir recours à cette procédure, CEDH, 6 mars 2007, *Scordino c. Italie* (n° 3), req. n° 43662/98, Rec. 2006-V, §§15-16. Pour de détails sur ces « faux arrêts pilotes », voy. notamment M. AFROUKH, La Cour européenne des droits de l’homme et l’exécution de ses arrêts, *RDLF*, 2012, chron. n° 5.

légalité pour des dispositions conventionnelles non conditionnelles en faveur d'une meilleure effectivité des droits conventionnels²³³⁵. En effet, la Cour interpelle fréquemment les États parties sur la nécessité de se doter d'une législation claire et précise, que ce soit par exemple pour assurer une meilleure adéquation entre le comportement des agents de l'État et le caractère excessif du recours à la force meurtrière²³³⁶, ou encore pour commander l'instauration d'un cadre légal concourant à la « *criminalisation et la répression effective de tout acte sexuel non consensuel* »²³³⁷.

478. L'évidence de sécurisation subjective est sujette à caution pour ce qui est de l'arrêt pilote. Le gel des requêtes similaires engendre une suspension de la procédure, qui occasionne dans le même temps une suspension de la sécurisation juridique subjective²³³⁸. Ce « *facteur temps* »²³³⁹ se révèle source d'insécurité juridique. D'abord, elle est subordonnée à la bonne exécution des mesures individuelles par l'État défendeur²³⁴⁰. Ensuite, elle rallonge la durée de la procédure en contrevenant aux impératifs de la célérité et de la bonne administration de la justice²³⁴¹, impératifs qui sont connexes celui de la sécurité juridique. Enfin, le contrôle pratiqué par la Cour donnerait lieu à une protection *a minima* des droits conventionnels²³⁴². Vécue comme une injustice pour le requérant *in casu*, cette suspension nous paraît cependant essentielle pour assurer la sécurisation de la norme conventionnelle²³⁴³. Temporaire, elle laisse le temps adéquat et nécessaire à l'État parti d'exécuter pleinement et effectivement les mesures préconisées par la Cour²³⁴⁴. En dépit de ses points d'ombres, la « *marginalisation* »²³⁴⁵ du

²³³⁵ M. AFROUKH, « Le contrôle de la norme nationale par la Cour européenne des droits de l'homme », in E. BONIS (dir.) et V. MALABAT (dir.), *La qualité de la norme. L'élaboration de la norme*, Mare & Martin, Paris coll. « Droit & Science politique », 2016, p. 299-312, spéc. p. 308.

²³³⁶ CEDH, Gde. Ch., 20 décembre 2004, *Makaratzis c. Grèce*, req. n° 50385/99, Rec. 2004-XI, §51. Le contrôle d'adéquation découle de l'exigence de cohérence qui dérive elle-même de l'obligation de prévisibilité matérielle. Pour plus de développements, voy. *supra*, n° 278.

²³³⁷ CEDH, 4 décembre 2003, *M.C. c. Bulgarie*, req. n° 39272/98, Rec. 2003-XII, §166.

²³³⁸ Cet effet s'assimile à une forme de modulation jurisprudentielle, *infra*, n° 844.

²³³⁹ P. DUCOULOMBIER, « "Arrêts pilotes" et efficacité des nouveaux recours internes », in P. DOURNEAU-JOSETTE (dir.) et E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *Quels filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme ?*, Conseil de l'Europe, Hors collection, 2011, p. 255-292, spéc. p. 286.

²³⁴⁰ Ce fut l'hypothèse soulevée par l'arrêt *Burmych* (CEDH, Gde. Ch., 12 décembre 2017, *Burmych et autres c. Ukraine (radiation)*, req. n° 46852/13, 47786/13, 54125/13 et suiv. (*JCP G*, 2018, doct. 34, chron. F. SUDRE). Pour plus de développements sur cette affaire voy. notamment *infra*, n° 859.

²³⁴¹ Sur ce constat, P. DUCOULOMBIER, « "Arrêts pilotes" et efficacité des nouveaux recours internes », *op. cit.*, p. 268 ; D. SZYMCZAK, 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, p. 1111.

²³⁴² F. SUDRE, L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 924 et suiv.

²³⁴³ *Infra*, n° 820.

²³⁴⁴ *Infra*, n° 824.

²³⁴⁵ J-F. FLAUSS, Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme, *AJDA*, 2010.

contrôle concret engendre globalement des effets bénéfiques sur la sécurité juridique des requérants *in casu*. Le même constat se retrouve pour la sécurité des requérants potentiels.

b- La protection secondaire de la sécurité juridique des requérants potentiels et futurs

479. L'amélioration du cadre législatif assure une conformité durable avec le droit conventionnel. Le dépassement du seul cas d'espèce enclenche une objectivisation des effets de l'arrêt dans l'intérêt des requérants potentiels²³⁴⁶. La saga jurisprudentielle relative à l'égalité successorale entre les enfants en est un exemple significatif. En suggérant que le Code civil belge présente une inconventionnalité résultant d'une différence patente entre les enfants « naturels » et « légitimes », le juge européen invite prospectivement l'État défendeur (ainsi que les États parties) à modifier sa législation pour prévenir de potentielles violations. L'argument de la Cour est alors d'assurer la sécurisation préventive du droit interne²³⁴⁷. C'est pourquoi elle insère l'égalité des enfants en matière successorale dans les valeurs de l'ordre public européen, traduisant également une sécurisation plus globale pour l'effectivité du droit de la Convention. Pareillement, l'obligation étatique de prévention de la répétition de l'illicite accentue l'effet *erga omnes* des arrêts et décisions rendues par la Cour européenne à des fins de préservation des violations potentielles. C'est la lecture qui peut être faite de l'arrêt *Fabris contre France*²³⁴⁸, en particulier lorsqu'elle rappelle à l'État l'obligation de prévenir « avec diligence de nouvelles violations semblables à celles constatées dans les arrêts de de la Cour, entraînant l'obligation pour le juge national, d'assurer, conformément à son ordre constitutionnel et dans le respect du principe de sécurité juridique, le plein effet des normes de la Convention »²³⁴⁹. C'est également le raisonnement sous-jacent à la procédure de l'arrêt pilote. En effet, « l'une des conditions fondamentales pour l'application de cette procédure étant que l'appréciation [...] de la situation dénoncée [...] s'étende nécessairement au-delà des seuls intérêts du ou des requérants dont il s'agit et commande à la Cour d'examiner

²³⁴⁶ S. TOUZE, « Intérêt de la victime et ordre public européen », *op. cit.*, p. 70.

²³⁴⁷ C'est ce que précise le juge par anticipation dans l'arrêt *Marckx* : « La Cour n'a pas à se livrer à un examen abstrait des textes législatifs incriminés : elle recherche si leur application aux requérantes cadre ou non avec la Convention [...] Sans doute sa décision produira-t-elle fatalement des effets débordants dans les limites du cas d'espèce, d'autant que les violations relevées ont leurs sources immédiates dans lesdits textes et non dans les mesures individuelles d'exécution », CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §58 (*GACEDH*, 2019, n° 51).

²³⁴⁸ CEDH, Gde. Ch. 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n° 16574/08, Rec. 2013-I, §66 (*JCP G*, 2013, act. 242, obs. F. SUDRE).

²³⁴⁹ *Ibid.*, §75.

l'affaire sous l'angle des mesures générales devant être prises dans l'intérêt des autres personnes potentiellement touchées »²³⁵⁰. Finalement, en effectuant une sorte de « contrôle du contrôle » du juge national, la Cour s'arrogue un droit de regard de plus en plus directionnel sur les législations étatiques. Les mécanismes de légistique procédurale aident l'État défaillant à réparer et à faire cesser l'illicite conformément à ses obligations conventionnelles qui gagnent en prévisibilité et donc en sécurité juridique. Elles prennent part également à une logique préventive du contentieux européen à l'encontre des violations potentielles et/ou répétitives. Amenant un seuil plus élevé de sécurité juridique objective au niveau interne, le contrôle abstrait fortifie intrinsèquement les sécurités juridiques individuelles.

480. En revanche, la procédure de l'arrêt pilote appelle un raisonnement plus nuancé pour ce qui est des requérants similaires ou potentiels²³⁵¹. En effet, le gel des requêtes, consécutif à son prononcé, ne s'applique pas seulement à la requête du requérant *in casu* mais aussi à l'ensemble des affaires similaires. En soi, la suspension ne porte pas atteinte à leur sécurité juridique subjective dans la mesure où son respect sera effectif. Cependant, elle le conditionne à une date ultérieure, c'est-à-dire au moment où l'État partie aura mis à exécution les mesures générales préconisées par la Cour. Cette suspension peut néanmoins contrevenir à l'effectivité des droits. La Professeure Peggy DUCOULOMBIER dresse à ce titre trois conséquences majeures pour la protection des droits fondamentaux²³⁵². *Primo*, la suspension suscite un sentiment d'injustice chez ces derniers car elle paraît accorder une « récompense » à l'État qui est à l'origine de la violation systématique. *Secundo*, elle entraîne une inégalité de traitement entre les requérants potentiels, d'abord en comparaison avec le requérant *in casu* alors qu'ils se situent dans une situation similaire, mais aussi avec les requérants d'autres États qui bénéficieraient par extension de cette procédure. *Tertio*, la redirection des requérants vers les voies de recours internes diminue l'intensité de l'examen menée sur celles-ci. Cela s'explique notamment par le fait que l'effectivité des voies de recours sera examinée dans une décision de recevabilité. Ce n'est pas faute pour l'auteur de rappeler que leur droit à indemnisation en réparation de la violation subie repose entièrement sur leur effectivité. Là encore, si le risque d'ineffectivité est criant, l'exécution à terme de l'arrêt devrait pallier cette contrainte. Sécurité

²³⁵⁰ CEDH, Gde. Ch., 26 juin 2016, *Kurić c. Slovénie*, req. n° 26928/06, §413 (souligné par nous).

²³⁵¹ Une fois que l'arrêt est exécuté, les requérants potentiels deviennent des requérants ordinaires en se saisissant des voies de recours disponibles en interne. Par ailleurs, le dégel de la procédure en cas d'inexécution de l'arrêt ou lorsque le délai est arrivé à son terme transforme également les requérants potentiels en requérants ordinaires, ce qui n'est pas sans susciter quelques inquiétudes quant à l'objectif de désengorgement du prétoire strasbourgeois, voy. sur ce questionnement *infra*, n° 732 et 734.

²³⁵² P. DUCOULOMBIER, « "Arrêts pilotes" et efficacité des nouveaux recours internes », *op. cit.*, p. 267 et suiv.

juridique, légalité et effectivité des droits marcheront de nouveau dans un même pas, sous réserve que l'État partie se montre digne de cette « récompense »²³⁵³. À la différence de l'arrêt *Fabris*, la procédure de l'arrêt pilote place le requérant *in casu* dans une précarité individuelle, car sa situation reste assujettie à la modification ultérieure du cadre légal²³⁵⁴. La protection de sa sécurité juridique *casu* apparaît souvent « sacrifiée » pour protéger celle des requérants potentiels. Une protection concomitante des sécurités juridiques subjectives (celle du requérant *in casu* et les requérants potentiels) renforcerait la synergie entre sécurité juridique et effectivité des droits²³⁵⁵.

*

* *

481. Suivant une « sécurité juridique méthodique »²³⁵⁶, la Cour procède dans l'ensemble une articulation complémentaire des contrôles concret et abstrait qui concorde pleinement non seulement avec son office²³⁵⁷, mais surtout avec la pluralité de sécurités juridiques qui soutient le droit de la Convention. Cette articulation s'avère d'autant plus indispensable qu'elle pallie, par des effets mutuels de temporisation, les carences intrinsèques de chaque contrôle. L'individualisation induite par le contrôle *in concreto* fait office de rééquilibrage dans la conciliation des sécurités juridiques individuelles et étatiques. Agissant comme des correcteurs multifonctionnels (compensateurs, rectificateurs, intensificateurs) les dérivés objectifs et subjectifs réparent d'éventuelles ruptures entre ces deux intérêts. Sans aller jusqu'à consacrer « un droit à l'adaptabilité du droit »²³⁵⁸ au profit des requérants, elle replace cette conciliation

²³⁵³ En évitant notamment d'entraver ou de refuser l'exécution de l'arrêt pilote, *infra*, n° 729 et 857.

²³⁵⁴ S. TOUZE, « Intérêt de la victime et ordre public européen », *op. cit.*, p. 76.

²³⁵⁵ À condition que la Cour décide de préserver l'effet utile pour le requérant au cas d'espèce par l'adoption de mesures générales spécifiques, voy. *infra*, n° 806, n° 820 et n° 824.

²³⁵⁶ P. DEUMIER, Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode, *RTD Civ.*, 2016, p. 578.

²³⁵⁷ L'ambivalence des contrôles s'exprime dès les premiers pas de sa jurisprudence, notamment dans l'arrêt *Irlande contre Royaume-Uni* dans lequel la Cour affirme que « ses arrêts servent non seulement 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 États, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes », CEDH, Plén., 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71, série A. 25, §154 ((*JDI*, 1980, 449, obs. P. ROLLAND). Elle est donc l'expression de la distorsion de l'office d'un juge « écartelé » entre sa mission de « faire le droit » (subjectivisation) et celle de « faire la justice » (objectivisation). Sur les mutations de l'office du juge, notamment sur la constitutionnalisation, voir *infra*, n° 841 et suiv.

²³⁵⁸ P. RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, *op. cit.* p. 596.

au cœur des prétoires nationaux en faveur de ces derniers²³⁵⁹. Toutefois, un recours exclusif au contrôle concret constitue une source importante d'insécurité juridique et de fragmentation dans les standards de protection²³⁶⁰. Le développement d'une justice d'équité nuit à la sécurité juridique objective²³⁶¹. Le contrôle *in abstracto* vient alors temporiser les effets négatifs de la subjectivisation par l'objectivisation et l'accroissement du volet préventif de la sécurité juridique. Sa systématisation dans le paysage jurisprudentiel²³⁶² met ainsi en lumière une mutation vers un contrôle européen « *rémedial* »²³⁶³, qui fait écho au concept de la responsabilité partagée et du partenariat législatif qui en dérive. Ce faisant, cette évolution serait consécutive aux mutations actuelles du principe de subsidiarité²³⁶⁴. La construction de préconisations procédurales est topique de cette transformation. En effet, elle atteste d'un contrôle curatif de la législation inconventionnelle, qui se répercute positivement sur la préservation de la sécurité juridique des acteurs conventionnels. Plus largement, ce contrôle *rémedial* protège, à titre préventif, la sécurité juridique *in globo* en préservant la garantie collective des droits conventionnels²³⁶⁵. De ce fait, le contrôle *in abstracto* consolide les sécurités juridiques qui faisaient défaut lors du seul examen du contrôle *in concreto*.

482. Néanmoins, il convient de garder à l'esprit que l'excès d'abstraction présente des effets tout aussi pernicieux que celui d'un excès de concrétisation. Comme le fait remarquer le Professeur Xavier DUPRE DE BOULOIS « *le contrôle in abstracto, parce qu'il amène le juge à appréhender la norme dans sa seule dimension générale et impersonnelle, ne permet pas de saisir l'ensemble des différentes situations concrètes qui entrent dans son champ d'application. L'intérêt du contrôle in concreto est justement de réintégrer les faits dans l'appréciation de la*

²³⁵⁹ *Infra*, n° 412 et n° 431.

²³⁶⁰ *Infra*, n° 553 et suiv.

²³⁶¹ Cette perte de sécurité juridique objective est notamment l'un des arguments justifiant les réticences du juge national à basculer vers la concrétisation de son contrôle de conventionnalité, L. DUTHILLET DE LAMOTHE, Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas ?*, *op. cit.*, p. 1398.

²³⁶² M. AFROUKH, Le contrôle de conventionnalité *in concreto* est-il vraiment "dicté" par la Cour européenne des droits de l'homme ?, *RDLF*, 2019, chron. n° 4.

²³⁶³ Pour rappel, la Professeure Samantha BESSON le définit comme une « *intrusion croissante du contrôle européen dans la spécification des responsabilités de l'État suite à une violation de la CEDH* », S. BESSON, « L'évolution du contrôle européen : vers une subsidiarité toujours plus subsidiaire », *op. cit.*, p. 74. Pour plus de développements, voy. *supra*, n° 283.

²³⁶⁴ « *Il existerait, bien au contraire, un risque important de "subsidiarité de la subsidiarité" par le développement d'un contrôle européen qui préviendrait, puis remédierait à la fois aux violations des droits de l'homme au lieu d'en contrôler la conventionnalité des restrictions, puis des remèdes uniquement* », *ibid.*, p. 61.

²³⁶⁵ « *Le caractère objectif desdits engagements apparaît également dans le mécanisme érigé dans la Convention pour en garantir le respect ; que ce mécanisme [...] repose sur le concept d'une garantie collective, par les États contractants, des droits et libertés définis par la Convention ; [...] qu'un État contractant, lorsqu'il saisit la Commission en vertu de l'article 24, ne doit pas être considéré comme agissant pour faire respecter ses droits propres, mais plutôt comme soumettant à la Commission une question qui touche à l'ordre public de l'Europe* », Com. EDH, *Autriche c. Italie*, 11 janvier 1961, req. n° 788/60, Rec. 7.

conventionnalité, ou, plus concrètement, de saisir la norme au stade de son application en tenant compte des données au litige »²³⁶⁶. Finalement, la question n'est pas tant la complémentarité que l'articulation des contrôles qui peut se révéler source d'ineffectivité²³⁶⁷, en particulier si l'un venait à neutraliser l'exercice du second²³⁶⁸. C'est pourquoi la complémentaire des contrôles se révèle indispensable pour maintenir la synergie entre sécurité juridique et effectivité.

483. Cette synergie est d'autant plus difficile à préserver que la légalité se veut également temporelle. La protection de l'effectivité des droits fondamentaux repose également sur le maintien de la stabilité des relations juridiques et, par conséquent, sur la régulation des conflits intrinsèques du contrôle de la légalité matérielle avec de la légalité temporelle.

²³⁶⁶ X. DUPRE DE BOULOIS, Contrôle de conventionnalité *in concreto* : à quoi joue le Conseil d'État ? (CE, 28 décembre 2017), *RDLF*, 2018, chron. n° 4.

²³⁶⁷ « Si le considérant de principe place les deux contrôles sur un même plan, la décision semble ensuite marquer une forme de priorité du contrôle *in abstracto* sur le contrôle *in concreto* : ce n'est que si la loi n'est pas totalement ou en partie inconstitutionnelle qu'une seconde chance est donnée au moyen du requérant, le juge acceptant de faire une exception à la conventionnalité de la loi », L. DUTHILLET DE LAMOTHE, Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ?, *AJDA*, 2016, p. 1398.

²³⁶⁸ M. AFROUKH, Le contrôle de conventionnalité *in concreto* est-il vraiment « dicté » par la Cour européenne des droits de l'homme ?, *RDLF*, 2019, chron. n° 4.

SECTION II : LA REGULATION DU CONTROLE DE LA LEGALITE MATERIELLE AVEC LA LEGALITE TEMPORELLE

484. Traumatique pour le justiciable, la rétroactivité est souvent ressentie comme un drame pour la stabilité des prévisions juridiques. C'est pourquoi « *si la sécurité juridique signifie [...] stabilité dans la vie juridique, et si l'on considère que la jurisprudence participe, au même titre que la loi, à cette vie juridique [...], l'exigence de sécurité juridique devrait guider les juridictions suprêmes dans la préservation de la stabilité de leur édifice jurisprudentiel respectif* »²³⁶⁹. Cependant, le droit n'est pas éternel et de telles ruptures juridiques peuvent se justifier par sa désuétude. En sauvegardant la sécurité juridique objective interne, la rétroactivité apparaît davantage comme une vertu synonyme de pérennité médiate de la règle de droit²³⁷⁰. C'est donc pour contrer cette instabilité juridique que la sécurité juridique s'érige comme un principe de régulation pour résoudre les conflits entre les volets matériels et temporels de la légalité. Une fois n'est pas coutume, la régulation porte sur les conflits liants les intérêts antagonistes de sécurités juridiques : celui de l'État partie à faire évoluer son droit ou sa jurisprudence pour maintenir leur viabilité, et celui de l'individu à voir sa stabilité juridique préservée et ses droits fondamentaux respectés. En d'autres termes, l'objectif donc de concilier « *la sécurité juridique, qui tend à stabiliser le passé, et le respect de la légalité, voire du progrès nécessaire du droit* »²³⁷¹. Jouant le rôle d'un « canalisateur » des répercussions temporelles, le principe de sécurité juridique assure la résolution des conflits issus à la fois de la rétroactivité des lois (1§) et de la jurisprudence nationale (2§), susceptible de porter atteinte à leurs droits et libertés conventionnelles.

1§) La résolution des conflits issus de la rétroactivité législative

485. La rétroactivité des lois nationales donne lieu à une régulation difficile entre la sécurité juridique objective (incarnée par la légalité temporelle) et la sécurité juridique subjective (protectrice de la stabilité des situations juridiques). Sa résolution est d'autant plus ardue que la Cour européenne doit trancher ces conflits de manière à assurer *in fine* une protection effective

²³⁶⁹ K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit & Justice », 2009, n° 79, p. 279.

²³⁷⁰ *Infra*, n° 643 et suiv.

²³⁷¹ F. OST, *Le temps du droit*, Éd. Odile Jacob, Paris, 1999, p. 149.

des droits conventionnels. Dans cette optique, elle suit une approche différente selon la nature de la loi litigieuse en l'espèce. Concernant d'abord les lois civiles, le juge admet volontiers leur conventionnalité au titre des articles 6 et 1^{er} du Protocole n° 1. Il affirme en ce sens que « *le pouvoir législatif n'est pas empêché de régler en matière civile par de nouvelles dispositions à portée rétroactive* »²³⁷². Faisant le choix de la légalité temporelle sur la légalité matérielle, leur rétroactivité prévaut donc, par principe, sur la stabilité des rapports juridique, même si cette prédominance varie en pratique selon la nature de la loi civile (A). À l'inverse, alors que l'article 7§1 prohibe la rétroactivité des lois pénales²³⁷³ et induit subséquemment la primauté de la légalité matérielle sur la légalité temporelle, ce dernier se pare d'exceptions textuelle et prétorienne qui, en dépit des apparences, convergent vers une articulation positive entre les sécurités juridiques et la protection des droits fondamentaux (B).

A- La prévalence contrastée de la rétroactivité des lois civiles sur la stabilité des rapports juridiques

486. Originellement, la Cour exerce un contrôle drastique sur les lois de validation pour éviter les risques d'arbitraire²³⁷⁴. La prévalence de la rétroactivité sur la légalité matérielle s'en trouve donc effective (1°). En revanche, le contentieux spécifique des lois fiscales s'inscrit dans une dynamique inverse. Abstraction faite d'une protection circonscrite au respect de l'autorité de chose jugée, la régulation des conflits entre les légalités matérielle et temporelle s'effectue nettement en faveur de la rétroactivité législative (2°).

²³⁷² CEDH, 25 mai 2004, *OGIS-Institut Stanislas, Ogec St. Pie x et Blanche de Castille et autres c. France*, req. n° 42219/98 et 54563/00, §61.

²³⁷³ En vertu de l'article 7§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise* ».

²³⁷⁴ Depuis son arrêt de principe, la Cour affirme constamment que « *le principe de la prééminence du droit et de la notion de procès équitable [...] s'opposent à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influencer sur le déroulement judiciaire* », CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzales et autres c. France*, req. n° 24846/94, 34165/96 et 34173/96, §57 (*GACEDH*, 2019, n° 29).

1°) Une prépondérance peu effective dans le contentieux des lois de validation

487. Symptomatique de l'inflation des lois²³⁷⁵, la validation législative se définit comme une « loi adoptée par le Parlement pour conforter a posteriori une situation juridiquement contestable de manière à la rendre définitive et insusceptible d'annulation »²³⁷⁶. Emblème par excellence d'un pouvoir législatif arbitraire qui impose sa volonté au pouvoir judiciaire, ce mécanisme est précédé d'une réputation négative²³⁷⁷ sans doute excessive. En effet, les lois de validation ont pour objectif de combler les vides législatifs ou de fournir un élément interprétatif au service du juge pour redresser d'éventuelles divergences répétitives qui menaceraient la stabilité des rapports juridiques²³⁷⁸. Sans dénier tout arbitraire à cette pratique législative, elles présentent, du point de vue de cette étude, une certaine utilité, car elles sont vectrices de sécurité juridique objective.

488. La plupart des études consacrées à cette thématique associe le contrôle conventionnel de leur rétroactivité au principe de sécurité juridique²³⁷⁹. Or, cette union nous semble erronée²³⁸⁰ car ni les arrêts de la Cour ni les décisions du juge constitutionnel y font référence expressément²³⁸¹. Ce dernier est seulement invoqué soit par le Gouvernement afin de justifier la poursuite d'un but légitime²³⁸², soit par les requérants pour démontrer l'atteinte à leurs droits conventionnels²³⁸³. Il est présent tacitement dans la motivation de la Cour européenne au travers de la prééminence du droit et du principe de bonne administration de la justice²³⁸⁴. Constituant

²³⁷⁵ C. SANDRAS, Les lois de validation, le procès en cours et l'article 6§1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme, *RTDH*, 2002/51, p. 629-657.

²³⁷⁶ S. GUINCHARD (dir.), T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, Paris, 2016, 24^{ème} éd., p. 925.

²³⁷⁷ « Ces lois donnent un effet juridique à des faits qui en était dépourvus et notamment à relever par faveur [...] des actes passés auparavant dans une forme contraire aux lois en vigueur », P. ROUBIER, *Le droit transitoire. Les conflits de lois dans le temps*, Dalloz et Sirey, Paris, 1960, 2^{ème} éd, p. 20.

²³⁷⁸ L. MILANO, Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges, *RFDA*, 2006, p. 447.

²³⁷⁹ Voy. par ex. X. PRÉTOT, Les validations législatives. De la Constitution à la Convention européenne des droits de l'homme, *RDP*, 1998, n° 4, p. 13 ; B. MATHIEU, Rétroactivité des lois fiscales et sécurité juridique : l'application concrète d'un principe implicite, *RFDA*, 1999, p. 89 ; M-L. NIBOYET, La conformité à la Convention EDH de la loi de validation du 12 avr. 1996 : « l'affaire du tableau d'amortissement », épilogue judiciaire ?, *Dalloz*, 2000, p. 699.

²³⁸⁰ T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Defrénois, Paris, coll. « Doctorat & Notariat », 2009, t. 35, p. 323.

²³⁸¹ X. SOUVIGNET, *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 206.

²³⁸² Par exemple, dans l'arrêt *Lilly contre France* (n° 2), la Cour énonce que l'intervention législative était « destinée à sécuriser l'issue de la procédure », CEDH, 25 novembre 2010, *Lilly c. France* (n° 2), req. n° 20429/07, §49.

²³⁸³ CEDH, 9 janvier 2007, *Arnolin et autres c. France*, req. n° 20127/03, §65.

²³⁸⁴ CEDH, Ch., 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, req. n° 13427/87, série A. 301-B, §49. Le Professeur Bertrand MATHIEU effectue également un lien avec la prévisibilité, B. MATHIEU, Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil

le fondement juridique des constats de violation européens, il sert surtout d'instrument implicite de régulation²³⁸⁵.

489. En consacrant la conventionnalité d'une loi de validation rétroactive²³⁸⁶, la Cour tolère que la sécurité juridique de la législation nationale puisse primer sur la sécurité juridique des justiciables. Sa conformité est alors examinée en fonction du caractère non définitif de la procédure juridictionnelle, ainsi que la proportionnalité de l'atteinte au droit d'accès à un tribunal en raison du « *motif impérieux d'intérêt général* ». L'appréciation d'un tel motif lui permet de s'assurer que la loi litigieuse n'a pas eu pour effet intrinsèque d'influer sur le dénouement du litige en faveur de l'État en portant injustement atteinte à la sécurité des rapports juridiques. Dans l'affaire *Arnolin et autres contre France*²³⁸⁷, les requérants contestaient la rémunération partielle perçue par une association placée sous tutelle de l'État, en contrepartie de leurs activités de surveillance de nuit. En cours d'instance, une loi rétroactive fut adoptée afin d'instaurer un régime d'équivalence validant ces rémunérations partielles. En l'espèce, la Cour relève que l'exclusion *ab initio* des décisions de justice passées en force de chose jugée favorisait l'une des parties (en l'occurrence l'association), car elle réglait définitivement le fond du litige en excluant tout débat devant les juridictions judiciaires. À défaut donc de motif impérieux d'intérêt général, elle sanctionne la loi de validation qui porte en l'occurrence atteinte au principe de l'égalité des armes²³⁸⁸. Les conséquences néfastes de la rétroactivité de la loi sur la sécurité juridique des requérants suffisent à justifier la prévalence de la stabilité légale en l'espèce. De manière protectrice, la portée de cette jurisprudence a été étendue aux lois

constitutionnel, mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle, *RFDA*, 2000, p. 291.

²³⁸⁵ C'est la lecture qui peut être faite de l'arrêt *Unedic* lorsque la Cour évoque les principes de sa jurisprudence *Brumărescu* sur l'atteinte portée à la sécurité juridique par l'annulation d'une décision ayant acquis force de chose jugée après un bref récapitulatif de sa jurisprudence afférente aux lois de validation, CEDH, 18 décembre 2008, *Unedic c. France*, req. n° 20153/04 (*JCP G*, 2009, I 143, obs. F. SUDRE). Sur l'atteinte portée à la sécurité juridique par l'annulation d'une décision ayant acquis force de chose jugée, voy. CEDH, 28 octobre 1999, *Brumărescu c. Roumanie*, req. n° 28342/95, Rec. 1999-VII, §61 (*JCP G*, 2000, I, 203, 10, obs. F. SUDRE) et *infra*, n° 619.

²³⁸⁶ CEDH, 22 octobre 1997, *Papageorgiou c. Grèce*, req. n° 24628/94, Rec. 2003-VI, §37 ; CEDH, 23 octobre 1997, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society et Yorkshire Building Society c. Royaume-Uni*, req. n° 21319/93, 21449/93 et 21675/93, §112 ; CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal c. Gonzales et autres c. France*, Rec. 1999-VII, req. n° 24846/94, 34165/96 et 34173/96, §57 (*GACEDH*, 2019, n° 29).

²³⁸⁷ CEDH, 9 janvier 2007, *Arnolin et autres c. France*, req. n° 20127/03.

²³⁸⁸ *Ibid.*, §§73-74.

interprétatives, qui disposent d'une rétroactivité matérielle quant à leurs effets²³⁸⁹, ainsi qu'aux lois expressément rétroactives²³⁹⁰.

490. Régulièrement, l'examen du motif impérieux fait l'objet d'une interprétation des plus rigoureuses. En effet, la présence de l'État partie au litige requiert la plus grande prudence à cause des « *risques inhérents à l'emploi d'une législation rétroactive* »²³⁹¹. Au-delà de l'absence évidente de motif²³⁹², le juge refuse en conséquence de reconnaître l'intérêt financier de l'État comme motif exclusif²³⁹³ ou accessoire²³⁹⁴. Les lois de validation sont donc soumises à un contrôle sévère, la Cour n'hésitant pas à les déclarer inconstitutionnelles alors même que leur constitutionnalité avait été reconnue en amont par le Conseil constitutionnel²³⁹⁵. Toutefois, il arrive que la Cour admette leur conventionnalité, en tranchant par conséquent en faveur de la légalité temporelle. Ce cas de figure s'applique à deux hypothèses. La première se rapporte aux cas pour lesquels ces lois ne s'apparentent pas à une mesure individuelle s'appliquant spécifiquement au litige. Dans une affaire concernant les taux de remboursement des cotisations des établissements d'enseignement privé disposant d'un contrat d'association avec l'État partie, la Cour reconnaît que la loi rétroactive avait pour finalité de remédier à une carence législative soulevée par le Conseil d'État. Parce qu'elle préserve l'impératif de sécurisation objective, l'ingérence était donc « *parfaitement prévisible* » et « *répondait à une évidente et impérieuse*

²³⁸⁹ « *En ce sens que l'interprétation qu'elles fournissent est considérée comme intégrée avec les dispositions interprétées depuis l'entrée en vigueur de celles-ci* », CEDH, 7 juin 2011, *Agrati c. Italie*, req. n° 43549/08, 6107/09 et 5087/09, §59. Pour un exemple récent, voy. CEDH, 3 septembre 2013, *M.C. et autres c. Italie*, req. n° 5376/11, §64 (RTDH, 2014, 717, note J. TAVERNIER).

²³⁹⁰ CEDH, Gde., Ch., 6 octobre 2005, *Draon c. France et Maurice c. France*, req. n° 1513/03, Rec. 2005-IX, §§65-72 (JCP G, 2006, I, 109, n° 16, chron. F. SUDRE ; AJDA 2005, 1924, obs. M-C. MONTECLER ; RTD Civ., 2005, 743, obs. J-P. MARGUÉNAUD).

²³⁹¹ CEDH, 23 octobre 1997, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society et Yorkshire Building Society c. Royaume-Uni*, req. n° 21319/93, 21449/93 et 21675/93, §112. La Cour exige également un motif d'intérêt général lorsque l'État n'est pas parti au litige, sa jurisprudence « *allant au-delà des litiges dans lesquels l'État est partie* », voy. en ce sens CEDH, 11 avril 2006, *Carbourdin c. France*, req. n° 60796/00, §29.

²³⁹² CEDH, 1^{er} juillet 2014, *Guadagno et autres c. Italie*, req. n° 61820/08, §34 ; voy. également dans le contentieux des lois de clarification des droits patrimoniaux dans le contexte particulier de la réunification allemande sous l'angle de l'article 1^{er} du Protocole n° 1, CEDH, 8 décembre 2011, *Althoff et autres c. Allemagne*, req. n° 5631/05, §§71-74.

²³⁹³ CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzales et autres c. France*, req. n° 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, Rec. 1999-VII, §59 (GACEDH, 2019, n° 29) ; CEDH, 11 avril 2006, *Carbourdin c. France*, req. n° 60796/00, §29 ; CEDH, 16 janvier 2007, *Chiesi S.A. c. France*, req. n° 954/05, §§39-40.

²³⁹⁴ La Cour généralise la prohibition du motif financier comme la sauvegarde de l'équilibre financier du système bancaire (CEDH, 14 février 2006, *Lecarpentier c. France*, req. n° 67847/01, §§46-48 ; CEDH, 23 juillet 2009, *Joubert c. France*, req. n° 30345/05, §62) et celui de la santé et de la sécurité sociale (CEDH, 16 janvier 2007, *Chiesi S.A. c. France*, req. n° 954/05, §§37-42 ; CEDH, 25 novembre 2010, *Lilly France c. France (n° 2)*, req. n° 20429/07, §§50-55).

²³⁹⁵ CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzales et autres c. France*, req. n° 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, Rec. 1999-VII, §59 (GACEDH, 2019, n° 29).

justification d'intérêt général »²³⁹⁶. La seconde hypothèse porte sur les cas dans lesquels la rétroactivité vise à clarifier les règles générales existantes, même lorsque le changement législatif est intervenu en cours d'instance²³⁹⁷. L'application rétroactive de la loi de 2002, régissant la responsabilité médicale en raison de la naissance d'un enfant handicapé, a été jugée conforme à l'article 1^{er} du Protocole n° 1²³⁹⁸. Se retranchant derrière la « *marge d'appréciation importante* » des États en matière de politique sociale²³⁹⁹, elle évacue visiblement l'examen épineux du motif impérieux²⁴⁰⁰ pour préserver l'impératif général de la bonne administration de la justice et, logiquement, de la sécurité juridique étatique.

491. Contentieux symbolique d'une guerre des prétoires désormais résolue entre les juges français et la Cour européenne²⁴⁰¹, la régulation de la rétroactivité des lois de validation démontre une prévalence quasi ineffective en pratique de la légalité temporelle. À cette fin, elle garantit de manière limitative les atteintes à la sécurité juridique subjective et aux droits procéduraux qui s'y rattachent. Par contraste, la jurisprudence européenne témoigne d'une lecture plus accommodante pour la rétroactivité des lois fiscales.

2°) Une prépondérance marquée dans le contentieux des lois fiscales

492. Compétence régaliennne par excellence, la réglementation relative au recouvrement et au paiement des créances fiscales²⁴⁰² appartient à la politique économique et sociale de l'État

²³⁹⁶ CEDH, 25 mai 2004, *OGIS-Institut Stanislas, Ogec St. Pie x et Blanche de Castille et autres c. France*, req. n° 42219/98 et 54563/00, §§71-72.

²³⁹⁷ CEDH, 11 décembre 2012, *Tarbuk c. Croatie*, req. n° 31360/10, §37.

²³⁹⁸ CEDH, Gde., Ch., 6 octobre 2005, *Draon c. France*, req. n° 1513/03.

²³⁹⁹ *Ibid.*, §§107 et 111.

²⁴⁰⁰ Voy. l'opinion partiellement dissidente des juges ROZAKIS, SIR NICOLAS BRATZA, BONELLO, LOUCAIDES et JOCIENÉ jointe à l'arrêt CEDH, Gde., Ch., 6 octobre 2005, *Draon c. France*, pt. 6.

²⁴⁰¹ La Cour de cassation a été la première à se mettre au diapason de la jurisprudence européenne en adoptant une interprétation conforme et explicite sous l'angle des articles 6 et 1^{er} du Protocole n° 1 (pour l'article 6, voy. Cass. 1^{ère} civ., 9 juillet 2003, *Époux Dolléans c. SA Union de crédit pour le bâtiment*, n° 99-1369 (*JCP G*, 2004, II, 10016, note X. PRETOT), pour l'article 1^{er} du Protocole n° 1, voy. par ex. Cass. 1^{ère} civ., 17 février 2016, n° 15-12805), suivie ensuite par la jurisprudence du Conseil constitutionnel (voy. C.C., 14 février 2014, *SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Maflow France*, [Validation législative des délibérations des syndicats mixtes instituant le « versement transport »], n° 2013-366 QPC, pt. 3). Sur l'impact de la jurisprudence de la Cour européenne sur le Conseil constitutionnel, voy. *supra* n° 99 et 108. Cependant, la jurisprudence du Conseil d'État donne lieu à une conformité partielle. S'il réceptionne explicitement ce critère pour l'article 6 de la Convention (voy. en ce sens CE, 23 juin 2004, *Société « Laboratoire Génévrier »*, n° 257797 (*AJDA*, 2004, p. 2216, chron. J-P. MARKUS), il n'a pas encore franchi le pas en ce qui concerne l'article 1^{er} du Protocole n° 1 pour lequel il conserve la notion de « *motif d'intérêt général* », voy. CE, 11 juillet 2011, n° 219312.

²⁴⁰² Entrent également dans le champ d'applicabilité de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 les amendes et autres contributions poursuivant une cause d'utilité publique comme en matière de fraude fiscale (CEDH, Ch., 22 septembre 1994, *Hentrich c. France*, req. n° 13616/88, §39) ou de lois de finances (CEDH, Ch., 23 juillet 2009, *Joubert c. France*, req. n° 30345, §53). La Cour se montre également indifférente sur le caractère procédurale ou matérielle de la loi fiscale (la première visant à réglementer les formalités d'imposition tandis que les secondes

partie²⁴⁰³. Il dispose de la sorte d'une grande latitude pour adopter les « *lois qu'[il] juge nécessaire pour assurer le paiement de l'impôt* »²⁴⁰⁴. Cela explique d'qu'elles fassent l'objet d'un contrôle de conventionnalité *a minima*. Depuis l'arrêt *Gasus-Dossier contre Pays-Bas*²⁴⁰⁵, pour que les lois fiscales rétroactives soient conformes au droit de la Convention, la Cour estime que le législateur doit ménager « *un juste équilibre* » entre la protection des intérêts financiers et la protection des droits fondamentaux des individus²⁴⁰⁶. Jugeant que ces lois ne sont pas assimilables à une « *violation per se du droit de propriété* », elle vérifie toutefois que cette législation rétroactive ne porte pas atteinte « *fondamentalement* » à la stabilité financière des requérants²⁴⁰⁷. Le respect du juste équilibre forme ainsi la passerelle conciliatrice entre la légalité matérielle et la légalité temporelle²⁴⁰⁸.

493. Or, force est de constater qu'au contraire des lois de validation, pour lesquelles l'argument financier est retoqué contre l'État partie, la protection de la sécurité fiscale est plus largement entendue par la Cour. En conséquence, l'appréciation du juste équilibre s'exerce majoritairement du côté de la protection des intérêts financiers de l'État. C'est la raison pour laquelle la Cour déclare la conventionnalité de la loi rétroactive litigieuse dans l'affaire *National and Provincial Building Society*²⁴⁰⁹. Dans la continuité des dispositions fiscales transitoires modifiant les modalités de recouvrement de l'impôt sur le revenu des *building societies*, le Parlement britannique adopta une loi de finances rétroactives en 1991. Or, sa rétroactivité a eu pour effet d'éteindre les actions en restitution effectuées à l'encontre des créances versées par l'État aux sociétés requérantes. Elles s'en retrouvèrent donc dépossédées « *au mépris du principe de sécurité juridique et de l'espérance légitime* »²⁴¹⁰. En l'occurrence,

portent sur les circonstances afférentes au paiement de l'impôt), CEDH, 23 février 1995, *Gasus Dossier - Und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas*, req. n° 15375/89, §60.

²⁴⁰³ CEDH, Ch., 22 septembre 1994, *Hentrich c. France*, req. n° 13616/88, §39 (*JCP G*, 1995, I, 3823, n° 41 et 51, chron. F. SUDRE).

²⁴⁰⁴ CEDH, Ch., 23 février 1995, *Gasus Dossier - Und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas*, req. n° 15375/89, §59 (*Droit fiscal*, 2010, n° 24, comm. 367, étude V. BERGER). En l'occurrence, la société requérante avant procédé à la vente d'un bien corporel à une autre société tierce en incluant une clause de réserve de propriété jusqu'au paiement intégral du prix. Or, la société tierce ne s'étant pas acquittée de ses obligations fiscales, les autorités néerlandaises ont procédé à la saisine du bien aux fins de recouvrement de sa dette fiscale. La société requérante conteste de la sorte le caractère arbitraire de la saisine qui l'a privé de la jouissance de son bien.

²⁴⁰⁵ *Ibid.*, §59

²⁴⁰⁶ *Ibid.*, §66.

²⁴⁰⁷ CEDH, Déc., 10 juin 2003, *M.A. et autres c. Finlande*, req. n° 27793/95, §§40-42.

²⁴⁰⁸ « *Le contrôle de proportionnalité européen [...] vise à comparer d'un côté le niveau d'atteinte à la sécurité des contribuables, et d'un autre la force des arguments d'intérêt* », M. COLLET, Sécurité juridique et rétroactivité de la loi fiscale, *RFFP*, 2015, n° 130, p. 107

²⁴⁰⁹ CEDH, 23 oct. 1997, *National and Provincial Building Society c. Royaume-Uni*, req. n°21319/93, 21449/93, 21675/93, Rec. 1997-VIII.

²⁴¹⁰ *Ibid.*, §75.

la Cour reconnaît que cette loi de finances poursuivait un but d'intérêt général « *évident et impérieux* »²⁴¹¹ puisqu'elle visait à limiter doublement la perte de recettes fiscales de l'État : d'abord au niveau de la restitution des créances, eu égard à la manne des organismes privés qui tenteraient de « *pervertir l'intention du législateur* », ensuite à l'encontre des actions en contestation contre les circulaires ministérielles, « *l'intérêt général [...] primant [sur] les intérêts que les requérantes défendaient en contestant la légalité du taux fixé par les circulaires* »²⁴¹². À défaut de préjudice ou de charge financière excessive, le Gouvernement britannique a respecté le juste équilibre entre « *la protection du droit des requérantes à la restitution de leurs fonds et l'intérêt général commandant d'assurer le paiement des impôts* »²⁴¹³. En concordance avec la suppression du « *motif impérieux d'intérêt général* » dans le champ de l'article 1 du Protocole n° 1, la Cour procède résolument à un contrôle restreint du « juste équilibre » en faisant le choix de la légalité temporelle sur la stabilité juridique des justiciables²⁴¹⁴. Elle a récemment confirmé cette approche concernant l'assujettissement de l'impôt sur la fortune des ressortissants français résidant à Monaco²⁴¹⁵.

494. Toutefois, le juge strasbourgeois manifeste la plus grande sévérité à l'encontre de la rétroactivité d'une loi fiscale qui dissimulerait une remise en cause d'une décision passée en force de chose jugée. Dans *Stere et autres contre Roumanie*²⁴¹⁶, le Gouvernement défendait l'idée selon laquelle l'obligation de restituer les sommes encaissées par les requérants s'apparentait à l'application rétroactive d'une loi nouvelle. Or, l'intervention du procureur général – non partie à l'instance – a conduit à l'annulation d'une décision exécutoire et définitive. S'appuyant sur les préceptes de sa jurisprudence *Broniowski*²⁴¹⁷, le juge condamne fermement l'argument du Gouvernement puisqu'une telle annulation a conduit à une rupture

²⁴¹¹ *Ibid.*, §81.

²⁴¹² *Ibid.*, §82.

²⁴¹³ *Ibid.*, §83.

²⁴¹⁴ « Si la Cour reconnaît aux États une large marge d'appréciation pour encadrer le droit de propriété, elle exerce un contrôle plus strict pour le droit à un procès équitable. Il est clair que la Convention, même enrichie par la jurisprudence de Strasbourg, n'est pas une charte des droits du contribuable », V. BERGER, La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et le droit fiscal, *Droit fiscal*, 2010, n° 24, p. 367.

²⁴¹⁵ CEDH, 15 janvier 2015, *Arnaud et autres c. France*, req. n° 39918/11, §32.

²⁴¹⁶ CEDH, 23 février 2006, *Stere et autres c. Roumanie*, req. n° 25632/02 ; voy. également CEDH, 13 décembre 2007, *Valer Pop c. Roumanie*, req. n° 26511/04.

²⁴¹⁷ « Aucune partie n'est habilitée à solliciter la supervision d'un jugement définitif et exécutoire à la seule fin d'obtenir un réexamen de l'affaire et une nouvelle décision à son sujet. S'il n'en était pas ainsi, la remise en cause de décisions définitives engendrerait un climat général d'insécurité juridique, diminuant la confiance du public dans le système judiciaire et par conséquent dans l'État de droit », *ibid.*, §53, voy. CEDH, Gde. Ch., 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne*, req. n° 31443/96, Rec. 1999-VII, §§183-187 (GACEDH, 2019, n° 74).

« radicale » du juste équilibre²⁴¹⁸. Dans cette perspective, la rétroactivité doit impérativement s'écarter au profit de la légalité matérielle et de la sécurité des rapports juridiques.

495. En l'état actuel du droit de la Convention, seul le cas de figure susmentionné assure une conciliation positive entre la rétroactivité fiscale et la protection des droits du justiciable. Ceci s'avère d'autant plus regrettable que la jurisprudence européenne est à l'origine de la subjectivisation du contentieux fiscal français²⁴¹⁹. Comme le souligne une étude, les juridictions nationales tentent de limiter les effets de la rétroactivité fiscale sur la sécurité des contribuables et des entreprises. Elles procèdent actuellement à des interprétations novatrices en intensifiant leur contrôle juridictionnel, à la fois sur les rétroactivités de « droit » mais également de « faits ». Elles promeuvent donc un standard de protection plus élevé que le prétoire strasbourgeois²⁴²⁰. Pour des raisons évidentes, il est difficile de condamner les réticences de la Cour à s'immiscer dans la gestion des politiques économiques et budgétaires des États. Il convient cependant de rappeler que la protection du consentement à l'impôt est également un « élément essentiel de sécurité juridique »²⁴²¹. Elle est également un « droit citoyen »²⁴²² garanti depuis des siècles par de nombreux textes à valeur constitutionnelle²⁴²³. Sans doute pourrait-elle se montrer à l'avenir plus sensible à l'égard de la sécurité fiscale des requérants en subjectivant davantage son contrôle de proportionnalité, notamment en raison de l'imprégnation croissante des droits fondamentaux sur les finances publiques étatiques²⁴²⁴.

²⁴¹⁸ *Ibid.*, §56.

²⁴¹⁹ Parmi quelques lectures voy. : A. BROYER (dir.) et S. SCHMITT (dir.), *La sécurité juridique et le contribuable*, PUAM, Aix-Marseillais, 2016 ; A-C. BEZZINA, À propos du nouveau recours pour excès de pouvoir contre le rescrit : retour sur les paradoxes de la subjectivisation du droit fiscal, *RFFP*, 2017, n° 138, p. 277 ; O. ROUMELIAN, Lois fiscales rétroactives et Cour européenne des droits de l'homme : des motifs d'espérance ?, *Gaz. Pal.*, 2012, n° 271, p. 6.

²⁴²⁰ M. COLLET, Sécurité juridique et rétroactivité fiscale, *op. cit.*, p. 107. L'interprétation extensive ne se limite qu'à la rétroactivité. En effet le contrôle de conventionnalité opérée au niveau national fait souvent pencher la balance dans le sens de la protection des intérêts financiers et fiscaux de l'État que celui des contribuables, voy. sur ce constat J-L. AUBERT, « Finances publiques et droits fondamentaux », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 1-10.

²⁴²¹ B. PARENT, Propos informels sur la sécurité juridique et fiscale, *RFFP*, 2016, n° 133, p. 203 ; voy. aussi O. FOUQUET, La sécurité fiscale en question, *RFFP*, 2016, n° 133, p. 137.

²⁴²² J-L. AUBERT, « Finances publiques et droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 1.

²⁴²³ Le principe de consentement à l'impôt fut d'abord consacré dès 1215 dans la *Magna Carta Liberatum* en vertu de laquelle nulle levée d'impôt ne peut se faire « sans le consentement du commun conseil notre royaume ». Il a été repris ensuite en droit français dans l'article 14 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 qui énonce que « tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée ». À titre indicatif voy. E. DE CROUY-CHANEL, Le Conseil constitutionnel mobilise-t-il d'autres principes constitutionnels que l'égalité en matière fiscale ?, *NCCC*, 2011, n° 2011 ; voy. également du même auteur Le consentement à l'impôt, *Pouvoirs*, 2014, n° 151, p. 192.

²⁴²⁴ J-L. AUBERT, « Finances publiques et droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 2 et suiv.

496. À la différence des lois civiles, la Cour prohibe la rétroactivité des lois pénales en faisant le choix de conserver la stabilité des rapports juridiques et, ce faisant, la légalité matérielle.

B- La prévalence atténuée de la stabilité des rapports juridiques sur la rétroactivité des lois pénales

497. Expression de la prééminence du droit et de la sécurité juridique²⁴²⁵, le principe de la légalité des délits et des peines impose automatiquement celui de la non-rétroactivité de la loi pénale²⁴²⁶. Motivée par la même crainte contre l'arbitraire que pour les lois civiles²⁴²⁷, la Cour fait prévaloir la légalité matérielle sur la légalité temporelle en protégeant la prévisibilité subjective de l'accusé contre une rétroactivité *in malam partem* (1°). Les exceptions à cette rétroactivité participent également à la préservation de la sécurité juridique individuelle dans le sens où elles tentent de garantir, dans une certaine mesure, une application temporelle axée sur la protection des droits conventionnels (2°).

1°) Une prépondérance de principe par la non-rétroactivité des lois plus sévères

498. Littéralement, l'article 7§1 de la Convention prohibe toute application rétroactive s'effectuant « *au détriment de l'accusé* »²⁴²⁸ à compter du moment où la mesure s'analyse comme une « *peine* » au sens de sa jurisprudence²⁴²⁹. Considérée comme « *indispensable à la*

²⁴²⁵ Comme l'a rappelé récemment le juge SERGHIDES, le principe de sécurité juridique est une « *disposition fondamentale* » de la rétroactivité, voy. son opinion dissidente jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch. 12 mai 2017, *Simeonovi c. Bulgarie*, req. n° 21980/04, pt. 50.

²⁴²⁶ Constamment, elle rappelle que le « *principe de la légalité des délits et des peines, contenu dans l'article 7 de la Convention, interdit que le droit pénal soit interprété extensivement au détriment de l'accusé* », CEDH, Ch., 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, req. n° 14307/88, §52 (GACEDH, 2019, n° 56).

²⁴²⁷ « *La Cour rappelle également que la garantie que consacre l'article 7 [...] occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention, comme l'atteste le fait que l'article 15 n'y autorise aucune dérogation en temps de guerre ou autre danger public. Ainsi qu'il découle de son objet et de son but, on doit l'interpréter et l'appliquer de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, les condamnations et les sanctions arbitraires* », CEDH, Ch., 22 novembre 1995, *S.W c. Royaume-Uni*, req. n° 20166/92, série A. 335-B, §44 (GACEDH, 2019, n° 38).

²⁴²⁸ CEDH, Ch., 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, req. n° 14307/8, §52 (GACEDH, 2019, n° 56) ; CEDH, 10 octobre 2006, *Pessino c. France*, req. n° 40403/02, §35 (AJDA, 2009, 1164, note B. PACTEAU).

²⁴²⁹ Érigée en notions autonomes, la « *peine* » s'applique pour toute « *mesure [...] imposée à la suite d'une condamnation pour une "infraction"*. *D'autres éléments peuvent être jugés pertinents à cet égard : la nature et le but de la mesure en cause, sa qualification en droit interne, les procédures associées à son adoption et à son exécution, ainsi que sa gravité* », CEDH, Ch., 9 février 1995, *Welch c. Royaume-Uni*, série A. 307-A, req. n° 174440/90, §28.

garantie de sécurité juridique »²⁴³⁰, la non-rétroactivité protège l'accusé contre les effets préjudiciables qu'emporterait l'application de la légalité temporelle sur sa « peine ». Illustrant ce constat, la Cour utilisa la fameuse théorie des apparences dans l'arrêt *Welch*²⁴³¹ pour « *cerner la réalité* » de l'impact de l'application rétroactive d'une ordonnance de confiscation qui exposa le requérant à « *un préjudice plus grand [...] que celui auquel il était exposé à l'époque de la commission des infractions dont il a été condamné* »²⁴³². Elle adopte également un raisonnement similaire à propos d'une nouvelle disposition du Code pénal espagnol qui augmentait la durée de l'expulsion ainsi que l'interdiction de territoire du requérant étranger²⁴³³.

499. Partant, le respect de la sécurité juridique individuelle est conditionné par deux critères : la date des faits constitutifs de l'infraction, et la sévérité de la « peine » prononcée par le juge interne. En premier lieu, la Cour sanctionne par principe toute application rétroactive d'une disposition législative pour des faits commis antérieurement à son entrée en vigueur²⁴³⁴. Par ailleurs, elle limite les conditions d'application de la loi nouvelle pour les « infractions continues », et ce à contre-courant des réserves émises par certains juges concernant leur caractère véritablement rétroactif²⁴³⁵. Correspondant à un « *type d'infraction commis sur une certaine période* »²⁴³⁶, elles nécessitent un seuil maximal de sécurisation objective en faveur du requérant, sous le commandement du principe de sécurité juridique²⁴³⁷. Dans l'affaire *Veeber contre Estonie n° 2*²⁴³⁸, la Cour effectue en l'espèce une subjectivisation bienvenue pour souligner une application rétroactive de la loi pénale estonienne au détriment du requérant²⁴³⁹. *A contrario*, dans l'hypothèse d'une « infraction continuée » – c'est-à-dire d'une infraction regroupant des faits distincts mais constitutifs de la même infraction – l'application de la loi

²⁴³⁰ F. MASSIAS, *Prééminence du droit et sécurité juridique*, RSC, 2001, p. 639.

²⁴³¹ CEDH, 9 février 1995, *Welch c. Royaume-Uni*, série A. 307-A, req. n° 174440/90.

²⁴³² *Ibid.*, §34.

²⁴³³ CEDH, 15 décembre 2009, *Gurguchiani c. Espagne*, req. n° 16012/06, §43.

²⁴³⁴ CEDH, Ch., 8 juin 1995, *Jamil c. France*, req. n° 15917/91, §§35-36.

²⁴³⁵ Comme l'explique le juge LEMMENS : « *en principe, l'application rétroactive d'une loi pénale nouvelle plus sévère que la loi antérieure est interdite par l'article 7§1 de la Convention. Cette règle ne s'oppose pas à l'application de la loi nouvelle à une véritable "infraction continue", c'est-à-dire à une infraction caractérisée par l'existence d'une situation permanente contraire à la loi. Si l'infraction continue a commencé sous l'empire de la loi ancienne et perdure sous l'empire de la loi nouvelle, c'est la loi nouvelle qui s'applique, même si elle est plus sévère que la loi ancienne. On pourrait même se demander si, dans un tel cas, il y a vraiment application rétroactive de la loi nouvelle* », voy. son opinion concordante jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 27 janvier 2015, *Rohlena c. République Tchèque*, req. n° 59552/08, pt. 4.

²⁴³⁶ CEDH, 27 février 2001, *Ecer et Zeyrk c. Turquie*, req. n° 29295/95 et 29363/95, §33.

²⁴³⁷ « *Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction continue, le principe de la sécurité juridique commande que les actes constitutifs de cette infraction, qui mettent en jeu la responsabilité pénale de l'intéressé, soient clairement énoncés dans l'acte d'accusation* », *ibid.*

²⁴³⁸ CEDH, 21 janvier 2003, *Veeber c. Estonie (n° 2)*, req. n° 45771/99, Rec. 2003-I.

²⁴³⁹ Selon la Cour « *l'intéressé ne pouvait penser encourir une condamnation pénale dès la découverte de ses activités* », *Ibid.*, §§37-38.

nouvelle prime sur la sécurité juridique du requérant. Ce dernier « *pouvait et devait s'attendre, le cas échéant [...] à être jugé pour une infraction continuée, appréciée à l'aune de la disposition légale en vigueur à la date de sa dernière manifestation [...]* »²⁴⁴⁰. Au surplus, la Cour apprécie la gravité de la sanction afin de vérifier si l'application rétroactive de la loi nouvelle a été plus sévère, en comparaison avec celle de la loi en vigueur au moment des faits. À titre d'illustrations, le juge a constaté la violation de l'article 7§1 pour l'application d'une peine plus lourde infligée pour une infraction continuée²⁴⁴¹, ou encore pour la prolongation rétroactive d'une détention provisoire constitutive d'une peine supplémentaire²⁴⁴².

500. Abstraction faite de ces exemples jurisprudentiels, son appréciation reste généralement minimale. Excluant tout contrôle sur ses modalités²⁴⁴³, l'examen de la rétroactivité se concentre sur la portée de la loi nouvelle sur la « *peine* »²⁴⁴⁴. Dans l'hypothèse où la dangerosité du requérant est établie, la Cour fait généralement primer la rétroactivité de la loi nouvelle au détriment de la stabilité juridique. Depuis l'arrêt de Grande Chambre *Achour contre France*²⁴⁴⁵, l'état de récidive est considéré comme une circonstance aggravante *in personam* aux yeux du juge, ce qui a pour conséquence de faire peser la balance du côté de l'application rétroactive de la loi nouvelle²⁴⁴⁶. Se limitant à une approche *stricto sensu* de la rétroactivité²⁴⁴⁷, la Cour adopte en l'espèce une position contestable pour deux raisons. La première est celle d'une application inéluctablement *in malam partem*, puisque la loi nouvelle allonge doublement le délai de

²⁴⁴⁰ CEDH, Gde. Ch., 27 janvier 2015, *Rohlena c. République Tchèque*, req. n° 59552/08, §63 (*Gaz. Pal.*, 2015, n° 115, comm. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA).

²⁴⁴¹ *Ibid.*, §69.

²⁴⁴² Le droit pénal allemand a fait l'objet de condamnations successives sur la prolongation rétroactive de la détention préventive en raison de circonstances particulières tenant à la personne ou à leur conduite. Dans l'arrêt initial, la Cour a jugé que l'application de la loi nouvelle s'apparentait à une *lex gravior* car elle infligeait rétroactivement une peine à durée illimitée très largement supérieure à la peine maximale encourue, CEDH, 17 décembre 2009, *M. c. Allemagne*, req. n° 19359/04, Rec. 2009-VI, §135.

²⁴⁴³ Par principe, « *les modalités d'exécution de la "peine" sont exclus du champ d'application de l'article 7§1 in fine* » voy. CEDH, Gde. Ch., 21 octobre 2013, *Del Río Prada c. Espagne*, req. n° 42750/09, Rec. 2015-II, §89 (*RTDH*, 2014, 689, note. D. SCALIA).

²⁴⁴⁴ En conséquence, la Cour refuse de se prononcer sur l'incarcération ou le type de peine applicable à tel ou tel type d'infraction, se montrant soucieuse de respecter l'ample marge nationale d'appréciation octroyée aux États pour les politiques criminelles, voy. CEDH, Gde. Ch., 9 juillet 2013, *Winter et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, §105.

²⁴⁴⁵ CEDH, Gde. Ch., 29 mars 2006, *Achour c. France*, req. n° 67335/01, Rec. n° 2010-IV, §59 (*JCP G*, 2005, n° 3, doct. 103, étude. F. SUDRE) ; voy. également CEDH, Gde. Ch., 12 février 2008, *Kafkaris c. Chypre*, req. n° 21906/04, Rec. 2008-I, §§148-152 (concernant le changement de législation en matière pénitentiaire et aux conditions de libération dans la mesure où le requérant était condamné initialement à la réclusion à perpétuité. Si ce changement a supprimé tout espoir de remise de peine, il n'est pas assimilable une application rétroactive *in malam partem*, emportant un constat de non-violation de l'article 7§1) ; voy. récemment CEDH, 9 janvier 2018, *Kadusic c. Suisse*, req. n° 43077/13, §§71-76 (non-violation de l'article 7§1 concernant l'application d'un internement psychiatrique au lieu d'une peine de prison).

²⁴⁴⁶ *Ibid.*, §46.

²⁴⁴⁷ La Cour effectue en effet une distinction entre l'effet rétroactif et l'effet rétrospectif de la loi pénale, *ibid.*, §59.

récidive du requérant²⁴⁴⁸. La seconde a trait à l'évincement du « droit à l'oubli » invoqué par le requérant, de manière à entériner la primauté de la loi nouvelle sur la sécurité juridique subjective²⁴⁴⁹. Similairement, la Cour a considéré, dans une décision d'irrecevabilité cette fois-ci²⁴⁵⁰, que la nouvelle version de l'article L221-1 du Code pénal français mettait en lumière « une évolution [...] entraînant non pas l'apparition d'une nouvelle infraction, mais un aménagement législatif concernant des comportements qui étaient déjà expressément visés et réprimés par l'ancien Code pénal »²⁴⁵¹. Contournant la loi d'amnistie adoptée par la Mauritanie, la décision protège la compétence universelle des juridictions françaises et évite l'impunité des actes de tortures et de barbarie commis par le requérant. Du point de vue de la rétroactivité *in malam partem*, la solution est source de perplexité, car ces actes étaient initialement constitutifs de circonstances aggravantes et non d'infractions pénales distinctes²⁴⁵².

501. Cette régulation *a minima* ne peut faire l'objet d'une critique absolue, car elle s'effectue sous le spectre de la protection effective des droits fondamentaux ainsi que des valeurs participant à l'ordre public européen du droit de la Convention. Force est de constater que la Cour suit une ligne jurisprudentielle à géométrie variable sur la gravité de la sanction. Couplée avec la variabilité problématique de la qualification de « peine »²⁴⁵³, elle peut altérer sur le long terme la régulation vertueuse unissant le principe de non-rétroactivité avec celui de la sécurité juridique²⁴⁵⁴. À la différence donc du régime des lois de validation, pour lequel la rétroactivité est admise, mais strictement encadrée, l'application rétroactive de la loi pénale est prohibée, mais largement dérogée. Contrairement aux apparences, ces exceptions concourent à renforcer la stabilité la protection des droits fondamentaux.

²⁴⁴⁸ Voy. l'opinion dissidente de Monsieur le juge POPOVIĆ jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 29 mars 2006, *Achour c. France*, *op. cit.*, pts. 1-6.

²⁴⁴⁹ La loi ancienne prévoyait un délai de récidive de cinq ans, supprimée par l'application de la loi nouvelle, *ibid.*, §§39-51.

²⁴⁵⁰ CEDH, Déc., 13 novembre 2009, *Ould Dah c. France*, Rec. 2009-I, req. n° 13113/03 (*Droit pénal*, 2009, n° 11, étude. M. TOUILLER).

²⁴⁵¹ *Ibid.*

²⁴⁵² *Ibidem.*

²⁴⁵³ La qualification de « peine » de la rétroactivité est la condition *sine qua non* de l'application de la non-rétroactivité au titre de l'article 7§1. À défaut d'être des mesures de sûreté constitutives de « peine », l'examen de la rétroactivité *in malam partem* ne s'applique pas aux mesures d'hospitalisation d'office voy. CEDH, 3 septembre 2015, *Berland c. France*, req. n° 42875/10, §§43-47 (*JCP G*, 2015, act. 974, obs. G. GONZALEZ ; *Gaz. Pal*, 2015, n° 260, comm. C. BERLAUD) ni pour des mesures rétroactives de rétention de sûreté applicable à un délinquant dangereux atteint de troubles mentaux, le caractère préventif emportant la perte de sa qualification de « peine » voy. CEDH, 7 janv. 2016, *Bergmann c. Allemagne*, req. n° 23279/14, §§179-189 (*Gaz. Pal*, 2016, n° 9, comm. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA).

²⁴⁵⁴ *Infra*, n° 655.

2°) Une prépondérance assouplie par les exceptions au principe de non-rétroactivité

502. En droit de la Convention, il existe deux dérogations au principe de non-rétroactivité : une dérogation textuelle – inscrite à l'article 7§2 – qui donne lieu à une protection ambiguë sur la sécurité juridique subjective (a) ; une dérogation prétorienne – la rétroactivité *in mitius* – qui conduit à une protection bénéfique pour la stabilité des situations juridiques (b).

a- Une exception textuelle ambiguë : la rétroactivité des « principes généraux de droit reconnu par les nations civilisées » au sens de l'article 7 paragraphe 2

503. Le contentieux spécifique des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », tels que désignés au paragraphe 2 de l'article 7²⁴⁵⁵, a mis en exergue les difficultés inhérentes à la régulation de cette rétroactivité avec la protection effective des droits de l'homme. La Cour fait application de cette dérogation pour les « lois qui, dans des circonstances tout à fait exceptionnelles qui se sont produites à l'issue de la Deuxième Guerre Mondiale, ont été passées pour réprimer les crimes de guerre et les faits de trahison et de collaboration avec l'ennemi »²⁴⁵⁶. Étendue aux crimes contre l'humanité²⁴⁵⁷, cette entorse est problématique. En adoptant deux lectures contradictoires au sein de l'article 7, elle fragilise également la stabilité objective de son système juridictionnel. La rectification jurisprudentielle amorcée dans *Kononov contre Lettonie*²⁴⁵⁸ n'apparaît pas davantage satisfaisante. Mettant au diapason l'interprétation des paragraphes 1 et 2 de l'article 7, ce type d'infraction doit dorénavant disposer d'une base légale suffisamment claire en droit international au moment des faits, et être prévisible pour le requérant²⁴⁵⁹. S'il est loisible de se féliciter d'une telle harmonisation entre les « peines » énoncées dans l'article 7, la solution donnée par la Cour laisse place à un certain embarras. Déduisant du silence du droit international en 1944 une acceptation tacite (et douteuse) de cette infraction, elle porte atteinte non seulement au principe de la légalité des délits et des peines, puisque l'infraction souffrait d'un manque de base

²⁴⁵⁵ En vertu de l'article 7, alinéa 2 de Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ».

²⁴⁵⁶ Com EDH, Déc., 10 juillet 1957, *X. c. Belgique*, req. n° 268/57.

²⁴⁵⁷ Com EDH, Déc., 13 janvier 1997, *Touvier c. France*, req. n° 29420/95.

²⁴⁵⁸ CEDH, Gde. Ch., 17 mai 2010, *Kononov c. Lettonie*, req. n° 36376/04 (*Dalloz*, 2010, note S. LAVRIC) ; CEDH, Gde. Ch., 17 mai 2010, *Korbely c. Hongrie*, req. n° 9175/02, Rec. 2008-IV.

²⁴⁵⁹ *Ibid.*, §187.

légale²⁴⁶⁰, mais également au principe la non-rétroactivité *in malam partem* en approuvant l'imprescriptibilité de ces crimes, d'autant plus que les faits ont été frappés de prescription en vertu du droit national²⁴⁶¹. Cette jurisprudence est critiquable à maints égards. D'une part, elle fragilise la stabilité objective de son système par une jurisprudence en contradiction avec l'harmonisation de l'article 7§1, puisqu'elle maintient dans ses effets une exception pour les peines inscrites au paragraphe 2. D'autre part, elle contrevient au principe de la rétroactivité *in malam partem* qui devrait être protégé par la mise en adéquation entre les différents alinéas de l'article 7, créant par la même occasion une rupture dans la protection des droits en matière pénale. Cette rupture emporte malheureusement une conciliation négative de la rétroactivité au détriment du requérant²⁴⁶².

504. Heureusement, le juge strasbourgeois semble être revenu sur ces contradictions. Adoptant une position bienvenue dans l'arrêt *Maktouf et Damjanović*²⁴⁶³, il réaffirme que « *le paragraphe 2 n'a pas vocation à ménager une exception générale au principe de non-rétroactivité* ». Sans asseoir clairement la prohibition de la rétroactivité *in malam partem* pour les crimes de guerre, ni d'ailleurs condamner l'État partie sur ce fondement²⁴⁶⁴, il considère toutefois qu'eu égard à la « *possibilité réelle que l'application rétroactive du Code de 2003 ait joué au détriment des requérants [...] on ne saurait dire que ceux-ci aient bénéficié, conformément à l'article 7 de la Convention, de garanties effectives contre l'imposition d'une peine plus lourde* »²⁴⁶⁵. Étendue aux crimes de génocide, le juge encadre leur rétroactivité de façon similaire à celle des lois pénales traditionnelles, en plaçant leur contrôle sur le terrain du

²⁴⁶⁰ « *Le simple silence du droit international ne suffit pas à prouver que le consentement et les intentions de la communauté internationale en 1944 étaient claires quant à l'imprescriptibilité des crimes de guerre* », voy. l'opinion concordante commune aux juges ROZAKIS, TULKENS, SPIELMANN et JEBENS jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch. 17 mai 2010, *Kononov c. Lettonie*, *op. cit.*, pt. 4.

²⁴⁶¹ Contrairement à ce qu'affirme la Cour au paragraphe 230 de son arrêt, il existait dans la législation nationale un délai de prescription qui aurait pu s'appliquer au requérant en l'espèce. Même si les crimes de guerre n'étaient pas encore reconnus comme des infractions en vertu du droit pénal international, le Code pénal letton de 1926 instaurait dans son article 14 a) un délai de prescription de dix ans à compter de la commission de l'infraction pour les peines de plus de cinq ans. Par ailleurs le Code pénal de 1961 autorise la levée de la prescription pour les crimes de guerre à l'appréciation des tribunaux nationaux. La Cour semble neutraliser de la sorte le Code pénal letton au profit d'une imprescriptibilité implicite en droit international.

²⁴⁶² Voy. la critique de F. MASSIAS, *Prééminence du droit et sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 639.

²⁴⁶³ CEDH, Gde. Ch., 18 juillet 2013, *Maktouf et Ddamjanović c. Bosnie-Herzégovine*, req. n° 2312/08 et 34179/08 (RTDH, 2014, 689, note D. SCALIA).

²⁴⁶⁴ Pour plus de détails, voy. D. SCALIA, *L'application du principe de légalité des délits et des peines aux crimes (les plus) graves : l'orthodoxie retrouvée* (Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Maktouf et Ddamjanović c. Bosnie-Herzégovine*, 18 juillet 2013 ; *Del Río Prada c. Espagne*, 21 octobre 2013), RTDH, 2014/99, p. 689-715.

²⁴⁶⁵ *Ibid.*, §70.

paragraphe 1²⁴⁶⁶. La conciliation entre les légalités temporelle et matérielle s'exerce enfin dans une articulation positive avec la sécurité juridique et l'effectivité des droits.

505. Ces jurisprudences appellent deux remarques. Premièrement, elles confortent le caractère exceptionnel et contextualisé des crimes de guerre produits pendant la Seconde Guerre Mondiale, conformément aux souhaits exprimés dans les travaux préparatoires. Deuxièmement, elles mettent un frein à la critique relative du sacrifice de la sécurité juridique subjective au profit de la morale et de la prééminence du droit²⁴⁶⁷. Signant le retour à une certaine « *orthodoxie* »²⁴⁶⁸ du paragraphe 2 au paragraphe 1, cette solution consolide la sécurité juridique subjective en préservant un seuil minimal de prévisibilité pour l'accusé dans l'établissement de sa responsabilité pénale. En limitant les exceptions d'application rétroactive, et en développant la prohibition de la rétroactivité *in malam partem* pour des crimes de guerre et contre l'humanité commis postérieurement à la Deuxième Guerre Mondiale, sa jurisprudence se réoriente sur la protection des droits. Confortant cette position, le juge a récemment consacré une seconde entorse à la rétroactivité par le principe de la loi pénale plus douce.

b- Une exception prétorienne bienvenue : la rétroactivité *in mitius*

506. Règle classique de résolution des conflits de lois dans le temps, la rétroactivité *in mitius* impose au juge d'appliquer la loi postérieure à l'infraction si elle se révèle plus favorable à l'accusé. Si ce principe a été consacré dans de nombreux textes relatifs à la protection des droits de l'homme²⁴⁶⁹, l'article 7§1 de la Convention fait montre d'exception. Rejetée derechef par la Commission dès 1978 dans une affaire d'amende fiscale²⁴⁷⁰, l'exclusion textuelle de la rétroactivité *in mitius* avait pu engendrer des solutions équivoques. On soulignera notamment

²⁴⁶⁶ La Cour doute en l'espèce de l'imputabilité, en vertu du droit international en vigueur en 1953, des crimes de génocide aux « groupes politiques » et prononce un constat de non-violation CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2015, *Vasiliauskas c. Lituanie*, req. n° 35343/0, Rec. 2015-VII, §§161-162.

²⁴⁶⁷ F. MASSIAS, *Prééminence du droit et sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 639.

²⁴⁶⁸ Qualificatif emprunté à D. SCALIA, *L'application du principe de légalité des délits et des peines aux crimes (les plus) graves : l'orthodoxie retrouvée* (Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Maktouf et Ddamjanović c. Bosnie-Herzégovine*, 18 juillet 2013 ; *Del Río Prada c. Espagne*, 21 octobre 2013), *op. cit.*, p. 689-715.

²⁴⁶⁹ Nous mentionnons notamment pour le droit international l'article 15§1 du Pacte international relatifs au droit de l'homme civils et politiques entré en vigueur le 23 mars 1976, ainsi que l'article 49§1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée en 2000 et adoptée le 17 décembre 2007 ; pour le droit interne, ce principe découle du principe de nécessité garanti par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et dispose d'une valeur constitutionnelle (C.C, 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, n° 80-127 DC, pt. 75).

²⁴⁷⁰ « L'article 7 de la Convention ne contient aucune disposition semblable à l'article 15, paragraphe 1 in fine du Pacte des Nations Unies [...] en garantissant au délinquant le droit de bénéficier de l'application d'une peine plus légère prévue par une loi postérieure à l'infraction », Com EDH, Déc., 6 mars 1978, *X. c. République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 7900/77.

le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *G. contre France*²⁴⁷¹. Sans consacrer explicitement un tel principe, et s'appuyant sur la prohibition de la rétroactivité au détriment de l'accusé, la Cour valide pourtant l'application rétroactive de la loi postérieure aux fins de correctionnalisation d'une infraction qui était originellement de nature criminelle, exonérant *in fine* l'État défendeur de sa responsabilité²⁴⁷².

507. Par un revirement attendu, la Cour rompt avec sa jurisprudence antérieure dans l'arrêt *Scoppola contre Italie n° 2*²⁴⁷³. En l'espèce, la modification législative litigieuse avait transformé la réclusion à perpétuité du requérant par une peine d'emprisonnement de trente ans. Le requérant n'avait pas pu bénéficier des effets de la loi pénale plus douce, entrée en vigueur après la commission des faits constitutifs de l'infraction. Par le jeu de l'interprétation consensuelle²⁴⁷⁴, le juge constate que le principe de la rétroactivité pénale plus douce, y compris postérieure à la réalisation de l'infraction, est devenue « *un principe fondamental du droit pénal* »²⁴⁷⁵ en Europe. Par réflexion au principe de non-rétroactivité des lois plus sévères, l'interprétation de l'article 7 n'exclut pas « *l'obligation d'appliquer, parmi plusieurs lois pénales, celle dont les dispositions sont les plus favorables à l'accusé* », cette application s'assimilant finalement à « *une clarification des règles en matière de succession des lois pénales* »²⁴⁷⁶. Contrairement aux autres types de rétroactivité soulignés, la prévalence de la légalité temporelle préserve la stabilité et la sécurité juridique du requérant, en concordance avec la protection de ses droits fondamentaux. Comme l'explique la Cour dans l'arrêt *Scoppola*, « *infliger une peine plus forte pour la seule raison qu'elle était prévue au moment de la commission de l'infraction s'analyserait en une application au détriment de l'accusé des règles régissant la succession des lois pénales dans le temps. Cela équivaldrait en outre à ignorer tout changement législatif favorable à l'accusé intervenu avant le jugement et à continuer à infliger des peines que l'État, et la collectivité qu'il représente, considèrent désormais comme excessives* »²⁴⁷⁷. Par suite, sa jurisprudence est étendue aux lois adoptées postérieurement au jugement définitif, sous réserve que l'État partie prévoit expressément, dans sa législation, une telle possibilité. C'est sur ce fondement que la Cour a condamné l'Andorre dans l'arrêt *Gouarré*

²⁴⁷¹ CEDH, Ch., 27 septembre 1995, *G. France*, req. n° 15312/89 (*Dalloz*, 1996, obs. J. RENUCCI).

²⁴⁷² *Ibid.*, §§24-27.

²⁴⁷³ CEDH, Gde. Ch., 17 septembre 2009, *Scoppola c. Italie (n° 2)*, req. n° 10249/03 (*RTDH*, 2010, note S. Van DROOGHENBROECK ; *JCP G*, 2010, doctr. 70, chron. F. SUDRE).

²⁴⁷⁴ *Infra*, n° 665 et suiv.

²⁴⁷⁵ *Ibid.*, §106.

²⁴⁷⁶ *Ibid.*, §§108-109.

²⁴⁷⁷ *Ibid.*, §108.

*Patté*²⁴⁷⁸. En maintenant la peine plus lourde et en refusant toute application rétroactive, les juges nationaux ont porté atteinte à l'article 7 en ne permettant pas aux justiciables « *d'exercer ce droit selon les garanties conventionnelles* »²⁴⁷⁹. Dans la même optique, elle a sanctionné la fixation des peines confondues pour des infractions multiples qui, en raison d'une base légale défailante et d'interprétations contradictoires, avait infligé au final une peine plus lourde à la requérante²⁴⁸⁰. Aussi protectrice soit-elle, la rétroactivité *in mitius* n'est pas automatique. D'une part, lorsque la condamnation est définitive, elle est corrélée à l'intention du législateur pour apprécier le caractère plus « doux » de la loi nouvelle. Elle se montre en conséquence respectueuse du contexte juridique propre à chaque État partie à la Convention²⁴⁸¹. D'autre part, elle reste subordonnée, tout comme son principe jumeau, à l'applicabilité de la « peine » au cas d'espèce²⁴⁸².

508. À l'exclusion de la matière fiscale, l'utilisation du principe de sécurité juridique accompagne une régulation législative globalement protectrice de la stabilité matérielle des situations juridiques. À l'inverse, elle encourage un contrôle permissif sur la régulation de la rétroactivité émanant de la jurisprudence interne.

2§) La résolution des conflits générés par la rétroactivité jurisprudentielle

509. S'il est parfois difficile pour un prétoire d'anticiper ses propres « *changements de cap* » selon l'expression de la Professeure Laurence BURGOGUE-LARSEN²⁴⁸³, prévoir ceux des autres juridictions s'avère pratiquement impossible. Canaliser les revirements de jurisprudence nationaux devient dès lors une entreprise délicate. Le prétoire strasbourgeois étant lui-même en proie à une crise de légitimité à l'encontre de sa propre jurisprudence – souvent décriée pour son caractère instable et inquisiteur²⁴⁸⁴ – il lui paraît sans doute malvenu de trancher

²⁴⁷⁸ CEDH, 12 janvier 2016, *Gouarré Patté c. Andorre*, req. n° 33427/10.

²⁴⁷⁹ *Ibid.*, §§34-35.

²⁴⁸⁰ CEDH, 24 janvier 2017, *Koprivnikar c. Sloveie*, req. n° 67503/13, §§58-59.

²⁴⁸¹ Dans le contexte spécifique de l'abolition de la peine de capital en Ukraine (remplacée par la réclusion à la perpétuité), la Cour proclame la non violation de l'article 7 au motif que le législateur n'a pas souhaité mettre en place une peine plus douce en modifiant sa législation. « *In the light of the Court's case law under Article 7, the intention of the legislator to humanize the criminal law and to give retrospective effect to more lenient law is an important factor* », CEDH, 12 juillet 2016, *Ruban c. Ukraine*, req. n° 8927/11, §45.

²⁴⁸² Dans une décision d'irrecevabilité, la Cour exclut l'application du principe de la rétroactivité de la loi plus douce à défaut d'ériger comme une « peine » de simples pénalités fiscales pour retard de paiement, CEDH Déc., *Oxygène plus c. France*, req. n° 76659/11, §§50-51.

²⁴⁸³ L. BURGOGUE-LARSEN, « De l'art de changer de cap, libres propos sur les nouveaux revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Liberté, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. I, p. 335-350.

²⁴⁸⁴ *Infra*, n° 644.

l'opportunité d'un revirement jurisprudentiel interne. Bien que soucieuse de ne pas offenser les juges nationaux qui demeurent les juges « naturels » de la Convention, la Cour doit néanmoins veiller à maintenir une protection toujours plus effective des droits fondamentaux. Particulièrement traumatique pour le justiciable, l'effet de surprise provoqué par un revirement paraît d'autant plus insoutenable s'il contrevient aux droits et libertés garantis par la Convention. La résolution d'un tel conflit repose donc sur un arbitrage politique et précautionneux entre la sécurité juridique de l'État partie, dont le revirement contribue à améliorer « *la sécurité juridique et la bonne administration de la justice* »²⁴⁸⁵, et celle du requérant, dont les attentes légitimes et les droits conventionnels sont bafoués. Oscillant entre ces deux objectifs, la première phase de sa jurisprudence illustre une régulation en faveur de la légalité temporelle. Sa retenue interprétative préserve alors le dialogue avec les juridictions nationales au détriment de la protection des droits (A). La seconde phase s'inscrit dans une articulation bienfaitrice avec la sécurité juridique subjective, car elle vise à assortir la rétroactivité jurisprudentielle des garanties procédurales pour accroître la protection de la sécurité juridique procédurale du requérant (B).

A- La primauté initiale de la rétroactivité jurisprudentielle

510. Distinguant les conséquences de la rétroactivité jurisprudentielle de celles des lois de validation sur la prévisibilité des rapports juridiques, la Cour a admis leur conventionnalité aux motifs que « *les exigences de la sécurité juridique et de la protection de la confiance légitime ne consacrent pas de droit acquis à une jurisprudence constante* »²⁴⁸⁶ (1°). Reprenant *expressis verbis* la motivation de la Cour de cassation française²⁴⁸⁷, cette justification pragmatique n'est toutefois pas exempte d'effets pervers sur la stabilité des relations juridiques (2°).

²⁴⁸⁵ CEDH, 26 mai 2011, *Legrand c. France*, req. n° 23228/08, §41 (*JCP G*, 2011, act. 730, note C. PICHERAL ; *JCP G*, 2011, act. 742, comm. A. MARAIS ; *RDP*, 2012, p.785, chron. F. SUDRE, G. GONZALEZ, L. MILANO et H. SURREL).

²⁴⁸⁶ CEDH, 18 décembre 2008, *Unedic c. France*, req. n° 20153/04, §74 (*JCP G*, 2009, I, 143, obs. F. SUDRE).

²⁴⁸⁷ Cass. Soc., 26 novembre 2003, n° 01-45.486.

1°) Une conventionnalité complaisante sur l'application rétroactive immédiate du revirement

511. Affirmant qu'une telle opportunité « relève du pouvoir discrétionnaire de toute juridiction tant au niveau national qu'international »²⁴⁸⁸, la Cour européenne se refuse à devenir un « 4^{ème} degré de juridiction », conformément au principe de subsidiarité²⁴⁸⁹. C'est pourquoi elle martèle constamment qu'il ne lui appartient pas ni « d'opérer des choix jurisprudentiels pour les juridictions internes »²⁴⁹⁰, ni de « connaître des erreurs de faits et de droit prétendument commises [...] ou de substituer sa propre appréciation à celle des juridictions nationales »²⁴⁹¹. Se restreignant donc à apprécier strictement la compatibilité de ces interprétations avec la Convention, elle conforte la rétroactivité des revirements de jurisprudences nationaux et, par conséquent, la prévalence de la légalité temporelle sur la stabilité des rapports juridiques.

512. Dans l'arrêt *S.W. contre Royaume-Uni*²⁴⁹², la juridiction britannique de première instance avait écarté l'immunité conjugale en cas de viol entre époux au profit d'un arrêt postérieur de la Cour d'appel. Confirmant largement la position de la juridiction nationale, le juge européen valide l'application rétroactive du revirement de jurisprudence, car « l'interprétation jurisprudentielle opérait une évolution manifeste, cohérente avec la substance même de l'infraction, du droit pénal », formant ainsi selon ses termes « une étape raisonnablement prévisible de la loi »²⁴⁹³. De ce fait, la substance de l'infraction du viol pouvait, au regard du « caractère avilissant du viol »²⁴⁹⁴, justifier la levée de l'immunité du viol entre époux et donc une application *in malam partem* de la loi pénale. Dérogeant largement à l'une des règles fondamentales de la matière pénale, la Cour sacrifie la stabilité matérielle pour la sauvegarde contestable des valeurs conventionnelles²⁴⁹⁵.

²⁴⁸⁸ CEDH, 30 novembre 2010, *S.S. Balikliçesme Beldesi Tarim Kalkinma Kooperatifi et autres c. Turquie*, req. n° 3573/05 et suiv., §28.

²⁴⁸⁹ *Supra*, n° 283 et suiv.

²⁴⁹⁰ CEDH, 4 mars 2014, *Fazli Aslaner c. Turquie*, req. n° 36073/04, §53.

²⁴⁹¹ Voy. par ex. CEDH, 21 juillet 2015, *Schipani et autres c. Italie*, req. n° 38369/09, §59.

²⁴⁹² CEDH, 22 novembre 1995, *S.W. c. Royaume-Uni*, req. n° 20166/92 (*GACEDH*, 2019, n° 38) ; CEDH, 22 novembre 1995, *C.R. c. Royaume-Uni*, req. n° 20190/92.

²⁴⁹³ *Ibid.*, §36.

²⁴⁹⁴ *Ibid.*, §43.

²⁴⁹⁵ « L'abandon de l'idée inacceptable qu'un mari ne pourrait être poursuivi pour le viol de sa femme était conforme non seulement à une notion civilisée du mariage mais encore et surtout aux objectifs fondamentaux de la Convention dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaine », *ibid.*, §44 (souligné par nous).

513. Par suite, l'arrêt *UNEDIC contre France*²⁴⁹⁶ consacre la conventionnalité de l'application rétroactive d'un revirement de jurisprudence, cette fois-ci en matière civile. En l'occurrence, le juge national avait fait application d'une solution nouvelle à une instance en cours. Dégagée par la Cour de cassation, celle-ci prévoyait un plafonnement des paiements des sommes versées aux créanciers soumis à une procédure collective afin de « soulager » financièrement l'A.G.S. UNEDIC²⁴⁹⁷. D'emblée, la Cour rejette l'invitation première du requérant portant sur l'application modulée de la rétroactivité jurisprudentielle telle qu'effectuée dans l'arrêt *Marckx*. Considérant qu'il s'agissait là d'un *obiter dictum*, elle refuse sans surprise de procéder à la généralisation de ce mécanisme²⁴⁹⁸. Ensuite, la Cour réfute l'argument du requérant quant à l'existence d'un droit acquis à l'obtention de son indemnité par l'UNEDIC. D'une part, sa situation n'étant pas été passée en force de chose jugée. À défaut de clôture de la procédure collective, celle-ci n'était donc pas « définitivement réglée » par un jugement définitif. D'autre part, la nouvelle solution adoptée par la juridiction suprême n'a pas affecté son droit de recours, puisque le requérant a pu valablement saisir les prud'hommes²⁴⁹⁹, et ce sans affecter sa stabilité financière²⁵⁰⁰. À défaut donc « d'[incertitude] quant à l'état actuel du droit »²⁵⁰¹, le seuil global de sécurité juridique objective apparaît suffisant aux yeux de la Cour. La légalité temporelle primant sur la stabilité matérielle, elle neutralise en l'occurrence toute portée éventuelle à la notion de droit acquis²⁵⁰². Plus problématique, la Cour a admis dans l'affaire *Legrand contre France*²⁵⁰³ la conventionnalité d'une application rétroactive d'un revirement intervenu postérieurement à la naissance du litige. En l'espèce, la requérante avait été victime d'une infection nosocomiale consécutivement à son opération chirurgicale. Elle intenta deux actions successives contre son médecin. Débutée en 1998, l'action pénale pour responsabilité délictuelle fut abandonnée en appel par la requérante et son époux au profit d'une

²⁴⁹⁶ CEDH, 18 décembre 2008, *Unedic c. France*, req. n° 20153/04 (*JCP G*, 2009, I 143, obs. F. SUDRE).

²⁴⁹⁷ L'UNEDIC est une association qui est en charge de la gestion du régime d'assurance des créanciers soumis à une procédure collective. Concrètement, elle met à disposition à leur disposition la somme nécessaire aux paiements des créances dues aux salariés en cas d'indisponibilité sur les fonds propres de l'entreprise.

²⁴⁹⁸ *Ibid.*, §73.

²⁴⁹⁹ *Ibid.*, §75.

²⁵⁰⁰ *Ibid.*, §77.

²⁵⁰¹ *Ibid.*, §78.

²⁵⁰² Bien que disposant d'un lien conceptuel avec le principe de la sécurité juridique, la notion de droit acquis est n'a pas d'existence effective dans la jurisprudence de la Cour. Utilisé avec parcimonie dans le cadre de l'article 1^{er} du Protocole n° 1, elle est souvent utilisée dans sa version négative pour démontrer l'absence d'espérance légitime en l'espèce. En ce sens, voy. *supra*, n° 159.

²⁵⁰³ CEDH, 26 mai 2011, *Legrand c. France*, req. n° 23228/08 (*JCP G*, 2011, act. 730, note C. PICHERAL ; *JCP G*, 2011, act. 742, comm. A. MARAIS ; *RDP*, 2012, p.785, chron. F. SUDRE, G. GONZALEZ, L. MILANO et H. SURREL).

action civile pour dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité contractuelle. Rendant définitive la relaxe prononcée au pénal, les époux se présentèrent successivement devant les juridictions de première instance, puis devant la Cour de cassation. En 2006, la juridiction suprême adopta une solution nouvelle selon laquelle l'autorité de chose jugée attachée à la première action frappe *de plano* la seconde action d'irrecevabilité dès lors qu'il existe une identité d'objet²⁵⁰⁴. Subséquemment à l'application rétroactive de cette jurisprudence, les époux furent privés de toute possibilité d'être indemnisé pour le préjudice subi. Validant la position du juge national, la Cour européenne considère qu'en se désistant de leur appel du jugement au pénal, ils prenaient en quelque sorte le risque de voir anéantir toute possibilité de saisine au civil. Ils ne pouvaient aucunement se prévaloir d'un « *droit acquis à une jurisprudence constante* » dans la mesure où l'interprétation évolutive de la jurisprudence n'avait pas entravé l'exercice de voies de recours²⁵⁰⁵. Suivant un raisonnement assez similaire à celui réalisé dans l'hypothèse d'un manque de diligence du requérant²⁵⁰⁶, elle sanctionne finalement le choix procédural de requérants « fautifs » qui auraient dû anticiper un tel revirement de jurisprudence. Excluant de manière lapidaire toute considération à l'égard de la stabilité de l'état du droit au moment des faits, elle considère qu'ils auraient contribué eux-mêmes à l'anéantissement de leur prévisibilité juridique²⁵⁰⁷. L'ensemble de ces éléments lui permettent dès lors d'aboutir à la non-violation de l'article 6§1.

514. Ostensiblement, la solution adoptée s'apparente davantage à un choix de politique jurisprudentielle qu'à un choix raisonné. Faisant œuvre de compromis, la Cour se retranche derrière le pouvoir souverain de la Cour de cassation, qui reste manifestement maître de la conciliation entre l'impératif d'intérêt général de « *bonne administration de la justice, de sécurité juridique et de loyauté procédurale* », et celui de la préservation du choix procédural des requérants²⁵⁰⁸. Sévère, cette solution apparaît d'autant plus obscure qu'elle plonge les requérants (non professionnels) dans un « *trou noir" juridique* »²⁵⁰⁹ contrevenant au principe même de la sécurité juridique et de la stabilité matérielle. De ce fait, elle met en exergue les forces et les faiblesses de la justification apportée par la Cour.

²⁵⁰⁴ *Ibid.*, §20 et 21.

²⁵⁰⁵ *Ibid.*, §41.

²⁵⁰⁶ Sur le devoir de vigilance et de diligence, *infra*, n° 563.

²⁵⁰⁷ *Ibid.*, §41.

²⁵⁰⁸ *Ibid.*, §41.

²⁵⁰⁹ Sur cette critique, voy. A. MARAIS, Modulation dans le temps des revirements de jurisprudence- Requiem, *JCP G*, 2011, n° 26, note 742.

2°) Une justification discutable sur l'absence de « *droit à une jurisprudence constante* »

515. La non-consécration d'un droit à une jurisprudence « *constante* » ou « *bien établie* »²⁵¹⁰ constante se présente comme pleinement justifiée du point de la sécurité juridique objective (a), bien qu'elle occasionne des effets préjudiciables sur la stabilité des relations juridiques et la protection des droits conventionnels (b).

a- Une motivation compréhensible pour l'évolution interne de la jurisprudence

516. Trois raisons viennent légitimer la motivation adoptée par la Cour européenne. La première a trait à la fonctionnalité du revirement de jurisprudence. En effet, la rétroactivité jurisprudentielle est souvent perçue comme un mal nécessaire alors qu'elle incarne paradoxalement l'image d'une certaine évolution juridique et sociale. C'est par ailleurs l'argument qui a été invoqué par le Gouvernement dans l'arrêt *S.W.*²⁵¹¹. Sans dénier la dimension arbitraire de la rétroactivité en l'espèce, c'est la nature « *par essence avilissant du viol* » qui légitime une évolution en concordance avec le « *respect de la dignité et de la liberté humaine* »²⁵¹². Le revirement adopté par la Chambre des Lords est donc conforme aux principes généraux de l'article 7, puisque la latitude laissée à l'interprétation juridictionnelle « *contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal* »²⁵¹³. Pareillement, l'amélioration de la règle de droit, la préservation de la justice sociale ou le respect de la bonne administration de la justice et de la loyauté procédurale²⁵¹⁴ nécessitent une interprétation évolutive. Ces buts étatiques légitiment la primauté de la légalité temporelle sur la légalité matérielle au cas d'espèce. Dans ces hypothèses, « *un justiciable ne saurait déjà se prévaloir d'un droit acquis au maintien d'une règle légale [...] ou d'un précédent judiciaire* »²⁵¹⁵.

517. La seconde raison est corrélée à la première. Elle concerne la nécessité du revirement dans la consolidation continue de la sécurité juridique objective interne. Comme l'explicite

²⁵¹⁰ Pour une lecture annexe sur l'unité conceptuelle et discursive de l'expression « jurisprudence constante », M. KAMAL, Les « jurisprudences établies » de la Cour européenne des droits de l'homme, *RDLF*, 2019, chron. n° 02.

²⁵¹¹ CEDH, 22 novembre 1995, *S.W. c. Royaume-Uni*, req. n° 20166/92 (*GACEDH*, 2019, n° 38).

²⁵¹² *Ibid.*, §44.

²⁵¹³ *Ibid.*, §36.

²⁵¹⁴ Ce sont les buts légitimes invoqués par le gouvernement français respectivement dans les arrêts *UNEDIC* et *Legrand*.

²⁵¹⁵ K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 302-303.

la Cour dans un arrêt concernant la Turquie, « *la jurisprudence n'est pas immuable [...]. Telle ou telle jurisprudence dans une matière donnée peut évoluer et connaître le cas échéant un revirement ; un revirement signifie, par essence, que la solution antérieure n'était pas satisfaisante* »²⁵¹⁶. Le revirement procure un effet vertueux à long terme sur la légalité matérielle, à condition bien sûr que le juge en évalue avec précaution toutes les conséquences²⁵¹⁷. De la sorte, « *toute juridiction suprême peut [...] décider de s'écarter d'une solution jurisprudentielle [...] donc ne de plus suivre les enseignements d'un précédent judiciaire. Sa formulation comme sa réitération n'emporte pas, au profit des justiciables, de droit acquis à son maintien* »²⁵¹⁸. Par ailleurs, le revirement protège l'évolution naturelle du droit objectif contre une paralysie éventuelle des prétoires par les requérants. Aussi « *insupportable* » puisse-t-elle être²⁵¹⁹, la perte de gain est inéluctable au jeu du procès, que celle-ci provienne ou non d'un revirement²⁵²⁰. Faisant appel au bon sens, c'est la prohibition d'un « *droit à acquis une jurisprudence figée* » qui sous-tend clairement la motivation du juge.

518. L'ultime raison est liée à un choix légitime de ne pas s'immiscer dans les politiques jurisprudentielles nationales, le juge national restant maître des évolutions jurisprudentielles dans l'application de la loi au sein de son prétoire. Outre le fait qu'elle outrepasserait les limites de son office, une position contraire serait sans doute mal perçue venant d'un prétoire adepte de l'interprétation évolutive²⁵²¹. Si la justification invoquée par la Cour est légitime du point de vue de la sécurité juridique objective, ces arrêts peinent néanmoins à convaincre sur le plan de l'effectivité des droits ainsi que sur celui de la sécurité juridique subjective.

b- Une motivation pernicieuse pour la stabilité des rapports juridiques

519. Il est évident que la prévalence de la légalité temporelle met fortement à mal la stabilité matérielle et la prévisibilité subjective. En effet, la faiblesse du seuil de prévisibilité objective fait peser sur les épaules de justiciable un devoir de vigilance maximal puisqu'il doit désormais intégrer dans ses prévisions juridiques d'hypothétiques revirements. Sous-jacente aux arrêts

²⁵¹⁶ CEDH, 30 novembre 2010, *S.S. Balikliçesme Beldesi Tarim Kalkinma Kooperatifi et autres c. Turquie*, req. n° 3573/05 et suiv., §28.

²⁵¹⁷ Sur le conséquentialisme, voy. *infra*, n° 828.

²⁵¹⁸ K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 302-303.

²⁵¹⁹ B. PACTEAU, « La rétroactivité jurisprudentielle insupportable », in *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François LACHAUME*, Dalloz, Paris, 2007, p. 807-822.

²⁵²⁰ « *Si la requérante perçoit comme une injustice le fait que les tribunaux ont donné gain de cause à M.H, cette injustice est inhérente à tout changement de solution juridique* », *ibid.*, §75.

²⁵²¹ C'est notamment l'argument présenté par le gouvernement dans l'arrêt *UNEDIC*, *ibid.*, §64.

Legrand et *UNEDIC*, cette mutation de la prévisibilité subjective apparaît pour le moins désastreuse pour le requérant qui se voit lourdement imputer d'une « *présomption de connaissance de la jurisprudence à venir* »²⁵²². Éventuellement admissible pour les professionnels du droit²⁵²³, un tel devoir d'anticipation et de prédictibilité s'avère surréaliste à l'encontre d'un simple justiciable qui s'est fié de bonne foi au droit en vigueur ou à son avocat. Évaluer avec exactitude l'application rétroactive d'un revirement se rapproche difficilement de prévisibilité juridique compte tenu de la part d'aléa inéluctable à tout changement de jurisprudence, même entouré de « *conseils éclairés* »²⁵²⁴.

520. Paradoxalement, l'application rétroactive engendre une rupture dans la conciliation entre la sécurité juridique objective et subjective qui est laissée choir volontairement par la Cour au profit de la continuité du droit. Cet abandon suscite des difficultés non seulement sur le rôle fondamental du principe de sécurité juridique – qui est de colmater ces ruptures dans un objectif mélioratif de la légalité – mais également sur la fiabilité et l'effectivité du droit conventionnel. Dans l'arrêt *Legrand*, la requérante est privée de toute possibilité d'obtenir une indemnité à laquelle lui donne pourtant droit la reconnaissance de son préjudice²⁵²⁵.

521. Ne pouvant prohiber la conventionnalité des revirements, la Cour ne peut valablement se détourner d'un requérant de bonne foi victime de cet « effet de surprise ». Sans avoir la garantie absolue d'un « *droit acquis à une jurisprudence constante* »²⁵²⁶, ce dernier peut prétendre au moins « à un droit acquis à une jurisprudence prévisible et cohérente » en contrepartie de l'anéantissement de ses prévisions juridiques. Le refus d'examiner la cause d'un revirement ne l'empêche pas d'en apprécier la portée sur la protection des droits garantis par le système conventionnel. Par souci d'effectivité, la jurisprudence récente amorce un tournant vers davantage de stabilité matérielle au profit des droits procéduraux individuels.

²⁵²² D. ROETS, L'application de la loi pénale dans le temps et la Convention européenne des droits de l'homme, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1991.

²⁵²³ Sur ce point, voy. *infra*, n° 578.

²⁵²⁴ « *Quelle curieuse prévisibilité que celle qui s'apprécie en considération du droit qui n'existait pas encore à l'époque où les parties se sont déterminées à agir !* », A. MARAIS, Modulation dans le temps des revirements de jurisprudence – Requiem, *JCP G*, 2011, n° 26, note 742.

²⁵²⁵ Il est regrettable que la Cour fasse aussi « *bon marché de l'exigence d'effectivité* » en l'espèce, voy. CEDH, 26 mai 2011, *Legrand c. France*, req. n° 23228/08 (*JCP G*, 2011, act. 730, note C. PICHERAL ; *JCP G*, 2011, act. 742, comm. A. MARAIS ; *RDP*, 2012, p.785, chron. F. SUDRE, G. GONZALEZ, L. MILANO et H. SURREL).

²⁵²⁶ CEDH, 18 décembre 2008, *Unedic c. France*, req. n° 20153/04, §74 (*JCP G*, 2009, I 143, obs. F. SUDRE).

B- Un effort récent de revalorisation de la stabilité matérielle

522. Contournant la crainte de l'opportunité judiciaire, la Cour s'est engagée très récemment dans la voie d'une responsabilisation des prétoires nationaux sur les conséquences provoquées par la rétroactivité de leurs revirements (2°). Le rehaussement du seuil de prévisibilité objective génère automatiquement un allègement du seuil de prévisibilité subjective avantageux pour la sécurité et la stabilité matérielle des situations juridiques (2°).

1°) La responsabilisation des juges nationaux sur la prévisibilité de leurs revirements

523. La responsabilisation amorcée par le juge européen découle de l'objectif d'adéquation objective de l'État à l'égard de son droit interne. En effet, « *l'incertitude – législative, administrative, ou tenant aux pratiques des autorités – est un facteur qu'il faut prendre en compte pour apprécier la conduite de l'État* », ce dernier se devant de « *réagir de façon correcte et avec la plus grande cohérence* »²⁵²⁷. Il est vrai qu'en matière de revirement l'incertitude est de mise. La Cour tolère volontiers qu'une jurisprudence puisse en souffrir temporairement²⁵²⁸. Toutefois, l'incertitude ne saurait être gage d'arbitraire et d'abus de la part de l'autorité judiciaire. C'est pourquoi elle se montre de plus en plus exigeante en passant la rétroactivité jurisprudentielle au crible des exigences de la légalité, en particulier au crible du standard prévisibilité²⁵²⁹. Dans la poursuite de cet objectif, elle élabore une liste précise de critères visant à évaluer la prévisibilité concrète du revirement sur la sécurité juridique du requérant (a), liste qu'elle étend désormais aux divergences de jurisprudence (b).

a- L'examen de la cohérence du revirement jurisprudentiel

524. Acceptant naturellement qu'un juge national puisse revirer sa solution jurisprudentielle, la Cour européenne prend toutefois garde à ce que la solution n'aboutisse pas à priver le requérant de la protection de ces droits. Elle a donc développé trois critères d'analyses qui lui permettent de déceler une éventuelle atteinte à ses droits procéduraux. Le

²⁵²⁷ CEDH, 4 février 2014, *Staibano et autres c. Italie*, req. n° 29907/07, §48.

²⁵²⁸ CEDH, 14 janvier 2010, *Atanasovski c. l'ex-République Yougoslave de Macédoine*, req. n° 36815/03, §§37-38.

²⁵²⁹ Sur ce point, voy. *supra*, n° 273. La jurisprudence strasbourgeoise est moins axée sur l'exigence d'accessibilité, d'autant plus que sa mobilisation se retourne contre le requérant. Dans une affaire italienne il a ainsi jugé que « *le revirement [...] pouvait plus être ignoré du public à partir du 26 juillet 2004. Par conséquent, elle a considéré qu'à partir de cette date il doit être exigé des requérants qu'ils usent de ce recours aux fins de l'article 35§1 de la Convention* », CEDH, Gde. Ch., 29 mars 2006, *Cocchiarella c. Italie*, req. n° 64886/01, Rec. 2006-V, §44.

premier critère porte sur la forme du revirement, en particulier sur la motivation apportée aux justiciables par le juge national. Depuis 1994, le juge européen impose une obligation de motivation des décisions de justice par une « *réponse spécifique et explicite* »²⁵³⁰. Étendue au cas du revirement, la juridiction doit en expliciter les « *raisons substantielles* »²⁵³¹ pour satisfaire à cette obligation. Dans l'arrêt *Salov contre Ukraine*²⁵³², le requérant invoquait l'iniquité globale de la procédure aboutissant à sa condamnation pénale pour diffamation, notamment en raison de la particularité de son statut politique²⁵³³. Conformément à sa jurisprudence, la Cour examine attentivement l'ensemble des circonstances qui auraient pu justifier le revirement du tribunal du district aboutissant à la condamnation du requérant pour diffamation. N'allant pas jusqu'à exiger une « *réponse détaillée* », elle relève toutefois des carences sur les explications dudit tribunal sur l'examen des preuves qui ont pu le faire douter de sa décision initiale, au point de demander un complément d'instruction conduisant à ladite condamnation. À défaut d'une réponse motivée, ce revirement a porté atteinte aux garanties du procès équitable²⁵³⁴. Au surplus, la date du revirement par rapport aux faits influe également sur l'appréciation de la motivation fournie par le juge interne²⁵³⁵.

525. Le second critère repose sur la cohérence du revirement en rapport avec la jurisprudence globale du droit interne. Composante adjointe au principe de la sécurité juridique²⁵³⁶, l'impératif de cohérence s'apprécie selon la stabilité de la jurisprudence interne au moment de la survenance du revirement. Dans l'affaire *Église catholique de la Canée*²⁵³⁷, le revirement des juridictions grecques a été jugé contraire à l'article 6§1 sur ce fondement. Constatant « *qu'une jurisprudence et une pratique administrative constantes avaient créé, au fil des années, une sécurité juridique [...] à laquelle l'église requérante pouvait légitimement se fier* », la Cour estime que le juge a ignoré sciemment l'examen de la personnalité juridique malgré « *une jurisprudence bien établie* »²⁵³⁸. En conséquence, la privation consécutive de l'Église de sa capacité d'ester en justice est constitutive d'une atteinte au droit à un tribunal.

²⁵³⁰ CEDH, Ch., 9 décembre 1994, *Ruiz Torija et Hiro Balani c. Espagne*, req. n° 18390/9, série A. 303-A, §30.

²⁵³¹ CEDH, 14 janvier 2010, *Atanasovski c. l'ex-République Yougoslave de Macédoine*, req. n° 36815/03, §§37-38.

²⁵³² CEDH, 6 septembre 2005, *Salov c. Ukraine*, req. n° 65518/01, Rec. 2005-VIII.

²⁵³³ Pour information, le requérant était candidat à la présidence lors des élections ukrainiennes de 1999. Il aurait diffusé de fausses déclarations à la presse concernant le décès du président alors en exercice.

²⁵³⁴ *Ibid.*, §§89-92.

²⁵³⁵ CEDH, Gde. Ch., 4 juillet 2006, *Ramirez Sanchez c. France*, 4 juillet 2006, req. n° 59450/00, Rec. 2006-IX §165.

²⁵³⁶ Voy. *supra*, n° 115 et suiv.

²⁵³⁷ CEDH, 16 décembre 1997, *Église Catholique de la Canée*, req. n° 25528/94.

²⁵³⁸ *Ibid.*, §40.

526. Le dernier critère réside dans la finalité poursuivie par le revirement. La Cour vérifie que la rectification d'une incertitude jurisprudentielle ne sert pas de paravent à une décision arbitraire²⁵³⁹. Dans l'arrêt *Stefan et Stef contre Roumanie*²⁵⁴⁰, la juridiction suprême avait modifié sa position jurisprudentielle de manière obscure, pour revenir ensuite à l'état antérieur de sa jurisprudence. Selon la Cour, une décision aussi arbitraire pour les requérants n'est pas assimilable à un revirement « *fondé sur une nouvelle interprétation de la loi* »²⁵⁴¹. Elle fait montre de la même sévérité lorsque le revirement camoufle une réappréciation prétorienne des faits d'une décision passée en force de chose jugée qui porte atteinte au principe de la sécurité juridique²⁵⁴².

527. Récemment, la Cour a combiné ces critères pour évaluer la cohérence de la jurisprudence française en matière de traitement de données à caractère personnel dans le cadre des relations employeur/employé, se plaçant exceptionnellement sur le terrain de l'article 8²⁵⁴³. La question reposait sur la conventionnalité de l'examen de fichiers non expressément nommés comme personnels par l'employeur, et ce sans la présence de l'employé. Effectuant une analyse approfondie de la jurisprudence interne, la Cour conclut au caractère non arbitraire de la solution dans la mesure où les fichiers n'étaient pas identifiés expressément comme personnels. Contrairement au requérant, qui invoquait « *une restriction jurisprudentielle* » dont la rétroactivité aurait porté « *atteinte à la sécurité juridique et aux anticipations des justiciables* »²⁵⁴⁴, la Cour considère que la solution est cohérente, et la motivation du juge national pertinente et suffisante²⁵⁴⁵. Elle en conclut par conséquent à la non-violation de l'article 8.

528. Progressivement, le juge européen en est venu à apprécier l'instabilité des relations juridiques causées par la rétroactivité des revirements visant à régler des divergences entre les prétoires.

²⁵³⁹ « *La Cour rappelle tout d'abord que c'est au premier chef aux autorités nationales, et notamment aux cours et tribunaux, qu'il incombe d'interpréter le droit interne ; sous réserve d'une interprétation arbitraire ou manifestement déraisonnable* », CEDH, 22 février 2018, *Libert c. France*, req. n° 588/13, §51 (*JCP G*, 2018, n° 12, 1108, comm. G. LOISEAU). En l'espèce il s'agissait de l'ouverture par l'employeur de fichiers à caractère pornographiques sur l'ordinateur professionnel d'un agent de la SNCF qui a été par suite licencié pour ce motif.

²⁵⁴⁰ CEDH, 27 janvier 2009, *Stefan et Stef c. Roumanie*, req. n° 24428/03 et 26977/03.

²⁵⁴¹ *Ibid.*, §35.

²⁵⁴² CEDH, 21 octobre 2014, *Lungu et autres c. Roumanie*, req. n° 25129/06, §38.

²⁵⁴³ CEDH, 22 février 2018, *Libert c. France*, req. n° 588/13 (*JCP G*, 2018, n° 12, 1108, comm. G. LOISEAU). Voy. *supra*, n° 526.

²⁵⁴⁴ *Ibid.*, §54.

²⁵⁴⁵ *Ibid.*, §§51-52.

b- L'examen de la cohérence des divergences jurisprudentielles

529. Depuis l'arrêt *Nejdet Şahin et Perihan Şahin contre Turquie*²⁵⁴⁶, la conventionnalité des divergences jurisprudentielles est largement admise dans la mesure où elles sont une « conséquence inhérente à tout système juridique »²⁵⁴⁷. Néanmoins, la Cour refuse qu'elles deviennent « persistantes et profondes » en portant atteinte aux droits conventionnels. Précisément, c'est l'impératif de cohérence – dérivé objectif de la sécurité juridique²⁵⁴⁸ – qui va déterminer le caractère contradictoire ou continu de ces divergences grâce à l'analyse de deux éléments complémentaires. En premier lieu, le droit interne doit disposer de mécanismes juridiques « qui soient à même d'assurer la cohérence de la pratique au sein des tribunaux et l'uniformisation de la jurisprudence »²⁵⁴⁹. La Cour a ainsi condamné l'État turc concernant les divergences interprétatives dans le calcul du *dies a quo* d'un délai de prescription en matière d'action en responsabilité civile, estimant que les contradictions interprétatives entre les différentes chambres « avaient créé une situation d'incertitude jurisprudentielle de nature à porter atteinte au principe de sécurité juridique »²⁵⁵⁰. De même, la Cour exige que le mécanisme d'harmonisation soit effectif, sous peine d'entraîner le constat de la violation de l'article 6§1²⁵⁵¹. *A contrario*, la Cour n'a pas constaté la violation de l'article 6§1 car la divergence litigieuse émanait de deux juridictions suprêmes. En ce sens, elles disposaient de la possibilité d'y mettre un terme et d'assurer *in fine* la cohérence interprétative requise par la voie du dialogue des juges²⁵⁵². Plus fort le degré de juridiction est, plus la Cour présente une

²⁵⁴⁶ CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie*, req. n° 13279/05, §55 (JCP G, 2012, doct. 87, F. SUDRE) ; voy. plus récemment CEDH, 19 mai 2015, *Paroisse Greco-Catholique Lupeni et autres c. Roumanie*, req. n° 76943/11, § 74 à 121.

²⁵⁴⁷ CEDH, 14 janvier 2010, *Atanasovski c. l'ex-République Yougoslave de Macédoine*, req. n° 36815/03, §§37-38.

²⁵⁴⁸ *Supra*, n° 144, *infra*, n° 661 et n° 702 et suiv. On la retrouve également le critère de la cohérence dans l'examen de la légalité de la détention dans le cadre de l'article 5§1, en particulier lorsque la jurisprudence nationale compense les carences de la loi nationale. Dans cette hypothèse, la Cour examine avec attention l'existence d'une « jurisprudence ancienne et constante », voy. *supra*, n° 274.

²⁵⁴⁹ CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie*, req. n° 13279/05, §55 (JCP G, 2012, doct. 87, F. SUDRE).

²⁵⁵⁰ CEDH, 9 février 2016, *Hayati Çelebi et autres c. Turquie*, req. n° 582/05, §§52-60 ; voy. également CEDH, 6 décembre 2007, *Beian c. Roumanie*, req. n° 30658/05, Rec. 2007-V, §§38-40.

²⁵⁵¹ CEDH, 23 mai 2019, *Sine Tsaggarakis A.E.E. c. Grèce*, req. n° 17257/13, §§57-60.

²⁵⁵² « En l'occurrence, la Cour estime que les cours suprêmes en cause – le Conseil d'État et la Haute Cour administrative militaire – ont la possibilité de régler d'elles-mêmes ces divergences, soit en alignant leurs positions, soit en respectant le cloisonnement de leurs compétences respectives et en s'abstenant d'intervenir l'une et l'autre dans un même domaine juridique », CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie*, req. n° 13279/0587, §87 (JCP G, 2012, doct. 87, F. SUDRE).

motivation respectueuse vis-à-vis du principe de subsidiarité²⁵⁵³ et de l'office des juridictions suprêmes dont le rôle est, à juste titre, de trancher ces divergences jurisprudentielles. Si « *les juridictions nationales sont les premières responsables de la cohérence de leur jurisprudence* »²⁵⁵⁴, le « *rôle d'une juridiction suprême est précisément de régler les contradictions résultant d'arrêts contenant des interprétations divergentes* », à condition toutefois que son intervention reste « *exceptionnelle* »²⁵⁵⁵. Deuxièmement, la Cour observe les effets produits par l'application de ces mécanismes. Dans l'arrêt *Allègre contre France*²⁵⁵⁶, elle considère qu'en dépit d'une « *jurisprudence hésitante* »²⁵⁵⁷ concernant les effets et les modalités d'exercice ultérieur d'une citation directe par la partie civile d'une ordonnance de non-lieu, l'interprétation de la Cour de Cassation avait eu pour objectif d'ouvrir l'action des bénéficiaires du non-lieu et non de restreindre leur liberté d'agir²⁵⁵⁸. Dépourvue d'arbitraire, cette décision s'apparentait à une « *clarification jurisprudentielle* », qui ne peut être *de facto* assimilée à un revirement de jurisprudence²⁵⁵⁹. La Cour retoque donc sur ce fondement l'argument de la requérante, qui arguait en l'espèce la double méconnaissance du principe de la sécurité juridique et de la protection de la confiance légitime des justiciables²⁵⁶⁰. Par ailleurs, la durée de la divergence jurisprudentielle est un facteur qui pris en compte dans l'appréciation de la Cour²⁵⁶¹.

530. Globalement, l'intensification du contrôle européen va dans le sens d'une plus grande responsabilisation des juges nationaux dans la prévisibilité de leurs revirements. Ce phénomène entraîne un affermissement concomitant du seuil de prévisibilité subjective.

²⁵⁵³ Confirmée une jurisprudence récente, elle refuse de prononcer la violation de l'article 6§1 au motif que la clôture d'un débat interne ne pouvait être assimilée à un revirement rétroactif de jurisprudence, CEDH, 2 mars 2017, *Debray c. France*, req. n° 52733/13, §§36-39.

²⁵⁵⁴ *Ibid.*, §94.

²⁵⁵⁵ CEDH, 12 juillet 2018, *Allègre c. France*, req. n° 22008/12, §61 ; CEDH, 23 mai 2019, *Sine Tsaggarakis A.E.E. c. Grèce*, req. n° 17257/13, §49.

²⁵⁵⁶ *Ibid.*, §63.

²⁵⁵⁷ *Ibid.*, §61.

²⁵⁵⁸ *Ibid.*, §60.

²⁵⁵⁹ *Ibid.*, §61.

²⁵⁶⁰ *Ibid.*, §62. On notera que la clarification est considérée par la Cour comme l'un des motifs justifiant un revirement plus ou moins assumée de sa propre jurisprudence voy. *infra*, n° 674.

²⁵⁶¹ *Ibid.*, §§64-65.

²⁵⁶¹ La Cour a sanctionné l'intervention tardive du Conseil d'État grec pour résorber l'incohérence jurisprudentielle, qui perduré de longues années, contrevenant au principe de sécurité juridique, CEDH, 23 mai 2019, *Sine Tsaggarakis A.E.E. c. Grèce*, req. n° 17257/13, §48. Dans l'hypothèse où les mécanismes sont promptement utilisés par le juge, la violation n'est pas constatée malgré l'existence caractérisée d'une divergence « *persistante et profonde* », voy. CEDH, 11 avril 2019, *Mariyka Popova et Asen Popov c. Bulgarie*, req. n° 11260/10, §§48-49.

2°) Une responsabilisation bénéfique pour la prévisibilité des situations juridiques

531. Depuis quelques années, la jurisprudence strasbourgeoise amorce un second tournant, en faveur cette fois-ci d'un renforcement accru de la prévisibilité jurisprudentielle des justiciables. Ceci s'observe particulièrement en matière pénale compte tenu de son impact hautement préjudiciable sur la situation de l'accusé²⁵⁶². De façon retentissante, la Cour sanctionne la rétroactivité *in malam partem* du revirement de jurisprudence dans l'arrêt *Pessino contre France*²⁵⁶³. Par principe, la loi pénale est inéluctablement assortie d'une interprétation jurisprudentielle qui est subordonnée à la même exigence de prévisibilité objective²⁵⁶⁴. En l'occurrence, la Cour se fonde sur le « *manque de jurisprudence préalable* » ainsi que sur « *l'absence de précédents topiques* »²⁵⁶⁵ pour souligner l'impossibilité pour le requérant – pourtant professionnel – de prévoir le revirement de jurisprudence dont il a fait l'objet. Postérieurement, la Grande Chambre a condamné l'État espagnol pour ce même motif²⁵⁶⁶. Dans cette affaire se posait la question de la compatibilité d'un revirement de jurisprudence modifiant le calcul des remises de peine appliqué rétroactivement au détriment de la requérante, qui voyait en conséquence reportée sa date de mise en liberté définitive. À la différence de l'arrêt *Pessino*, elle concède au Gouvernement qu'il existait au moment des faits litigieux un droit suffisamment prévisible pour permettre à la requérante de « *discerner, à un degré raisonnable [...] la portée de la peine infligée* »²⁵⁶⁷. Cependant, la nouvelle interprétation donnée par le Tribunal en 2006 ne répondait pas aux exigences du droit de la Convention. En plus de raviver un dispositif légal qui n'avait plus lieu d'être comme le prouve son abrogation²⁵⁶⁸, la position ancienne était ancrée dans le droit objectif par une pratique administrative et pénitentiaire sur laquelle la requérante

²⁵⁶² D. REBUT, « Les revirements de jurisprudence en matière pénale », in *Les revirements de jurisprudence* Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET, LexisNexis, Paris, coll. « Cour de Cassation », 2005, p. 95-112 ; D. ROETS, « L'application de la loi pénale dans le temps et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1991 ; voy. également du même auteur « La non-rétroactivité de la jurisprudence pénale *in malam partem* consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 124.

²⁵⁶³ CEDH, 10 octobre 2006, *Pessino c. France*, req. n° 40403/02 (*JCP G*, 2008, II, 10014, comm. O. MOUYSSSET). En l'espèce, la Cour conclut à la violation de l'article 7 pour l'exécution des travaux malgré le sursis à exécution du permis de construire qualifié rétroactivement d'infraction pénale ; voy. également, CEDH, 24 mai 2007, *Dragotoniou et Militaru-Pidhorni c. Roumanie*, req. n° 77193/01 (violation de l'article 7 concernant la qualification rétroactive d'infraction pénale pour des faits de corruption passives des employés de sociétés commerciales en dehors de la qualité de fonctionnaire public, fonctionnaire ou salarié d'une entreprise d'État).

²⁵⁶⁴ *Supra*, n° 273.

²⁵⁶⁵ *Ibid.*, §35

²⁵⁶⁶ CEDH, Gde. Ch., 21 octobre 2013, *Del Rio Prada c. Espagne*, req. n° 42750/09, Rec. 2015-II (*RTDH*, 2014, 689, note. D. SCALIA).

²⁵⁶⁷ *Ibid.*, §103.

²⁵⁶⁸ Soumise à l'époque au Code pénal de 1973, celui-ci avait ensuite été remplacé en 1995 pour combler les incertitudes législatives sur les modalités de calcul des peines et fut assorti de mesures transitoires, *ibid.*, §§102-114.

pouvait légitimement se fonder²⁵⁶⁹. Contrairement à l'argument présenté par le tribunal, cette interprétation rétroactive ne s'inscrit nullement dans une « *tendance perceptible* » d'une quelconque évolution jurisprudentielle²⁵⁷⁰. Se distinguant de l'arrêt *S.W.*²⁵⁷¹, la Cour affirme que les « *considérations de politique criminelle sur lesquelles s'est appuyé le tribunal suprême ne sauraient suffire à justifier un tel revirement de jurisprudence* ». Abandonnant progressivement le critère de l'évolution jurisprudentielle, la Cour encadre davantage la rétroactivité des revirements se réalisant en défaveur des requérants, condamnant le juge pénal « *pour ne pas avoir neutralisé la portée rétroactive de changement de cap jurisprudentiel* »²⁵⁷². Rompant avec les préceptes de sa jurisprudence antérieure, ces arrêts bouleversent la conception traditionnelle des règles d'application temporelle des lois pénales dans le sens où ils censurent une rétroactivité imprévisible²⁵⁷³. De manière prolifique, ils engendrent subséquemment un rehaussement du seuil de prévisibilité subjective²⁵⁷⁴.

532. L'examen de la prévisibilité objective tend également à devenir le critère prépondérant dans la régulation de la rétroactivité des jurisprudences civiles et administratives. Dans l'arrêt *Staibano contre Italie*²⁵⁷⁵, le Conseil d'État italien avait déclaré l'irrecevabilité du recours formé par les requérants. Réinterprétant le décret législatif sur l'emploi public, la juridiction avait jugé ces derniers forclos, les privant de leur droit à pension en tant que médecins vacataires. Indépendamment des incertitudes quant à l'applicabilité du délai, la Cour souligne la bonne foi des requérants qui se sont fondés « *sur une interprétation plausible des règles sur la répartition des compétences* »²⁵⁷⁶ pour déterminer leur expectative juridique. Le cumul de la

²⁵⁶⁹ *Ibid.*, §115.

²⁵⁷⁰ CEDH, Gde. Ch., 21 octobre 2013, *Del Río Prada c. Espagne*, req. n° 42750/09, Rec. 2015-II, §112 (RTDH, 2014, 689, note. D. SCALIA). Cette distinction avait été opérée auparavant dans CEDH, 10 octobre 2006, *Pessino c. France*, req. n° 40403/02, §36.

²⁵⁷¹ CEDH, Ch., 22 novembre 1995, *S.W. c. Royaume-Uni*, req. n° 20166/92 (GACEDH, 2019, n° 38).

²⁵⁷² D. SCALIA, L'application du principe de légalité des délits et des peines aux crimes (les plus) graves : l'orthodoxie retrouvée (Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Maktouf et Ddamjanović c. Bosnie-Herzégovine*, 18 juillet 2013, *Del Río Prada c. Espagne*, 21 octobre 2013), *op. cit.*, p. 689-715.

²⁵⁷³ D. ROETS, L'application de la loi pénale dans le temps et la Convention européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, 1991.

²⁵⁷⁴ *A contrario*, certains juges dissidents estiment que l'adoption de la doctrine parti ne contrevient pas au principe fondamental de la non-rétroactivité de la loi pénale puisque la loi a « seulement » alourdi l'exécution de la peine et non la substance même de celle-ci, la loi n'a donc pas eu un effet rétroactif portant atteinte à l'article 7 : « *Selon notre analyse, fondée sur la jurisprudence actuelle de la Cour, la décision critiquée en l'espèce est une mesure relative à l'exécution de la peine qui régit les modalités et la date d'octroi d'une libération anticipée, non une "peine" en tant que telle. Par conséquent, bien que des questions puissent se poser sur le terrain de l'équité du traitement des détenus, notamment du point de vue de la sécurité juridique et du respect des espérances légitimes, l'article 7 et la garantie très spécifique qu'il institue ne sont pas en cause* », voy. l'opinion dissidente commune des juges MAHONEY et VEHABOVIC jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 21 octobre 2013, *Del Río Prada c. Espagne*, *op. cit.*

²⁵⁷⁵ CEDH, 4 février 2014, *Staibano et autres c. Italie*, req. n° 29907/07.

²⁵⁷⁶ *Ibid.*, §55.

prévisibilité objective et subjective aboutit à la mise en exergue d'incertitudes jurisprudentielles vidant de sa substance leur espérance légitime à l'obtention de leur créance²⁵⁷⁷.

533. Accentuant les conditions de cohérence et de continuité jurisprudentielles au niveau interne, la Cour assure une meilleure protection de la stabilité matérielle et de la sécurité juridique subjective. Sans avoir la garantie absolue d'un « *droit acquis à une jurisprudence constante* », ces requérants peuvent désormais se prévaloir d'un « *objectif de jurisprudence cohérente* ». Dans le même temps, la souplesse du critère évite un éventuel conflit avec les juges nationaux en leur laissant la liberté requise par l'exercice de leur office. Si l'on ne peut que se féliciter d'un tel durcissement jurisprudentiel, l'ombre des arrêts UNEDIC et *Legrand* n'a cependant pas disparu. La menace d'une imprévisibilité subjective est toujours planante comme en témoigne la récente affaire *Allègre contre France* susmentionnée²⁵⁷⁸.

*

* *

534. Face aux confrontations entre les légalités matérielle et temporelle, « *l'imagination juridique se mobilise pour tempérer les effets de cette rétroactivité ravageuse* »²⁵⁷⁹. L'analyse de la rétroactivité des « lois » nationales met en lumière une régulation assez positive en faveur de la protection des droits des justiciables. D'abord, la pesée des intérêts s'effectue globalement au profit du requérant. Le fameux « motif impérieux d'intérêt général » est rarement validé par la Cour. Ensuite, la rétroactivité reste majoritairement l'exception comme en matière pénale. Par ailleurs, on constate un encadrement accru des instruments, notamment sous l'angle de la prévisibilité. L'application de critères objectifs permet d'évaluer la cohérence de la jurisprudence nationale et d'en mesurer concrètement les répercussions sur la stabilité juridique

²⁵⁷⁷ *Ibid.*, §58.

²⁵⁷⁸ CEDH, 12 juillet 2018, *Allègre c. France*, req. n° 22008/12, §§60-65. Un arrêt récent conforte ce durcissement en défaveur du requérant en dehors des cas des revirements jurisprudentiels. Dans l'affaire *Dimitras et Greek Helsinki Monitor*, le requérant invoquait une violation de l'article 6§1 à cause du rejet de sa plainte avec constitution de partie civile pour cause de prescription des lois de procédure pour obtenir la réparation pénale de délits commis. Effectuant une mise en balance entre le manque de diligence des autorités judiciaires et des requérants, la Cour condamne le requérant pour ne pas avoir saisi les juridictions civiles pour introduire une action en dommages-intérêts pour réparer le préjudice, à défaut de pouvoir saisir les juridictions pénales en raison de la prescription. Ainsi conclut-elle à la non-violation de l'article 6§1, CEDH, 25 juillet 2019, *Dimitras et Greek Helsinki Monitor c. Grèce*, req. n°62643/12, §§46-54.

²⁵⁷⁹ F. OST, *Dire le droit, faire la justice*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 137.

des requérants. Ainsi, la Cour peut déterminer avec plus de facilité les conséquences de la rétroactivité *in casu* en y décelant potentiellement une atteinte aux droits conventionnels. Parfois, l'application rétroactive de la loi peut aller dans le sens d'une meilleure protection des droits, comme le prouve la rétroactivité *in mitius*. Enfin, la Cour exclut automatiquement toute application rétroactive sur une décision ayant acquis force de chose jugée. La protection des rapports juridiques est alors absolue.

535. En revanche, si l'on observe sa jurisprudence dans le détail, cette résolution présente des défauts patentés dès lors que la « loi » rétroactive touche à un domaine sensible ou régalién. Concernant d'abord la rétroactivité législative, la Cour effectue un contrôle assez léger sur l'impact de la rétroactivité des lois fiscales sur la stabilité financière des requérants et réalise une interprétation *a minima* sur le terrain de l'article 7. Pour les cas les plus critiquables, elle procède même à une interprétation *contra legem* du paragraphe 1. Concernant ensuite la rétroactivité jurisprudentielle, malgré des efforts louables pour accroître sa prévisibilité, les solutions adoptées dans les affaires *Legrand* et *UNEDIC* ont pu laisser un sentiment général d'amertume sous l'angle de l'effectivité des droits. Comme le prouve la régulation spécifique des divergences, la Cour fait souvent le choix rationnel du dialogue des juges et de la subsidiarité. À l'évidence, garantir l'évolution naturelle du droit contre une jurisprudence figée, préserver les intérêts financiers des États contre des pertes fiscales désastreuses pour leur équilibre financier, ou éluder un éventuel conflit avec le juge national sont autant de motivations qui justifient ce *self-restraint*. Il est cependant dommage que ces imperfections conduisent souvent à mettre de côté la stabilité matérielle et à affaiblir de ce fait l'effectivité des droits.

CONCLUSION DU CHAPITRE

536. En conclusion, l'articulation du principe de sécurité juridique avec les différentes branches de la légalité traduit une synergie positive sur l'effectivité des droits conventionnels. La juridiction strasbourgeoise montre un intérêt grandissant aux nouveaux impératifs d'efficacité et de performance qui transcendent actuellement les enjeux afférents à la qualité et au contrôle des lois²⁵⁸⁰. Développant un contrôle global à la fois préventif et répressif, l'amélioration en interne de la qualité de la norme conventionnelle s'inscrit dans un contrôle axé sur la protection effective des droits. À cette fin, le principe de sécurité juridique fait évoluer l'office du juge en lui offrant les matériaux interprétatifs nécessaires pour élaborer un contrôle de légalité à la fois souple mais directif. D'une part, la souplesse inhérente des dérivés objectifs et subjectifs²⁵⁸¹ leur confère une coloration tantôt « objectivisante », tantôt « subjectivisante », retrouvant ici les effets consécutifs aux fonctionnalités objectives et subjectives du principe. La Cour pratique de la sorte une individualisation décomplexée dans son contrôle concret. Parallèlement, l'extension assumée du contrôle abstrait lui confère des moyens innovants que sont les législations-types et la procédure d'arrêt pilote. En effectuant à une meilleure sécurisation objective tant dans la fabrication que dans l'application des « lois » internes²⁵⁸², le juge conforte le besoin de sécurité des États par la voie d'un partenariat législatif. L'efficacité du principe se place donc sur le terrain de la légitimité²⁵⁸³. Ceci soutient concomitamment une

²⁵⁸⁰ Voy. E. JEULAND (dir.) et C. BOILOT, *La qualité dans la performance judiciaire : une notion objective et relationnelle ?*, IRJS, Paris, 2015.

²⁵⁸¹ Nous rappelons que les dérivés (ou déclinaisons) forment l'ensemble des instruments concourant à la concrétisation du principe de sécurité juridique. Formant une structuration conceptuelle et fonctionnelle en arborescence, ils se regroupent en deux catégories. La première regroupe les dérivés objectifs qui assurent la stabilité de l'ordonnement juridique d'un système ou d'un ordre juridique. On y catégorise des dérivés issus de la légalité au sens large (prévisibilité et l'accessibilité, qui se déclinent eux-mêmes en sous-exigences telles que l'accessibilité intellectuelle/matérielle, la clarté, la précision et la cohérence) ; ainsi que des exigences d'ordre procédural à l'instar du principe de bonne administration de la justice et le principe de l'autorité de chose jugée. La seconde intègre les dérivés subjectifs touchant à la sécurité juridique des acteurs du système conventionnel. On y retrouve principalement les notions d'espérance légitime et de confiance légitime, et accessoirement, celle de droit acquis et de bonne foi. Pour plus de détails voy. *supra*, n° 154 et suiv.

²⁵⁸² H. RASPAIL, H. RASPAIL, « Effectivité des droits de l'homme et extension des obligations internationales », in E. DUBOUT (dir.), S. TOUZE (dir.), *Refonder les droits de l'homme. Des critiques aux pratiques*, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire », 2019, p. 117-150, spéc. p. 139.

²⁵⁸³ *Ibid.*, p. 147 et suiv. « L'efficacité de la règle importe au plus haut point à la crédibilité globale du système juridique, mais aussi, à la légitimité de son auteur [...]. L'efficacité des règles qu'il produit démontre la légitimité du pouvoir, laquelle, en retour, poussera les sujets de droit à se conformer à la norme, au motif qu'elle émane d'un pouvoir légitime », in F. ROUVILLOIS, « L'efficacité des normes. Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », *Working Paper, Fondations pour l'innovation politique*, 2006, disponible sur le lien suivant : [http://www.fondapol.org/wp-content/uploads/pdf/documents/Etude_Efficacite_des_normes.pdf].

sécurisation individuelle accrue et nouvellement élargie aux requérants potentiels. L'efficacité se confond alors avec l'effectivité. Bien que positif, ce bilan a pu mettre également en lumière deux effets pervers inhérents à la promotion d'un principe adaptatif. Le premier prend racine dans l'effacement de la sécurité juridique subjective face aux intérêts étatiques. Évidemment, il est difficile de critiquer une telle démarche eu égard à la relativité d'un principe qui n'a pas vocation naturelle à garantir une fixité normative immuable. De même, la protection de certains intérêts étatiques s'avère primordiale et doit par conséquent dépasser l'intérêt individuel. C'est l'exemple de la rétroactivité ou de la protection de certaines compétences régaliennes. Toutefois, l'obsession zélée de la Cour de ne pas froisser les sensibilités étatiques et prétoriennes conduit à un *self-restraint* souvent incompatible avec une protection effective des droits. Le second effet est consécutif à l'extension du contrôle de l'équité. L'individualisation de la loi nationale, couplée à une forte casuistique, déclenche une dissension dans l'application et l'appréhension de la sécurité juridique subjective, ce qui est vecteur d'inégalités dans la protection des droits. Certaines disparités sont acceptables, à l'instar de celles fondées sur la qualité professionnelle du requérant ou sur sa situation personnelle. En revanche, d'autres sont plus troublantes. Si la procédure de l'arrêt pilote renforce la sécurité juridique des requérants potentiels, elle peut donner lieu à une certaine précarité pour le justiciable *in casu* dans l'hypothèse où la Cour n'assortirait pas son arrêt de mesures individuelles et immédiates. Alors même qu'il est censé assurer sa protection, l'impératif de sécurité juridique se retourne contre l'individu au détriment de la protection de ses droits et libertés conventionnels.

CHAPITRE 2 : L'EFFICACITE DETOURNEE DU PRINCIPE EN DEFAVEUR DE L'EFFECTIVITE DES DROITS

« *Oui, mes amis, si vous vous aimez mutuellement, si vous tenez à votre sécurité, fermez votre porte à la Common Law comme vous le feriez pour la peste. [...] N'oubliez jamais cette leçon : partout où la Common Law a débarqué, la sécurité a disparu* »²⁵⁸⁴

537. Traditionnellement, le principe de sécurité juridique est transcendé par deux dynamiques : « *la justice ou l'équité d'une part, qui incite à modifier les règles et les situations juridiques pour améliorer constamment l'ordonnement juridique ou l'adapter à une société changeante [...]. La sécurité juridique d'autre part, qui requiert la stabilité et traduit donc par le principe inverse, celui du respect du droit existant* »²⁵⁸⁵. Écartelé entre la mutabilité et la fixité du droit, il ne peut en conséquence satisfaire une légalité statique. En tout état de cause, une telle approche serait manifestement incompatible avec l'office de la Cour européenne. En tant que juridiction protectrice des droits de l'homme, elle est en charge de l'interprétation d'un « *instrument vivant* »²⁵⁸⁶. Pour cela, elle doit promouvoir une légalité « adaptative » pour répondre aux changements et aux évolutions en la matière. Outre cet impératif, le maintien de la sécurité juridique contrevient parfois à l'effectivité des droits en conservant une situation illégale ou désuète, sous prétexte d'une fixité qui serait nocive pour l'évolution du droit et le progrès des normes²⁵⁸⁷. Surtout, ce besoin de flexibilité s'impose pour pouvoir trancher les conflits entre les sécurités juridiques étatiques et individuels. C'est pourquoi, si la sécurité juridique est « *une valeur fondamentale* »²⁵⁸⁸ du droit de la Convention, elle n'a pas vocation à

²⁵⁸⁴ J. BENTHAM, « Lettre de J. Bentham, un Anglais, aux citoyens des divers États des États-Unis d'Amérique », cité par F. OST, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », in *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, P. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, FUSL, Bruxelles, p. 163-230, spéc. p. 194.

²⁵⁸⁵ M. FROMONT, Le principe de sécurité juridique, *AJDA*, 1996, n° spéc. p. 178.

²⁵⁸⁶ CEDH, Ch., 25 avril 1978, *Tyrrer c. Royaume-Uni*, série A. 26, req. n° 5856/72, §31 (*JDI*, 1980, 457, obs. P. ROLLAND).

²⁵⁸⁷ La sécurité juridique est en porteuse des germes de « *l'immobilisme voire du conservatisme* », B. PACTEAU, La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?, *AJDA*, 1995, n° H.S, p. 151.

²⁵⁸⁸ CEDH, Gde. Ch., 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, req. n° 53080/13, §89.

être « absolue »²⁵⁸⁹. Si cette flexibilité sert l'effectivité des droits, elle dénature quelque peu la substance et les fonctionnalités inhérentes au principe. Victime d'une sorte de « syndrome de malléabilité fonctionnelle », il souffre d'entorses et de dérogations prétoriennes qui viennent neutraliser l'intérêt de sécurité juridique subjective au profit d'autres intérêts. Dès lors, le principe sert d'autres intérêts individuels (tiers ou parties), la sécurité juridique étatique ou celle du mécanisme conventionnel. Dans ces hypothèses, le principe se retrouve en quelque sorte « détourné » par l'interprétation du juge européen, qui rompt le lien l'unissant avec la protection de l'effectivité des droits conventionnels. Cette efficacité « détournée » se manifeste d'une part, dans les atteintes à la sécurité juridique subjective dans le cadre du contrôle de la légalité matérielle et, d'autre part, dans les atteintes opérées dans le cadre du contrôle des mécanismes procéduraux de clôture temporelle nationaux.

538. Dans le cadre du contrôle de la légalité matérielle, la flexibilité des standards et des critères de la légalité laisse place à une liberté interprétative qui occasionne une fragmentation dans la protection des droits individuels. La modulation du contrôle conduit même à des neutralisations opportunes de la sécurité juridique subjective au profit des valeurs supérieures de la Convention incluses dans l'ordre public européen, ou des intérêts étatiques. De surcroît, la subjectivisation du contrôle engendre un affaiblissement du niveau de sécurisation subjective allant dans le sens d'une responsabilisation accrue du requérant à l'égard de ses prévisions juridiques. Permettant d'évacuer les requêtes abusives, ou de sanctionner un manque flagrant de diligence, son durcissement nourrit quelques inquiétudes quant à l'affaiblissement de la protection conventionnelle qu'il engendre (**Section I**).

539. Dans le cadre du contrôle des mécanismes procéduraux de clôture de l'action juridique, les atteintes à la sécurité juridique individuelle se manifestent par la levée des mécanismes de prescription ou des entorses au principe de l'autorité de chose jugée en faveur de la mutabilité du droit. Le droit interne n'a pas vocation à être immuable. Il n'est donc pas question « *de maintenir indéfiniment la situation antérieure [...] ou de maintenir indéfiniment des règles de droit ou des décisions [...] qui sont irrégulières depuis l'origine ou qui le sont devenues du fait du changement des règles normatives qui les régissent* »²⁵⁹⁰. Ceci est encore moins tolérable lorsque ces mécanismes maintiennent une situation d'impunité. La survenance d'un élément nouveau – factuel ou juridique – relevant une erreur ou une irrégularité procédurale nécessite soit de rouvrir la procédure pour procéder à la rectification adéquate, soit de lever la prescription

²⁵⁸⁹ CEDH, 20 juillet 2004, *Nikitine c. Russie*, req. n° 50178/99, Rec. 2004-VIII, §56.

²⁵⁹⁰ M. FROMONT, *Le principe de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 178.

pour faire valoir l'existence d'une réalité biologique ou d'un crime particulièrement grave. Le souci de mutabilité et de régularité frappe alors de plein fouet la stabilité des rapports juridiques. Il détruit le « droit à l'oubli » et bouleverse dans le même temps une multitude de sécurités juridiques : celle des États, celle des requérants *in casu*, mais aussi celles des tiers parties à l'instance. C'est pourquoi l'écartement ou l'annulation du principe s'accompagne généralement d'un contrôle strict de conventionnalité. Toutefois, la modulation des mécanismes de prescription et de l'autorité de chose jugée conduit à des neutralisations stratégiques et sacrificielles de la sécurité juridique subjective. Le principe de sécurité juridique contrevient alors à l'objectif d'effectivité des droits (**Section II**).

SECTION I : LES ATTEINTES A LA SECURITE JURIDIQUE SUBJECTIVE DANS LE CONTROLE DE LA LEGALITE MATERIELLE

540. *Nonobstant* les bienfaits de l'adaptabilité du contrôle, la multiplication des ajustements « correctifs » ou « tutélaires », effectués à titre de sécurisation individuelle²⁵⁹¹, conduit paradoxalement à une fragmentation sur le long terme des niveaux de protection de la sécurité juridique subjective. Alors que l'individualisation est censée protéger le requérant, la variabilité des critères endogènes et exogènes de la légalité vient briser le cercle vertueux unissant le principe avec l'effectivité de la protection conventionnelle. Cet « excès de proportionnalité »²⁵⁹² engendre une subjectivisation négative qui n'est plus orientée vers la protection de la sécurité juridique individuelle, mais au contraire vers son affaiblissement. La préservation de la « société démocratique » légitime dans cette hypothèse des neutralisations de la sécurité juridique subjective. Cela étant, la volonté de préserver la diversité des législations nationales provoque des ruptures dans la protection des droits conventionnels, l'arbitrage entre les sécurités juridiques s'effectuant au nom de la préservation de l'intérêt général de l'État (**1§**).

541. Simultanément, l'amenuisement du niveau de sécurisation subjective fait naître une responsabilisation progressive du requérant justiciable à l'égard de sa propre sécurité juridique. « *Requérant éclairé* », « *requérant diligent* » deviennent alors des standards conduisant à l'émergence d'une obligation individuelle de diligence qui n'est pas sans danger sur l'effectivité des droits. D'une part, en imposant « *à l'intéressé une attitude diligente et avisée à l'image de*

²⁵⁹¹ *Supra*, n° 451 et suiv.

²⁵⁹² P. PUIG, L'excès de proportionnalité, *RTD Civ.*, 2016, p. 70.

tout "requérant éclairé" », la Cour fait peser l'évaluation première du caractère raisonnable d'une situation juridique sur les épaules du requérant, à charge ensuite pour ce dernier de s'entourer des « conseils éclairés » pour atteindre ce fameux seuil. Cette surcharge de sécurisation subjective entraîne une prévisibilité « à la carte » préjudiciable pour la protection de la sécurité juridique subjective et des droits fondamentaux (2§).

1§) Une subjectivisation négative provenant de la variabilité du contrôle de la légalité

542. Soumis à l'interprétation casuistique du juge – qui doit déterminer *in casu* si la « loi » nationale était raisonnablement prévisible ou non – le contrôle *in concreto* ne peut éluder les dérives d'une légalité différentielle et contextuelle. Dans le cadre de la contextualisation interne²⁵⁹³, la malléabilité des critères endogènes (prévisibilité, accessibilité) et exogènes (domaine, contenu et qualité des destinataires) est à double tranchant. En effet, le développement d'un contrôle d'équité par la Cour est propice à une différenciation allant à l'encontre de la finalité protectrice habituellement associée à l'individualisation de la règle de droit (A). Dans le cadre de la contextualisation externe, le contexte politique ou historique fait peser la balance du côté de l'intérêt général étatique ou des intérêts de la Convention et de la garantie collective des droits. Bien que troublante, la neutralisation de la sécurité juridique subjective reste sans effet sur le niveau de protection attribué au requérant au cas d'espèce. Toutefois, dans quelques cas exceptionnels, on dénote une neutralisation « sacrificielle » de la sécurité juridique subjective qui s'opère au détriment de la protection effective des droits (B).

A- Les dérives de la contextualisation interne

543. S'appuyant sur des seuils aussi vagues que la prévisibilité « *raisonnable* » ou l'accessibilité « *suffisante* », la souplesse des standards renforce la malléabilité naturelle (et nécessaire) du contrôle de la légalité matérielle. Cependant, cette dernière se répercute parfois négativement sur le niveau de sécurisation subjective. Il arrive que l'interprétation casuistique emporte des conséquences négatives à l'égard des requérants. L'imprévisibilité émane alors de

²⁵⁹³ Par *contextualisation interne*, nous entendons le contrôle de la légalité matérielle axée sur la situation de l'individu au cas d'espèce. La *contextualisation externe* – évoquée au second point de notre raisonnement – désigne un contrôle de légalité portant sur des considérations externes au litige comme le contexte historique ou spécifique du cadre normatif national, autrement dit sur l'environnement de la norme nationale.

son interprète²⁵⁹⁴. L'efficacité du principe se trouve alors fragilisée par la variabilité interprétative du juge (1°). La fluctuation des critères exogènes selon « *le contenu, le domaine ainsi que le nombre et la qualité des destinataires* »²⁵⁹⁵ accentue ce phénomène (2°).

1°) La malléabilité des standards de la légalité

544. Inhérente à leur nature conceptuelle, l'imprévision sémantique des standards alimente des interprétations prétoriennes fluctuantes et aléatoires (a). Ceci entraîne une dénaturation fonctionnelle de la subjectivisation. Elle n'a plus vocation à protéger, mais à sanctionner les requérants dans l'établissement de leur propre sécurité juridique. En affaiblissant leur niveau de sécurisation subjective, la subjectivisation nuit, à terme, à l'effectivité de la protection conventionnelle (b).

a- L'imprécision des seuils de prévisibilité et d'accessibilité

545. De jurisprudence constante²⁵⁹⁶, la Cour apprécie le niveau de contextualisation interne à la fois au regard d'un seuil « *raisonnable* » de prévisibilité subjective (i), et d'un seuil « *suffisant* » d'accessibilité (ii).

i- Une prévisibilité « *raisonnable* »

546. Se situant au carrefour d'une multitude de disciplines juridiques et philosophiques²⁵⁹⁷ la notion de raisonnable est omniprésente en droit international. Elle irrigue naturellement le paysage jurisprudentiel strasbourgeois, avec pas moins de 5 281 occurrences depuis sa

²⁵⁹⁴ P. MUZNY, La prévisibilité normative : une notion absolument relative, *RRJ- Droit prospectif*, 2006-I, p. 31-40, spéc. p. 35.

²⁵⁹⁵ CEDH, Gde. Ch., 15 novembre 1996, *Cantoni c. France*, req. n° 17862/97, §35.

²⁵⁹⁶ CEDH, Ch., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, req. n° 6538/74, série A. 30, §49 (*JDI*, 1980, 471, obs. P. ROLLAND).

²⁵⁹⁷ Pour quelques lectures complémentaires à celle mentionnées : C. PERELMAN, Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique, *Revue belge de philosophie et d'histoire*, 1988, p. 927-928 ; G. KHAIRALLAH, Le « raisonnable » en droit privé français. Développements récents, *RTD Civ.*, 1984, p. 439-467 ; O. CORTEN, L'interprétation du « raisonnable » par les juridictions internationales : au-delà du positivisme juridique ?, *RGDIP*, 1998, n° 1, p. 6-44 ; G. WEIZBERG, *Le raisonnable en droit du commerce international*, thèse. dactyl., Paris II, 200 ; L. DUONG, « La sécurité juridique et les standards du droit économique : la notion de raisonnable », in L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, Bruxelles, 2008. p. 207-233 ; F. VINEY, L'expansion du raisonnable dans la réforme du droit des obligations : un usage déraisonnable ? *Dalloz*, 2016, p. 1940.

création²⁵⁹⁸. À l'instar d'autres standards en lien avec cette épithète tels que le « *délai raisonnable* »²⁵⁹⁹ ou le « *rapport raisonnable de proportionnalité* »²⁶⁰⁰, le standard objectif de la prévisibilité juridique s'évalue grâce aux critères de clarté ou de précision de la norme objective²⁶⁰¹. La Cour reste néanmoins énigmatique quant aux critères d'appréciation de la « *raisonnabilité* » subjective, autrement dit la prévisibilité déterminant le caractère raisonnable des prévisions juridiques individuelles par rapport à cette même norme. Avant de procéder à une analyse approfondie, il apparaît opportun de déterminer préalablement ce que cette étude entend par « *raisonnable* ».

547. Un premier panorama des études portant sur cette notion font état de difficultés qu'elles rencontrent à en extraire une définition « simple », notamment en raison de la pléthore d'acceptions dont elle fait l'objet²⁶⁰². Dans son sens étymologique, le « *raisonnable* » est lié à l'idée de sagesse. Provenant du latin *rationabilis*²⁶⁰³, il correspond à ce qui est « *conforme à la raison* »²⁶⁰⁴. Dans son sens commun, il renvoie à une « *mesure normale, acceptable ou modérée* »²⁶⁰⁵. En ce sens, il signifie ce qui est « *communément admis dans la société* », c'est-à-dire conforme à une valeur²⁶⁰⁶. Il donne ainsi un contenu substantiel et qualitatif à un comportement, une attitude, ou une conduite²⁶⁰⁷. De manière antinomique, le raisonnable se définit par ce qui n'est pas « *déraisonnable* », autrement dit, ce qui n'est pas « *abusif* », « *excessif* » ou « *exorbitant* »²⁶⁰⁸. De manière synonymique, il est également rattaché à la rationalité²⁶⁰⁹. Globalement, son acception juridique recoupe l'ensemble de ses acceptions.

²⁵⁹⁸ Cette source statistique provient du site HUDOC : [<https://hudoc.echr.coe.int/fre>]. Ces statistiques, établies au 30 juillet 2019, n'incluent que les arrêts (Chambre et Grande chambre) en français faisant mention du terme « *raisonnable* », dans la partie « en droit ». Le vocable « *déraisonnable* » représente, quant à lui, 577 arrêts.

²⁵⁹⁹ Classiquement, le caractère « *raisonnable* » permet d'apprécier la célérité de la procédure. Depuis l'arrêt *Pretto contre Italie*, la Cour a dégagé trois critères matériels d'appréciation : la complexité de l'affaire, le comportement de l'État défendeur ainsi que le comportement du requérant, CEDH, Ch., 8 décembre 1983, *Pretto et autres c. Italie*, req. n° 7984/77, série A. 71, §§30-38.

²⁶⁰⁰ De jurisprudence constante, l'ingérence doit être raisonnablement proportionnée au but poursuivi par l'État voy. pour exemple CEDH, Gde. Ch., 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 17488/90, §46.

²⁶⁰¹ *Supra*, n° 142 et 268 et suiv.

²⁶⁰² L. FLAMENT, Le raisonnable en droit du travail, *Dr. soc.*, 2007, p. 16.

²⁶⁰³ *Dictionnaire Latin-Français : le Grand Gaffiot*, Hachette, Paris, 2000, p. 1315.

²⁶⁰⁴ *Dictionnaire Poche Larousse*, Larousse, Paris, 2019, éd., 2020, p. 675.

²⁶⁰⁵ L. NICOLAS-VULLIERME, Le « *délai raisonnable* » ou la mesure du temps, *LPA*, 2005, p. 3.

²⁶⁰⁶ X. MAGNON, « *Qu'est-ce que le droit peut faire du "raisonnable" ?* », in S. THÉRON (dir.), *Le raisonnable en droit administratif*, Actes du colloque de Toulouse du 20 mars 2015, Éd. l'Épilogue, Paris, coll. « *L'Unité du droit* », 2016, p. 23-33, spéc. p. 24.

²⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 30.

²⁶⁰⁸ D. MAINGUY, « *Le "raisonnable" en droit des affaires* », in E. LE DOLLEY (dir.), *Les concepts émergents*, LGDJ, Paris, coll. « *Droit et économie* », 2010, p. 307-337, spéc. p. 315.

²⁶⁰⁹ X. MAGNON, « *Qu'est-ce que le droit peut faire du "raisonnable" ?* », *op. cit.*, p. 24.

548. Au-delà de la nébuleuse sémantique qui l'entoure, toutes ces études s'accordent également sur son caractère « *mou* »²⁶¹⁰. Appartenant à la catégorie des standards²⁶¹¹, le « raisonnable » guide et légitime la concrétisation du droit par ses organes d'application²⁶¹². Bon nombre d'auteurs l'envisagent comme un standard comportemental qui œuvre à une forme « *d'auto-évaluation du destinataire de la norme quant au comportement à avoir dans une situation déterminée* »²⁶¹³. Du point de vue de la sécurité juridique, le standard de prévisibilité se rapporte à « *la mise en oeuvre par le juge d'un ensemble de procédés intellectuels dans le but d'identifier ce qui est raisonnable [qui] tendrait à la préservation de la sécurité juridique. La méthode est donc présentée comme une analyse objective et globale des faits de chaque cas et un raisonnement par "interférences successives" »*²⁶¹⁴. Cela étant, l'attente n'est plus du côté des justiciables, mais de celui du législateur ou du juge par rapport à un cadre normatif ou une obligation générale précise. Même si le standard n'a pas vocation à attribuer un pouvoir arbitraire au juge, il concourt à la mise en œuvre d'un pouvoir discrétionnaire. Comme le constate la Professeure Elsa BERNARD pour le droit de l'Union européenne, « *ce n'est donc pas seulement l'auteur de la norme contenant le standard qui favorise l'existence d'un pouvoir discrétionnaire entre les mains de l'ordre chargé de l'appliquer. C'est également le contrôle que le juge choisira d'opérer de cette norme qui déterminera l'importance de la marge d'appréciation. Ainsi le juge procède parfois lui-même à la détermination d'un standard, dans le cadre du contrôle qu'il exerce sur son application par les organes d'exécution* »²⁶¹⁵. De ce fait, le contrôle du juge européen peut tendre à une même discrétionnarité selon la manière dont il inscrit le standard de la prévisibilité dans la réalité factuelle²⁶¹⁶. Cela étant, la fixation de ce

²⁶¹⁰ L. FLAMENT, *Le raisonnable en droit du travail*, *op. cit.*, p. 16.

²⁶¹¹ Le « raisonnable » est qualifié comme tel par ses auteurs en tant que « notion à géométrie variable », C. PERELMAN et R. VAN DER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Central national de Recherches de Logique, Bruxelles, 1984, p. 788-802 ; S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, Paris, 1980 ; E. BERNARD, *La spécificité du standard en droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Thèses », 2010 ; D. MAINGUY, « Le "raisonnable" en droit des affaires », *op. cit.*, p. 320.

²⁶¹² X. MAGNON, « Qu'est-ce que le droit peut faire du "raisonnable" ? », *op. cit.*, p. 31.

²⁶¹³ « *Lorsque le droit renvoie au raisonnable, il renvoie à un standard qui permet d'évaluer un comportement ou une situation et autorise ainsi ses destinataires, c'est-à-dire ceux dont le comportement est permis, interdit, obligé ou habilité par la règle de droit, à agir conformément ce standard* », *ibid.*, p. 27. L'auteur dissocie les standards de comportement, qui impliquent la concrétisation de l'obligation générale à une multitude d'obligations particulières (comme la prévisibilité subjective), des standards de résultats qui « *ont vocation à fixer une règle générale, tout en étant indifférent aux modalités qui conduisent au respect de cette obligation* » (comme le standard du bon père de famille ou du délai raisonnable).

²⁶¹⁴ N. SAUVAGE, La dangereuse notion de « prévisibilité raisonnable » et l'exigence de sécurité juridique, *RUE*, 2012, p. 516.

²⁶¹⁵ E. BERNARD, *La spécificité du standard en droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Thèses », 2010, p. 410.

²⁶¹⁶ P. MUZNY, La prévisibilité normative : une notion absolument relative, *op. cit.*, p. 33.

qui est raisonnable ou déraisonnable favorise les interprétations casuistiques et donc aléatoires. Cherchant alors à faire application de la norme au cas particulier, le juge pourrait considérer que le requérant a adopté un comportement raisonnable dans telle affaire ou déraisonnable dans une autre affaire analogue²⁶¹⁷. Cette subjectivité est encore plus manifeste quand l'affirmation du comportement raisonnable ou non de l'individu légitime la solution adoptée *in fine*²⁶¹⁸. Finalement, en droit de la Convention, la prévisibilité subjective raisonnable serait donc une prévisibilité « assouplie », souple et flexible, qui supporte une part d'aléa en ce qu'elle se fonde non seulement sur l'attitude positive et diligente du requérant, mais aussi sur ce qui est légitimement attendu par le juge européen à l'aune du droit objectif national et des exigences conventionnelles. Cette imprécision caractérise également une notion voisine à celle du « *raisonnable* » : celle de la « *suffisance* ».

ii- Une accessibilité « *suffisante* »

549. L'adjectif « *suffisant* » se définit par ce qui est juste ou nécessaire²⁶¹⁹. Employé pour la prévisibilité, il est tout aussi nébuleux que celui de la « *raisonnabilité* ». De jurisprudence constante, la Cour affirme que cette exigence s'apprécie selon le caractère suffisant des renseignements obtenus par le requérant sur les normes applicables à sa situation juridique²⁶²⁰. Or, à partir de quel moment le juge peut-il valablement considérer que le requérant a eu suffisamment accès au droit et aux informations pour parvenir à établir toutes les conséquences de ses prévisions juridiques, et à asseoir convenablement sa propre sécurité juridique ? La suffisance est-elle déterminée par la seule publication matérielle du droit en vigueur, ou est-ce à compter du moment où ces renseignements sont intelligibles, autrement dit compréhensibles par le requérant ? Comme le suggère Madame Patricia RRAPI pour le droit constitutionnel, le caractère « *suffisant* » renvoie davantage à une évaluation pré-juridique fondée sur l'information juridique préalable du requérant²⁶²¹. Pourtant, ce dernier n'est pas à l'abri d'une interprétation différente du droit par le juge au moment de son litige. Il est également difficile d'établir une accessibilité « *suffisante* » face à la complexité croissante du droit, et ce même

²⁶¹⁷ X. MAGNON, « Qu'est-ce que le droit peut faire du "raisonnable" ? », *op. cit.*, p. 25.

²⁶¹⁸ D. MAINGUY, « Le "raisonnable" en droit des affaires », *op. cit.*, p. 335.

²⁶¹⁹ *Dictionnaire Poche Larousse*, Larousse, Paris, 2019, éd., 2020, p. 786.

²⁶²⁰ CEDH, Ch., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, req. n° 6538/74, série A. 30, §49 (*JDI*, 1980, 471, obs. P. ROLLAND).

²⁶²¹ P. RRAPI, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel. Étude du discours sur la « qualité de la loi »*, Dalloz, Paris, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèse », 2014, p. 75.

entouré d'avocats chevronnés. Cette question est d'autant plus pertinente que le juge ne se fonde pas toujours sur l'accessibilité effective au droit, mais sur une accessibilité dont le niveau de suffisance est déterminé à la seule lumière de l'existence du droit objectif. Or, une simple publication ne garantit pas son accessibilité effective. « *On peut très bien connaître certaines lois sans jamais ni ne les avoir lus ni les comprendre* »²⁶²². Si l'accessibilité doit être « suffisante », elle doit surtout être effective. Heureusement, la Cour européenne semble adopter une approche fondée sur l'accessibilité intellectuelle²⁶²³. Seul le standard de la prévisibilité « raisonnable » paraît dès lors être réellement préjudiciable pour la sécurité juridique subjective du requérant. Il est difficile de réprimander un juge qui fait manifestement le choix du pragmatisme eu égard aux difficultés normatives des États nationaux et à la complexification du droit, en adoptant une légistique conventionnelle relativement souple²⁶²⁴. Cependant, ce choix entraîne une subjectivisation perverse du contrôle de conventionnalité dans la mesure où elle dessert les intérêts des requérants en diminuant leur protection conventionnelle.

b- Une approximation favorisant une subjectivisation inversée

550. Si la prévisibilité « raisonnable » devient un standard protecteur²⁶²⁵, il arrive ponctuellement que la subjectivisation s'exerce en défaveur du requérant, et ce alors même que la prévisibilité objective est sujette à discussions. Dans l'affaire *D.L contre Bulgarie*²⁶²⁶, l'obsolescence de la loi sur la qualification des comportements antisociaux ne parvient pas à rendre inconventionnel le placement du requérant mineur dans un internat éducatif fermé. En l'espèce, la Cour considère qu'il pouvait « *raisonnablement prévoir les conséquences de ses actes* », puisque les voies légales avaient été respectées²⁶²⁷. Cette solution détone avec la sécurisation objective *a maxima* requise en principe en matière de détention²⁶²⁸. Cette approche se révèle dans d'autres contentieux. Dans l'arrêt *Ozturck contre Turquie*²⁶²⁹, la Cour rappelle que l'infraction relative à l'incitation à la haine requiert, par sa nature, « *une certaine souplesse*

²⁶²² *Ibid.*, p. 78.

²⁶²³ *Supra*, n° 136.

²⁶²⁴ *Supra*, n° 248.

²⁶²⁵ *Supra*, n° 268 et suiv.

²⁶²⁶ CEDH, 19 mai 2016, *D.L. c. Bulgarie*, req. n° 7472/14.

²⁶²⁷ *Ibid.*, §73.

²⁶²⁸ Si la Cour européenne tend en effet à garantir un seuil maximal de sécurité juridique objective en matière de détention, il semblerait qu'elle est opérée un revirement régressif, voy. *infra*, n° 552 et 663.

²⁶²⁹ CEDH, Gde. Ch., 28 septembre 1999, *Öztürk c. Turquie*, req. n° 22579/93, Rec. 1999-VI.

[...] pour permettre aux juridictions nationales de déterminer si une publication doit passer pour de la propagande séparatiste susceptible d'inciter les tiers à la haine et à l'hostilité ». Dans cette optique, elle ajoute que « si clairement que soit rédigée une disposition juridique, il y a inévitablement une part d'interprétation des tribunaux, dont la fonction juridictionnelle sert précisément à élucider les points obscurs et à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes »²⁶³⁰. Or, la prévisibilité jurisprudentielle ne permettait pas de compenser la flexibilité formelle de la loi. Malgré l'existence d'une divergence interprétative ayant abouti à des solutions contradictoires, cela ne suffit pas, aux yeux de la Cour, pour « conclure in abstracto qu'il manquait à l'article 312§2 du Code pénal la clarté et la précision voulues, et que l'interprétation à laquelle s'est livrée la cour de sûreté de l'État pour condamner M. Öztürk allait au-delà de ce que l'on pouvait raisonnablement prévoir »²⁶³¹. Dans ces arrêts, la subjectivisation n'a pas produit l'effet escompté. Au contraire, elle impulse une appréciation inversée de l'exigence de prévisibilité. En principe, elle repose sur la prévisibilité objective du droit, les requérants devant s'appuyer sur un droit stable et fiable pour établir leurs prévisions juridiques. La garantie de la sécurité juridique individuelle repose donc sur une dynamique allant du droit objectif vers les situations individuelles. Or, la dimension simplement « raisonnable » de la prévisibilité inverse cette tendance. Son examen n'est plus conditionné par le respect du droit objectif, mais par le comportement diligent des justiciables dans l'établissement de leur propre sécurité juridique. Pour le dire autrement, le rapport n'est plus celui d'une sécurité juridique objective subjectivée²⁶³² mais d'une sécurité juridique subjective « objectivée » qui, elle, se révèle néfaste pour la protection effective des droits fondamentaux²⁶³³. Pour exemple, en matière pénale, la prévisibilité de l'infraction est validée si n'allait pas « au-delà de ce qui était raisonnablement prévisible » pour l'intéressé, autrement dit, de ce qui demeure « raisonnablement acceptable » d'anticiper pour un requérant « éclairé ». Ce faisant, ce n'est plus la certitude du droit qui est appréciée par la Cour, mais la certitude de la prévision juridique de l'espèce par rapport au droit. Dans l'arrêt de Grande Chambre *Başkaya et Okçuoğlu contre Turquie*²⁶³⁴, la Cour juge de la sorte que « l'interprétation du droit pertinent

²⁶³⁰ *Ibid.*, §54.

²⁶³¹ *Ibid.*, §56.

²⁶³² Sur la sécurité juridique objective « subjectivée », voy. *supra*, n° 408-410.

²⁶³³ « Ce courant jurisprudentiel n'a pas le mérite de protéger la prévisibilité du droit et la sécurité juridique des parties », N. SAUVAGE, La dangereuse notion de « prévisibilité raisonnable » et l'exigence de sécurité juridique, *op. cit.*, p. 516.

²⁶³⁴ CEDH, Gde. Ch., 8 juillet 1999, *Başkaya et Okçuoğlu c. Turquie*, req. n° 23536/94 et 24408/94, Rec. 1999-IV.

à laquelle s'est livrée la cour de sûreté de l'État pour condamner les requérants lors de la seconde phase de la procédure [...] n'allait pas au-delà de ce que l'on pouvait raisonnablement prévoir dans les circonstances de l'espèce »²⁶³⁵. Alors même que la prévisibilité est chargée d'assurer la sécurité juridique des requérants, sa relativité intrinsèque peut s'avérer « dangereuse »²⁶³⁶ pour la protection effective des droits conventionnels.

2°) L'instabilité des critères endogènes de la légalité

551. Le domaine de la « loi » nationale litigieuse constitue le noyau central de l'instabilité relative à l'interprétation contextuelle de la légalité. Subséquemment à la contextualisation graduelle du contrôle *in concreto*, les ajustements circonstanciels selon « le contenu, le domaine ou la qualité des destinataires »²⁶³⁷ entraînent une fragmentation des niveaux de protection de sécurité juridique subjective au détriment de l'effectivité des droits. Concrètement, la contextualisation modulée des standards de la légalité assure une fluctuation des niveaux de sécurisation objective, qui, par ricochet, vient impacter le seuil de sécurité juridique subjective²⁶³⁸. D'abord, la nature de la « loi » nationale influe sur l'intensité du contrôle de la légalité conventionnelle²⁶³⁹. Bien que la Cour se détache de la forme adoptée par la « loi » nationale²⁶⁴⁰, il a été démontré précédemment que cette désinvolture prétorienne n'était qu'apparente. En effet, le juge prend en considération sa valeur normative. Augmentant l'intensité de son contrôle de légalité dès lors que la base légale est d'un rang normatif supérieur, la nature constitutionnelle procure à l'inverse un affaiblissement du contrôle de la légalité. Dans l'affaire *Rekvényi contre Hongrie*²⁶⁴¹, le niveau de précision requis des dispositions constitutionnelles litigieuses est nettement inférieur à celui exigé pour une loi ordinaire²⁶⁴².

552. De surcroît, on note une différenciation du niveau de protection en fonction des dispositions conventionnelles, et ce malgré la volonté de la Cour de pratiquer une interprétation constante et harmonisée de la clause d'ordre public. Il en est ainsi des sanctions pénales dont le niveau de sécurisation est similaire à celui des domaines relatifs aux politiques économiques et

²⁶³⁵ *Ibid.*, §40.

²⁶³⁶ N. SAUVAGE, La dangereuse notion de « prévisibilité raisonnable » et l'exigence de sécurité juridique, *op. cit.*, p. 516.

²⁶³⁷ CEDH, Gde. Ch., 15 novembre 1996, *Cantoni c. France*, req. n° 17862/97, §35.

²⁶³⁸ *Supra*, n° 439.

²⁶³⁹ *Supra*, n° 440 et suiv.

²⁶⁴⁰ *Supra*, n° 559 et suiv.

²⁶⁴¹ CEDH, Gde. Ch., 20 mai 1999, *Rekvényi c. Hongrie*, req. n° 25390/94, Rec. 1999-III.

²⁶⁴² *Ibid.*, §34.

sociales. La Cour a « *reconnu l'impossibilité d'atteindre une précision absolue dans la rédaction des lois, surtout dans des domaines où la situation varie selon les opinions prédominantes dans la société. Elle reconnaît donc que beaucoup de lois servent de formules plus ou moins vagues* »²⁶⁴³. Dans l'affaire *Perinçek contre Suisse* dont est tiré cet extrait, bien que l'article 261 bis, alinéa 4, du Code pénal arménien présente des défaillances sur le plan de la prévisibilité subjective, la connaissance de la norme suisse sanctionnant la négation en public du génocide suffit à la Cour pour en conclure à la prévisibilité de la disposition litigieuse²⁶⁴⁴. Autant les législations afférentes aux domaines économiques et sociales nécessitent une telle approche²⁶⁴⁵, autant l'application d'une légalité aussi souple pour les sanctions pénales se révèle nettement moins justifiée, ces dernières étant davantage soumises à l'arbitraire²⁶⁴⁶. Par ailleurs, le recours à l'interprétation jurisprudentielle pour compléter d'éventuelles lacunes législatives n'a pas toujours le même impact selon les cas. Prépondérant dans l'examen de la conventionnalité des sanctions pénales pour combler la souplesse des critères matériels de légistique²⁶⁴⁷, ce recours est quasi nul en matière de détention²⁶⁴⁸ ou dans les ingérences touchant au respect de la vie privée²⁶⁴⁹. Pour preuve, dans l'affaire *Goodwin contre Royaume-Uni*²⁶⁵⁰, le requérant se plaignait de l'absence de prévisibilité de l'amende infligée suite à son refus d'obtempérer après l'émission par le juge britannique d'une ordonnance lui sommant de divulguer l'identité de son informateur. L'interprétation contextualisée de la légalité permet d'alléger les exigences de prévisibilité et d'accessibilité au cas d'espèce. Conciliante, elle admet qu'il puisse « *être difficile, dans le domaine considéré, de rédiger des lois d'une totale*

²⁶⁴³ CEDH, Gde. Ch., 15 octobre 2015, *Perinçek c. Suisse*, req. n° 27510/08, Rec. 2015-VI, §133 (*JCP G*, act. 1179, G. GONZALEZ).

²⁶⁴⁴ *Ibid.*, §§137-140.

²⁶⁴⁵ *Infra*, n° 443.

²⁶⁴⁶ *Infra*, n° 445.

²⁶⁴⁷ « *Aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe immanquablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation [...]. On ne saurait interpréter l'article 7 (art. 7) de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible* », CEDH, Gde. Ch., 22 novembre 1995, *S.W. c. Royaume-Uni*, req. n° 20166/92, §36 (*GACEDH*, 2019, n° 38).

²⁶⁴⁸ « *Lorsqu'il s'agit d'une privation de liberté il est particulièrement important de satisfaire au principe général de la sécurité juridique. Par conséquent, il est essentiel que les conditions de la privation de liberté en vertu du droit interne soient clairement définies et que la loi elle-même soit prévisible dans son application, de façon à remplir le critère de "légalité" fixé par la Convention, qui exige que toute loi soit suffisamment précise pour permettre au citoyen – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé* », CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, §52.

²⁶⁴⁹ CEDH, Gde. Ch., 4 décembre 2015, *Roman Zakharov c. Russie*, req. n° 47143/06, §153 (*GACEDH*, 2019, n° 40).

²⁶⁵⁰ CEDH, Gde. Ch., 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 17488/90.

prévision ». De plus, elle tolère « *une certaine souplesse [...] pour permettre aux juridictions internes de faire évoluer le droit en fonction de ce qu'elles jugent être des mesures nécessaires dans l'intérêt de la justice* »²⁶⁵¹. Enfin, le domaine politique et/ou sensible de l'environnement législatif de la requête implique un amenuisement du niveau de sécurité juridique objective, qui s'accompagne inéluctablement d'une perte de sécurisation subjective. Ce phénomène peut se produire à l'intérieur même d'une disposition législative. Toujours en matière de détention, la Cour requiert par principe une sécurisation objective maximale. Cependant, certaines catégories de détention font désormais l'objet d'une approche beaucoup plus souple. C'est le cas notamment pour les détentions préventives sans inculpation effectuées par les forces de police dans le cadre des manifestations d'ampleur. Dans l'arrêt de Grande Chambre *S., V. et A. contre Danemark*²⁶⁵² – afférente à la détention préventive sans inculpation de hooligans avant le début d'un match de football – la Cour européenne décide que les détentions du second volet de l'article 5§1 c) doivent faire l'objet d'une interprétation plus souple pour « *éviter d'empêcher la police de remplir ses devoirs de maintien de l'ordre et de la protection du public* »²⁶⁵³. Cette souplesse se répercute sur l'analyse de la régularité de la détention, pour laquelle la Cour se limite à un contrôle équivalent à celui de l'erreur manifeste d'appréciation dans l'hypothèse où l'interprétation retenue par le juge national doit être « *manifestement arbitraire [...] ou manifestement déraisonnable* »²⁶⁵⁴, ce qui tranche avec la sécurité objective maximale habituellement requise en matière de détention.

553. Au vu de ces éléments, l'instauration d'un standard « raisonnable » et « suffisant » de prévisibilité et d'accessibilité subjective provoque parfois un amoindrissement dans la protection des droits conventionnels. Cette surcharge de sécurisation subjective entraîne une prévisibilité malléable fortement préjudiciable pour la protection de la sécurité juridique subjective. Ceci est regrettable, car elle conduit inéluctablement à accentuer le sentiment d'insécurité et de méfiance en diminuant par ricochet, la fiabilité et la confiance des acteurs dans le droit de la Convention, la sécurité juridique *in globo*, en dernier lieu, l'effectivité de la protection conventionnelle. Cette critique est d'autant plus légitime que la prévisibilité raisonnable fluctue en fonction d'un effet circonstanciel qui donne lieu à des contextualisations

²⁶⁵¹ *Ibid.*, §33.

²⁶⁵² CEDH, Gde. Ch., 22 octobre 2018, *S.V. c. Danemark*, req. n° 35553/12, 36678/12 et 36711/12. Voy. également CEDH, Gde. Ch., 15 mars 2012, *Austin et autres c. Royaume-Uni*, Rec. 2012-II, req. n° 39692/09, 40713/09 et 41008/09 (*JCP G*, 2012, n° 15, 455, obs. F. SUDRE) (conventionnalité de la pratique du confinement pratiquée par les forces de police contre des manifestants pacifiques pendant plusieurs heures).

²⁶⁵³ *Ibid.*, §123.

²⁶⁵⁴ *Ibid.*, §148.

opportunes en raison du caractère politique ou sociétal de la requête. Dans cette perspective, la Cour éteint la sécurité juridique individuelle afin de préserver le « *standard européen de société démocratique* »²⁶⁵⁵.

B- Les dérives de la contextualisation externe

554. Défini en 1976 dans la décision *Handyside*, le standard de « *société démocratique* » comprend classiquement « *le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture* »²⁶⁵⁶. À ce titre, il regroupe les valeurs communes défendues par la jurisprudence européenne²⁶⁵⁷. Si la Cour a cœur à les promouvoir, le respect du pluralisme induit en parallèle le respect de la diversité des cultures et des spécificités juridiques²⁶⁵⁸. En ce sens, la contextualisation de la légalité intervient afin de protéger les intérêts et la sécurité juridique de l'État partie. Ce dernier disposant alors d'une ample marge d'appréciation²⁶⁵⁹, la Cour neutralise stratégiquement le niveau de sécurité juridique subjective. Si elle reste insignifiante dans le contrôle de la légalité dans la mesure où le juge prononce *in fine* un constat de violation de la disposition conventionnelle (1°), elle se révèle exceptionnellement préoccupante sur le plan de l'effectivité des droits. Sporadiquement, la prévalence du « *besoin social impérieux* » de l'État défendeur efface concomitamment la sécurité juridique de l'individu et la garantie de la protection conventionnelle (2°).

²⁶⁵⁵ Pour une étude sur le sujet, F. JACQUEMOT, *Le standard européen de société démocratique*, Université de Montpellier I, Montpellier, coll. « Thèse », 2006.

²⁶⁵⁶ CEDH, Plén., 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5473/92, série A. 24, §39 (GACEDH, 2019, n° 7).

²⁶⁵⁷ CEDH, Plén., 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen c. Danemark*, req. n° 5095/71, 5920/72, et 5926/72, série A. 23, §53 (GACEDH, 2019, n° 58).

²⁶⁵⁸ CEDH, Plén., *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, dite « *Affaire linguistique Belge* », 23 juillet 1968, req. n° 1474/62, série A. 6 (GACEDH, 2019, n° 9). Dans l'arrêt *Sunday Times* qui forge les principes du contrôle de la légalité conventionnelle, la Cour prend soin de réaffirmer le respect des particularismes législatifs nationaux : « *la Convention a pour but essentiel de fixer certaines normes internationales à respecter par les États contractants dans leurs rapports avec les personnes placées sous leur juridiction. Cela ne veut pas dire qu'une uniformité absolue s'impose ; comme les États contractants demeurent libres de choisir les mesures qui leur paraissent appropriées, la Cour ne peut négliger les caractéristiques de fond et de procédure de leurs droits internes respectifs* », CEDH, Ch., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, req. n° 6538/74, série A. 30, §61 (JDI, 1980, 471, obs. P. ROLLAND). Par exemple, les disparités législatives sont admises dès lors qu'elles sont « *étroitement lié aux traditions culturelles et historiques de chaque société* » tel que le remariage après divorce, voy. CEDH, Plén., 18 décembre 1987, *F. c. Suisse*, req. n° 11329/95, série A. 128, §33 (JDI, 1988, 892, obs. P. TAVERNIER).

²⁶⁵⁹ CEDH, Plén., 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5473/92, série A. 24, §48 (GACEDH, 2019, n° 7).

1°) Les cas de neutralisation stratégique

555. Pour éviter d'entrer en conflit avec l'État défendeur par une immixtion malvenue dans ses choix législatifs et sociétaux, le juge abaisse les standards conventionnels de la légalité. En sauvegardant le principe de subsidiarité, il élude tout examen de la sécurité juridique subjective en octroyant un brevet automatique de conventionnalité à l'État partie, y compris dans l'hypothèse où la prévisibilité du cadre législatif serait suspecte. Dans l'affaire *Open Door et Dublin Well Woman contre Irlande*²⁶⁶⁰, relative à la prohibition de l'avortement, la Cour reconnaît explicitement que l'infraction pénale dont a fait l'objet les requérants était aisément prévisible eu égard au « *niveau élevé de la protection assurée à l'enfant à naître par le droit irlandais en général, ainsi qu'à la manière dont les juridictions conçoivent leur rôle de garants des droits constitutionnels* ». Ainsi juge-t-elle, à la lumière de ces éléments, que « *les sociétés requérantes pouvaient prévoir à un degré raisonnable, en s'entourant de conseils éclairés, de s'exposer à des poursuites* »²⁶⁶¹. À l'époque, le juge José Maria MORENILLA exprimait de sérieux doutes quant à la prévisibilité réelle de la sanction pénale en l'espèce. Selon lui, les conseils juridiques éclairés dont ont bénéficié les requérants « *ne pouvaient dissiper les incertitudes juridiques susmentionnées, pas plus que l'exercice du droit à recevoir des renseignements si importants et confidentiels ne pouvait être précisé par une consultation préalable relative à leur légalité. Le flou du texte constitutionnel, comme de la jurisprudence irlandaise antérieure à la présente affaire, ne cadrerait pas en soi avec la légalité de la mesure, exigée par la prééminence du droit pour qu'une ingérence dans la liberté d'expression se justifie sur le terrain du paragraphe 2 de l'article 10* »²⁶⁶². Le caractère constitutionnel de la disposition litigieuse a sans doute eu raison de cet abaissement significatif de la sécurité juridique subjective. Cette tactique prétorienne se manifeste ponctuellement en matière de protection des sources journalistiques²⁶⁶³. Liée à la prévisibilité en matière pénale, la souplesse interprétative des juges internes n'est pas illimitée, car elle doit s'accompagner d'un encadrement suffisamment précis pour assurer la protection contre l'arbitraire, autrement dit une protection contre l'insécurité juridique. Or, de notre point de vue, la détermination de l'intérêt général de la justice nécessaire à l'octroi de l'ordonnance ne définit pas avec

²⁶⁶⁰ CEDH, Plén., 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, série A. 246-A, req. n° 14234/88 et 14235/88 (GACEDH, 2019, n° 72).

²⁶⁶¹ *Ibid.*, §60.

²⁶⁶² Voy. l'opinion concordante du juge MORENILLA jointe à l'arrêt, CEDH, Plén., 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, *op. cit.*, pt. 9.

²⁶⁶³ *Ibid.*, §33.

suffisamment de précision les conditions dans lesquelles un refus d'obtempérer est sanctionné par une amende pécuniaire²⁶⁶⁴. Cette interprétation contraste avec l'appel du juge à un contrôle « *scrupuleux* »²⁶⁶⁵ en faveur de la protection des sources journalistiques. La contextualisation du contrôle de la légalité neutralise à l'évidence la sécurité juridique individuelle, allant à l'encontre de la finalité même de l'article 10 visant à prémunir l'individu contre les condamnations arbitraires, protection qui, rappelons-le, est censée être l'une des finalités cardinales du principe de sécurité juridique²⁶⁶⁶.

556. De surcroît, la Cour développe depuis quelques années une stratégie de « camouflage » consistant à examiner la prévisibilité de la loi au stade de la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique²⁶⁶⁷. Troisième étape du contrôle de conventionnalité, la « nécessité » est subordonnée à la reconnaissance d'un « *besoin social impérieux* » et de la proportionnalité de l'ingérence eu égard au but légitime invoqué par l'État défendeur²⁶⁶⁸. Ce dernier point fluctue selon la nature du droit ou de l'activité en cause, du but de l'ingérence et de l'existence ou non d'un dénominateur commun²⁶⁶⁹. L'examen de la proportionnalité est crucial, car il conditionne l'amplitude de la marge nationale d'appréciation qui, à son tour, conditionne selon les cas une neutralisation de la sécurité juridique subjective. Pour exemple, dans l'arrêt *Bayatyan contre Arménie*²⁶⁷⁰ portant sur l'objection de conscience, la Cour relègue diplomatiquement la question de la légalité dans l'examen de la nécessité de l'ingérence²⁶⁷¹. Cette question aurait pourtant mérité de faire l'objet d'une brève analyse en raison des « *contradictions apparentes entre le droit interne et l'engagement international de l'Arménie* » et du non-respect de ses engagements internationaux²⁶⁷². Loin d'être un cas d'école, cette stratégie se retrouve dans l'arrêt *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova contre Portugal*²⁶⁷³ qui concerne le non-acquittement

²⁶⁶⁴ CEDH, Gde. Ch., 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 17488/90.

²⁶⁶⁵ *Ibid.*, §40.

²⁶⁶⁶ *Supra*, n° 119.

²⁶⁶⁷ Comme le relève le Professeur Sébastien VAN DROOGHENBROECK l'examen de la légalité est alors « *absorbé* » dans l'appréciation du contrôle de la nécessité de l'ingérence dans une « société démocratique », voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne. Prendre l'idée simple au sérieux*, FUSL, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 320 et p. 677.

²⁶⁶⁸ CEDH, Ch., 24 novembre 1986, *Gillow c. Royaume-Uni*, req. n° 9063/80, série A. 109, §55.

²⁶⁶⁹ F. SUDRE avec la collaboration de L. MILANO, H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, coll. « Droits fondamentaux », 2019, 14^{ème} éd., p. 318 et suiv.

²⁶⁷⁰ CEDH, Gde. Ch., 7 juillet 2011, *Bayatyan c. Arménie*, req. n° 23459/03, Rec. 2011-IV (JCP G, 2012, doct. 87, F. SUDRE).

²⁶⁷¹ « *Dès lors, aux fins de la présente affaire et eu égard à ses conclusions quant à la nécessité de l'ingérence la Cour préfère ne pas se prononcer sur la question de savoir si l'ingérence était prévue par la loi* », *ibid.*, §116.

²⁶⁷² *Ibid.*, §115. La Cour n'a pas hésité à sanctionner précédemment la Turquie pour le non-respect de ses engagements internationaux en matière de liberté syndicale, voy. CEDH, Gde. Ch., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n° 34503/27, Rec. 2008-V (GACEDH, 2019, n° 64).

²⁶⁷³ CEDH, 1^{er} décembre 2015, *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova c. Portugal*, req. n° 69436/10.

de la taxe sur la valeur ajoutée imputable aux avocats sur leurs honoraires. En l'occurrence, la requérante invoquait le secret professionnel et bancaire lié à sa profession. Soulignant une divergence manifeste de jurisprudence susceptible de porter atteinte au principe de sécurité juridique, le juge européen estime pourtant « *qu'[il] ne s'impose pas de trancher ces deux questions [celle de la prévisibilité et celle de la divergence de jurisprudence], compte tenu de la conclusion à laquelle elle parviendra en ce qui concerne la nécessité de l'ingérence* »²⁶⁷⁴. Fort heureusement, la neutralisation de la sécurité juridique est restée sans effet sur le niveau de la protection conventionnelle dans ces affaires²⁶⁷⁵. Cependant, d'autres arrêts mettent en exergue les dérives néfastes de cette tactique jurisprudentielle dans la mesure où elle engendre une neutralisation délétère sur cette protection.

2°) Les cas de neutralisation dangereuse

557. Soucieuse de faire primer le principe de la subsidiarité ainsi que les particularités législatives et sociétales des États, la Cour en vient à effacer toute considération sur la sécurité juridique des requérants en défaveur de la protection de leurs droits. Dans l'affaire *Leyla Sahin contre Turquie*²⁶⁷⁶, la Cour se fonde exclusivement sur l'interprétation constante du Conseil d'État turc ainsi que sur la publication de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle au journal officiel, pour conclure à la prévisibilité de la loi en l'espèce. Réfutant l'argument de la requérante selon lequel « *le pouvoir législatif n'avait jamais adopté une telle interdiction* », elle se réfugie derrière le principe de subsidiarité en affirmant qu'il « *ne lui appartient pas de se prononcer sur l'opportunité des techniques choisies par le législateur d'un État défendeur pour réglementer tel ou tel domaine ; son rôle se limite à vérifier si les méthodes adoptées et les conséquences qu'elles entraînent sont en conformité avec la Convention* »²⁶⁷⁷. L'arbitrage effectué en l'espèce est clairement en faveur de la sécurité juridique de l'État.

558. Une démarche similaire imprègne l'affaire *Gorzelik contre Pologne*²⁶⁷⁸. À l'évidence, la contextualisation exogène du contexte normatif polonais, couplée à l'absence de consensus

²⁶⁷⁴ *Ibid.*, §51.

²⁶⁷⁵ Si l'ingérence était prévue par la loi, la Cour sanctionne l'État irlandais sur le terrain de la proportionnalité, *ibid.*, §§67-77.

²⁶⁷⁶ CEDH, Gde. Ch., 10 novembre 2005, *Leyla Şahin c. Turquie*, req. n° 44774/98, Rec. 2005-XI (RTDH, 2006, p. 183, note L. BURGOGNE-LARSEN et E. DUBOUT).

²⁶⁷⁷ *Ibid.*, §94.

²⁶⁷⁸ CEDH, Gde. Ch., 17 février 2004, *Gorzelik c. Pologne*, req. n° 44158/98 (JCP G, 2004, I, 161, n° 13, chrono. F. SUDRE). En l'espèce, l'État polonais avait refusé l'enregistrement de l'association requérante – intitulée « Union des personnes de nationalité silésienne » – au motif que son appellation et ses dispositions statutaires n'indiquaient aucunement qu'elle constituait une « organisation de minorité nationale ». Il souligne notamment

européen sur le contenu de la notion de « minorité nationale », influe sur le contrôle *in concreto* de la légalité. À défaut de traité international ou européen faisant mention d'une définition précise et expresse de la notion de « minorité ethnique », la Cour ne peut valablement obliger les États parties à la Convention, ni à l'adopter ni à introduire une procédure de reconnaissance officielle des groupes minoritaires au sein de leur législation²⁶⁷⁹. Par conséquent, une telle carence définitionnelle ne peut s'apparenter à une défaillance dans l'obligation de prévisibilité législative de l'État polonais²⁶⁸⁰. Si l'absence de consensus incite le juge à faire montre de prudence, la protection maximale de la sécurité juridique accordée à l'État au nom du principe de subsidiarité est néanmoins plus contestable. En effet, elle annihile tout examen sur le terrain de la sécurité juridique subjective alors même que le cadre législatif interne était entaché d'une imprévisibilité criante. Procédant à un examen lapidaire sur la solution adoptée par les juridictions nationales, la Cour ne relève aucun arbitraire sur le refus d'enregistrement, considérant que la loi polonaise était suffisamment précise pour permettre aux requérants de régler leur conduite²⁶⁸¹. Elle fait preuve du même paradoxe à l'étape du contrôle de la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique. Elle y approuve la position des tribunaux nationaux qui « *n'ont fait qu'exercer légitimement leur pouvoir de contrôler la légalité des statuts de l'association, y compris celui de refuser toute disposition ambiguë ou trompeuse susceptible d'aboutir à un abus de droit* »²⁶⁸². Ce n'est pas faute pourtant d'avoir souligné en amont que « *les intentions des requérants ne peuvent pas être vérifiées par rapport à la conduite de l'association dans la pratique puisque celle-ci n'a jamais été enregistrée* » et « *que l'objectif d'obtenir des sièges au Parlement ne figurait pas explicitement dans les statuts de l'association et que la concrétisation de toute intention inexprimée d'acquérir des privilèges électoraux que les requérants auraient pu nourrir tenait à une combinaison d'événements futurs* »²⁶⁸³. On voit mal comment le juge, en se fondant sur une combinaison aussi incertaine d'événements factuels, peut finalement trancher en faveur des juridictions nationales²⁶⁸⁴. Dernièrement, le

que les intentions réelles de l'association étaient de contourner la loi électorale en recherchant à bénéficier des privilèges électoraux conférés à ces organisations. L'association requérante dénonce en l'occurrence une violation de l'article 11 de la Convention.

²⁶⁷⁹ *Ibid.*, §67.

²⁶⁸⁰ Se référant une nouvelle au contexte particulier des circonstances de l'espèce, « *il peut se révéler difficile d'élaborer des lois d'une très grande prévision, voire inopportun de formuler des règles rigides. Dès lors, on ne saurait reprocher à l'État polonais de n'utiliser qu'une classification légale générale des minorités et de laisser l'interprétation et l'application de ces notions à la pratique* », *ibid.*, §69.

²⁶⁸¹ *Ibid.*, §71.

²⁶⁸² *Ibid.*, §103.

²⁶⁸³ *Ibid.*, §98.

²⁶⁸⁴ *Ibid.*, §103.

reproche du manque de diligence de l'association requérante est difficilement acceptable. Comment peut-elle valablement prévoir les conséquences de ses statuts et de sa nomination sur la procédure d'enregistrement applicable aux organisations de minorités nationales, alors même que la notion de minorité nationale ne fait l'objet d'aucune indication précise ni dans la loi, ni dans la jurisprudence, ni même en droit international ? Ce faisant, les requérants doivent régler leur conduite en se fondant sur un vide juridique, ce qui n'est pas sans susciter une certaine incompréhension. En privilégiant l'interprétation des juridictions nationales et le respect du caractère subsidiaire du mécanisme conventionnel, la Cour nie l'existence d'une insécurité juridique flagrante²⁶⁸⁵. Certes, la crainte d'un abus de position dominante et de détournement des privilèges électoraux pourrait justifier la reconnaissance d'un « *besoin impérieux d'intérêt général* », dont l'impériosité forme un motif légitime en faveur de la neutralisation de la sécurité juridique de la requérante. Néanmoins, l'équilibre nécessaire entre le juste traitement des minorités et la préservation des intérêts collectifs n'est pas respecté en l'espèce. Le refus de la demande d'enregistrement empêchant l'association requérante d'être reconnue comme telle et d'exercer son activité, l'ingérence nous paraît disproportionnée. Ceci tranche nettement avec le rappel de la Cour sur l'utilité de la liberté d'association dans ses principes généraux « *particulièrement importante pour les personnes appartenant aux minorités* », « *la fondation d'une association afin d'exprimer et promouvoir [leur] identité [pouvant] aider cette dernière à préserver et défendre ses droits* »²⁶⁸⁶. La Cour ne fait pas qu'éteindre la sécurité juridique subjective, mais annihile toute protection conventionnelle au titre de l'article 11. Comme le soulève l'opinion concordante, cette position diffère de celle adoptée par la Cour à l'encontre des minorités macédoniennes²⁶⁸⁷. Cette dissociation engendre une rupture dans la protection des droits des minorités. Il apparaît clairement que cette solution vise à faire prévaloir l'intérêt général et la sécurité juridique de l'État au détriment de la sécurité juridique subjective et la protection des droits.

²⁶⁸⁵ L'insécurité juridique qui est d'ailleurs relevé par l'association requérante dans ses griefs, sans être relevée par suite par la Cour, *ibid.*, §56.

²⁶⁸⁶ *Ibid.*, §93.

²⁶⁸⁷ Faisant mention de l'affaire *Stankov* (CEDH, 2 octobre 2001, *Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c Bulgarie*, req. n° 29221/95 et 29225/95, Rec. 2001-IX), dans laquelle la Cour avait prononcé une violation de l'article 11 car l'association présentait un caractère pacifique, l'opinion met en lumière les dérives d'une approche aussi circonstancielle : « *Faudrait-il que notre Cour soit plus sévère avec la « minorité silésienne » et plus indulgente avec la "minorité macédonienne" ? [...] Le poids de l'appréciation in concreto l'emporte donc, au risque de susciter les critiques qui sont souvent faites à la "casuistique" (inévitables à notre sens) de la Cour européenne des droits de l'homme* », voy. l'opinion concordante "des juges COSTA et ZUPANCIC, à laquelle se rallie le juge KOVLER jointe à l'arrêt *Gorzelik c. Pologne*, pts 11 et 12.

559. Par chance, les cas de neutralisation stratégique sont plus nombreux que ceux de neutralisation sacrificielle. La portée neutralisante de l'interprétation contextuelle occasionne rarement une perte d'effectivité dans la protection des droits. La majorité des cas susmentionnés conduit à un constat de violation de la disposition conventionnelle. Le *self-restraint* du juge se limite au seul contrôle de légalité²⁶⁸⁸. Au demeurant, la neutralisation stratégique se révèle parfois nécessaire pour assurer le bon fonctionnement du mécanisme conventionnel. Dans un premier temps, elle permet à la Cour de se prémunir contre des protestations et revendications étatiques qui nuiraient à l'effectivité de sa jurisprudence²⁶⁸⁹. Dans un second temps, elle s'inscrit dans le respect des particularismes nationaux (principe de laïcité, avortement, minorités nationales et droits électoraux) et de la diversité des législations nationales²⁶⁹⁰, qui explique l'absence de considération à l'égard de la sécurité juridique subjective. Assurer la stabilité des situations étatiques s'inscrit dans les objectifs du principe de sécurité juridique. En effet, « trancher des litiges » nécessite de faire un arbitrage certes controversé mais pragmatique entre les sécurités juridiques en faveur de la protection des intérêts étatiques. L'arbitrage ne peut toujours aller dans le sens de la sécurité juridique individuelle, à condition que cela se justifie. On déplore que cela ne soit pas toujours le cas compte tenu des neutralisations dangereuses susmentionnées.

560. Si la variabilité des standards de la légalité a révélé une contextualisation préjudiciable pour la sécurité juridique subjective, elle met également en lumière la portée négative de la subjectivisation du contrôle. En devenant le nouveau « *centre de gravité du système juridique* »²⁶⁹¹, l'individu a en quelque sorte inversé les effets de la subjectivisation contre lui-même, puisque le droit « *ne commande plus [...] de l'extérieur et du haut [...] mais fait pression sur leur consentement de façon à ce qu'ils se disciplinent* »²⁶⁹². C'est dans cette hypothèse que naît progressivement la responsabilisation des requérants-justiciables à l'égard de leur propre sécurité juridique.

²⁶⁸⁸ « La Cour pourrait donc être amenée à se poser la question de savoir si l'ingérence litigieuse était ou non "prévues par la loi" en l'espèce. Toutefois, elle n'estime pas devoir se prononcer sur ce point, dès lors que la violation est encourue pour un autre motif », CEDH, 25 mai 2018, *Laurent c. France*, req. n° 28798/13, §13 (*JCP G*, 2018, n° 02, 4683, note F. SUDRE). Pour plus de détails, *supra*, n° 276.

²⁶⁸⁹ *Supra*, n° 331 et *infra*, n° 736.

²⁶⁹⁰ Pour rappel, la Convention n'impose pas une « *uniformité absolue* », CEDH, Ch., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, req. n° 6538/74, série A. 30, §61 (*JDI*, 1980, 471, obs. P. ROLLAND).

²⁶⁹¹ A. GARAPON, Où va le droit ? Le devenir systémique du droit, *JCP G*, 2018, n° 21, doct. 587.

²⁶⁹² *Ibidem*.

2§) Une subjectivisation négative provoquant une responsabilisation des requérants-justiciables

561. Provenant sans doute d'un phénomène d'acculturation juridique²⁶⁹³, l'exigence de diligence prend originellement la forme d'une obligation conventionnelle procédurale de nature étatique. En effet, la Cour en appelle fréquemment à « *la diligence des États contractants* » pour assurer la jouissance effective du droit à un procès équitable²⁶⁹⁴, ou encore à « *la diligence des autorités judiciaires* » dans la poursuite de la procédure en matière de détention²⁶⁹⁵. En bref, elle s'assimile à une obligation de prudence qui impose aux Hautes parties contractantes de faire preuve du plus grand soin ou de la plus grande célérité dans la conduite de leurs obligations, sous peine de se voir sanctionner pour manquement²⁶⁹⁶. De manière inattendue, l'examen successif de la diligence des autorités publiques et des requérants a conduit à une mise en balance de plus en plus orientée vers ces derniers. Par exemple, pour apprécier le caractère raisonnable d'un délai national, la Cour précise d'abord que « *le devoir de diligence dans l'administration de la justice incombe en premier lieu aux autorités compétentes* »²⁶⁹⁷. Par suite, elle admettra qu'un « *devoir de diligence s'impose aux intéressés lors de l'exercice des voies de recours internes* »²⁶⁹⁸. Loin d'être anodin, ce rapprochement sémantique met en exergue un phénomène de glissement de l'obligation étatique de diligence vers le requérant dans une démarche de responsabilisation. Comme le relève une étude, « *l'un des moyens*

²⁶⁹³ Connexe à la notion de « raisonnable » ou « *reasonable* », la diligence est une notion présente en droit international, en particulier en droit du commerce international, qui puise son origine dans la *Common law* (sur ce constat, voy. L. FLAMENT, *Le raisonnable en droit du travail, Dr. soc.*, 2007, p. 16). Appelée *due diligence*, elle constitue une obligation de moyen à la charge de l'État susceptible d'engager sa responsabilité internationale. Ainsi, « *la mise en jeu de la responsabilité de l'État dépendra de son comportement à partir duquel il pourra être dit s'il a satisfait aux obligations qui pèsent sur lui* » (Y. DAUDET, « Travaux de la Commission du droit international », *AFDI*, 1998, vol. 44., p. 494-510, spéc. p. 496). Se présentant à la fois comme un standard de comportement et de responsabilisation des États, la *due diligence* connaît un renouveau en matière environnemental sous le prisme du principe de précaution. Elle présente des similitudes patentes avec l'obligation individuelle de diligence et d'anticipation analysée dans cette étude. Pour quelques, voy. A. OUEDRAOGO, *La due diligence en droit international : de la règle de la neutralité au principe général, RGDIP*, 2012, n° 42, p. 461-463 ; *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Journée d'étude de la SFDI (Société Française de Droit international) du 24 février 2017, Pedone, Paris, 2018.

²⁶⁹⁴ CEDH, 26 février 2002, *Frétté c. France*, req. n° 36515/97, Rec. 2002-I, §49.

²⁶⁹⁵ CEDH, Gde. Ch., 6 avril 2000, *Labita c. France*, req. n° 26772/95, Rec. 2000-IV, §153.

²⁶⁹⁶ Par exemple, cette diligence prend davantage la forme d'une obligation de célérité et de promptitude primordiale à la détermination du caractère effectif de l'enquête imposée au titre des articles 2 et 3 : « *Une exigence de célérité et de diligence raisonnable est implicite [...]. Une réponse rapide des autorités lorsqu'il s'agit d'enquêter sur le recours à la force meurtrière peut généralement être considérée comme essentielle pour préserver la confiance du public dans le respect du principe de légalité* », CEDH, 4 mai 2001, *McKerr c. Royaume-Uni*, req. n° 28883/95, Rec. 2001-III, §114.

²⁶⁹⁷ CEDH, 27 juin 1997, *Philis c. Grèce (n° 2)*, req. n° 19773/92, §49. *A contrario* CEDH, Ch., 27 juin 1968, *Wemhoff c. Allemagne*, req. n° 2122/64, §20.

²⁶⁹⁸ CEDH, 2 avril 2009, *Kallergis c. Grèce*, req. n° 37349/07, §20.

d'améliorer la sécurité juridique des sujets de droit consiste, paradoxalement, à les responsabiliser »²⁶⁹⁹.

562. En principe, le requérant invoque une sécurité juridique subjective pour démontrer une carence étatique portant atteinte à ses droits. Cependant, cela ne lui confère nullement une protection illimitée, car il doit se conformer préalablement au droit positif établi par l'État. Cette responsabilisation se matérialise dans la jurisprudence au travers d'une obligation de diligence individuelle. Sur un premier plan, cette obligation diminue la sécurité juridique des requérants afin de soulager celle de l'État partie en développant une « auto-sécurisation » à la charge des requérants²⁷⁰⁰ (A). Sur un second plan, l'abaissement du niveau de sécurisation individuelle engendre une dynamique de responsabilisation qui fragilise le niveau de protection des droits des requérants (B).

A- La matérialisation d'une obligation de diligence du « requérant éclairé »

563. À l'image du standard du « bon législateur », qui assure un contrôle *ex post* de la prévisibilité et de l'accessibilité de la loi nationale²⁷⁰¹, celui du « requérant éclairé » permet un contrôle *ex ante* de la légalité²⁷⁰². Responsabilisé, ce dernier devient diligent dans la préparation et la conduite de ses prévisions juridiques. C'est ainsi que prend forme une obligation de diligence reposant sur deux exigences. D'une part, une diligence préalable, qui se traduit par un devoir d'information et de connaissance du droit interne en vigueur par le justiciable (1°). D'autre part, une diligence continue de bonne conduite postérieure à la prévision juridique dont l'objectif est de contrecarrer d'éventuels abus de la part de requérants mal intentionnés (2°).

²⁶⁹⁹ J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, PUSL, Bruxelles, 2014, p. 571.

²⁷⁰⁰ Cette constatation s'observe également dans la jurisprudence du Conseil d'État relative aux délais de recours. Dans un arrêt en date du 13 juillet 2016, le juge administratif a considéré en l'espèce que le « *principe de la sécurité juridique, qui implique que ne puissent être remises en cause sans condition de délai des situations consolidées par l'effet du temps, fait obstacle à ce que puisse être contestée indéfiniment une décision administrative individuelle qui a été notifiée à son destinataire, ou dont il est établi [...] que celui-ci en a eu connaissance* [souligné par nous] ». Au-delà de l'intention louable du juge de protéger « *la stabilité des relations juridiques et la bonne administration de la justice [...]* », un commentateur soulève un « *surprenant reversement de la notion de "sécurité juridique"* », dont l'objet ici n'est pas d'assurer la sécurité juridique du requérant contre l'instabilité du droit positif, mais de protéger l'administration et donc la sécurité juridique de l'État, CE, Ass. 13 juillet 2016, *M.B c. Ministères des finances et des Comptes publics*, n° 387763 (LPA, 2016, comm. H. RABAULT).

²⁷⁰¹ *Supra*, n° 265.

²⁷⁰² P. RRAPI, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel. Étude du discours sur la « qualité de la loi »*, *op. cit.*, p. 79.

1°) Un devoir préalable d'information juridique

564. L'évaluation du rapport pré juridique du citoyen au droit engendre une division intercatégorielle entre requérants professionnels et non professionnels. Le « *citoyen d'intelligence moyenne* »²⁷⁰³ ne pouvant souffrir d'une sécurisation subjective minimale²⁷⁰⁴, la Cour abaisse en ce sens le seuil de responsabilisation de ces derniers en se contentant d'une obligation souple de diligence (a). À l'inverse, les professionnels sont logiquement soumis à une responsabilisation plus exigeante qui se manifeste par une obligation présumée de diligence (b).

a- Une obligation tempérée pour les requérants *lambda*

565. D'ordinaire, la subjectivisation du contrôle de conventionnalité sur la prévisibilité de la loi se réalise favorablement aux justiciables²⁷⁰⁵. Toutefois, il arrive que la Cour les sanctionne, à titre exceptionnel, lorsqu'ils manifestent une défaillance nette dans la conduite de leurs prévisions juridiques. Cette dernière puise généralement son origine soit dans une prévision dépourvue de « *base légale suffisante* », soit dans une abstention (volontaire ou non) d'information préalable sur la législation en vigueur. Dans l'arrêt de Grande Chambre *Leyla Sahin contre Turquie*²⁷⁰⁶, la Cour fait prévaloir la prévisibilité du droit objectif sur le manque de diligence de la requérante. Étudiante en médecine, elle ne pouvait « *ignorer les règles internes de l'université* », ni prétendre de ne pas « *être suffisamment informée de leur justification* »²⁷⁰⁷. La sanction de l'inaccès aux cours et examens, consécutifs à son refus d'ôter le foulard islamique, était donc « *raisonnablement prévisible* ». Elle ne s'analyse pas, aux yeux de la Cour, en une atteinte disproportionnée à son droit à l'instruction²⁷⁰⁸. Une même solution fut adoptée postérieurement pour des requérantes mineures en milieu scolaire²⁷⁰⁹.

²⁷⁰³ M-A. FRISON-ROCHE, W. BARANES, Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi, *Recueil Dalloz*, 2000, n° 23, p. 361.

²⁷⁰⁴ Pour exemple : « *si l'on peut légitimement attendre d'un professionnel du droit qu'il soit particulièrement rigoureux dans la rédaction d'un recours et en particulier dans le choix des mots qu'il emploie, un tel degré d'exigence ne peut être appliqué sans flexibilité à un requérant qui n'est pas représenté* », CEDH, 15 janvier 2009, *Guillard c. France*, req. n° 24488/04, §42 (*JCP A*, 2009, 2057, note D. BAILLEUL).

²⁷⁰⁵ *Supra*, n° 345.

²⁷⁰⁶ CEDH, Gde. Ch., 10 novembre 2005, *Leyla Şahin c. Turquie*, req. n° 44774/98, Rec. 2005-XI (RTDH, 2006, p. 183, note L. BURGOGNE-LARSEN et E. DUBOUT).

²⁷⁰⁷ *Ibid.*, §160

²⁷⁰⁸ *Ibid.*, §161.

²⁷⁰⁹ En plus de la publication des textes et de la jurisprudence de la juridiction administrative, la Cour reproche à requérante d'avoir eu préalablement connaissance « *de la teneur de la réglementation litigieuse* » par la signature,

566. Plus récemment, la Cour a appliqué cette obligation dans le champ de l'article 8. Dans l'arrêt *Dubská et Krejzová contre République tchèque*²⁷¹⁰, les requérants contestaient la législation nationale en ce qu'elle leur empêche d'exercer leur droit de recours à l'assistance de sages-femmes pour des accouchements à domicile. Considérant dans un premier temps que le droit de décider des conditions de son accouchement entre dans le champ d'applicabilité de la notion de « vie privée » au sens de l'article 8, sa prudence se révèle lors de l'examen de la légalité de l'ingérence. Alors qu'elle souligne des carences législatives intrinsèques au système de santé tchèque²⁷¹¹, c'est l'attitude négligente des requérantes qui sera réprimée par la Cour. Pragmatique, elle dénonce « *qu'en s'entourant au besoin de conseils éclairés [elles] étaient [...] en mesure de prévoir à un degré raisonnable dans les circonstances de l'espèce que leurs domiciles privés ne pouvaient satisfaire aux exigences en matière d'équipement* ». En effet, « *les dispositions en question ne permettaient pas à un professionnel de santé de fournir une assistance lors d'un accouchement prévu pour se dérouler à domicile* »²⁷¹². Ainsi, les requérantes auraient dû assurer leur propre sécurité juridique en prévoyant les conséquences qu'emporteraient leur décision et indépendamment des contraintes pouvant peser sur leur capacité à consentir pleinement à un tel choix²⁷¹³. Faisant une application parcimonieuse de la maxime latine « *neme auditur propriam turpitudinem allegans* »²⁷¹⁴, le manque de diligence conduit à une valorisation de la sécurité juridique objective de l'État partie. Sous ce prisme, il apparaît légitime qu'un requérant imprudent soit sanctionné pour ne pas avoir assuré sa sécurité juridique alors même qu'elle était raisonnablement ou effectivement prévisible au vu du droit interne ou de la jurisprudence de la Cour.

b- Une obligation présumée pour les requérants professionnels

567. Alors que la sanction du manque de prévisibilité fait figure d'exception pour les requérants *lambda*, l'obligation de diligence est de principe pour les requérants professionnels.

sous accord parental, du règlement intérieur de l'établissement. En dépit de leur jeune âge, elles pouvaient donc « *en conséquence prévoir, à un degré raisonnable* » que leur comportement entraînerait potentiellement leur exclusion définitive, voy. CEDH, 4 décembre 2008, *Dogru c. France*, req. n° 27058/05, §59 ; CEDH, 4 décembre 2008, *Kervanci c. France*, req. n° 31645/04, §59.

²⁷¹⁰ CEDH, Gde. Ch., 15 novembre 2016, *Dubská et Krejzová c. République Tchèque*, req. n° 28859/11 et 28473/12 (JEDH, 2017, n° 5, chron. L. MILANO).

²⁷¹¹ *Ibid.*, §185.

²⁷¹² *Ibid.*, §171.

²⁷¹³ *Ibid.*, §85.

²⁷¹⁴ Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude.

Conformément aux préceptes de sa jurisprudence *Cantoni*²⁷¹⁵, les spécialistes « *doivent faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier* »²⁷¹⁶. Attendant d'eux « *qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques que comportent leurs prévisions juridiques* »²⁷¹⁷, la Cour leur impose en conséquence une obligation maximale de sécurisation subjective. Le recours préalable « *aux conseils éclairés* » devient alors une condition *sine qua non* dans l'appréciation du niveau préalable de sécurisation pré-juridique.

568. Tout comme la Cour de Justice de l'Union européenne, la Cour européenne des droits de l'homme tend à « *mettre la barre trop haut en ce qui concerne le comportement qu'elle attend d'un opérateur normalement prudent et diligent* »²⁷¹⁸. La responsabilisation est lourde de conséquences pour le professionnel, car elle présente un caractère quasi irréfragable de diligence, et ce indépendamment du fait que le requérant soit une personne physique ou une personne morale²⁷¹⁹. Dans l'arrêt *Chauvy et autres contre France*²⁷²⁰, la qualité des requérants emporte une présomption de connaissance et d'accessibilité des lois applicables en matière de diffamation. En tant que professionnels de publication d'ouvrages et en leur qualité de journaliste, d'éditeur et de maison d'édition, « *ils devaient [...] être au fait de la loi et de la jurisprudence constante applicable en la matière et pouvaient bénéficier des conseils d'avocats spécialisés* »²⁷²¹. Ainsi ont-ils l'obligation de mesurer les risques inhérents aux conséquences de leurs publications sur le plan juridique²⁷²². La Cour a fait preuve de la même sévérité à l'égard d'un associé qui était devenu solidairement et personnellement responsable des dettes de la société en raison de sa radiation au registre des sociétés. « *En sa qualité d'associé minoritaire et d'ancien directeur général [...], le requérant devait avoir parfaitement connaissance non seulement de la situation dans laquelle se trouvait la société, mais aussi des procédures civiles engagées contre elle par ses créanciers* »²⁷²³. Cela étant, le juge estime qu'on

²⁷¹⁵ CEDH, Gde. Ch., 15 novembre 1996, *Cantoni c. France*, req. n° 17862/91, §35.

²⁷¹⁶ CEDH, 29 juin 2004, *Chauvy et autres c. France*, req. n° 64915/01, Rec. 2004-VI, §44.

²⁷¹⁷ *Ibid.*, §45.

²⁷¹⁸ J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, op. cit., p. 572.

²⁷¹⁹ CEDH, Plén., 28 mars 1990, *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, req. n° 10890/84, §68 (JDI, 1990, 719, obs. P. ROLLAND). Voy. également CEDH, Gde. Ch., 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, req. n° 9311/13 (JCP G, 832, 2017, zoom. H. SURREL).

²⁷²⁰ CEDH, 29 juin 2004, *Chauvy et autres c. France*, req. n° 64915/01, Rec. 2004-VI. Voy. aussi sur la responsabilisation des professionnels de l'édition et des journalistes, CEDH, 18 mai 2004, *Éditions Plon c. France*, req. n° 58148/00, Rec. 2004-IV ; CEDH, Gde. Ch., 22 octobre 2007, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, req. n° 1279/02 et 36448/02, Rec. 2007-IV (JCP G, 2007, II, 10193, note E. DERIEUX).

²⁷²¹ *Ibid.*, § 48.

²⁷²² *Ibid.*, §49.

²⁷²³ CEDH, Gde. Ch., 11 décembre 2018, *Lekić c. Slovénie*, req. n° 36480/07.

pouvait attendre du requérant « *qu'il consacrait une certaine attention aux problèmes* » de la société, y compris sur la dissociation entre associé passif et actif²⁷²⁴. Si cela s'inscrit dans la continuité de sa jurisprudence, la formule employée dans l'arrêt témoigne du caractère présomptif de l'obligation. En effet, elle estime qu'en sa qualité d'associé, « *aucun avertissement particulier n'avait à lui être adressé quant aux répercussions de la loi sur les opérations financières des sociétés* »²⁷²⁵. Une telle ligne jurisprudentielle laisse perplexe quant à l'appréciation réellement effective de la prévisibilité de la loi. La Cour réalise un contrôle souple de la légalité – voire inexistant – dès lors que le requérant dispose d'un statut spécifique. Généralisée à d'autres catégories de requérants professionnels²⁷²⁶, cette obligation d'information préalable n'est pas spécifique à la sphère conventionnelle, puisque l'on assiste en droit privé à une généralisation similaire²⁷²⁷, ainsi qu'en droit de l'Union européenne pour laquelle cette obligation est de mise pour les opérateurs économiques²⁷²⁸. En outre, la protection de la sécurité juridique subjective est tributaire de la bonne conduite du requérant²⁷²⁹.

2°) Le devoir continu de bonne conduite

569. La subjectivisation du contrôle de la légalité dissimule un « *cadeau empoisonné* »²⁷³⁰ car elle met en lumière les malversations des requérants. Par opposition à un requérant de bonne foi, la Cour n'hésitera pas à sanctionner un requérant peu consciencieux ou faisant un usage détourné des voies procédurales et du droit interne. Le juge lui impose une obligation continue de prévisibilité subjective après la concrétisation de sa situation juridique, portant sur les conséquences potentiellement engendrées par ses actes. Assimilable à une exigence de

²⁷²⁴ *Ibid.*, §§99-100.

²⁷²⁵ *Ibid.*, §97.

²⁷²⁶ C'est le cas des députés (CEDH, Gde. Ch., 17 mai 2016, *Karácsony et autres c. Hongrie*, req. n° 2461/13 et 44357/13) ainsi que des contribuables (CEDH, Gde. Ch., 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, req. n° 931/13).

²⁷²⁷ Pour les assurés (C. BERLAUD, L'obligation de diligence d'un assuré dommages ouvrages, *Gaz. Pal.*, 2018, n° 315, p. 37) ; pour les hébergeurs (F. POLLAUD-DULIAN, Hébergeurs. Responsabilité limitée. Obligation de diligence, *RTD Com.*, 2008, p. 308) ; pour les sociétés mères (C. BRIGHT, Le devoir de diligence des sociétés mère dans la jurisprudence anglaise, *Dr. soc.*, 2017, p. 828).

²⁷²⁸ J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 571.

²⁷²⁹ « *On ne peut considérer comme une "loi" qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé* », CEDH, Ch., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, req. n° 6538/74, série A. 30, §49 (JDI, 1980, 471, obs. P. ROLLAND).

²⁷³⁰ T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 425.

« *cohérence comportementale* »²⁷³¹ du requérant vis-à-vis du droit interne, la protection d'un intérêt subjectif de sécurité juridique individuel est subordonnée à l'attitude et à la conduite du requérant dans le respect du cadre légal mis en place par l'État défendeur²⁷³².

570. En matière pénale, les analyses antérieures soulignaient un contrôle corrélatif entre les garanties légales et l'attitude générale des requérants sous le spectre de la subjectivisation. Il en est ainsi de l'obligation de bonne foi des journalistes dans l'évaluation des conséquences pénales liées à la diffusion de leurs publications et de leurs informations²⁷³³ ou de cinéastes faisant l'objet de condamnations pour délit de blasphème²⁷³⁴. L'appréciation du caractère raisonnable de la procédure et du délai est également topique de cette démarche de responsabilisation individuelle. Outre la complexité de l'affaire et l'enjeu du litige, le troisième critère porte sur le « *comportement des requérants et des autorités compétentes* »²⁷³⁵. Sans constituer un facteur dominant dans son contrôle²⁷³⁶, le comportement des parties à l'instance constitue un élément périphérique dans la détermination de la célérité de la procédure. Examinant successivement la diligence des autorités judiciaires et celle des parties dans la procédure, la Cour en vient progressivement à sanctionner davantage l'absence de diligence de ce dernier. Si les requérants « *peuvent user de toutes les voies procédurales pertinentes qu'offre le droit interne [...] ils doivent agir avec diligence et supporter les conséquences si ces démarches provoquent des retards* »²⁷³⁷. Indubitablement, la Cour esquisse les contours d'un devoir de loyauté procédurale en cours de procédure à leur endroit.

571. De surcroît, un requérant qui aurait tardé à se saisir des voies de recours ou qui, par son comportement, aurait été à l'origine des erreurs procédurales susceptibles de porter atteinte à la substance de son droit d'accès à un tribunal, est un élément fondamental dans l'appréciation du

²⁷³¹ J-B. WALTER, *L'espérance légitime*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque des thèses », 2011, p. 208.

²⁷³² Un parallèle pourra être fait avec l'exigence d'adéquation comportement de l'État vis-à-vis de son cadre législatif, voy. *supra*, n° 280 et suiv.

²⁷³³ « *La Cour rappelle à cet égard que le droit des journalistes de communiquer des informations sur des questions d'intérêt général est protégé à condition qu'ils agissent de bonne foi, sur la base de faits exacts, et fournissent des informations "fiabiles et précises" dans le respect de l'éthique journalistique* », CEDH, Gde. Ch., 22 octobre 2007, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, req. n° 1279/02 et 36448/02, Rec. 2007-IV, §67 (JCP G, 2007, II, 10193, note E. DÉRIEUX). La Cour étend également sa jurisprudence aux lanceurs d'alerte, voy. CEDH, Gde. Ch., 12 février 2008, *Guja c. Moldavie*, req. n° 14277/04, §77.

²⁷³⁴ CEDH, Ch., 25 novembre 1996, *Wingrove c. Royaume-Uni*, req. n° 17419/90, Rec. 1996-V, §§59-64.

²⁷³⁵ CEDH, Ch., 27 novembre 1991, *Kemmache c. France (n°1 et 2)*, req. n° 12325/86 et 14992/89, §60 ; CEDH, Gde. Ch., 25 mars 1999, *Pélissier et Sassi c. France*, req. n° 25444/94, req. n° 25444/94, Rec. 1999-II, §67.

²⁷³⁶ « *Quant au comportement du requérant, elle rappelle que l'article 6 ne demande pas de coopération active avec les autorités judiciaires [...]. Elle considère [...] que l'attitude de l'intéressé, même si elle a pu dans une certaine mesure ralentir la marche de l'instance, ne saurait expliquer, à elle seule, une telle durée* », CEDH, Gde. Ch., 25 novembre 1997, *Zana c. Turquie*, req. n° 18954/91, §79.

²⁷³⁷ CEDH, Gde. Ch., 19 septembre 2010, *McFarlane c. Irlande*, req. n° 31333/06, §148.

devoir individuel de bonne conduite. Dans l'affaire *Idalov contre Russie*²⁷³⁸, l'attitude du requérant, inculpé alors pour des crimes graves, avait retardé le délai normal de la procédure à cause d'une multiplication d'ajournements d'audience réalisée sous les conseils de son avocat. Jetant un doute sur l'usage diligent et motivé d'une telle pratique, le juge en conclu à la non-violation de l'article 6§1²⁷³⁹. Il est également parvenu à des solutions identiques face à un manque d'empressement des parties dans le dépôt de leurs conclusions²⁷⁴⁰ ou pour une absence non motivée de demande de remise d'audience²⁷⁴¹. Ces cas jurisprudentiels restent toutefois limités, « *seules les lenteurs imputables à l'État [pouvant] amener à conclure à l'inobservation du délai raisonnable* »²⁷⁴². La diligence des autorités prime souvent sur celle de l'individu, même dans l'hypothèse où celle-ci serait avérée et reconnue²⁷⁴³.

572. Une récente affaire pourrait toutefois inverser cette tendance. L'arrêt *Zubac contre Croatie*²⁷⁴⁴ donne l'occasion à la Cour d'affiner les critères relatifs à l'appréciation des erreurs procédurales conduisant à une violation de l'article 6§1. Les premier et troisième critères retiennent particulièrement notre attention. Le premier comprend l'accomplissement diligent du requérant et de son représentant dans l'accomplissement des actes procéduraux. Le troisième porte sur la recherche « *d'une faute dont [le requérant] n'est pas objectivement responsable* »²⁷⁴⁵. Dans une logique inversée, on pourrait aisément supposer qu'un requérant « objectivement responsable » pourrait se voir imputer l'irrecevabilité d'un recours. Cette hypothèse a été confirmée dans la même affaire. L'absence générale de diligence de la requérante et de son avocat s'apparente à une erreur procédurale « *principalement et objectivement imputable à la requérante* ». Selon la Cour, « *c'est elle qui doit en supporter les conséquences négatives [...]. Les erreurs commises par ces deux juridictions ne doivent toutefois pas passer pour justifier l'erreur faite par la requérante dans la manière dont elle a demandé la modification de la valeur du litige. En décider autrement reviendrait à admettre que l'erreur procédurale de l'un peut être excusée par celle commise ultérieurement par l'autre, ce qui serait contraire au principe de la prééminence du droit, à l'exigence d'une*

²⁷³⁸ CEDH, Gde. Ch., 22 mai 2012, *Idalov c. Russie*, req. n° 5826/03.

²⁷³⁹ *Ibid.*, §189-192.

²⁷⁴⁰ CEDH, Ch., 20 février 1991, *Vernillo c. France*, req. n° 11889/85, série A. 214-C, §34.

²⁷⁴¹ « *La Cour estime que le manque de diligence du requérant a, dans une large mesure, contribué à créer une situation l'empêchant de participer et d'assurer sa défense à l'audience devant la cour d'appel de Liège* », CEDH, 24 juin 2007, *Da Luz Domingues Ferreira c. Belgique*, req. n° 50049/99, §§50-51.

²⁷⁴² CEDH, Gde. Ch., 15 octobre 1999, *Humen c. Pologne*, req. n° 26614/95, §66.

²⁷⁴³ CEDH, Gde. Ch., 8 juin 2006, *Sürmeli c. Allemagne*, req. n° 75529/01, Rec. 2006-VII, §§131-134.

²⁷⁴⁴ CEDH, Gde. Ch., 5 avril 2018, *Zubac c. Croatie*, req. n° 40160/12.

²⁷⁴⁵ *Ibid.*, §95.

conduite diligente et correcte de la procédure et à la prudence dans l'application des règles de procédure pertinentes »²⁷⁴⁶. Au-delà la rudesse de la formule employée, cette solution s'inscrit dans une démarche affirmée de responsabilisation procédurale individuelle.

573. En résumé, la Cour sensibilise progressivement les justiciables professionnels et non professionnels dans la constitution conduite de leurs prévisions juridiques. L'obligation de diligence comprend un socle commun de « sous-obligations » composé d'un devoir d'information (notamment auprès de spécialistes) et d'un devoir de loyauté procédurale tout au long de la procédure. Cependant, cette responsabilisation reste assez limitée en pratique pour le justiciable non professionnel, la subjectivisation s'effectuant dans une finalité plus positive que négative, y compris lorsque le requérant est de mauvaise foi²⁷⁴⁷. Cependant, si « *cette mauvaise foi n'implique pas que le justiciable concerné ne pourrait jamais se prévaloir du principe de sécurité juridique [...] elle peut, dans certaines circonstances, justifier une protection moins importante* »²⁷⁴⁸. Si le renforcement de cette responsabilisation à l'encontre des professionnels se justifie jusqu'à un certain point – en particulier par la disponibilité de moyens matériels et financiers adéquats – l'instauration d'une obligation aussi contraignante apparaît excessive pour les requérants non professionnels. Sans les défausser de toute obligation d'information ou de prévisibilité conformément à l'adage « *nemo censetur ignorare legem* »²⁷⁴⁹, la consolidation de l'obligation de diligence peut susciter des difficultés à l'avenir pour les requérants dans l'élaboration de leurs prévisions juridiques, et diminuer sensiblement l'effectivité de la protection conventionnelle.

B- Les dangers de la responsabilisation sur les droits conventionnels du « requérant éclairé »

574. La responsabilisation des requérants-justiciables dans la jurisprudence européenne atteste une volonté prétorienne de soulager les niveaux des autres sécurités juridiques : celle des États partie, et celle *in globo* du mécanisme conventionnel. Porté donc par des impératifs d'efficacité et de bonne administration de la justice, cet affaïssement amène un durcissement

²⁷⁴⁶ *Ibid.*, §119.

²⁷⁴⁷ Le constat d'une négligence peut rester sans effet sur la motivation et la solution de la Cour, voy. en ce sens CEDH, 15 janvier 2006, *Mutu c. Turquie*, req. n° 25984/03, §34.

²⁷⁴⁸ J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, op. cit., p. 571.

²⁷⁴⁹ Nul n'est censé ignorer la loi.

de l'obligation de diligence touchant, à des degrés différents, l'ensemble des requérants pour faire prévaloir les autres sécurités juridiques (1°). Ce renforcement interroge sur l'émergence future d'une véritable obligation d'anticipation juridique à la charge des justiciables (2°).

1°) Le durcissement de l'obligation de diligence

575. Pour ce qui est des requérants *lambda*, la consolidation de l'obligation de diligence se limite sur les conditions de recevabilité afin d'endiguer l'engorgement du prétoire (b). Elle se généralise plus fortement pour les requérants professionnels qui, soumis à une approche présomptive et indifférenciée, se voient attribuer un degré maximal de diligence préjudiciable pour leur sécurité juridique et la défense de leurs droits (b). Si les effets varient selon la qualité du requérant, sa portée est univoque en ce qu'elle produit une articulation négative entre sécurité juridique et effectivité des droits.

a- Un risque circonscrit pour les requérants *lambda* aux conditions de recevabilité des requêtes

576. En dehors de l'examen sur le fond, la responsabilisation transcende le droit à agir et les conditions de recevabilité des requêtes individuelles. Par exemple, la diligence du requérant sera un facteur déterminant dans l'appréciation de la computation du délai de six mois fixé à l'article 35§1²⁷⁵⁰. Elle n'hésitera pas à se montrer inflexible lorsque le requérant a manqué de réactivité alors qu'il avait eu connaissance (même tardive) de l'ineffectivité des voies de recours. Par exemple, dans *Batmaz contre Turquie*²⁷⁵¹, le juge pointe la négligence de la requérante qui, ayant évoqué des actes de torture auprès des juridictions nationales pendant sa garde à vue, aurait dû s'apercevoir par elle-même de l'ineffectivité de l'enquête²⁷⁵². En revanche, un requérant qui s'informe régulièrement des avancées de l'enquête pénale, et qui effectue en ce sens des demandes d'information, sera considéré comme diligent à ses yeux²⁷⁵³.

²⁷⁵⁰ Pour plus de précision sur l'imprégnation de la règle de l'épuisement des voies de recours sur la computation du délai de six mois, voy. *supra*, n° 303 et suiv.

²⁷⁵¹ CEDH, 18 février 2014, *Batmaz c. Turquie*, req. n° 714/08.

²⁷⁵² *Ibid.*, §28. Récemment, la Cour a adouci sa position en imposant parallèlement à l'État de préciser la date à laquelle le recours devenait inefficace. Ceci se justifie par les circonstances particulières de l'espèce la Cour constatant la violation des articles 2 et 3 pour les mauvais traitements et le décès consécutif du requérant après sa détention, voy. CEDH, 14 février 2017, *Maslova c. Russie*, req. n° 15980/12, §65.

²⁷⁵³ CEDH, Gde. Ch., 13 décembre 2012, *El-Masri c. l'Ex-République Yougoslave de Macédoine*, req. n° 39630/09, Rec. 2012-VI, §§145-147.

Dans un arrêt *Tarak contre Turquie*²⁷⁵⁴, la Cour est venue en ce sens encadrer « l'obligation de diligence » – qu'elle reconnaît pour la première fois dans le cadre de l'article 35§1 – en consacrant deux conditions « *d'une part, les intéressés doivent s'enquérir promptement auprès des autorités internes de l'avancement de l'enquête et, d'autre part, ils doivent promptement saisir la Cour dès qu'ils se rendent compte ou auraient dû se rendre compte que l'enquête n'est pas effective, sachant que le point de savoir à quel moment ce stade est atteint dépend nécessairement des circonstances de l'affaire et est difficile à déterminer avec exactitude* »²⁷⁵⁵. Cette responsabilisation sous-tend également l'affermissement critiqué des conditions matérielles de recevabilité des requêtes, inscrites à l'article 47 du règlement de la Cour²⁷⁵⁶. Comme elle l'explique elle-même dans la décision *Malysh et Ivanin contre Ukraine*²⁷⁵⁷, « *the date of introduction of the application was as a rule considered to be the date of the first communication from the applicant setting out – even summarily – the object of the application, on condition that a duly completed application form was then submitted within the time-limit fixed by the Court* »²⁷⁵⁸. Désormais, la Cour exige que la requête remplisse toutes les conditions de l'article 47 pour pouvoir interrompre le délai²⁷⁵⁹. Par conséquent, « *les demandes incomplètes ne sont plus prises en considération pour interrompre le délai de six mois* »²⁷⁶⁰. En l'espèce, le requérant avait présenté une requête incomplète. Jugeant ses affirmations « *vagues* » sans « *aucun élément de preuve ou argument convaincant* », elle déclare la requête irrecevable²⁷⁶¹. Le raccourcissement du délai de dépôt des requêtes par l'article 4 du Protocole n° 15²⁷⁶² confirme l'approche restrictive et « responsabilisante » de la Cour européenne à l'égard de ses requérants.

²⁷⁵⁴ CEDH, 9 avril 2019, *Tarak et Depe c. Turquie*, req. n° 70472/12.

²⁷⁵⁵ Ibid., §47. La Cour déclare la requête irrecevable.

²⁷⁵⁶ Actualisée le 16 avril 2018, l'article 47 alinéa 1^{er} est rédigé comme suit : « *Toute requête déposée en vertu de l'article 34 de la Convention est présentée sur le formulaire fourni par le greffe, sauf si la Cour en décide autrement. Elle doit contenir tous les renseignements demandés dans les parties pertinentes du formulaire de requête* ». Pour de plus amples informations sur ces conditions, nous renvoyons à l'intégralité de l'article disponible en ligne au lien suivant : [https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_FRA.pdf].

²⁷⁵⁷ CEDH, Déc., 9 septembre 2014, *Malysh et Ivanin contre Ukraine*, req. n° 40139/14 et 41418/14.

²⁷⁵⁸ « *La date d'introduction de la requête était en principe considérée comme la date de la première communication du requérant exposant - même sommairement – l'objet de la requête, à condition qu'un formulaire de requête dûment complété soit ensuite soumis dans le délai fixé par la Cour* » (traduit par nous).

²⁷⁵⁹ En vertu de l'alinéa 6a) de l'article : « *Aux fins de l'article 35§1 de la Convention, la requête est réputée introduite à la date à laquelle un formulaire de requête satisfaisant aux exigences posées par le présent article est envoyé à la Cour, le cachet de la poste faisant foi* ».

²⁷⁶⁰ CEDH, Déc., 9 septembre 2014, *Malysh et Ivanin contre Ukraine*, req. n° 40139/14 et 41418/14.

²⁷⁶¹ Ibidem.

²⁷⁶² Cet article prévoit que dans « *l'article 35, paragraphe 1, de la Convention, les mots dans un délai de "six mois" sont remplacés par les mots "dans un délai de quatre mois"* ». Ce délai sera effectif une fois le Protocole n° 15 ratifié par l'ensemble des États parties (seul l'Italie et la Bosnie-Herzégovine n'ont pas encore procédé à la ratification).

577. En appelant au devoir de diligence du requérant et donc à sa sécurité juridique personnelle, la Cour rehausse le seuil de sécurité juridique de l'État comme elle l'affirme dans l'arrêt *Varnava*²⁷⁶³ : « *s'il est essentiel pour l'efficacité du mécanisme que les États contractants respectent leur obligation de ne pas entraver l'exercice du droit de recours individuel, les requérants n'en sont pas moins tenus de se montrer vigilants quant au respect des règles procédurales en la matière* »²⁷⁶⁴. La protection de la sécurité juridique des États et des tiers se présente donc comme un prétexte à la responsabilisation accrue des requérants dans l'exercice de leur droit d'agir. Leur conférant un « *rôle proactif* » se situant dans une logique de décentralisation du contentieux des droits de l'homme²⁷⁶⁵, la préservation compréhensible de l'efficacité de l'appareil conventionnel s'inscrit malheureusement dans un but restrictif de l'accès au juge et donc à la protection conventionnelle. Circonscrite au droit d'agir pour les requérants ordinaires, le risque se généralise pour les requérants professionnels en raison du caractère présomptif de l'obligation de diligence.

b- Un risque généralisé pour les requérants professionnels

578. Si une présomption irréfragable s'explique à l'encontre des professions juridiques rompues aux rouages complexes de la jurisprudence et de la législation nationales, elle présente une rigidité excessive contre les professionnels n'exerçant pas une activité juridique. Cette rigidité est d'autant plus flagrante que la Cour applique uniformément un contrôle minimal sur la capacité du spécialiste à établir effectivement sa propre sécurité juridique. Dans l'affaire *Cantoni*²⁷⁶⁶, elle déduit de la qualité de gérant de supermarché une connaissance préalable de la jurisprudence interne de ce dernier sur les conséquences juridiques liées à l'exercice illégal de la vente de médicaments, et ce sans contrôler sans en contrôler l'effectivité « *des conseils appropriés* » dont il aurait pu bénéficier. Dans l'affaire *K.A et A.D*²⁷⁶⁷, la Cour place sur le même rang les requérants, « *respectivement professionnels du droit et de l'art de guérir* »²⁷⁶⁸. À notre sens, cette indifférenciation entre les catégories de requérants professionnels joue en

²⁷⁶³ CEDH, Gde., Ch., 18 septembre 2009, *Varnava et al. c. Turquie*, req. n° 6064/90 et suiv, Rec. 2009-V.

²⁷⁶⁴ *Ibid.*, §160.

²⁷⁶⁵ Sur le rôle « pro actif » du requérant dans l'exercice du droit d'agir et ses effets sur la protection des droits, voy. la thèse de S. TEWELET, *Le droit d'agir devant la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse datcyl., Université de Bordeaux, 2017, p. 379 et suiv.

²⁷⁶⁶ CEDH, Gde. Ch., 15 novembre 1996, *Cantoni c. France*, req. n° 17862/97, §35.

²⁷⁶⁷ CEDH, 17 février 2005, *K.A et A.D. c. Belgique*, req. n° 42758/98 et 45558/99, §§57-58 ; CEDH, 13 novembre 2008, *Kayasu c. Turquie*, req. n° 34119/00 et 76292/01, §§85-83 (concernant la prévisibilité d'un procureur de la République de sa révocation pour abus de fonction et offense envers les forces armées).

²⁷⁶⁸ *Ibid.*, §§57-59

défaveur des requérants exerçant des professions non juridiques en ce qu'ils se voient attribuer une surcharge de responsabilisation subjective. Du point de vue de l'articulation entre sécurité juridique subjective et effectivité des droits, il serait préférable de recourir à une interprétation casuistique et de déroger au principe de l'égalité, afin d'adopter une approche plus nuancée entre les requérants professionnels du droit et ceux qui exercent une activité extra juridique.

579. Le second risque de rupture infra catégorielle se situe dans l'absence rarissime de leur prévisibilité subjective, y compris dans l'hypothèse où la législation présenterait des zones patentes d'incertitude. Dans l'affaire *Delfi A.S contre Estonie*²⁷⁶⁹, la Cour estime que la société requérante aurait pu valablement déduire du droit interne et de la jurisprudence nationale que sa responsabilité pourrait être engagée en tant qu'éditeur de médias suite à la publication de commentaires diffamatoires sur son site hébergeur²⁷⁷⁰. L'énoncé de la solution révèle d'ailleurs la prévalence de la qualité de professionnelle de la société requérante dans la motivation du juge au regard de sa notoriété nationale²⁷⁷¹. En complément de l'instrumentalisation du recours aux « conseils éclairés »²⁷⁷², des doutes subsistent quant au degré de diligence exigée par la Cour. Comme le souligne l'opinion séparée jointe à l'arrêt²⁷⁷³, elle semble imposer une prévision quasi absolue des conséquences juridiques et du recours aux conseils juridiques alors même que le droit de l'Union européenne – à l'origine de la loi litigieuse²⁷⁷⁴ – ainsi que le cadre législatif et jurisprudentiel national, présentaient des incertitudes quant au régime de responsabilité applicable à la société requérante²⁷⁷⁵. La Cour fait alors le choix de privilégier la sécurité objective au détriment de la sécurité subjective. Pourtant, elle a pu adopter une approche sensiblement différente dans l'arrêt *RTBF contre Belgique*²⁷⁷⁶ en raison des divergences interprétatives entre les juges du fond et les juges des référés quant au respect des

²⁷⁶⁹ CEDH, Gde. Ch., 16 juin 2015, *Delfi AS c. Estonie*, req. n° 64569/09, Rec. 2015-II (*JCP G*, 2015, 798, note. K. BLAY-GRABARCZYK).

²⁷⁷⁰ *Ibid.*, §75.

²⁷⁷¹ *Ibid.*, §76.

²⁷⁷² Le recours aux conseils éclairés est un facteur matériel aux effets ambigus. Dans l'arrêt *Delfi AS contre Estonie* la Cour reproche à la société requérante de ne pas avoir sollicité de conseils juridiques, l'érigeant en critère prépondérant alors même que cette condition est sans effet dans l'arrêt *RTBF*.

²⁷⁷³ Opinion dissidente commune aux juges SAJÓ et TSOTSORIA jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 16 juin 2015, *Delfi AS c. Estonie*, *op. cit.*

²⁷⁷⁴ *Ibid.*, pt. 18.

²⁷⁷⁵ « Seul un avocat prophète aurait pu être suffisamment certain que l'exploitant du portail serait tenu pour responsable d'un commentaire dont il n'avait pas connaissance, en vertu du type de responsabilité objective appliqué aux publicateurs (éditeurs) qui ont parfaitement connaissance de tout ce qu'ils publient. On observera que les trois niveaux de juridiction compétents ont appliqué trois théories différentes de la responsabilité. Les lois formulées en termes imprécis et ambigus, et donc imprévisibles, ont un effet inhibiteur sur l'exercice de la liberté d'expression. Or une incertitude troublante persiste ici », *ibid.*, pt. 20.

²⁷⁷⁶ CEDH, 29 mars 2011, *RTBF c. Belgique*, req. n° 50084/06, Rec. 2011-III (*RTDH*, 2013, 331, note B. FRYDMAN et C. BRICTEUX).

restrictions préventives à la liberté d'expression pour diffamation²⁷⁷⁷. Face à l'instabilité du cadre législatif et jurisprudentiel, le juge considère qu'il ne « *répond pas à la condition de prévisibilité voulue par la Convention et ne lui a pas permis de jouir du degré suffisant de protection qu'exige la prééminence du droit dans une société démocratique* »²⁷⁷⁸. L'absence de contrôle d'effectivité se généralise à d'autres domaines que celui de la radio diffusion. La Cour a ainsi suivi le même raisonnement dans l'affaire *Soros contre France*²⁷⁷⁹ relative au délit d'initié²⁷⁸⁰. Or, la présomption quasi automatique de connaissance du droit ne permet pas systématiquement une meilleure prévisibilité individuelle au profit d'une meilleure effectivité des droits. Comme le relève une étude, « *si la diffusion du droit et la connaissance du droit sont nécessaires pour rapprocher le citoyen du droit, elles ne protégeront pas pour autant le justiciable dans ses droits car une loi même accessible et intelligible peut donner lieu à une application contraire aux droits et libertés fondamentaux* »²⁷⁸¹. Lorsque le droit objectif demeure imprécis, il reste source d'insécurité juridique et d'ineffectivité dans la protection des droits, quand bien même lorsque le requérant recourait aux conseils de spécialistes les plus éminents. « *Ce n'est pas parce que l'on connaît le droit qu'il devient prévisible* »²⁷⁸². Encore faut-il que la loi soit concrètement accessible et prévisible pour garantir l'effectivité des droits. Une étude en droit de l'Union souligne également l'aspect négatif de la prévisibilité présomptive à l'encontre des opérateurs économiques qui, en dépit d'une attitude prudente et avisée, restent tributaires des fluctuations et de la protection du marché intérieur²⁷⁸³. Qu'il soit circonscrit ou généralisé, le raffermissement de l'obligation de diligence accompagne indubitablement une perte de sécurité juridique individuelle aux dépens de la protection des droits. Bien loin de se résorber, cette dégradation menace de s'accroître en faveur d'une mutation possible de l'obligation de diligence vers une obligation d'anticipation subjective.

²⁷⁷⁷ *Ibid.*, §§111, 114 et 115.

²⁷⁷⁸ *Ibid.*, §116.

²⁷⁷⁹ CEDH, 6 octobre 2011, *Soros c. France*, req. n° 50425/06.

²⁷⁸⁰ Partageant la position du juge dissident, le caractère imprécis et vagues combinés du cadre législatif n'a pas permis au requérant- alors financier international- de prévoir valablement et légitimement que ses activités étaient illégales, et ce même entourés des spécialistes des plus avertis. « *Ni l'avis d'un juriste ni l'analyse de la jurisprudence n'auraient permis au requérant de voir clairement que les activités qu'il projetait étaient interdites sur le fondement du droit alors applicable* », voy. l'opinion dissidente commune aux juges VILLIGER, YUDKIVSKA et NUSSBERGER, jointe à l'arrêt.

²⁷⁸¹ P. RRAPI, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel. Étude du discours sur la « qualité de la loi »*, op. cit., p. 79.

²⁷⁸² *Ibid.*

²⁷⁸³ N. SAUVAGE, La dangereuse notion de « prévisibilité raisonnable » et l'exigence de sécurité juridique, op. cit., p. 516 ; voy. du même auteur *Le principe de sécurité juridique en droit international privé*, thèse dactyl., Université de Rouen, 2011.

2°) Vers une obligation d'anticipation du « requérant éclairé » ?

580. Provenant du latin « *anticipatio* » signifiant la « *connaissance anticipée* » ou encore « *le premier mouvement du corps qui se met en marche* »²⁷⁸⁴, l'anticipation incarne l'instrument par excellence de la maîtrise du temps futur²⁷⁸⁵. Généralement, elle s'entend comme la capacité d'une action ou d'un acte à accomplir par avance un événement ou à un temps fixé²⁷⁸⁶. Ainsi distingue-t-on « *l'anticipation-réalisation* », qui régule les effets de l'acte réalisé à la date prévue, et « *l'anticipation-prévision* », qui s'attache à déterminer la survenance de l'acte en lui-même dont la réalisation est encore hypothétique²⁷⁸⁷. Visant donc à régir la dimension prospective de la sécurité juridique, l'anticipation présente certaines similitudes avec la responsabilisation des requérants à l'égard de leurs prévisions juridiques. À titre d'illustration, dans le domaine de l'action publique, elle insuffle une dynamique de « *responsabilisation-anticipation* » prenant la forme d'un devoir des autorités envers les destinataires de la règle²⁷⁸⁸.

581. Aujourd'hui, cette dynamique tend à s'inverser en ce qu'elle s'oriente davantage vers les justiciables. En droit national, l'obligation d'anticipation jurisprudentielle a été consacrée à l'encontre des professionnels du droit dans l'exercice de leurs devoirs de conseil et d'efficacité auprès des parties. Récemment, la Chambre civile de la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler qu'eu « *égard aux obligations pesant sur le notaire à la connaissance du droit [...] il incombe au notaire de se tenir constamment informé de l'évolution du droit positif afin d'être en mesure d'assurer l'efficacité juridique de ses actes et conseiller ses clients* »²⁷⁸⁹. Fleuretant parfois avec l'art divinatoire²⁷⁹⁰, les professionnels du droit se voient imposer un devoir d'anticipation des « *évolutions raisonnablement prévisibles de la jurisprudence* »²⁷⁹¹.

²⁷⁸⁴ *Dictionnaire Latin-Français : le Grand Gaffiot*, Hachette, Paris, 2000, p. 135.

²⁷⁸⁵ C. TESTARD, L'anticipation, principe ou défi de l'action administrative ?, *RFDA*, 2017, p. 303.

²⁷⁸⁶ Par exemple, le Professeur Hugo BARBIER définit l'anticipation comme « *l'accomplissement d'un acte juridique avant que la situation juridique qui ouvre droit à cet acte ne soit constituée* », in H. BARBIER, L'anticipation juridique et la cession de créance, *RTD Civ.*, 2016, p. 123.

²⁷⁸⁷ C. TESTARD, L'anticipation, principe ou défi de l'action administrative ?, *op. cit.*, p. 303.

²⁷⁸⁸ *Ibidem*.

²⁷⁸⁹ Cass. 1^{ère} civ., 12 octobre 2016, n° 15-18659 (*LPA*, 2017, n° 101, 18, comm. F. VINEY). Pour les avocats, Cass. 1^{ère} civ., 15 décembre 2011, *Sté Büchel c. Cab. Lovells Partnership*, n° 10-24550.

²⁷⁹⁰ M. BENICHO, L'avocat-conseil entre prévision, divination et information, *Gaz. Pal.*, 2007, n° 41, p. 2.

²⁷⁹¹ Pour quelques lectures sur ce sujet : C. MOULY-GUILLEMAUD, L'obligation d'information des professionnels du droit, obligation d'anticiper l'imprévisible, *LPA*, n° 78, p. 3 ; C. ASSIMOPOULOS, La nature de la responsabilité des professions réglementées pour manquement au devoir de conseil, *AJ Contrat*, 2018, p. 61. Pour les avocats, Y. AVRIL, La compétence de l'avocat et les revirements de jurisprudence, *Gaz. Pal.*, 2009, n° 246, p. 9 ; P. JOURDAIN, La responsabilité de l'avocat et les revirements de jurisprudence, *RTD Civ.*, 2009, p. 725. Ceci vaut également pour les notaires M-P. BLIN-FRANCHOMME, Revirement jurisprudentiel et responsabilité notariale, *LPA*, 1998, n° 122, p. 7. Sur un article critique à l'égard de cette obligation, voy. L-F. PIGNARRE, Regard prospectif : le risque de développement en matière juridique (La responsabilité des notaires et des avocats face à l'évolution du droit), *LPA*, 2001, n° 248, p. 4.

L'émergence d'une telle obligation est aisément compréhensible. En effet, ils doivent assurer la défense de leurs clients, et ce même dans un contexte d'incertitude jurisprudentielle. Plus suspecte est celle de la jurisprudence de la Cour de justice qui, sous réserve d'impératifs économiques, impose une sécurisation juridique maximale aux opérateurs économiques en les obligeant à anticiper les « *variations de la situation économique* »²⁷⁹².

582. Pour l'heure, la Cour européenne se refuse à suivre les pas de ses homologues communautaires et français. Dans l'arrêt *Pessino contre France*²⁷⁹³, l'absence d'interprétation jurisprudentielle « *accessible et raisonnablement prévisible* » n'avait pas permis au requérant de prévoir le revirement de jurisprudence à l'origine de sa sanction pénale, et ce même « *si ce dernier était un professionnel qui pouvait s'entourer de conseils de juristes* »²⁷⁹⁴. La Cour a également condamné l'application extensive de la loi pénale en matière de faits de corruptions passives des employés d'une banque, car leur condamnation s'était fondée sur une interprétation doctrinale et non jurisprudentielle²⁷⁹⁵. L'article 7 ne supporte donc aucune prédictibilité sous l'angle de la sécurité juridique subjective. En revanche, le juge n'a pas fait preuve de la même largesse dans les affaires *Legrand*²⁷⁹⁶ et *UNEDIC*²⁷⁹⁷. Hormis ces hypothèses, il n'existe pas encore d'obligation substantielle d'anticipation. Il serait préférable que ces arrêts continuent à faire figure d'exceptions et évitent de se propager à l'avenir, sous peine de laisser la place à une « justice de l'anticipation » au détriment d'une justice effective.

²⁷⁹² Selon la Cour de justice, « *les opérateurs économiques ne sont pas justifiés à placer leur confiance légitime dans le maintien d'une situation existante qui peut être modifiée dans le cadre du pouvoir d'appréciation des institutions communautaire et cela spécialement dans un domaine comme celui des organisations communes des marchés, dont l'objet l'emporte comporte une constante adaptation en fonction des variations de la situation économique* », CJCE, 14 octobre 1999, *Atlanta AG c. Commission européenne*, C-104/97, pt. 55 ; N. SAUVAGE, La dangereuse notion de « prévisibilité raisonnable » et l'exigence de sécurité juridique, *op. cit.*, p. 516.

²⁷⁹³ CEDH, 10 octobre 2006, *Pessino c. France*, req. n° 40403/02 (*JCP G*, 2008, II, 10014, comm. O. MOUYSSSET).

²⁷⁹⁴ *Ibid.*, §35.

²⁷⁹⁵ CEDH, 24 mai 2007, *Dragotoniou et Militaru-Pidhorni c. Roumanie*, req.n° 77193/01 et 77196/01, §43. Voy. *supra*, n° 531.

²⁷⁹⁶ CEDH, 26 mai 2011, *Legrand c. France*, req. n° 23228/08, §41 (*JCP G*, 2011, act. 730, note C. PICHERAL ; *JCP G*, 201, act. 742, comm. A. MARAIS ; *RDP*, 2012, p. 785, chron. F. SUDRE, G. GONZALEZ, L. MILANO et H. SURREL).

²⁷⁹⁷ CEDH, 18 décembre 2008, *Unedic c. France*, req. n° 20153/04, §74, (*JCP G*, 2009, I 143, obs. F. SUDRE). Pour rappel, les requérants s'étaient vus privés de leur droit à une voie de recours effectif par l'application rétroactive d'un revirement jurisprudentiel dont la prévisibilité était pour le moins douteuse. Il avait alors été en mis en lumière l'existence d'un devoir de prédictibilité à la charge du requérant dans l'établissement de sa propre sécurité juridique, voy. *supra*, n° 514 et suiv.

*

* *

583. La flexibilité du contrôle de la légalité creuse le lit tant des forces que des faiblesses du principe. Sans remettre en causes les bienfaits de l'interprétation casuistique sur la sécurité juridique²⁷⁹⁸, force est de constater que l'application variable des standards de la légalité dénature les fonctions imputables aux mécanismes de protection de la sécurité juridique subjective, de telle sorte que leur portée s'actionne de manière opposée à la protection des droits. Le caractère « raisonnable » et « suffisant » des standards de la légalité favorisent le développement d'une sécurité juridique subjective « objectivée ». Leur utilisation inverse la tendance et les fonctionnalités originelles de la subjectivisation, ce qui provoque une responsabilisation du requérant justiciable dans l'établissement de leurs prévisions juridiques. Ce phénomène fait émerger une obligation individuelle de diligence, qui n'est pas sans faire écho à celle des États parties à l'égard de leurs obligations conventionnelles. En soi, cette responsabilisation n'est pas néfaste pour la protection des droits. D'abord, parce qu'elle rééquilibre les sécurités juridiques en faveur d'un meilleur partage des responsabilités entre l'État et les individus, notamment si l'État partie s'est correctement acquitté de son obligation de légiférer conformément au droit de la Convention. Ensuite, elle élude les requérants diligents et mal intentionnés. Néanmoins, cette tendance produit en contrepartie une surcharge de sécurisation individuelle qui se révèle néfaste sur l'effectivité des droits. Sans remettre en cause la différenciation entre requérant ordinaire et requérant professionnel, les différentes ruptures infra catégorielles constatées au cours de notre analyse constituent des viviers de fragmentation dans les niveaux de protection : fragilisation par un trop-plein de casuistique pour les premiers, fragilisation par une présomption irréfragable pour les seconds. Le durcissement de cette responsabilisation pourrait se révéler désastreux en ce qu'elle pourrait donner naissance à une obligation conventionnelle d'anticipation. Émergente pour les professionnels du droit en droit national et en droit de l'Union, la Cour se limite fort heureusement, en l'état actuel de sa jurisprudence à la « simple diligence ». Elle manifeste une prudence bienvenue face à

²⁷⁹⁸ F. ROUVIÈRE, Apologie de la casuistique juridique, *Recueil Dalloz*, 2017, p. 118 ; J. VAN MEERBEECK, penser par cas... Et par principes, *RIEJ*, 2014, n°2, p. 77-97. *Contra* P. PUIG, L'excès de proportionnalité, *RTD Civ.*, 2016, p. 70.

l'engouement actuel – et controversé²⁷⁹⁹ – pour une justice futuriste placée sous le sceau de la prédictibilité.

584. Au surplus, la mise en balance des intérêts divergents de sécurité juridique efface la sécurité juridique du requérant au profit de l'intérêt des États parties à la Convention : la société démocratique, la protection de la diversité des traditions juridiques justifient des neutralisations parfois pragmatiques, parfois opportunistes. Bien entendu, les atteintes à la sécurité juridique subjective se révèlent nécessaires. La sécurité juridique étatique doit être maintenue au nom du pluralisme, de la diversité, et des particularismes nationaux, de même que la sécurité juridique *in globo* doit être préservée face aux requêtes abusives dans une optique la bonne administration de la justice²⁸⁰⁰. La sécurité juridique subjective ne peut toujours être garantie au risque de bloquer l'efficacité de l'appareil conventionnel et, à terme, l'effectivité des droits. Cependant, on remarque qu'il est difficile pour la Cour européenne de trouver le point d'équilibre entre les intérêts divergents de sécurités juridiques. Ce n'est donc pas tant l'approche casuistique qui est vectrice de la rupture entre l'effectivité et la sécurité juridique que la pondération des intérêts effectuée par le juge²⁸⁰¹. Ce constat vaut également pour la conciliation de la légalité conventionnelle avec la stabilité des rapports juridiques.

²⁷⁹⁹ Consacrée par la loi de 2016 sur la République numérique (Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016), elle consiste à « pronostiquer la solution donnée par un juge à partir de moyens informatiques ». Lire sur ce sujet D. IWEINS, La justice prédictive, nouvel allié des professionnels du droit ?, *Gaz. Pal.*, 2017, n° 1, p. 5 ; F. ROUVIERE, La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal, *RTD Civ.*, 2017, p. 527 ; M. BOUTEILLE-BRIGANT, Intelligence artificielle et droit : entre tentation d'une personne juridique du troisième type et avènement d'un transjuridisme, *LPA*, 2018, 62, p. 7 ; P. DEUMIER, La jurisprudence d'aujourd'hui et de demain, *RTD Civ.*, 2017, p. 600 ; A. GARAPON, Les enjeux de la justice prédictive, *JCP G*, 2017, n° 1-2, p. 31 ; V. VIGEAU, Le passé ne manque pas d'avenir. Libres propos d'un juge sur la justice prédictive, *Recueil Dalloz*, 2018, p. 1095 ; F. MELLERAY, La justice administrative doit-elle craindre la « justice prédictive », *AJDA*, 2017, p. 193.

²⁸⁰⁰ En vertu de l'article 35 alinéa 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour européenne peut déclarer irrecevable toute requête qui serait « *manifestement mal fondée ou abusive* ». Ce critère est également renforcé par le critère du préjudice important, qui démontre la nécessité d'évacuer les requêtes abusives pour enrayer la saturation du prétoire strasbourgeois. Sur ce point, voy. *supra*, n° 302.

²⁸⁰¹ F. ROUVIERE, Apologie de la casuistique juridique, *Recueil Dalloz*, 2017, p. 118.

SECTION II : LES ATTEINTES A LA SECURITE DES RAPPORTS JURIDIQUES DANS LE CONTROLE DES MECANISMES TEMPORELS NATIONAUX

585. « *Le droit* », écrit le Professeur Bernard PACTEAU, « est, par sa nature et par sa destination... foncièrement voué à assurer la sécurité, celle des relations sociales [...] Le droit doit être droit dans tous les sens qu'on peut donner à ce qualificatif, sans donc qu'on risque en somme avec lui de mauvaises rencontres »²⁸⁰². Pour se prémunir des « mauvaises rencontres », la sécurité juridique doit placer les individus à l'abri des dangers susceptibles de nuire à la stabilité des relations juridiques en gravant dans le marbre les actions anciennes ou révolues. Pour éviter des remises en cause perpétuelles desdites situations, il doit offrir des mécanismes procéduraux pour éteindre les actions juridiques²⁸⁰³. Réputés comme des principes « intangibles »²⁸⁰⁴ à la sécurité juridique, les mécanismes prescriptifs sont détenteurs d'une double mission de sécurisation objective (la clôture de l'action publique et la bonne administration de la justice) et subjective (la protection de la sécurité juridique du requérant et des tiers)²⁸⁰⁵. Il en est de même pour la règle de l'autorité de la chose jugée dans la mesure où « l'arrêt ayant revêtu l'autorité de chose jugée met définitivement un terme au litige en assurant de la sorte la paix et la sécurité juridique »²⁸⁰⁶. La sécurité dite « des rapports juridiques » signifie donc « que la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause »²⁸⁰⁷.

586. Néanmoins, la survenance d'un nouvel élément de preuve, amené par le justiciable, bouleverse parfois l'ordonnancement précédemment établi par l'effet extinctif du droit. L'erreur factuelle ou juridique a alors conduit à la fermeture du droit sur une situation erronée ou illégale. La mutabilité du droit, la rectification des erreurs passées fragilisent inévitablement

²⁸⁰² B. PACTEAU, « Sécurité juridique », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. DAUDIN, J-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, PUF, Paris, 2008, 1^{ère} éd., p. 709-712, spéc. p. 709.

²⁸⁰³ *Supra*, n° 308 et suiv.

²⁸⁰⁴ J-G. HUGLO, La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique, CCC, 2001, n° 11.

²⁸⁰⁵ « *Les délais de prescription ont plusieurs finalités importantes, à savoir garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions, mettre les défendeurs potentiels à l'abri de plainte tardives peut être difficile à contrer, et empêcher l'injustice qui pourrait se produire si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur des événements survenus loin dans le passé à partir d'éléments de preuve auxquels on ne pourrait plus ajouter foi et qui seraient incomplets en raison du temps écoulé* », CEDH, Ch., 22 novembre 1996, *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 22083/93 et 22095/93, Rec. 1996-IV, §51 (RTDH, 1998, p.781, note J. SACE).

²⁸⁰⁶ E. PREVÉDOUROU, *Le principe de confiance légitime en droit public français*, Sakkoulas, Athènes, 1998, p. 47.

²⁸⁰⁷ CEDH, Gde. Ch., 28 octobre 1999, *Brumărescu c. Roumanie*, req. n° 28342/95, Rec. 1999-VII, §62 (JCP G, 2000, I, 203, 10, obs. F. SUDRE).

la stabilité des relations juridiques. La protection de la sécurité juridique et des droits du requérant heurte la sécurité juridique des parties ainsi que celle des tiers, la quiétude de ces derniers se confortant au fur et à mesure de l'écoulement du temps. Dans la jurisprudence de la Cour, la crainte d'une violation des droit fondamentaux par les juridictions nationales devient la cause d'une multiplication des entorses à la prescription (1§) et à l'autorité de chose jugée (2§). Ces atteintes engendrent des neutralisations tantôt légitimes, tantôt stratégiques, de certains intérêts de sécurité juridique au profit d'une effectivité parfois contestable des droits conventionnels.

1§) Les atteintes à la prescription

587. La jurisprudence accorde des dérogations circonstanciées à l'effet extinctif imputable aux mécanismes prescriptifs²⁸⁰⁸ dans des contentieux spécifiques. Dans le cadre de la résolution des conflits de sécurité juridique des rapports familiaux, la Cour encourage des entorses aux délais établis en matière de filiation afin de favoriser certains intérêts. De conciliation délicate en ce qu'elles s'imbriquent dans des conflits de droits garantis par l'article 8 (droit de connaître ses origines, droit au respect de sa vie privée et de sa vie familiale), elles occasionnent des ruptures dans la protection des droits conventionnels de la partie qui voit sa sécurité juridique sacrifiée en faveur de l'autre (A). De surcroît, la gravité de certains crimes commis par les agents de l'État commande de neutraliser toute prescription en faveur de la protection des droits des victimes. Compréhensible, ceci pose des difficultés sur la sécurité juridique subjective de ces derniers et la protection de leurs droits conventionnels (B).

A- La levée des mécanismes prescriptifs dans le cadre de la sécurité juridique des rapports familiaux

588. Les actions en désaveu, en recherche et en reconnaissance de paternité visent toutes à rétablir la vérité biologique du lien de filiation. Aux prises dans un conflit de sécurités juridiques intersubjectives²⁸⁰⁹, l'issue favorable de ces actions entraîne une dissolution qui ébranle

²⁸⁰⁸ L'expression « mécanismes prescriptifs » renvoie à tous les mécanismes visant à éteindre une action juridique (délai de forclusion, délai de préemption et délai de prescription). Son caractère générique se justifie par l'absence de dissociation opérée par la Cour entre ces délais, voy. *supra*, n° 312.

²⁸⁰⁹ Caractéristique des relations interindividuelles, ces conflits nécessitent de trancher parmi une pluralité de sécurités juridiques subjectives : la sécurité juridique du requérant *in casu*, et la sécurité juridique des tiers ou *ex*

fortement la stabilité des rapports juridiques familiaux²⁸¹⁰. Afin de protéger l'ensemble de ces « *intérêts concurrents* »²⁸¹¹, la majorité des États parties – notamment la France²⁸¹² – ont instauré des délais de prescription. Leur conventionnalité a été reconnue depuis l'arrêt *Stubbings* par la Cour européenne²⁸¹³, et introduite ensuite dans le champ du droit au respect de la vie privée et familiale²⁸¹⁴. Dans l'optique de permettre le rétablissement de la vérité biologique sur la fiction juridique, la Cour encourage des entorses au *dies ad quem* afin de lever l'effet extinctif de la prescription. Dénaturant la finalité initiale des délais de prescription en matière de filiation²⁸¹⁵, ces entorses rejaillissent sur l'équilibre entre les sécurités juridiques. Une analyse transversale de sa jurisprudence met en exergue deux dynamiques successives : l'admission d'entorses au mécanisme prescriptif dans l'intérêt de la sécurité juridique du requérant (1°) et la limitation desdites entorses au profit de la sécurité juridique des tiers et l'intérêt supérieur de l'enfant (2°).

1° Des entorses permissives pour la sécurité juridique du requérant

589. En droit de la famille, un enfant né pendant le mariage de ses parents voit son lien de filiation paternelle établi par le biais de la présomption légale de paternité. Victime des aléas de la vie maritale, cette réalité légale peut s'avérer être en discordance avec la réalité biologique. L'époux « trompé » peut alors faire le choix d'intenter une action en désaveu de paternité de

casu, qui est une sécurité juridique indirecte). Ces conflits ne donnent pas lieu à une conciliation. Ils engendrent irrémédiablement le sacrifice de l'un au profit de l'autre. Pour plus de développements, *supra*, n° 585 et suiv.

²⁸¹⁰ « La Cour considère à cet égard que l'établissement d'une filiation peut avoir des répercussions considérables non seulement sur la vie privée et familiale des proches parents de l'intéressé et des tiers, mais aussi sur leur situation patrimoniale. Dans ce contexte, le législateur a tout intérêt à réglementer les questions liées à la filiation », CEDH, 3 avril 2014, *Konstandinis c. Grèce*, req. n° 58809/09, §52.

²⁸¹¹ CEDH, Ch., 27 octobre 1994, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, req. n° 18535/91, §31.

²⁸¹² En vertu de l'article 333 du Code civil : « lorsque la possession d'état est conforme au titre, seuls peuvent agir l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable. L'action se prescrit par cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé ou du décès du parent dont le lien de filiation est contesté. Nul, à l'exception du ministère public, ne peut contester la filiation lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement ».

²⁸¹³ CEDH, Ch., 22 novembre 1996, *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 22083/93 et 22095/93, Rec. 1996-IV, §51 (RTDH, 1998, p.781, note J. SACE). Sur l'examen inquisitif de la Cour sur les délais de prescription nationaux, voy. *supra*, n° 311 et suiv.

²⁸¹⁴ CEDH, Ch., 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, req. n° 8777/79, série A. 87, §41 (RTDH, 1998, 781, note J. SACE) ; CEDH, 26 février 2006, *Shofman c. Russie*, req. n° 74826/01, §§33-35. Sur des critiques liées à cette intronisation, voy. les opinions dissidentes respectives des juge MORENILLA et MIFSUD BONICI jointe à l'arrêt CEDH, Ch., 27 octobre 1994, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, req. n° 18535/91.

²⁸¹⁵ « La Cour rappelle avoir déjà admis que la fixation d'un délai de prescription pour l'introduction d'une action en recherche de paternité se justifiait par le souci de garantir la sécurité juridique et de préserver les intérêts des enfants », CEDH, Ch., 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, req. n° 8777/79, série A. 87, §41 (RTDH, 1998, 781, note J. SACE).

façon à ce que « *ses relations familiales [soient] soumises à la certitude biologique et non à une présomption légale opposée à la réalité des faits* »²⁸¹⁶. De jurisprudence constante, la Cour s'est attelée à renforcer la sécurité juridique du père présumé au motif qu'une « *situation dans laquelle une présomption légale peut prévaloir sur la réalité biologique ne saurait être compatible avec l'obligation de garantir le "respect" effectif de la vie privée et familiale, même eu égard à la marge d'appréciation dont jouissent les États* »²⁸¹⁷. Invoquée dans le cadre des actions en reconnaissance et en recherche de paternité, la recherche de la certitude biologique de la filiation par l'enfant met à mal la sécurité juridique du père légalement présumé. Pourtant, la Cour fait prévaloir le droit de l'enfant à connaître ses origines, consacré depuis le célèbre arrêt *Odièvre contre France*²⁸¹⁸. En effet, ces « *personnes essayant d'établir leur ascendance ont un intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle* »²⁸¹⁹. En conséquence, le juge réduit la marge d'appréciation de l'État, ce qui induit « *un examen plus approfondi des intérêts en présence* »²⁸²⁰. L'équilibre entre les sécurités juridiques se cristallise dans une juste pondération des intérêts « *à savoir, d'un côté, le droit du requérant à connaître son ascendance et, de l'autre, le droit des tiers [...] et l'intérêt général à la protection de la sécurité juridique* »²⁸²¹. Très protectrice, la Cour a jugé que l'intérêt de la protection de sécurité juridique ne suffit pas, à lui seul, à constituer un argument légitimant une ingérence dans le droit du requérant à connaître son ascendance, dès lors que celui-ci exprime un « *intérêt authentique* » dans l'établissement de la filiation biologique²⁸²².

590. De surcroît, la Cour prohibe toute prescription irréfragable en matière de filiation. C'est à cette fin qu'elle a validé la réouverture de l'action par voie de recours effective, lorsque survient une nouvelle preuve biologique. L'existence d'un seul recours constitutionnel pour contester une paternité sur la base de preuves scientifiques a été jugée comme une « *restriction [...] radicale du droit du requérant à agir en désaveu de paternité* »²⁸²³. Ce dernier n'ayant jamais été autorisé à faire prévaloir cette réalité biologique, l'ingérence étatique n'avait pas

²⁸¹⁶ CEDH, 12 janvier 2006, *Mizzi c. Malte*, req. n° 26111/02, Rec. 2006-I, §15.

²⁸¹⁷ *Ibid.*, §13.

²⁸¹⁸ CEDH, Gde. Ch., 13 février 2003, *Odièvre c. France*, n° 42326/98, Rec. 2003-III, req. (*JCP G*, 2003, II, 10049, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE).

²⁸¹⁹ *Ibid.*, §29.

²⁸²⁰ CEDH, 13 juillet 2006, *Jäggi c. Suisse*, req. n° 58757/00, Rec. 2006-X, §§37-38.

²⁸²¹ CEDH, 16 juin 2011, *Pascaud c. France*, req. n° 19535/08, §60.

²⁸²² CEDH, 13 juillet 2006, *Jäggi c. Suisse*, req. n° 58757/00, Rec. 2006-X, §40.

²⁸²³ CEDH, 12 janvier 2006, *Mizzi c. Malte*, req. n° 26111/02, Rec. 2006-I, §§110-112. Voy. également CEDH, 10 octobre 2006, *Paulik c. Slovaquie*, req. n° 10699/05, Rec. 2006-XI, §§51-59.

respecté le juste équilibre entre « *l'intérêt général de la protection de la sécurité juridique des liens familiaux et le droit du requérant à obtenir un réexamen de la présomption légale de paternité à la lumière des preuves biologiques* »²⁸²⁴. Cette solution a été reprise pour les actions en reconnaissance de paternité²⁸²⁵ ainsi que pour les actions en recherche de paternité²⁸²⁶.

591. La multiplication des atteintes prétoriennes à l'effet extinctif finit par fragiliser la nature et la finalité poursuivie par ces délais. Au-delà de la difficulté évidente pour les États parties à la Convention pour élaborer des prescriptions réfragables dans des délais raisonnables, la bienveillance du juge rend précaire la stabilité des relations familiales. Sensible depuis quelques années aux dangers qui pèsent sur la protection des intérêts des tiers et de l'enfant, la Cour fait preuve d'une jurisprudence de plus en plus limitative à l'encontre de ces entorses.

2°) Des atteintes limitatives pour la sécurité juridique des tiers et la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant

592. Gardant à l'esprit la nécessité de protéger les intérêts des tiers, la Cour a listé l'ensemble des éléments qui seront pris en compte dans la pesée des intérêts. D'abord, elle prend en considération « *le moment précis où un requérant vient à connaître la réalité biologique [...]. La Cour doit donc se demander si les circonstances justifiant une demande en recherche de paternité se sont trouvées réunies avant ou après l'expiration du délai de prescription* »²⁸²⁷. En parallèle, elle examine l'existence de « *moyens judiciaires disponibles dans le cas où la procédure en cause est prescrite, telles des voies de recours internes effectives permettant la réouverture du délai ou des exceptions à l'application d'un délai dans le cas où*

²⁸²⁴ *Ibid.*, §114.

²⁸²⁵ CEDH, 30 mars 2008, *Phinikardou c. Chypre*, req. n° 23890/02, §§63-67. En droit chypriote le délai de prescription des actions en reconnaissance de paternité des enfants né pendant le mariage est de trois ans soit à compter de la date de la majorité, soit à compter de l'entrée en vigueur de la loi de 1991. Le requérant ayant eu connaissance des faits relatifs à la paternité qu'après l'expiration du délai, le rejet des juridictions nationales en raison de la prescription sans intronisation de ce paramètre dans la mise en balance des intérêts a constitué une violation de l'article 8.

²⁸²⁶ « *La Cour estime que ce critère doit être pris en compte dans les présentes affaires. Elle constate à ce sujet que le droit interne ne prévoit aucune exception qui aurait permis aux intéressés d'engager eux-mêmes une action en recherche de paternité dès leur majorité [...] ou dans un certain délai après l'entrée en vigueur de la loi [...] qui a rendu imprescriptible le droit des enfants nés après son entrée en vigueur d'engager une action en recherche de paternité. [...] Une restriction aussi radicale apportée au droit des requérants à engager une procédure en recherche de paternité devait appeler de la part des juridictions roumaines une mise en balance des intérêts en cause. Or la Cour relève que, pour débouter les requérants de leurs actions, les juridictions internes n'ont, à aucun moment, pris en considération leur droit à connaître leur ascendance et à voir établir leur filiation paternelle* », CEDH, 19 juillet 2016, *Călin contre Roumanie*, req. n° 25057/11, 34739/11 20316/12, §§99-100.

²⁸²⁷ CEDH, 30 mars 2008, *Phinikardou c. Chypre*, req. n° 23890/02, §54.

une personne prend connaissance de la réalité biologique après expiration de ce délai »²⁸²⁸. Ce faisant, elle effectue une distinction entre un « requérant [n'ayant] eu aucune possibilité de connaître les faits et [...] un requérant [qui] sait avec certitude ou a des raisons de supposer qui est son père mais, pour des motifs sans rapport avec la loi, ne prend aucune mesure pour engager une procédure dans le délai légal »²⁸²⁹. Admettant la réouverture du délai dans l'hypothèse où le père présumé a manifesté certains doutes sur sa paternité en raison de circonstances factuelles²⁸³⁰, elle sera rejetée si la connaissance de la vérité biologique est survenue avant l'expiration du délai. La négligence injustifiée du requérant à faire valoir l'identité de son père biologique, révélée par sa mère, sera en effet condamnée. Dans une affaire grecque, le juge a ainsi considéré que, si l'intérêt vital de faire valoir son ascendance est fondamentale, cela ne le « dispensait pas de se conformer aux conditions prévues par le droit interne [...] et de faire preuve de diligence » entre la connaissance de cette information et la saisine des juridictions internes, indépendamment « des contraintes juridiques liées à l'existence du délai litigieux »²⁸³¹. La responsabilisation du requérant concorde avec la protection de l'intérêt du père biologique en revenant à la finalité initiale des délais qu'est de garantir la quiétude des situations passées. Au demeurant, la nature intersubjective du conflit incite la Cour à objectiviser son contrôle en analysant davantage le comportement du requérant à l'aune du cadre légal alors en vigueur.

593. L'avènement de nouvelles techniques scientifiques comme le test ADN assoit la sécurité juridique du père présumé par un surcroît de certitude et de rapidité appréciable dans l'établissement de la réalité biologique de la filiation²⁸³². Cependant, elle se révèle dangereuse pour la sécurité juridique des tiers, et se heurte simultanément à la protection effective de leur consentement à se soumettre à un tel examen médical. C'est dans cette perspective qu'en complément de la date de la connaissance de la réalité biologique, le juge porte un examen attentif « aux vœux des personnes concernées »²⁸³³, c'est-à-dire celui du requérant qui intente l'action ainsi que celui des tiers. Protectrice, la balance penche généralement en faveur de ces

²⁸²⁸ CEDH, 3 avril 2014, *Konstandinis c. Grèce*, req. n° 58809/09, §49.

²⁸²⁹ CEDH, 30 mars 2008, *Phinikardou c. Chypre*, req. n° 23890/02, §54 ; CEDH, 26 février 2006, *Shofman c. Russie*, req. n° 74826/01, §43.

²⁸³⁰ *Ibid.*, §56.

²⁸³¹ CEDH, 3 avril 2014, *Konstandinis c. Grèce*, req. n° 58809/09, §§60-61.

²⁸³² « L'apparition des tests ADN et la possibilité pour tout justiciable de s'y soumettre constituent une évolution sur le plan judiciaire, en ce que ces tests permettent d'établir avec certitude l'existence ou l'absence de liens biologiques entre différentes personnes », CEDH, 6 décembre 2011, *İyilik c. Turquie*, req. n° 2899/05, §33.

²⁸³³ CEDH, 30 mars 2008, *Phinikardou c. Chypre*, req. n° 23890/02, §55.

derniers. Dans l'affaire *Ostace contre Roumanie*²⁸³⁴, les juridictions internes avaient déclaré irrecevable la demande de révision de la déclaration judiciaire en paternité à la lumière de nouvelles preuves biologiques, dont le requérant n'avait pas connaissance à l'époque de la première procédure. En dépit du fait que l'enfant et sa mère aient consenti au test biologique, la Cour « *admet que la situation du requérant est peut-être différente à certains égards de celle des pères putatifs dont la paternité est présumée légalement mais n'a pas été déterminée judiciairement* ». Elle ajoute toutefois que « *l'existence de différences entre plusieurs individus n'empêche pas leurs situations et leurs intérêts respectifs d'être suffisamment comparables* »²⁸³⁵. Le respect de la vie privée du père a donc été violé en l'espèce²⁸³⁶. En revanche, sa jurisprudence se raffermir dès lors que les tiers refusent de se soumettre au test ADN. La protection de leur sécurité juridique devient d'une « *importance décisive dans la mise en balance des intérêts en cause* »²⁸³⁷. L'analyse des intentions réelles du père présumé élude les recours abusifs, ce dernier pouvant chercher à contourner le refus de l'enfant pour obtenir de manière dolosive la preuve scientifique de la non-filiation²⁸³⁸. Cette protection s'étend également dans l'hypothèse où la preuve est avérée. Dans une récente affaire polonaise, la Cour a estimé que « *l'absence d'une quelconque manifestation de la part de l'enfant du souhait de voir vérifier sa filiation [...] combinée avec le temps depuis lequel celui-ci bénéficiait de son état civil d'une manière stable ainsi qu'avec les conséquences patrimoniales susceptibles de découler pour lui de l'accueil d'une action en désaveu de paternité, a joué en l'espèce en faveur de son intérêt à ne pas être privé de son lien de filiation établi au motif d'une éventuelle discordance avec la réalité biologique [...]. Par conséquent, le fait de contraindre l'enfant à se soumettre à un test ADN aurait en l'espèce pu porter atteinte au droit de celui-ci au respect de sa vie privée et familiale et affecter son équilibre émotionnel* »²⁸³⁹. La reconnaissance de paternité aurait été une expérience marquante pour l'enfant mineur, et dont la filiation est établie

²⁸³⁴ CEDH, 25 février 2014, *Ostace c. Roumanie*, req. n° 12547/06, req. n° 12547/06.

²⁸³⁵ *Ibid.*, §§44-52.

²⁸³⁶ « *La Cour estime qu'en déclarant irrecevable sa demande de réouverture de la procédure en recherche de paternité de l'enfant né hors mariage, alors que tous les intéressés semblaient favorables à l'établissement de la vérité biologique concernant la filiation de H.-A., les autorités nationales n'ont pas eu égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts en présence* », *ibid.*, §45.

²⁸³⁷ CEDH, Déc., 24 août 2010, *I.L.V. c. Roumanie*, req. n° 4901/04, §40.

²⁸³⁸ En effet, comme la Cour le précisera dans l'affaire *Bagniewski contre Pologne*, « *la contestation de la présomption de paternité légitime reposait essentiellement sur sa propre conviction qu'il n'était pas le père biologique de l'enfant né pendant son mariage, et non pas sur des preuves raisonnables et suffisantes, que, au demeurant, il aurait dû soumettre aux juridictions nationales* », CEDH, 31 mai 2018, *Bagniewski c. Pologne*, req. n° 28475/14. Voy. aussi CEDH, 9 décembre 2014, *Marinis c. Grèce*, req. n° 3004/10.

²⁸³⁹ *Ibid.*, §56.

de longue date²⁸⁴⁰. Par voie de conséquence, les autorités polonaises ont ménagé un juste équilibre entre l'intérêt général de la protection juridique des relations familiales et l'intérêt spécifique du requérant²⁸⁴¹. Pour le dire autrement, la sécurité juridique offerte au père putatif par la preuve biologique est neutralisée pour sauvegarder la stabilité des rapports familiaux ainsi que l'intérêt supérieur de l'enfant. En dépit de l'absence de consensus sur ces questions, la Cour encourage « *les tribunaux internes [à conférer] plus de poids aux intérêts de l'enfant et de la famille dans laquelle cet enfant vit qu'à ceux d'un « demandeur » cherchant à faire établir un fait biologique* »²⁸⁴². Cette orientation jurisprudentielle est notamment suivie par la Cour de Cassation, bien que son contrôle de proportionnée soit perfectible²⁸⁴³.

594. Les conclusions de ces analyses font état d'un paradoxe inhérent à la conciliation des délais de prescription avec les droits fondamentaux. Outre la conciliation délicate de la pluralité de sécurités juridiques dans des domaines aussi sensibles et dépourvus de consensus²⁸⁴⁴, les juges de la Convention doivent nécessairement trancher en faveur d'une sécurité juridique subjective au détriment de l'autre. Quoique séduisante, la levée des mécanismes prescriptifs est délétère sur l'effectivité des droits. L'annulation de l'effet de « cadenas » lié à ces derniers bouleverse la stabilité juridique des rapports familiaux. De plus en plus exposée à une remise en cause perpétuelle, la quiétude juridique des familles est mise en péril par le droit de la Convention. Cette crainte a notamment ressurgi suite à un arrêt de la Cour de Cassation du 21 novembre 2018²⁸⁴⁵. En l'espèce, la Chambre civile a cassé la solution rendue par la Cour d'appel qui avait déclaré irrecevable la demande d'établissement du lien de filiation de

²⁸⁴⁰ *Ibid.*, §54. Il est fréquent que la Cour prenne parallèlement en considération la stabilité des liens affectifs unissant l'enfant et le père putatif, voy. CEDH, 14 janvier 2016, *Mandet c. France*, req. n° 30955/12, §§55-60.

²⁸⁴¹ *Ibid.*, §§52-58.

²⁸⁴² CEDH, 9 décembre 2010, *Marinis c. Grèce*, req. n° 3004/10, §70.

²⁸⁴³ Bien que sa jurisprudence manifeste des progrès appréciables sur le plan méthodologique, la balance de son contrôle de proportionnalité s'effectue encore très largement en faveur du maintien de la prescription et de la sécurité juridique des rapports familiaux par rapport à la protection de l'identité personnelle ou biologique, la faute en revenant principalement à la rigidité des délais de prescriptions. Lire en ce sens : A-M. LEROYER, Les délais de prescription en matière de filiation au prisme de la proportionnalité ou la nécessité d'une réforme, *RTD Civ.*, 2019, p. 87 ; L. MAUGER-VIELPEAU, La filiation paternelle à l'épreuve du contrôle de proportionnalité, *Recueil Dalloz*, 2019 p. 207.

²⁸⁴⁴ En plus de l'affirmation itérative de l'absence de consensus, on notera que la majorité des affaires traitant de ces questions s'assortissent d'opinions dissidentes. Pour un exemple d'opinion très critique, voy. l'opinion partiellement dissidente du juge KÜRIS joint à l'arrêt CEDH, 19 juillet 2016, *Călin contre Roumanie*, req. n° 25057/11, 34739/11 et 20316/12.

²⁸⁴⁵ Cass., 1^{ère} civ., 21 novembre 2018, n° 17-21.095 (*D.*, 2018. 2305 ; *ibid.*, 2019, 64, entretien P.-Y. GAUTIER ; *AJ fam.*, 2019. 36, obs. M. SAULIER ; *Dr. Fam.*, 2019. Comm. 28, H. FULCHIRON ; *JCP*, 2019, 41, note M. DOUCHY-OUDOT).

demander en raison du délai de prescription inscrit à l'article 321 du Code civil²⁸⁴⁶, sans que cela ne porte atteinte à l'article 8 de la Convention. Précisément, elle lui reproche de ne pas avoir effectué un contrôle *in concreto* de conventionnalité afin de déterminer si l'appréciation de tels délais ne portait pas atteinte de manière disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale du requérant. Au-delà des débats portant sur la possibilité même pour le juge judiciaire de procéder à un contrôle de proportionnalité en matière de filiation²⁸⁴⁷, l'arrêt atteste d'une réception relativement conforme à la jurisprudence de la Cour²⁸⁴⁸. Si l'assouplissement du mécanisme prescriptif s'opère en faveur d'une meilleure protection des droits fondamentaux du requérant, il est difficilement contestable que cela s'effectue au détriment de la sécurité juridique des familles²⁸⁴⁹. C'est dire si le recentrage de la Cour sur la protection des intérêts des tiers et de l'intérêt de l'enfant apparaît des plus bienvenus. En dépit de ce durcissement, de nombreux éléments continuent d'obscurcir l'intérêt de ces entorses prétoriennes, au point qu'un commentateur en est venu à s'interroger sur la pertinence des délais de prescription²⁸⁵⁰. Cette critique est d'autant plus fondée si l'on regarde l'accueil assez favorable que le juge a réservé à l'imprescriptibilité roumaine de ces actions en faveur de l'enfant²⁸⁵¹. En raison des conséquences funestes que cette neutralisation engendrait sur la sécurité juridique et la protection conventionnelle des droits des familles au respect de leur vie privée, une telle ouverture nécessiterait la plus grande vigilance dans la pondération des intérêts. Espérons que la Cour s'en tienne à l'état actuel de sa jurisprudence, à l'unique cas d'imprescriptibilité : celui des crimes commis par les agents de l'État.

²⁸⁴⁶ En vertu de l'article 321 du Code civil français : « Sauf lorsqu'elles sont enfermées par la loi dans un autre délai, les actions relatives à la filiation se prescrivent par dix ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté ».

²⁸⁴⁷ « Nul besoin d'un contrôle de proportionnalité pour assurer l'efficacité d'une action en justice et empêcher la prescription, dans certains cas précis. Il est temps de cesser cette fuite en avant facile et dangereuse de la balance des intérêts et d'appliquer pleinement nos codes - tel est le premier devoir du juge français », P-Y. GAUTHIER, La prescription sur le billot du contrôle de proportionnalité, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 64.

²⁸⁴⁸ A-M. LEROYER, Les délais de prescription en matière de filiation au prisme de la proportionnalité ou la nécessité d'une réforme, *RTD Civ.*, 2019, p. 87.

²⁸⁴⁹ P-Y. GAUTHIER, La prescription sur le billot du contrôle de proportionnalité, *op. cit.*, p. 64.

²⁸⁵⁰ « À quoi bon maintenir un délai de prescription si, une fois écoulé, celui-ci peut être contournée par le biais d'une action intentée par le ministère public ? », M. SAULIER, La preuve de la paternité face au refus de l'expertise génétique par l'enfant, *AJ Fam.*, 2018, p. 398.

²⁸⁵¹ « La Cour prend note de l'évolution du droit roumain dans le domaine de la filiation, évolution qui se montre favorable à la prévalence de la réalité biologique sur les fictions légales. Ainsi, selon le nouveau code civil, l'action en recherche de paternité est imprescriptible tout au long de la vie de l'enfant », CEDH, 19 juillet 2016, *Călin contre Roumanie*, req. n° 25057/11, 34739/11 et 20316/12, §102.

B- L'imprescriptibilité des crimes commis par les agents de l'État

595. « *Le législateur a revêtu parfois le temps juridique d'un manteau d'éternité. [...] Le mal commis est si grave car il contrevient aux droits fondamentaux des droits de l'homme qu'il ne peut recevoir la paix publique, elle est dépassée par le respect du délai de la défense de l'Humanité* »²⁸⁵². L'atrocité des violences perpétrées par les agents de l'État impose l'imprescriptibilité de leurs crimes. Motivée par l'effectivité de la protection conventionnelle en évitant que de tels actes soient frappés d'impunité, l'imprescriptibilité contrevient pourtant à la finalité même du principe de la sécurité juridique en mettant en place une responsabilité pénale perpétuelle au nom de l'effectivité des droits des victimes. Consacrée initialement pour les crimes de guerre et contre l'humanité (1°), il semblerait que le juge veuille en étendre la portée aux actes prohibés par l'article 3 de la Convention (2°).

1°) L'imprescriptibilité rétroactive des crimes de guerre et crimes contre l'humanité

596. La gravité de ces crimes prête à des neutralisations prétoriennes absolues de la protection conventionnelle des agents de l'État, d'abord indirectement sur la prescription (a) puis directement sur leur sécurité juridique individuelle (b).

a- La neutralisation des délais de prescriptions nationaux

597. Dans les affaires *Streletz, Kessler et Krenz* et *K.-H.W contre Allemagne*²⁸⁵³, la Cour doit examiner la légalité de la condamnation de hauts fonctionnaires de la RDA (République Démocratique Allemande) responsables du décès de plusieurs personnes qui tentaient de franchir le mur de Berlin pour fuir en Allemagne de l'Ouest de 1971 à 1989. Selon les requérants, la législation sur laquelle se fonde leur condamnation pour homicides volontaires ne pouvait être considérée comme suffisamment prévisible au regard du droit de la RDA et le droit international. Comme la Cour le souligne dans l'arrêt *K.-H.W*²⁸⁵⁴, les mécanismes de prescription ont fait l'objet de nombreuses modifications suite aux bouleversements historiques

²⁸⁵² C. JAUFFRET-SPINOSI, « Observations conclusives », in *Le Temps et le droit, Journées nationales, Association Henri Capitant*, Dalloz, Paris, 2014, p. 106.

²⁸⁵³ CEDH, Gde Ch., 20 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, req. n° 34044/96, 35532/97 et 44801/98, Rec. 2001-II (RSC, 2001, 639, obs. F. MASSIAS ; RTDH, 2001, 1109, note P. TAVERNIER).

²⁸⁵⁴ CEDH, Gde. Ch., 22 mars 2001, *K.-H.W. c. Allemagne*, req. n° 37201/97, Rec. 2001-II .

subis par l'État depuis la fin de la Seconde Guerre Mondiale. Initialement, le Code pénal de 1968 (applicable aux faits de l'espèce) instaurait un délai de prescription de dix ans pour les homicides volontaires, avec une exception d'imprescriptibilité pour les crimes de guerre. Ensuite, en 1993, une loi de la RFA (République Fédérale d'Allemagne) prévoyait un mécanisme transitoire gelant la prescription pour les actes commis à partir de la disparition de la RFA, soit le 3 octobre 1990. C'est ainsi que la question de la prescription des faits litigieux, commis en 1972, arriva devant le prétoire du juge strasbourgeois. Alors même que ce grief était absent de la requête initiale, la Cour s'empare stratégiquement de cette question, estimant que sa compétence lui permet « *d'apprécier les faits [...] sous un angle différent* »²⁸⁵⁵. Prenant comme point de départ la date de la disparition de la RFA pour l'application de la loi de 1993, elle considère cependant que « *l'imprescriptibilité de l'action reprochée au requérant peut se déduire du droit de la RDA elle-même* », concluant que « *même si le requérant avait plaidé la prescription, son argument n'aurait pas été retenu en raison de [...] l'article 84, quelle que puisse par ailleurs être la portée de la loi sur la prescription* »²⁸⁵⁶. En greffant la conception contemporaine de la notion de crime de guerre à la loi pénale de 1968, la Cour européenne soustrait le requérant du régime national de prescription, pourtant applicable de plein droit aux faits litigieux. Comme le souligne le juge dissident²⁸⁵⁷, la Cour aurait dû s'axer sur la date de la commission des faits litigieux pour apprécier la mise en œuvre des délais. D'une part, parce que la notion de crime contre l'humanité a fait l'objet d'une évolution substantielle entre la fin des années 1960 et le début des années 2000. D'autre part, parce que son interprétation de la loi sur le gel prescriptif tranche radicalement avec sa jurisprudence antérieure. La loi de 1993 aurait donc dû se limiter aux délais en cours, et non à ceux qui seraient éteints au moment de son entrée en vigueur. S'il est vrai que la Cour avait adopté une jurisprudence ambiguë quant à la nature juridique de la prescription, elle avait néanmoins reconnu que le principe de non-rétroactivité *in malam partem* couvrait la prescription une fois que le délai initialement prévu est expiré sous peine de faire une interprétation qui irait « *à l'encontre du principe de sécurité juridique* »²⁸⁵⁸.

²⁸⁵⁵ *Ibid.*, §§107-108.

²⁸⁵⁶ *Ibid.*, §§111-112.

²⁸⁵⁷ Opinion partiellement dissidente du juge CABRAL BARRETO jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 22 mars 2001, *K.-H.W c. Allemagne*, *ibid.*, pts. 1-6.

²⁸⁵⁸ Opinion dissidente du juge CABRAL BARRETO CEDH, jointe à l'arrêt *Coëme c. Belgique*, *ibid.*, pt. 6.

598. Le même raisonnement a été transposé pour les crimes de guerre commis pendant la Seconde Guerre Mondiale. Dans l'arrêt *Kononov*²⁸⁵⁹, le juge est amené à déterminer si l'infraction se fondait sur une base légale suffisamment claire selon le droit en vigueur en 1944. Procédant à une globalisation remarquable des sources du droit humanitaire et du *jus in bello* avant 1944, elle considère qu'à la date des faits, les crimes de guerre étaient reconnus comme des infractions dans le droit international coutumier. L'État devait donc, au regard de ses obligations internationales, condamner ses ressortissants ayant commis de tels crimes²⁸⁶⁰. À l'évidence, le juge fait une application rétroactive de l'imprescriptibilité des crimes de guerre afin de combler les lacunes juridiques du droit international de 1944, date de la commission des faits litigieux. Elle l'a fait rétroagir à la situation du requérant²⁸⁶¹, considérant de ce fait la sanction imputable au requérant suffisamment claire, et donc conforme au principe de légalité des délits et des peines²⁸⁶². L'appréciation contextuelle permet à la Cour de neutraliser l'existence des délais de prescriptions nationaux pourtant protecteurs à l'égard des droits des requérants.

b- La neutralisation subséquente de la sécurité juridique subjective

599. Une comparaison transversale de ces arrêts amène deux critiques du point de vue de la sécurité juridique du requérant *in casu*. La première est celle de la prévalence de la qualité du requérant en tant que commandant ou haut fonctionnaire, comme tremplin au durcissement interprétatif du principe de la légalité criminelle. Concernant la seconde branche du grief de l'arrêt *Streletz*, la Cour s'appuie sur la qualité du requérant « *en tant que simple soldat* » pour entériner l'examen de l'accessibilité à la législation en vigueur²⁸⁶³. Cette interprétation entraîne une présomption de connaissance des lois internes et internationales en temps de guerre ou en période de conflit international. Or, il est difficile d'imaginer qu'un requérant militaire puisse véritablement avoir un accès effectif à la législation et connaître l'intégralité des lois internes et internationales, d'autant plus dans un contexte de conflits armés. La Cour admet elle-même,

²⁸⁵⁹ CEDH, Gde. Ch., 17 mai 2010, *Kononov c. Lettonie*, req. n° 36376/04 (*Dalloz*, 2010, note S. LAVRIC). En l'espèce, le requérant, soldat soviétique en 1944, mena une opération expéditive contre des villageois soupçonnés de fournir des informations capitales aux allemands. Cette expédition se solda par le décès de plusieurs villageois non armés et qui n'opposèrent aucune résistance. En 2004, il fut condamné par la Cour suprême pour crime de guerre sur le fondement de la Convention de Genève de 1949.

²⁸⁶⁰ *Ibid.*, §§214-227.

²⁸⁶¹ *Ibid.*, §§228-234.

²⁸⁶² *Ibid.*, §§205-213.

²⁸⁶³ CEDH, Gde. Ch., 22 mars 2001, *K.-H.W c. Allemagne*, req. n° 37201/97, Rec. 2001-II, §72.

dans l'affaire *K-H.W* que le requérant se trouvait « *dans une situation particulièrement difficile sur le terrain* »²⁸⁶⁴. Cette présomption n'apparaît pas justifiée. Au contraire, la contextualisation devrait conduire à faire preuve de souplesse dans l'établissement de la responsabilité pénale du requérant.

600. La deuxième critique a trait à la réinterprétation arbitraire de la Cour européenne du droit international humanitaire pour créer une infraction inexistante au moment des faits. Spécifique à l'affaire *Kononov*, la globalisation des sources effectuée par le juge est relativement évasive²⁸⁶⁵. En effet, « *le simple silence du droit international ne suffit pas à prouver que le consentement et les intentions de la communauté internationale en 1944 étaient claires quant à l'imprescriptibilité des crimes de guerre* »²⁸⁶⁶. Comme le souligne l'opinion dissidente du juge Jean-Paul COSTA, « *tous les crimes commis pendant les guerres ne sont pas des "crimes de guerre" ; le droit pénal doit être rigoureux, et la Cour a souvent relevé qu'on ne peut appliquer la loi pénale au détriment d'un accusé de manière extensive, notamment par analogie, car ce serait contraire au principe nullum crimen, nulla poena sine lege* », ajoutant que « *le requérant a été poursuivi, jugé et condamné plus d'un demi-siècle après les faits, sur la base d'une loi pénale qui aurait existé à l'époque de ceux-ci, ce qui pose à l'évidence problème* »²⁸⁶⁷. Consacré pourtant comme principe fondamental de l'article 7, le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale n'a pas vocation à s'appliquer selon le juge dans un tel contexte. Cette dérogation entraîne une rétroactivité *in malam partem* opportuniste qui détruit l'un des garde-fous les plus élémentaires contre l'arbitraire et contre l'insécurité juridique subjective²⁸⁶⁸.

²⁸⁶⁴ *Ibid.*, §76. Dans l'affaire *Kononov*, la Cour fait preuve d'un déni remarquable sur le terrain de l'accessibilité en considérant que ces lois « *n'avaient pas fait l'objet d'une publication officielle en URSS ou en RSS de Lettonie [mais que] cet aspect ne saurait être décisif* ». On comprend mal en quoi cet aspect ne saurait être décisif alors que le devoir d'information juridique préalable repose justement sur un accès effectif au droit positif, accès qui est l'une des garanties fondamentales du principe de la sécurité juridique, voy. CEDH, Gde. Ch., 17 mai 2010, *Kononov c. Lettonie*, req. n° 36376/04, §237 (*Dalloz*, 2010, note S. LAVRIC).

²⁸⁶⁵ Cette critique est également partagée par F. MASSIAS, *Prééminence du droit et sécurité juridique*. À propos de la surveillance du Mur de Berlin, *RSC*, 2001, p. 645.

²⁸⁶⁶ Opinion concordante commune aux juges ROZAKIS, TULKENS, SPIELMANN et JEBENS, jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 17 mai 2010, *Kononov c. Lettonie*, *op. cit.*, pts. 1-4.

²⁸⁶⁷ Opinion dissidente du juge COSTA, à laquelle se rallient les juges KALAYDJIEVA et POALELUNGI jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 17 mai 2010, *Kononov c. Lettonie*, *op. cit.*, pt. 10.

²⁸⁶⁸ La Cour consacre la prohibition de la rétroactivité *in malam partem* au titre de l'article 7§1 afin de préserver la stabilité et la sécurité juridique du requérant, voy. *supra*, n° 500 et n° 504 et suiv.

601. La contextualisation du litige engendre une hiérarchisation des valeurs. Le principe de sécurité juridique, valeur inhérente à la Convention²⁸⁶⁹, cède le pas à d'autres valeurs²⁸⁷⁰. Dans ces affaires, elle invoque en ce sens la prééminence de l'État de droit²⁸⁷¹ et la protection du droit à la vie, en tant que « *valeurs suprêmes des droits de l'homme* »²⁸⁷². Si le *let motiv* de la Cour est évident, et justifie la nécessité d'une telle prévalence, cette exception ouvre la voie à une remise en cause perpétuelle des faits passés. La sécurité juridique subjective se retrouvant *in fine* « sacrifiée » au profit de la morale. Un commentateur déplorait à cette fin qu'une telle « *application rétroactive de l'interprétation des textes [se soit] faite au détriment du droit des requérants à la sécurité juridique au profit de la protection des valeurs prééminentes aujourd'hui* »²⁸⁷³. La prévisibilité des infractions laisse place à la « *sanction de l'immoralité des requérants* » qui ont agi dans un « *droit injuste et mauvais* »²⁸⁷⁴. Fort heureusement, la Cour semble être revenue sur cette approche dans une récente affaire lituanienne qui marque une volonté d'assurer une meilleure prise en compte de la sécurité juridique du requérant²⁸⁷⁵.

602. Plus récemment, c'est l'amnistie des crimes de guerre d'un militaire croate qui a fait l'objet d'une neutralisation identique dans le cadre du principe de *non bis in idem*²⁸⁷⁶. Assimilée à la prescription²⁸⁷⁷, la loi d'amnistie générale croate avait été appliquée au requérant, alors accusé d'avoir assassiné des civils et porté des coups graves sur un enfant. De nouveau, la Cour se heurte à une lacune juridique, car « *aucun traité de droit international n'interdit*

²⁸⁶⁹ Voy. *supra*, n° 188.

²⁸⁷⁰ Sur la hiérarchisation des droits, voy. M. AFROUKH, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011.

²⁸⁷¹ « *La Cour considère qu'il est légitime pour un État de droit d'engager des poursuites pénales à l'encontre de personnes qui se sont rendues coupables de crimes sous un régime antérieur ; de même, on ne saurait reprocher aux juridictions d'un tel État, qui ont succédé à celles existant antérieurement, d'appliquer et d'interpréter les dispositions légales existantes à l'époque des faits à la lumière des principes régissant un État de droit. En effet, la Cour rappelle que sous l'angle de l'article 7 § 1, aussi clair que le libellé d'une disposition pénale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, il existe immanquablement un élément d'interprétation judiciaire [...] Certes, cette notion s'applique en principe à l'évolution progressive de la jurisprudence dans un même État de droit et sous un régime démocratique, éléments qui constituent les pierres angulaires de la Convention, comme l'atteste son préambule [...] mais elle garde toute sa valeur lorsque, comme en l'espèce, il y a eu succession de deux États* », CEDH, Gde. Ch., 22 mars 2001, *K.-H.W c. Allemagne*, req. n° 37201/97, Rec. 2001-II, §85.

²⁸⁷² *Ibid.*, §§88-90 ; CEDH, Gde. Ch., 17 mai 2010, *Kononov c. Lettonie*, req. n° 36376/04, §§241-246 (*Daloz*, 2010, note S. LAVRIC).

²⁸⁷³ F. MASSIAS, *Prééminence du droit et sécurité juridique. À propos de la surveillance du mur de Berlin*, *RSC*, 2001, p. 645.

²⁸⁷⁴ *Ibidem*.

²⁸⁷⁵ CEDH, 20 octobre 2015, *Vasiliauskas c. Lituanie*, req. n° 35343/05, Rec. 2015-VII, §§161-162.

²⁸⁷⁶ CEDH, Gde. Ch., 27 mai 2014, *Marguš c. Croatie*, req. n° 4455/10, Rec. 2014-III, ainsi que l'opinion concordante commune aux juges ZIEMELE, BERRO-LEFÈVRE et KARAKAŞ jointe à l'arrêt.

²⁸⁷⁷ « *La Cour a déjà conclu que lorsqu'un agent public est accusé de crimes concernant des actes de torture ou des mauvais traitements, il est de la plus haute importance que la procédure et la condamnation ne se heurtent pas à la prescription et que l'application de mesures telles que l'amnistie ou la grâce ne soit pas autorisée* », *ibid.*, §126.

expressément le recours à l'amnistie relative aux violations graves des droits fondamentaux de l'homme »²⁸⁷⁸. S'alignant sur l'orientation des juridictions internationales, elle prend en compte que « *le droit international tend de plus en plus à considérer ces amnisties comme inacceptables car incompatibles avec l'obligation universellement reconnue pour les États de poursuivre et de punir les auteurs de violations graves des droits fondamentaux de l'homme* ». Le nouvel acte d'accusation, en conformité avec les obligations des articles 2 et 3 de la Convention, n'est pas assimilable à un acte entrant dans le champ d'application de l'article 4 du Protocole 7²⁸⁷⁹.

603. En raison d'une annihilation traumatique de la protection conventionnelle du justiciable, les cas d'imprescriptibilité rétroactive demeurent limités, en l'état actuel de sa jurisprudence, aux crimes de guerre et crimes contre l'humanité. La conciliation entre imprescriptibilité et légalité pénale est loin d'être devenue lettre morte. En effet, une nouvelle tendance jurisprudentielle – impulsée par l'arrêt *Marguš contre Croatie*²⁸⁸⁰ – pourrait inciter la Cour à étendre le mécanisme de l'imprescriptibilité aux actes de torture.

2°) Une imprescriptibilité potentiellement élargie aux actes de torture

604. Prenant appui sur l'article 1^{er} de la Convention²⁸⁸¹, la Cour a consacré au titre de l'article 3 une obligation procédurale imposant à l'État partie de procéder à une enquête officielle effective et approfondie dont le manquement engage *ipso facto* sa responsabilité²⁸⁸². Cette obligation procédurale doit être menée dès lors qu'il existe des allégations raisonnables de croire que de tels traitements ont été commis par les agents de l'État en vue de leur identification et de leur punition²⁸⁸³. À cette fin, elle a vocation à s'étendre au-delà de l'enquête et à couvrir la phase de jugement jusqu'à la sanction adéquate et dissuasive des actes litigieux. Dans cette optique, l'extinction de l'action causée par l'instauration d'un mécanisme prescriptif entre directement en contradiction avec le but et la finalité de l'article 3. Si la prescription protège la sécurité juridique des agents de l'État, elle heurte la sécurité juridique des victimes

²⁸⁷⁸ *Ibid.*, §131.

²⁸⁷⁹ *Ibid.*, §§139-141.

²⁸⁸⁰ CEDH, Gde. Ch., 27 mai 2014, *Marguš c. Croatie*, req. n° 4455/10, Rec. 2014-III.

²⁸⁸¹ « *Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* ».

²⁸⁸² L'obligation d'enquête et la poursuite pénale des auteurs est corrélée à l'exigence d'adéquation comportementale entre le comportement des agents de l'État et le cadre réglementaire. Elle fait partie des fonctions objectives du principe, voy. *supra*, n° 280 et suiv.

²⁸⁸³ Pour une jurisprudence de principe, voy. notamment CEDH, Ch., 28 octobre 1998, *Assenov c. Bulgarie*, req. n° 24760/94, §102.

de ces agissements, la sécurité juridique de leurs familles ainsi que l'effectivité de la protection conventionnelle en laissant impunis de tels agissements. C'est la conclusion à laquelle parvient la Cour dans l'arrêt *Abdlsamet Yama contre Turquie*²⁸⁸⁴. En l'espèce, elle reconnaît la nécessité de lever les mécanismes prescriptifs au titre de l'article 13, sans d'ailleurs que la question de leur imprescriptibilité soit pour autant soulevée²⁸⁸⁵. Il faudra attendre l'arrêt de Grande Chambre *Mocanu et autres contre Roumanie*²⁸⁸⁶ pour que cette problématique soit enfin soumise à son analyse. S'appuyant sur l'imprescriptibilité internationale des crimes de guerre et de génocide, et sur l'importance accrue de l'impunité des actes de torture en droit international et européen, le tiers intervenant incite la Cour à étendre le champ de cette imprescriptibilité « à d'autres formes de mauvais traitements »²⁸⁸⁷ en raison de la vulnérabilité des victimes de torture et de mauvais traitements. Si cette invitation séduit visiblement le Juge Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE dans son opinion séparée²⁸⁸⁸, la Grande Chambre témoigne d'une certaine réticence à procéder à une interprétation aussi dynamique. Incontestablement, elle opte pour un durcissement interprétatif en affirmant que « l'application devant être compatible avec les exigences de la Convention, il est dès lors difficile d'accepter des délais de prescription inflexibles ne souffrant d'aucune exception »²⁸⁸⁹. Malgré cela, sa condamnation se limite à l'impact de ce mécanisme sur l'effectivité de l'enquête étatique au titre de l'article 3 de la Convention²⁸⁹⁰. Ostensiblement, la Cour évince la question de l'imprescriptibilité. Son silence conduit à deux observations. La première est celle d'une solution mue par un juge soucieux de préserver un seuil minimal de sécurité juridique en faveur des agents de l'État. La seconde est celle d'une solution portée par la volonté de laisser une porte ouverte pour modifier ultérieurement sa jurisprudence lorsqu'un consensus solide commencera à se dégager en droit international et européen. Cette intuition, portée par l'opinion

²⁸⁸⁴ CEDH, 2 novembre 2004, *Abdülsamet Yaman c. Turquie*, req. n° 32446/96.

²⁸⁸⁵ “ *The Court further points out that where a State agent has been charged with crimes involving torture or ill-treatment, it is of the utmost importance for the purposes of an “effective remedy” that criminal proceedings and sentencing are not time-barred and that the granting of an amnesty or pardon should not be permissible. The Court also underlines the importance of the suspension from duty of the agent under investigation or on trial as well as his dismissal if he is convicted*”, *ibid.*, §55. En l'occurrence, le requérant dénonçait l'absence d'enquête effective dans la mesure où sa conclusion aboutissait à l'application de la prescription de la responsabilité pénale des agents de l'État qui sont restés impunis des violences qu'ils ont commis par au cours de cet événement.

²⁸⁸⁶ CEDH, *Mocanu et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 10865/09, Rec. 2014-V.

²⁸⁸⁷ *Ibid.*, §§251-255.

²⁸⁸⁸ Opinion concordante du juge PINTO DE ALBUQUERQUE, à laquelle se rallie le juge VUČINIĆ jointe à l'arrêt, pts 5 à 7.

²⁸⁸⁹ CEDH, Gde. Ch., 17 septembre 2014, *Mocanu et autres c. Roumanie*, *op. cit.*, §326.

²⁸⁹⁰ *Ibid.*, §§341-348.

séparée susmentionnée²⁸⁹¹, se confirme par l'affermissement postérieur de sa jurisprudence afférente à des cas de violences policières en Italie. D'abord, dans l'affaire *Nasr et Ghali contre Italie*²⁸⁹², les circonstances particulières de l'espèce incitent le juge à renforcer formellement les principes généraux pour asseoir l'effectivité des enquêtes étatiques²⁸⁹³. Ainsi affirme-t-il avec rigueur que « nonobstant son importance fondamentale, l'interdiction légale générale de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants serait inefficace en pratique et il serait possible dans certains cas à des agents de l'État de fouler aux pieds en jouissant d'une quasi-impunité, le droit des personnes soumises à leurs contrôles »²⁸⁹⁴. Par suite, le juge semble aller au-delà en consacrant à demi-mot la prohibition de la prescription pénale dans les affaires *Cestaro et Azzolina et autres*²⁸⁹⁵. Dans la première affaire, la particulière gravité des violences suggère une application circonstanciée de la neutralisation de la prescription²⁸⁹⁶. Cependant, c'est bien l'ensemble de la législation italienne relative à la prescriptibilité de ces délits qui est frappée d'inconventionnalité par la Cour²⁸⁹⁷. Cette solution est susceptible de conduire à une généralisation de la prohibition de la prescription pénale à l'avenir. Ce sentiment est confirmé par le second arrêt dans lequel elle déclare que « le fait que les poursuites judiciaires ne souffrent d'aucun délai de prescription est primordial »²⁸⁹⁸. Rejetant de nouveau la faute sur la législation italienne²⁸⁹⁹, le juge incite fermement le Gouvernement à se prémunir d'outils

²⁸⁹¹ « Les États sont plus circonspects en ce qui concerne la question très controversée de l'imprescriptibilité de la torture. Cela est dû non seulement à des considérations tenant à l'équilibre à ménager entre, d'une part, le principe de la sécurité juridique, le principe du procès équitable et les finalités de sanction pénale et, d'autre part, la nécessité d'une politique pénale ferme de répression de la torture, mais aussi à l'incertitude qui entoure les frontières conceptuelles du crime de torture, surtout par rapport à la notion de traitements inhumains et dégradants. Si l'existence d'un consensus universel sur la criminalisation de la torture est indiscutable, il n'est pas encore établi en droit international que la répression de cette infraction ne se prescrit pas », opinion concordante du juge PINTO DE ALBUQUERQUE, à jointe à l'arrêt, CEDH, Gde. Ch., 17 septembre 2014, *Mocanu et autres c. Roumanie*, op. cit., pt. 7.

²⁸⁹² CEDH, 23 février 2016, *Nasr et Ghali c. Italie*, req. n° 44883/09.

²⁸⁹³ Le requérant, réfugié de nationalité égyptienne résidant en Italie, suspecté de terrorisme, a subi de multiples violences et tortures par les autorités américaines et italiennes dans le cadre d'une opération de « remise extraordinaire » à des agents de la CIA.

²⁸⁹⁴ *Ibid.*, §262.

²⁸⁹⁵ CEDH, 7 avril 2015, *Cestaro c. Italie*, req. n° 6884/11 ; CEDH, 26 décembre 2017, *Azzolina et autres c. Italie*, req. n° 28923/09 et 67599/10 ; CEDH, 26 décembre 2017, *Blair et autres c. Italie*, req. n° 1442/14, 21319/14 et 21911/14. Ces affaires portent toutes deux sur les violences perpétrées par les forces de police à l'occasion d'une manifestation lors du sommet du « G8 ».

²⁸⁹⁶ « Eu égard à ce qui précède, la Cour estime que la réaction des autorités n'a pas été adéquate compte tenu de la gravité des faits. Ce qui, par conséquent, la rend incompatible avec les obligations procédurales découlant de l'article 3 de la Convention », CEDH, 7 avril 2015, *Cestaro c. Italie*, req. n° 6884/11, §222.

²⁸⁹⁷ « La Cour considère dès lors que c'est la législation pénale italienne appliquée en l'espèce qui s'est révélée à la fois inadéquate par rapport à l'exigence de sanction des actes de torture en question et dépourvue de l'effet dissuasif nécessaire pour prévenir d'autres violations similaires de l'article 3 à l'avenir », *ibid.*, §225.

²⁸⁹⁸ CEDH, 26 décembre 2017, *Azzolina et autres c. Italie*, req. n° 28923/09 et 67599/10, §156.

²⁸⁹⁹ Étonnamment, la Cour se montre indulgente à l'égard des juridictions internes en l'espèce : « la durée de la procédure interne et le non-lieu prononcé pour cause de prescription de la plupart des délits ne sont pas

juridiques aptes à sanctionner les responsables de tels méfaits, notamment en supprimant toute prescription²⁹⁰⁰. Que l'imprescriptibilité soit assumée ou non, elle conduit dans les deux cas à la neutralisation de la sécurité juridique subjective des agents de l'État. L'intensité des violences et des crimes commis provoque une diminution de leurs droits. À l'inverse, elle consolide le niveau de sécurisation subjective des victimes en solidifiant l'effectivité de l'enquête procédurale.

605. Si l'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité fait consensus, son extension à l'ensemble des mauvais traitements inscrits à l'article 3 n'est pas sans susciter quelques réserves. D'abord, elle contrevient à la finalité même du principe de sécurité juridique. Reprenant la remarque faite par le Juge Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE, « *si les finalités légitimes de la sanction pénale dans une société démocratique sont incompatibles avec la notion même d'infraction imprescriptible, le principe de la sécurité juridique, qui est au cœur de tout système juridique dans une société démocratique, va encore plus loin en exigeant que, passé un certain temps, le suspect ne soit plus inquiété et que la menace permanente de l'action publique qui pèse sur lui soit levée. Quel que soit le degré de responsabilité de l'État dans le retard apporté à une enquête pénale, le droit de la société de poursuivre le suspect perd un jour ou l'autre sa légitimité* »²⁹⁰¹. Ensuite, leur imprescriptibilité engendrerait une négation abusive de la sécurité juridique de ces agents qui augmenterait le nombre de requêtes déjà assez conséquent dans le cadre de l'article 3. Le risque d'engorgement nuirait sur le long terme à la survie du mécanisme conventionnel, qui perdrait alors en effectivité. Une solution compromissive serait alors de limiter l'imprescriptibilité aux seuls actes de torture, comme semble d'ailleurs le suggérer le droit international²⁹⁰².

imputables aux attermolements ou à la négligence du parquet ou des juges internes mais aux défaillances structurelles de l'ordre juridique italien », CEDH, 7 avril 2015, *Cestaro c. Italie*, req. n° 6884/11, §223. Cette bienveillance est en réalité une invitation strasbourgeoise à la coopération afin de faire en sorte que les juridictions nationales assurent l'effectivité de la protection conventionnelle en attendant que le législateur répare la défaillance législative. Ceci évite dans le même temps la montée des cas de violation sur le terrain de l'article 3 relative à cette disposition.

²⁹⁰⁰ *Ibid.*, §161.

²⁹⁰¹ Opinion concordante du juge PINTO DE ALBUQUERQUE, à laquelle se rallie le juge VUČINIĆ jointe à l'arrêt, CEDH, Gde. Ch., 17 septembre 2014, *Mocanu et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 10865/09, Rec. 2014-V, pt. 3.

²⁹⁰² De nombreux rapports, en particulier du Comité contre la torture ainsi que le Comité des droits de l'homme des Nations Unies sont favorables à cette évolution. En dehors de quelques arrêts de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, seul la Charte arabe des droits de l'homme consacre explicitement l'imprescriptibilité des actes de tortures. Comme le relève le juge suscité : « *on peut considérer que le principe de l'imprescriptibilité du crime de torture s'est cristallisé en une obligation conventionnelle internationale dans trois systèmes régionaux – les systèmes arabe, européen et américain – sans avoir encore acquis la force obligatoire du droit international coutumier* », *ibid.*, §7.

606. La gravité particulière des crimes susmentionnés rend impérieuse la levée des mécanismes les plus fondamentaux de la sécurité juridique, qui doivent s'effacer au profit des valeurs fondamentales de la Convention et de la protection effective des droits. Cela vaut également pour le respect de l'autorité de chose jugée.

2§) Les atteintes à l'autorité de chose jugée

607. Parfois, la survenance d'un élément nouveau ou inconnu légitime la levée du principe de sécurité juridique. L'atteinte à la stabilité des relations juridiques vise alors à rectifier une potentielle erreur de fait ou de droit à la lumière de ce nouvel élément. Formant une sorte de « rattrapage judiciaire », les procédures de réouverture²⁹⁰³ portent à l'évidence une atteinte considérable à l'effet extinctif attaché au caractère définitif d'un arrêt. C'est pourquoi la Cour pose par principe qu'« *une fois l'affaire tranchée par un jugement interne définitif ayant acquis force de chose jugée, on ne peut en principe soutenir qu'un recours ou une demande extraordinaires formés ultérieurement pour solliciter la révision de ce jugement permettent d'alléguer de manière défendable qu'il existe un droit reconnu dans l'ordre juridique national, ou que l'issue de la procédure au cours de laquelle il s'agit de statuer sur l'opportunité de réexaminer l'affaire est déterminante pour des "droits et obligations de caractère civil" ou une "accusation en matière pénale"* »²⁹⁰⁴. Toutefois, l'autorité de chose jugée n'est « *jamais placée sous le sceau de l'éternel* »²⁹⁰⁵. Elle doit s'effacer dès que se trouvent menacées « *la garantie des droits de l'individu et la mise en œuvre effective des arrêts de la Cour* »²⁹⁰⁶. À ce titre, le droit de la Convention tolère deux dérogations : celle de la réouverture d'une décision définitive impulsée par le juge national (A) et celle impulsée par un arrêt de la Cour européenne (B).

²⁹⁰³ Par procédure de réouverture, nous incluons donc dans nos développements les procédures de révision et de réexamen constituant des « voies de recours extraordinaires » selon sa jurisprudence. Voy. la Recommandation n° R (2000) 2 du 19 janvier 2000 portant sur le réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne suite à des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.

²⁹⁰⁴ CEDH, Gde., Ch., 5 février 2015 *Bochan c. Ukraine* (n° 2), req. n° 22251/08, Rec. 2015-I, §44.

²⁹⁰⁵ E. DOS-REIS, Sécurité juridique, autorité de la chose jugée et droits fondamentaux, *LPA*, 2017, n° 203, p. 16.

²⁹⁰⁶ Recommandation n° R(2000)2 du 19 janvier 2000 portant sur le réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne suite à des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, pt. 10.

A- Les procédures de réouverture introduites par le juge national

608. Les premiers arrêts témoignent de la vigilance de la Cour à l'encontre de toute réouverture nationale qui viendrait bouleverser la sérénité juridique des requérants²⁹⁰⁷. Cependant, face à l'expansion des procédures en interne²⁹⁰⁸, le juge a dû assouplir sa position en admettant la conventionnalité de tels mécanismes (1°). S'appuyant sur le principe de sécurité juridique, la Cour s'efforce de déployer un contrôle strict sur ces dérogations en faveur d'une protection équilibrée des sécurités juridiques (2°).

1°) Des dérogations conventionnellement admises

609. Les dérogations sont duales : la première concerne les procédures civiles et pénales entrant dans le champ de l'article 6§1 (a) tandis que la seconde est inscrite au paragraphe 2 de l'article 4 du Protocole n° 7 (b).

a- Une admissibilité d'origine prétorienne pour l'article 6§1

610. Acceptée d'abord dans le volet civil²⁹⁰⁹, cette entorse prétorienne a été étendue ensuite au volet pénal, « *la nature, la portée et des particularités de pareille procédure dans tel ou tel ordre juridique* » subordonnant la question de son applicabilité²⁹¹⁰. Liée par le principe de subsidiarité, elle affirme en ce sens qu'« *il ne lui appartient pas de connaître des erreurs de fait ou droit prétendument commises par une juridiction interne* »²⁹¹¹. Puisque seul le juge national peut défaire ce qu'il a fait, elle s'en remet à sa pleine sagesse pour en apprécier l'opportunité. C'est en raison de cette place cardinale que la Cour exerce une attention toute particulière à l'examen de ses motivations, et ce pour déceler d'éventuels abus ou détournements arbitraires

²⁹⁰⁷ Sur l'encadrement rigoureux de la Cour sur le respect de l'autorité de chose jugée, voy. *supra*, n° 320 et suiv.

²⁹⁰⁸ « *La Cour observe également que, dans tous les systèmes juridiques, l'autorité de la chose jugée d'une décision de justice définitive comporte des limitations ad personam et ad rem* », CEDH, 16 avril 2013, *Siegler c. Roumanie*, req. n° 23456/04, Rec. 2000-XII, §36. « *La procédure de révision [...] est une pratique commune à bon nombre des États parties à la Convention, qui permet la réouverture d'une procédure déjà terminée dans des cas et délais expressément prévus par la loi. Une telle pratique ne pose pas en soi un problème au regard de l'article 6§1 de la Convention* », CEDH, 31 juillet 2008, *Protesenko c. Russie*, req. n° 13151/34, §25, réaffirmé récemment dans CEDH, 26 avril 2016, *S.C. Britanic World S.R.L. c. Roumanie*, req. n° 8602/38, §38.

²⁹⁰⁹ En matière civile, CEDH, Gde. Ch., 28 octobre 1999, *Brumărescu c. Roumanie*, req. n° 28342/95, Rec. 1999-VII (JCP G, 2000, I, 203, 10, obs. F. SUDRE). En matière pénale, CEDH, 20 juillet 2004, *Nikitine c. Russie*, req. n° 50178/99, Rec. 2004-VIII.

²⁹¹⁰ CEDH, Gde., Ch., 5 février 2015 *Bochan c. Ukraine (n° 2)*, req. n° 22251/08, Rec. 2015-I, §50.

²⁹¹¹ CEDH, 21 octobre 2014, *Lungu et autres c. Roumanie*, req. n° 25129/06, §38.

de procédure²⁹¹². Seules sont ainsi tolérées les entorses ayant pour objectif de « *corriger notamment des erreurs de fait ou de droit ou des erreurs judiciaires* »²⁹¹³ à l'aune « *l'intérêt primordial* »²⁹¹⁴ de la sécurité juridique et de la prééminence du droit. Craignant la prolifération d'« *appels déguisés* »²⁹¹⁵, elle examine la conventionnalité de cette l'entorse grâce à deux éléments : l'existence de « *motifs substantiels et impérieux* »²⁹¹⁶ et le respect d'un « *rapport de proportionnalité [...] entre les intérêts de la requérante et le besoin d'assurer la bonne administration de la justice, qui comprend le respect du principe de la sécurité des rapports juridiques civils et de l'autorité de la chose jugée* »²⁹¹⁷. Leur cumul déterminera de la sorte si l'entorse alléguée par le requérant a rendu illusoire son droit d'accès à un tribunal²⁹¹⁸. Transposée pour les cas d'annulation par voie de recours extraordinaire en matière pénale²⁹¹⁹, cette jurisprudence régit les cas d'ouverture pour le droit de propriété²⁹²⁰ et pour le principe du *non bis in idem*, dont l'atteinte est expressément établie.

b- Une admissibilité d'origine textuelle pour l'article 4 du Protocole n° 7

611. *Ad litteram*, le principe de *non bis in idem* signifie « *qu'il ne soit pas deux fois pour la même chose* »²⁹²¹. En droit pénal, il prémunit une personne, auparavant jugée pour une infraction, d'être poursuivie une seconde fois pour les mêmes faits²⁹²². Universel, il est consacré dans de nombreux instruments de protection des droits fondamentaux en droit international et en droit interne²⁹²³. Absent de la rédaction initiale de la Convention européenne de sauvegarde

²⁹¹² « *Une fois l'affaire tranchée par un jugement interne définitif ayant acquis force de chose jugée, on ne peut en principe soutenir qu'un recours ou une demande extraordinaires formés ultérieurement pour solliciter la révision de ce jugement permettent d'alléguer de manière défendable qu'il existe un droit reconnu dans l'ordre juridique national, ou que l'issue de la procédure au cours de laquelle il s'agit de statuer sur l'opportunité de réexaminer l'affaire est déterminante pour des "droits et obligations de caractère civil" ou une "accusation en matière pénale"* », CEDH, Gde., Ch., 5 février 2015 *Bochan c. Ukraine* (n° 2), req. n° 22251/08, Rec. 2015-I, §44.

²⁹¹³ CEDH, 20 juillet 2004, *Riabykh c. Russie*, req. n° 50178/99, Rec. 2003-IX, §52.

²⁹¹⁴ CEDH, 26 avril 2016, *S.C. Britanic World S.R.L. c. Roumanie*, req. n° 8602/38, §38.

²⁹¹⁵ CEDH, 20 juillet 2004, *Riabykh c. Russie*, req. n° 50178/99, Rec. 2003-IX, §52.

²⁹¹⁶ *Ibidem*.

²⁹¹⁷ CEDH, 26 avril 2016, *S.C. Britanic World S.R.L. c. Roumanie*, req. n° 8602/38, §39.

²⁹¹⁸ CEDH, 20 juillet 2004, *Riabykh c. Russie*, req. n° 50178/99, §52.

²⁹¹⁹ CEDH, Gde., Ch., 5 février 2015 *Bochan c. Ukraine* (n° 2), req. n° 22251/08, Rec. 2015-I, §50.

²⁹²⁰ Voy. par ex. CEDH, 15 novembre 2011, *Sivova et Koleva c. Bulgarie*, req. n° 30383/03.

²⁹²¹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, coll. « *Quadrige dicos poche* », 12^{ème}, 2018, p. 686.

²⁹²² N. FRICERO, « *Non bis in idem* », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. DAUDIN, J-P. MARGUENAUD, S. RIALS et F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2008, p. 558-560.

²⁹²³ À titre d'illustration, le Pacte International relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Assemblée fédérale des Nations Unies le 16 décembre 1966, le consacre à l'article 14§7. Dans les droits nationaux, il est généralement reconnu soit dans la Constitution (cas de l'Allemagne dont le principe est inscrit à l'article 103 de Loi Fondamentale du 23 mai 1949) soit dans une disposition législative (cas de la France avec l'article 368 du Code de procédure pénale). Pour un panorama général sur l'harmonisation du principe en droit européen et international, nous renvoyons à A. GARIN, *Non bis in idem* et Convention européenne des droits de l'homme. Du

des droits de l'homme, il fut introduit tardivement dans le système du Conseil de l'Europe par l'entrée en vigueur du Protocole n° 7 le 1^{er} novembre 1998²⁹²⁴. Donnant matière à un contentieux assez pauvre dans la jurisprudence²⁹²⁵, des réprimandes doctrinales sont fréquemment formulées à l'encontre de ce principe « *amphibologique* »²⁹²⁶ qui, conjugué avec une définition prétorienne des plus fluctuantes²⁹²⁷, en effacerait presque le caractère absolu de ce droit²⁹²⁸. Actuellement, on assiste à un regain d'intérêt de cette disposition, en atteste la nette augmentation des affaires rendues sur ce fondement²⁹²⁹.

612. Comme cela a été confirmé par un arrêt récent, le principe de sécurité juridique est « *inhérent au droit de ne pas être jugé ou puni deux fois pour la même infraction* »²⁹³⁰. En raison de cette connexité, on comprendrait aisément qu'un tel principe ne puisse souffrir d'aucune exception ou dérogation, et ce dans la continuité des préceptes dégagés dans *Brumărescu*²⁹³¹. Pourtant, le second paragraphe de l'article autorise « *la réouverture du procès [...] si des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental dans la procédure précédente sont de nature à affecter le jugement intervenu* », conditions qui sont alternatives et non cumulatives²⁹³². Le juge vient en préciser la portée en 2004 à l'occasion de l'arrêt *Nikitine*

nébuleux au clair-obscur : état des lieux d'un principe ambivalente, *RTDH*, 2016/106, p. 395-432, spéc. p. 396-398.

²⁹²⁴ Il est consacré à l'article 4§1 qui se formule ainsi : « *Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État* »

²⁹²⁵ À ce jour (1^{er} août 2019), seulement 60 arrêts de Chambre et de Grande Chambre (version française) portent sur l'article 4 du Protocole n° 7. Source : [<https://hudoc.echr.coe.int/>]. Pour des arrêts de principe, voy. CEDH, Ch., 23 octobre 1995, *Gradinger c. Autriche*, req. n° 15963/90 ; CEDH, Ch., 30 juillet 1998, *Oliveira c. Suisse*, req. n° 25711/94 (*RTDH*, 1999, 623, obs. H. MOCK).

²⁹²⁶ A. GARIN, *Non bis in idem* et Convention européenne des droits de l'homme. Du nébuleux au clair-obscur : état des lieux d'un principe ambivalente, *op. cit.*, p. 395.

²⁹²⁷ F. SUDRE avec la collaboration de L. MILANO, H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, coll. « Droits fondamentaux », 2019, 14^{ème} éd., p. 687 et suiv. Pour une clarification jurisprudentielle de la notion d'« *ibis* », voy. CEDH, Gde. Ch., 10 février 2009, *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, req. n° 14939/03, Rec. 2009-I, §§70-84 ; CEDH, Gde. Ch., 4 mars 2014, *Grande Stevens et a. c. Italie*, req. n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, §227 (*JCP G*, 2014, doctr. 832, F. SUDRE).

²⁹²⁸ En vertu du paragraphe 3 de l'article, « *aucune dérogation n'est autorisée au présent article au titre de l'article 15 de la Convention* ». Il se positionne de la sorte aux côtés du droit à la vie (art. 2), de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants (art. 3), l'interdiction de l'esclavage (art. 4§1) et du principe de la légalité des délits et des peines (art. 7).

²⁹²⁹ Sur ce constat, voy. L. MILANO, L'arrêt *A et B. c. Norvège*, entre clarifications et nouvelles interrogations sur le principe de *non bis in idem*, *RTDH*, 2016/114, p. 467-484.

²⁹³⁰ CEDH, Gde. Ch., 8 juillet 2019, *Mihalache c. Roumanie*, req. n° 54012/10, §115.

²⁹³¹ « *Un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit est le principe de la sécurité des rapports juridiques, qui veut, entre autres, que la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause* », CEDH, Gde. Ch., 28 octobre 1999, *Brumărescu c. Roumanie*, req. n° 28342/95, Rec. 1999-VII, §62 (*JCP G*, 2000, I, 203, 10, obs. F. SUDRE) ; CEDH, 24 juillet 2003, *Riabykh c. Russie*, req. n° 52854/99, Rec. 2003-IX, §52.

²⁹³² CEDH, Gde. Ch., 8 juillet 2019, *Mihalache c. Roumanie*, req. n° 54012/10, §103.

contre *Russie*²⁹³³. Transposant *expressis verbis* les principes afférents aux procédures de révision sous le volet pénal de l'article 6²⁹³⁴, « l'annulation d'une décision judiciaire consécutivement à une procédure de ce type était de nature à susciter des difficultés au regard de la sécurité juridique »²⁹³⁵. Cette exigence n'ayant pas vocation à être inaltérable. Cela étant, elle admet la conventionnalité des procédures de réouverture, et ce en concordance avec la lettre du paragraphe 2²⁹³⁶. Dans le même temps, le juge apporte des éclaircissements sur le type de procédure compatible avec cette disposition. Si la décision litigieuse est sans nul doute une « décision définitive » au sens de sa jurisprudence²⁹³⁷, elle s'apparente à une procédure de réouverture au sens du paragraphe 2. À ses yeux, la procédure russe « a pour effet ultime d'annuler toutes les décisions précédentes et de statuer sur les accusations pénales par une nouvelle décision »²⁹³⁸. S'éloignant des effets d'un « second procès » – au contraire de ce que soutenait le requérant dans ses griefs – la Cour considère qu'« au regard du principe de non bis in idem, l'instance en révision peut être considérée comme un type particulier de réouverture du procès »²⁹³⁹, conforme en tout état de cause à l'article 4 du Protocole n° 7²⁹⁴⁰.

613. Le récent arrêt de Grande Chambre *Mihalache contre Roumanie*²⁹⁴¹ est l'occasion pour la Cour européenne de procéder à une tentative de clarification jurisprudentielle. D'abord, elle rappelle que la décision « définitive » fait l'objet d'une interprétation autonome²⁹⁴², et n'inclut pour l'instant que les recours « ordinaires », même si elle laisse entre ouverte la possibilité d'y

²⁹³³ CEDH, 20 juillet 2004, *Nikitine c. Russie*, req. n° 50178/99, Rec. 2004-VIII. Les faits ont trait à l'exercice d'un recours en supervision d'une décision de relaxe définitive prononcée contre un officier de la Marine accusé de trahison par espionnage. Voyant dans cette procédure le risque d'un nouveau procès, ce dernier invoque une violation du principe *non bis in idem*.

²⁹³⁴ Le requérant invoque une double violation de l'article 6 et de l'article 4 du Protocole n° 7. La transposition est flagrante dans la motivation de la Cour. On notera cependant le manque de pédagogie de son raisonnement en ce que l'on retrouve des éléments relatifs au principe de *non bis in idem* dans l'examen du droit à un tribunal et inversement, ce qui nuit parfois à la clarté de l'arrêt.

²⁹³⁵ *Ibid.*, §55.

²⁹³⁶ « La Cour observe en outre que l'exigence de sécurité juridique n'est pas absolue. En matière pénale, elle doit s'apprécier à la lumière, par exemple, de l'article 4§ 2 du Protocole n° 7, qui autorise expressément les États contractants à instituer un mécanisme de réouverture du procès en cas de survenance de faits nouveaux ou de découverte d'un vice fondamental de la procédure précédente de nature à affecter le jugement intervenu. [...] La simple possibilité de rouvrir une procédure pénale est donc à première vue compatible avec la Convention, y compris avec les garanties découlant de l'article 6 », *ibid.*, §§56-57.

²⁹³⁷ *Ibid.*, §39.

²⁹³⁸ *Ibid.*, §46.

²⁹³⁹ *Ibid.*, §47.

²⁹⁴⁰ CEDH, Ch., 23 octobre 1995, *Gradinger c. Autriche*, req. n° 15963/90 ; CEDH, Ch., 30 juillet 1998, §53 ; CEDH, 21 septembre 2006, *Maszni c. Roumanie*, req. n° 59892/00, §67.

²⁹⁴¹ CEDH, Gde. Ch., 8 juillet 2019, *Mihalache c. Roumanie*, req. n° 54012/10. En l'espèce, il s'agissait d'une réouverture hiérarchique d'une poursuite pénale qui avait été antérieurement remplacée par une amende administrative, et ce sans qu'il ait eu la survenance d'un élément nouveau ou d'un vice fondamental à corriger dans la procédure.

²⁹⁴² *Ibid.*, §§110-114.

adjoindre les procédures « *mixtes* »²⁹⁴³. Dans la continuité de l'arrêt *A. et B contre Norvège*²⁹⁴⁴, la décision définitive est soumise au même standard de la légalité matérielle que les articles conditionnels, tout en précision certaines modalités spécifiques au nom du principe de sécurité juridique²⁹⁴⁵. Pour ce qui est spécifiquement de la dérogation du paragraphe 2, la Cour reprecise sa jurisprudence *Nikitine*²⁹⁴⁶ selon laquelle une réouverture est subordonnée à deux critères : « *l'apparition de faits nouveaux ou nouvellement révélés ou par la découverte d'un vice fondamental dans la procédure précédente de nature à affecter le jugement intervenu* ». Précisément, le second critère est avéré dès lors « *qu'une violation grave d'une règle de procédure, qui porte une atteinte considérable à l'intégrité de la procédure précédente, puisse servir de base à sa réouverture au détriment de l'accusé lorsque celui-ci a été acquitté d'une infraction ou sanctionné pour une infraction moins grave que celle prévue par la loi applicable* »²⁹⁴⁷. Alors que ce critère avait pu faire l'objet d'une interprétation stricte dans la jurisprudence *Nikitine*, l'approche de la Cour dans l'affaire *Mihalache* se révèle protectrice pour la sécurité juridique des requérants. En effet, en s'appuyant sur paragraphe 31 du rapport explicatif du Protocole n° 7, met l'accent sur le fait que « *cet article n'exclut pas une réouverture de la procédure en faveur du condamné ni tout autre changement du jugement au profit du condamné* »²⁹⁴⁸. Il faut donc simplement que le vice ait affecté la procédure, que cela soit favorable ou au non requérant. De la sorte, la Cour tente de se montrer respectueuse à la fois au niveau de la sécurité juridique des États en autorisant les réouvertures en matière pénale, mais aussi au niveau de la sécurité juridique des requérants en faisant en sorte que les critères soient soumis à un contrôle strict, ou soient appliqués en leur faveur, en évitant par conséquent de porter atteinte de manière excessive à leurs droits processuels et au respect de l'autorité de chose jugée.

²⁹⁴³ *Ibid.*, §111.

²⁹⁴⁴ CEDH, Gde. Ch., 15 novembre 2016, *A et B c. Norvège*, req. n° 24130/11 et 29758/11, Rec. 2010-VI, §122 (*GACEDH*, 2019, n° 26). Voir plus récemment CEDH, 6 juin 2019, *Nodet c. France*, req. n° 47342/14 (*JCP G*, 2019, act. 674, zoom L. MILANO).

²⁹⁴⁵ « *Elle estime que le droit interne – matériel et procédural – doit satisfaire au respect du principe de sécurité juridique qui exige, d'une part, qu'aux fins de l'article 4 du Protocole n° 7, l'étendue d'un recours soit clairement délimitée dans le temps et, d'autre part, que les modalités de son exercice soient claires pour les parties autorisées à s'en prévaloir. En d'autres termes, pour que soit respecté le principe de sécurité juridique [...] un recours doit opérer de manière à indiquer clairement quel est le moment où une décision devient définitive* », *ibid.*, §115.

²⁹⁴⁶ CEDH, 20 juillet 2004, *Nikitine c. Russie*, req. n° 50178/99, Rec. 2004-VIII.

²⁹⁴⁷ *Ibid.*, §§130-133.

²⁹⁴⁸ *Ibid.*, §113.

2°) Des dérogations respectueuses des sécurités juridiques

614. À quelle(s) sécurité(s) juridique(s) profitent ces entorses ? D'emblée, la levée du principe de l'autorité de chose jugée profite à l'État (a). Cependant, le rejet quasi systématique des motifs invoqués met en exergue une dérogation dont la mise en balance profite grandement aux intérêts des requérants (b).

a- Une protection affirmée de la sécurité juridique de l'État

615. De jurisprudence constante, les autorités ne peuvent « *solliciter la révision d'un jugement définitif et exécutoire [...] à moins que des motifs substantiels et impérieux ne l'exigent* »²⁹⁴⁹. Ces motifs impérieux sont des erreurs de fait ou de droit postérieures à la procédure²⁹⁵⁰. Ils renforcent la sécurité juridique de l'État, la Cour concentrant de la sorte son contrôle sur le caractère strictement « correctif » de l'erreur. Ceci explique que la « dérogation au principe de la sécurité juridique » se limitent aux « *seules [...] erreurs de fait qui ne sont devenues visibles qu'après la fin d'une procédure judiciaire [...] au motif qu'elles n'ont pas pu être corrigées par le biais des voies ordinaires de recours* »²⁹⁵¹, et ce afin de préserver « *l'intérêt primordial de la sécurité juridique* »²⁹⁵² de l'État défendeur. Cet élément transparaît d'ailleurs dans la motivation du juge lorsqu'il justifie le recours à ce mécanisme : « *les considérations comme la survenance de faits nouveaux, la découverte d'un vice fondamental dans la procédure précédente de nature à affecter le jugement intervenu ou la nécessité d'accorder réparation, notamment dans le cadre de l'exécution des arrêts de la Cour, plaident en faveur de la réouverture d'une procédure* »²⁹⁵³. La réouverture du procès vise en conséquence à rétablir « après-coup » une sécurité juridique objective nouvellement connue en portant atteinte, de manière palliative, à la sécurité des rapports juridiques²⁹⁵⁴.

616. Si elle favorise formellement la sécurité juridique de l'État partie, la pratique jurisprudentielle témoigne d'une protection minimale de celle-ci. Il est rare en pratique que la

²⁹⁴⁹ CEDH, 24 juillet 2003, *Riabykh contre Russie*, req. n° 52854/99, §52.

²⁹⁵⁰ *Ibidem*.

²⁹⁵¹ CEDH, 7 juillet 2007, *Stanca Popescu c. Roumanie*, req. n° 8727/03, §104.

²⁹⁵² CEDH, 26 avril 2016, *S.C. Britanic World S.R.L. c. Roumanie*, req. n° 8602/38, §38.

²⁹⁵³ CEDH, 20 juillet 2004, *Nikitine c. Russie*, req. n° 50178/99, Rec. 2004-VIII, §§55-57 ; CEDH, Gde. Ch., 11 juillet 2017, *Moreira Ferreira c. Portugal (n° 2)*, req. n° 19867/12, §62.

²⁹⁵⁴ « *L'incertitude – qu'elle soit législative, administrative ou tenant aux pratiques appliquées par les autorités – est un facteur qu'il faut prendre en compte pour apprécier la conduite de l'État* », CEDH, 5 octobre 2017, *Mazzeo c Italie*, req. n° 32269/09, §36.

Cour retienne les motifs invoqués pour justifier l'atteinte au cas d'espèce. En ce sens, l'intention « corrective » ou « rectificative » du droit positif a pu être maintes fois jugée disproportionnée par rapport à la sauvegarde du droit de propriété et du procès équitable des requérants. À titre illustratif, dans l'affaire *Rozalia Avram contre Roumanie*²⁹⁵⁵, le Gouvernement défendeur arguait que le « *changement normatif [...] justifiait le réexamen de la légalité de l'appropriation de l'immeuble par l'État et de la vente des appartements* »²⁹⁵⁶. La Cour rappelle qu'une telle modification ne peut se faire « *au détriment des principes fondamentaux qui sous-tendent la Convention, tel que le principe de la sécurité des rapports juridiques* »²⁹⁵⁷. Tout en admettant la complexité de l'affaire, et des difficultés inhérentes à tout changement législatif, le juge strasbourgeois constate que la juridiction nationale a adopté un « *arrêt radicalement opposé à son arrêt antérieur* »²⁹⁵⁸. En l'absence de faits nouveaux, ce retournement prétorien ne serait faire obstacle à l'autorité de la chose jugée. Poursuivant sur la voie d'une interprétation restrictive, la Cour a refusé qu'une divergence de point de vue entre des experts ou des juridictions puisse constituer, à elle seule, un « *motif substantiel impérieux* »²⁹⁵⁹, de même qu'une atteinte fondée sur le seul manque de ressources étatiques²⁹⁶⁰. Par cette approche, elle se prémunit contre « *le défaut de cohérence sur le plan législatif et la remise en cause des solutions définitives des litiges données par les tribunaux qui sont de nature à engendrer une incertitude permanente et à diminuer la confiance du public dans le système judiciaire* »²⁹⁶¹. En fin de compte, la pesée des intérêts révèle un contrôle de conventionnalité plutôt favorable à la sécurité juridique des requérants.

b- Une protection relative des sécurités juridiques subjectives

617. *A priori*, la rectification de la légalité étatique est désavantageuse pour les justiciables en raison de la levée protectrice du principe de l'autorité de chose jugée et du principe du *non*

²⁹⁵⁵ CEDH, 19 septembre 2014, *Rozalia Avram c. Roumanie*, req. n° 19037/07. En l'espèce, la Cour d'appel nationale avait dans un premier temps validé la nationalisation des biens ayant appartenu aux cultes religieux et donc leur vente aux locataires, puis était dans un second temps revenu sur cette position suite à une ordonnance.

²⁹⁵⁶ *Ibid.*, §39.

²⁹⁵⁷ *Ibid.*, §41.

²⁹⁵⁸ *Ibid.*, §42.

²⁹⁵⁹ CEDH, 21 octobre 2014, *Lungu et autres c. Roumanie*, req. n° 25129/06, §43.

²⁹⁶⁰ « *La municipalité a mis en avant des raisons d'ordre financier pour justifier l'annulation d'office de sa précédente décision [...]. Il convient de rappeler que les autorités de l'État ne peuvent prétexter d'un manque de ressources pour ne pas honorer une dette fondée sur une décision de justice* », CEDH, 5 octobre 2017, *Mazzeo c Italie*, req. n° 32269/09, §44.

²⁹⁶¹ CEDH, 19 septembre 2014, *Rozalia Avram c. Roumanie*, req. n° 19037/07, §41.

bis in idem. Elle creuse le lit « *d'une incertitude permanente* »²⁹⁶² en ouvrant la porte à une remise en cause perpétuelle des décisions passées en force de chose jugée. La menace latente d'une perte d'effectivité de la protection conventionnelle laisse dubitatif sur sa compatibilité avec les finalités poursuivies par le système de la Convention. Si cette entorse est attentatoire à l'impératif de sécurité juridique du requérant et des tiers en neutralisant toute protection de leurs droits. L'atteinte n'apparaît pas aussi attentatoire. La finalité de la réouverture est de conduire à un nouveau procès apprécié à la lumière de cet élément nouveau. Partant, la rectification de l'erreur judiciaire ou découlant de la survenance d'un élément factuel peut également conduire au rétablissement de la sécurité juridique du requérant malmenée par cette erreur. Deux remarques viennent toutefois noircir ce constat. La première est liée au recul, déjà mentionné, de la sécurité juridique du requérant dès lors que l'affaire touche à des violations graves des droits de l'homme. Dans l'affaire *Marguš contre Croatie*²⁹⁶³, précédemment évoquée dans le cadre de l'imprescriptibilité, la Cour juge irrecevable le grief fondé par le requérant au motif que « *l'abandon de poursuites pénales par un procureur n'équivalait ni à une condamnation ni à un acquittement et qu'en conséquence l'article 4 du Protocole n° 7 ne trouvait pas application dans cette situation* »²⁹⁶⁴. Cette argumentation porte atteinte à la sécurité juridique du requérant, mais aussi à celle des arrêts de la Cour²⁹⁶⁵. Par ailleurs, elle neutralise l'application dudit article en raison de la prévalence des articles 2 et 3 de la Convention. Ici, c'est le principe de *non bis in idem* et l'autorité de chose jugée qui s'effacent au profit de la protection des valeurs suprêmes du droit de la Convention. La seconde est liée à l'absence de toute considération à l'égard de la sécurité juridique des tiers. Dans l'arrêt *Sivova et Koleva contre Bulgarie*²⁹⁶⁶ entrant en conflit deux sécurités juridiques subjectives : la sécurité juridique des héritières (tiers et requérantes en l'espèce) et la sécurité juridique de l'entreprise commerciale

²⁹⁶² *Ibidem*.

²⁹⁶³ CEDH, Gde. Ch., 15 novembre 2011, *Marguš c. Croatie*, req. n° 30383/03, Rec. 2014-III. Pour rappel, le requérant, militaire, fit l'objet de deux procédures pénales pour meurtres et l'une pour crime de guerre. Si pour la première ce dernier a tiré bénéfice de la loi d'amnistie générale, il fut en revanche condamné par les juridictions pénales à 14 ans d'emprisonnement.

²⁹⁶⁴ *Ibid.*, §§120-121. Sur ce point, voy. l'opinion concordante commune aux juges ZIEMELE, BERROLEFÈVRE et KARAKAŞ, jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 15 novembre 2011, *Marguš c. Croatie*, *op. cit.*

²⁹⁶⁵ « *Cette conclusion ne va pas de soi, la Cour n'ayant pas examiné si l'article 4 du Protocole n° 7 s'appliquait aux circonstances de l'espèce. Or, du point de vue de la sécurité juridique et de la qualité des arrêts, l'appréciation des circonstances de la cause est une condition préalable à toute conclusion sur l'applicabilité de l'article 4 du Protocole n° 7* », voy. l'opinion en partie dissidente du juge DEDOV jointe à l'arrêt, Gde. Ch., 15 novembre 2011, *Marguš c. Croatie*, *op. cit.*, pt. 1.

²⁹⁶⁶ CEDH, 15 novembre 2011, *Sivova et Koleva c. Bulgarie*, req. n° 30383/03. Dans cette affaire était en cause la conventionnalité des procédures judiciaires de restitution de terres agricoles collectivisées pendant les années cinquante, biens qui ont par suite été acquis par une société privée. L'action en revendication des requérantes, autorisée depuis la loi de 1991, avait été rejeté par deux jugements définitifs.

(propriétaire des biens). Considérant que les deux procédures poursuivaient des finalités sensiblement différentes, elles ne sont pas constitutives d'un réexamen prohibé par sa jurisprudence²⁹⁶⁷. Précisément, elle constate que l'action litigieuse « *ne s'étend pas aux litiges pouvant survenir avec des tiers prétendant avoir des droits sur les terrains à restituer, ne prévoit pas de possibilité de tierce intervention et dispose que de tels litiges devront être réglés ultérieurement par les voies judiciaires de droit commun [...]. La reconnaissance [...] du droit des requérantes à une forme particulière de restitution était donc sans préjudice des droits concurrents de tiers. Les requérantes, qui bénéficiaient de l'assistance d'un avocat, ne pouvaient ignorer cette circonstance et étaient également au courant des droits concurrents de Helio-Tour-S sur les terrains* »²⁹⁶⁸. Neutralisant la protection de l'autorité de chose jugée, elle considère qu'il n'y a pas de violation pour non-respect du principe de la sécurité juridique car les requérantes « *ne pouvaient dès lors légitimement espérer, au vu des dispositions internes applicables, que le jugement du 19 janvier 2000 aurait force obligatoire non seulement entre elles et l'État mais aussi vis-à-vis de tous les tiers et que cette décision serait en mesure de les prémunir contre toute contestation ou prétention future sur les terrains* »²⁹⁶⁹.

618. Pour conclure, les dérogations au principe de l'autorité de chose jugée restent strictement encadrées par la jurisprudence de la Cour européenne, donnant lieu à une violation quasi systématique du principe de la sécurité des rapports juridiques. Sous réserve des rares exceptions mentionnées, et qui font écho aux remarques conclusives en matière de prescription, cette étude jurisprudentielle témoigne d'un mécanisme de réouverture tourné davantage vers la protection des intérêts subjectifs que des intérêts étatiques. Un tel contrôle se complexifie lorsque la réouverture provient d'un arrêt de la Cour européenne.

²⁹⁶⁷ « La première portait sur le droit des requérantes à la restitution et donc leur droit de propriété vis-à-vis de l'État, alors que la seconde concernait la question de savoir si Helio-Tour-S avait valablement acquis sur les terrains des droits concurrents, opposables aux requérantes », *ibid.*, §73.

²⁹⁶⁸ *Ibid.*, §74.

²⁹⁶⁹ *Ibidem.*

B- Les procédures de réouverture consécutives à un arrêt de condamnation de la Cour européenne

619. À l'image des systèmes juridiques nationaux, les textes conventionnels prévoient des procédures de réouverture qui portent atteinte au caractère définitif de ses arrêts²⁹⁷⁰ et, logiquement, à l'autorité de chose jugée qui y est rattachée. Parallèlement, compte tenu de « *leur caractère essentiellement déclaratoire* », leur exécution revient au premier chef à l'État partie en cause qui dispose en ce sens du libre choix des moyens pour s'acquitter de son obligation conventionnelle²⁹⁷¹. Définir une obligation de réouverture contreviendrait en conséquence à leur autonomie en la matière. Si leur surveillance est dévolue au Conseil des ministres²⁹⁷², la Cour construit une « obligation » de réouverture qui altère l'autorité définitive de chose jugée nationale. Les arrêts de la Cour occasionnent une double remise en cause de l'autorité de chose jugée, d'abord par l'arrêt définitif de la Cour par les procédures de réouverture conventionnelles (1°) ainsi que par l'arrêt définitif national consécutif à un arrêt de condamnation de la Cour européenne (2°).

1°) La remise en cause de l'autorité de chose jugée d'un arrêt définitif de la Cour européenne

620. En dehors des demandes en interprétation²⁹⁷³, les procédures de réexamen (a) et de révision (b) sont autorisées à altérer le principe de l'autorité de chose jugée.

²⁹⁷⁰ En vertu de l'article 44 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *L'arrêt de la Grande Chambre est définitif* ».

²⁹⁷¹ « *Elle laisse à l'État le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation* », CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §58 (GACEDH, 2019, n° 51). Cette latitude est conforme à l'article 46§1 de la Convention : « *Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties* ».

²⁹⁷² En vertu de l'article 46 alinéa 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *L'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution* ».

²⁹⁷³ Consacrée à l'article 79 du Règlement de la Cour, cette demande concerne l'interprétation d'un arrêt formulé par toute partie « *dans l'année qui suit le prononcé* ». Selon la Cour, elle vise « *sans plus, à clarifier le sens et la portée qu'elle a entendu attribuer à une décision antérieure issue de ses propres délibérations, en précisant au besoin ce qu'elle y a tranché avec force obligatoire* », CEDH, Déc., 23 juin 1973, *Ringeisen c. Autriche (interprétation)*, req. n° 2614/65, série A. 16, §13.

a- La procédure de réexamen

621. Définie à l'article 44 de la Convention²⁹⁷⁴, la procédure de réexamen suspend le caractère définitif de l'arrêt de Chambre pendant une période de trois mois dans l'attente de l'intention des parties sur un éventuel renvoi en Grande Chambre. Cet arrêt est donc privé temporairement de la sécurité juridique applicable à toute décision de justice afin de satisfaire les intérêts des parties. En effet, cette procédure laisse planer une période d'incertitude dans le sens où l'absence de caractère définitif empêche d'asseoir la sécurité juridique du requérant. Motivée par le souhait des parties, cette suspension ne paraît pas incompatible avec l'effectivité des droits. Le réexamen va permettre d'asseoir l'effectivité des droits individuels par un arrêt de Grande Chambre, qui aura par suite autorité de chose jugée. Réduite à une « *jurisdiction consultative* »²⁹⁷⁵, la nature d'un tel arrêt ne risque pas d'entrer en concurrence avec celui-ci. Finalement, l'impact de la procédure de réexamen est très faible sur la sécurité juridique des parties, contrairement à la demande de révision.

b- La demande de révision

622. La procédure de demande de révision est instruite par l'article 80 du Règlement de la Cour²⁹⁷⁶. Pouvant se réaliser à titre partiel²⁹⁷⁷ ou intégral²⁹⁷⁸, son examen s'effectue selon trois éléments : une condition juridique, car elle doit « *exercer une influence décisive sur l'issue d'une affaire déjà tranchée* » ; une condition factuelle, car elle doit porter sur un fait nouveau « *inconnu de la Cour et qui ne pouvait raisonnablement être connu d'une partie* » ; et, enfin, une condition temporelle dans la mesure où les requérants disposent d'un délai légal de six mois « *à partir du moment où [ils ont] eu connaissance du fait découvert* ». Poursuivant la même

²⁹⁷⁴ « L'arrêt d'une chambre devient définitif a) lorsque les parties déclarent qu'elles ne demanderont pas le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre ; ou b) trois mois après la date de l'arrêt, si le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre n'a pas été demandé ; ou c) lorsque le collège de la Grande Chambre rejette la demande de renvoi formulée en application de l'article 43 ».

²⁹⁷⁵ F. SUDRE avec la collaboration de L. MILANO, H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme, op. cit.*, p. 384 et suiv.

²⁹⁷⁶ En vertu de l'article 80 du Règlement de la Cour : « *En cas de découverte d'un fait qui, par sa nature, aurait pu exercer une influence décisive sur l'issue d'une affaire déjà tranchée et qui, à l'époque de l'arrêt, était inconnu de la Cour et ne pouvait raisonnablement être connu d'une partie, cette dernière peut, dans le délai de six mois à partir du moment où elle a eu connaissance du fait découvert, saisir la Cour d'une demande en révision de l'arrêt dont il s'agit* ».

²⁹⁷⁷ Pour exemple, CEDH, 21 septembre 2004, *Stoicescu c. Roumanie (révision)*, req. n° 31551/96, §§34-52.

²⁹⁷⁸ CEDH, 14 avril 2009, *Hertzog et autres c. Roumanie*, req. n° 34011/02, §§18-21.

finalité « *corrective* »²⁹⁷⁹, la procédure fragilise une multitude de sécurités juridiques : celle de l'individu lorsque l'État intente cette procédure et inversement, ainsi que celle des tiers comme en témoigne les affaires relatives aux héritiers et à la qualité de « victime ». Comme le juge l'explique dans la décision *Harkins contre Royaume-Uni*²⁹⁸⁰, « *les parties ne jouiraient pas de la certitude ou de la stabilité qu'offre le fait de savoir qu'un litige a été définitivement tranché par la Cour* »²⁹⁸¹. En raison du « *caractère exceptionnel de la procédure* », elle impose un examen strict de la recevabilité de toute demande formulée. En ce sens, la notion de « faits nouveaux » exclut les simples développements jurisprudentiels. En effet, « *le principe de la sécurité juridique ne s'appliquerait pas également à chacune des parties, car seul le requérant, sur la base de développements jurisprudentiels ultérieurs, serait concrètement autorisé à "rouvrir" des affaires précédemment examinées, pourvu qu'il soit en mesure d'introduire une nouvelle requête dans le délai de six mois* »²⁹⁸². De surcroît, les abus de droit commis par les requérants malintentionnés, qui cherchent à dissimuler sciemment certaines informations ou éléments de preuve à leur avantage, nécessitent la révision de l'arrêt antérieur au profit de l'État partie. Dans une affaire rendue en 2017 contre la Roumanie²⁹⁸³, l'avocat de la requérante n'avait pas informé la Cour que sa cliente avait finalement obtenu la restitution de l'immeuble litigieux par une décision définitive. Jugeant à juste titre la conduite de l'avocat « *inappropriée* »²⁹⁸⁴, sa tentative d'enrichissement sans cause fait droit à la demande de révision du Gouvernement, qui voit sa sécurité juridique protégée contre la turpitude de la requérante²⁹⁸⁵. Généralement, la Cour accueille volontiers une demande de révision formulée au titre de la satisfaction équitable ou du droit de propriété. C'est le cas notamment en cas d'absence de demande de précisions chiffrées sur les demandes de satisfaction équitable avant l'adoption de l'arrêt²⁹⁸⁶, ou pour l'octroi de celle-ci aux héritiers dans l'hypothèse d'un requérant décédé²⁹⁸⁷. À l'exception de

²⁹⁷⁹ « *Devant toute juridiction qui se respecte, des erreurs de cette importance suffiraient à justifier l'annulation de la décision rendue en ce qu'elle est fondée sur une description erronée ayant exercé une influence décisive sur l'issue de l'affaire. L'article 80 du règlement de la Cour est prévu précisément pour ce type d'erreurs graves* », opinion dissidente du juge PINTO DE ALBUQUERQUE à laquelle se rallie le juge SAJÓ jointe à l'affaire CEDH, Gde. Ch., 4 avril 2018, *Correia De Matos c. Portugal*, req. n° 56402/12, pt. 45.

²⁹⁸⁰ CEDH, Déc., Gde. Ch., 15 juillet 2017, *Harkins c. Royaume-Uni*, req. n° 71537/14.

²⁹⁸¹ *Ibid.*, §54.

²⁹⁸² *Ibidem*.

²⁹⁸³ CEDH, 7 février 2017, *Petroiu c. Roumanie (révision)*, req. n° 33055/09. Pour une affaire similaire, lire également CEDH, Gde. Ch., 30 septembre 2014, *Gross c. Suisse*, req. n° 67810/10, Rec. 2014-IV, §§31-37.

²⁹⁸⁴ *Ibid.*, §23.

²⁹⁸⁵ *Ibid.*, §§21-30.

²⁹⁸⁶ CEDH, 15 décembre 2005, *Epple c. Allemagne*, req. n° 77909/10, §§6-16.

²⁹⁸⁷ Ce motif était à l'origine de la demande réalisée par l'État dans l'arrêt *Giuseppe Tripodi contre Italie*. En l'occurrence, le décès du requérant n'avait pas permis le versement de la satisfaction équitable dans le patrimoine du défunt, ce qui avait eu pour effet de priver les héritiers de ce bénéfice. Il se réfère donc à la Cour en précise que

ces hypothèses, ces demandes restent souvent infructueuses²⁹⁸⁸. Pour exemple, dans l'arrêt *McGinley et Egan contre Royaume-Uni*²⁹⁸⁹, la Cour a rejeté la demande sur le second critère, car « *les faits [...] pouvaient raisonnablement être connus des requérants avant le prononcé de l'arrêt initial* »²⁹⁹⁰.

623. En somme, la levée du principe de l'autorité de chose jugée exerce un impact négatif sur la sécurité juridique des parties, car la réouverture ou le réexamen de l'une supprime temporairement ou définitivement la sécurité juridique de l'autre. L'atteinte à ce principe n'est cependant pas compromettante pour la protection des droits conventionnels dans le sens où elle s'accompagne d'un contrôle strict, contrairement au contrôle opéré en interne.

2°) La remise en cause de l'autorité de chose jugée d'un arrêt national

624. Par principe, la Cour européenne se refuse à consacrer une obligation de réouverture²⁹⁹¹. Progressivement, elle s'émancipe du carcan imposé par l'effet déclaratoire de ses arrêts pour forger une « *obligation* »²⁹⁹² de réouverture à la charge des États, dont le contenu fluctuant (a) n'est pas sans risque pour la sécurité juridique des acteurs de la Convention (b).

seule cette dernière « *peut décider à qui revient la qualité de "victime" et le droit en découlant de se voir attribuer la somme accordée au titre de la satisfaction équitable* ». Considérant que ces derniers faisaient parties des proches du requérant au sens de sa jurisprudence, elle décide de réviser l'arrêt antérieur, CEDH, 23 octobre 2001, *Giuseppe Tripodi c. Italie*, req. n° 40946/98, §§5-9.

²⁹⁸⁸ Sur ce constat, voy. F. SUDRE avec la collaboration de L. MILANO, H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme, op. cit.*, p. 383.

²⁹⁸⁹ CEDH, 28 janvier 2000, *McGinley et Egan c. Royaume-Uni (révision)*, req. n° 21825/93 et 23414/94, Rec. 2000-I.

²⁹⁹⁰ *Ibid.*, §36.

²⁹⁹¹ « *S'agissant de la réouverture d'une procédure, il est clair que la Cour n'a pas compétence pour ordonner pareille mesure* », CEDH, Gde. Ch., 11 juillet 2017, *Moreira Ferreira c. Portugal (n° 2)*, req. n° 19867/12, §49. Cela vaut également pour les réouvertures demandées au titre de l'article 3. Dans l'arrêt de Grande chambre *Jeronovičs*, le Gouvernement soutient que « *les griefs du requérant sont incompatibles ratione materiae avec les dispositions de la Convention. En effet, selon lui, celle-ci ne confère pas en tant que tel un droit de faire poursuivre ou condamner pénalement des tiers, ni ne garantit un droit exécutoire à obtenir la réouverture de poursuites pénales auxquelles il a été mis un terme. D'après lui, toute interprétation contraire irait à l'encontre des principes de sécurité juridique et de subsidiarité* », CEDH, Gde. Ch., 5 juillet 2016, *Jeronovičs c. Lettonie*, req. n° 44898/10, §40. En l'occurrence, l'État avait refusé de rouvrir les procédures pénales visées par une déclaration unilatérale sur les mauvais traitements infligés au requérant par des forces de police.

²⁹⁹² Il s'agit d'avantage d'une « *incitation* » que d'une véritable obligation ayant force obligatoire, d'autant plus qu'elle n'a jamais été formellement consacrée par la Cour européenne ni par le texte de la Convention. Cependant, elle nous paraît plus appropriée eu égard au caractère parfois injonctif de la mesure préconisée par la Cour d'où la retenue d'une « *obligation* » de réouverture pour cette étude. Pour plus de détails, voy. notamment M. LAFOURCADE, *La réouverture des procédures juridictionnelles consécutives à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. L'éclairage français*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque de sciences criminelles », 2014, t. 60, p. 66-69.

a- Une « obligation » timorée de réouverture à la charge de l'État

625. Au titre de sa compétence *ratione materiae*, l'existence de faits nouveaux dans le cadre d'une nouvelle requête nécessite pour le juge européen de réexaminer si les mesures d'exécution étatiques sont compatibles avec les exigences de la Convention. Dans cette perspective, la Cour accueille volontiers, dans l'arrêt *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz contre Suisse* (n° 2), un « *grief selon lequel la réouverture d'une procédure au niveau interne, en vue d'exécuter l'un de ses arrêts, a donné lieu à une nouvelle violation de la Convention* »²⁹⁹³. En l'occurrence, l'évolution de la situation de la société requérante concernant la diffusion du spot litigieux à la télévision constituait un « *élément nouveau* » impossible à « *soustraire de tout contrôle au titre de la Convention* »²⁹⁹⁴. Rapidement, cette incompétence est devenue difficilement conciliable avec l'effectivité du droit à réparation découlant de l'article 41²⁹⁹⁵. Plus tempérée que la position adoptée par le Conseil des ministres²⁹⁹⁶, la Cour en vient à distiller sur ce fondement une « obligation » de réouverture en faisant usage de formules de plus en plus injonctives. Dans l'affaire *Gençel contre Turquie*²⁹⁹⁷, la Chambre s'appuie sur l'article 327 du code de procédure turc pour indiquer à l'État « *qu'en principe le redressement le plus approprié serait de faire rejuger le requérant en temps utile par un tribunal indépendant et impartial* »²⁹⁹⁸. Sans préciser le type de mesure individuelle, il est clair que le juge en fait une modalité d'exécution privilégiée dans le cadre d'une atteinte à un tribunal indépendant et impartial²⁹⁹⁹. Plus généralement, la Grande chambre procède à un changement formel dans l'arrêt *Öcalan*

²⁹⁹³ CEDH, Gde. Ch., 30 juin 2009, *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VGT) c. Suisse* (n° 2), req. n° 32772/02, Rec. 2009-IV, §90 (*JCP G*, 2010, doct. 70, F. SUDRE).

²⁹⁹⁴ *Ibid.*, §67.

²⁹⁹⁵ En vertu de l'article 41 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable* ». Pour rappel, l'obligation de réparation intégrale (appelée *restitutio in integrum*) commande à l'État condamné de replacer le requérant à la situation antérieure au fait illicite. À défaut, le juge peut accorder une satisfaction équitable qui doit placer l'individu dans une situation équivalente et reste libre d'adopter des mesures individuelles ou générales CEDH, 31 octobre 1995, *Papamichalopoulos et autres c. Grèce* (article 50), req. n° 14556/89, §34 (*GACEDH*, 2019, n° 75). La question de la *restitutio in integrum* a été abordée précédemment dans le cadre de l'effet tutélaire de la subjectivisation des dérivés subjectifs, voy. *supra*, n° 455.

²⁹⁹⁶ La réouverture ou la révision est le moyen le plus efficace, voire le seul, pour réaliser la *restitutio in integrum*, Recommandation n° R(2000)2 adoptée par le Conseil des Ministres du 19 janvier 2000 sur le réexamen ou la réouverture de certaines affaires suite à un arrêt de la Cour Européenne des droits de l'homme, pt. 15.

²⁹⁹⁷ CEDH, 23 octobre 2003, *Gençel c. Turquie*, req. n° 53431/99.

²⁹⁹⁸ *Ibid.*, §26. L'article 327 du Code pénal turc prévoit une procédure réouverture suite à un arrêt définitif de la Cour européenne dans un délai d'un an à compter de la date à laquelle l'arrêt est devenu définitif.

²⁹⁹⁹ Voy. notamment CEDH, 18 mai 2004, *Somogyi c. Italie*, req. n° 67972/01, Rec. 2004-IV, §86.

contre *Turquie*³⁰⁰⁰ en déclarant « qu'un nouveau procès ou une réouverture de la procédure [...] représente en principe un moyen approprié de redresser la violation »³⁰⁰¹. Enfin, « l'obligation » s'intensifie selon l'existence d'un mécanisme de réouverture en droit interne suite à un constat de violation de la Cour. Le juge n'hésite pas alors à se montrer directif. Dans un litige relatif à une interdiction d'entrer sur le territoire pendant dix ans, « l'exécution la plus naturelle de l'arrêt de la Cour, et celle qui correspond le plus à la restitutio in integrum, aurait été d'annuler purement et simplement, et avec effet immédiat, l'interdiction de territoire contre le requérant. À supposer même qu'un autre résultat aurait pu être acceptable, la Cour estime que la nature obligatoire des arrêts au sens de l'article 46§1 et l'importance de leur exécution effective [...] auraient commandé, dans les circonstances concrètes de l'affaire, un examen plus complet des considérations du premier arrêt de la Cour »³⁰⁰². La réouverture est alors proposée comme solution alternative³⁰⁰³ ou simultanée³⁰⁰⁴ pour remédier à la satisfaction équitable dans son dispositif. Dans l'hypothèse où l'État partie ne prévoirait pas une telle possibilité, elle l'encourage à accueillir ce type de procédure dans sa législation³⁰⁰⁵, sans que cela crée une quelconque discrimination entre les États parties à la Convention³⁰⁰⁶.

626. Cette obligation demeure encore « balbutiante »³⁰⁰⁷ dans la jurisprudence de la Cour³⁰⁰⁸, comme le prouve la réticence de la Grande chambre à étendre cette obligation en matière pénale. Dans l'arrêt *Moreira Ferreira contre Portugal (n° 2)*³⁰⁰⁹, le juge doit statuer sur

³⁰⁰⁰ CEDH, Gde. Ch., 12 mai 2005, *Öcalan c. Turquie*, Rec. 2005-IV, req. n° 46221/99, (*GACEDH*, 2019, n° 13).

³⁰⁰¹ *Ibid.*, §210.

³⁰⁰² CEDH, 11 octobre 2011, *Emre c. Suisse (n° 2)*, req. n° 5056/10, §75.

³⁰⁰³ CEDH, 2 juin 2005, *Claes et autres c. Belgique*, req. n° 46825/99, §53 ; voy. aussi l'opinion partiellement concordante du juge VAJIC jointes à l'arrêt.

³⁰⁰⁴ « L'État défendeur assure, dans les six mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif, conformément à l'article 44§2 de la Convention, et si la requérante le désire, la réouverture de la procédure, et qu'il doit simultanément lui verser, 5 000 (cinq mille) euros pour dommage moral [...] », CEDH, 26 janvier 2006, req. n° *Lungoci c. Roumanie*, req. n° 62710/00, §3 ; CEDH, 21 juillet 2009, *Brezeanu c. Roumanie*, req. n° 10097/05, §4.

³⁰⁰⁵ « Néanmoins, la Cour estime qu'il appartient à l'État défendeur d'éliminer dans son système juridique interne tout obstacle pouvant empêcher la réparation adéquate de la situation des requérants ou introduire un nouveau recours permettant aux requérants de faire réparer la situation. De plus, les États contractants sont tenus d'organiser leur système judiciaire de manière à ce que leurs tribunaux puissent satisfaire aux exigences de la Convention. Ce principe s'applique également à la réouverture de la procédure et au réexamen de l'affaire des requérants », CEDH, 20 avril 2010, *Laska et Lika c. Albanie*, req. n° 12315/04 et 17605/04, §77.

³⁰⁰⁶ « Dès lors que celle-ci constitue le seul critère d'évaluation du respect de l'article 46 § 1, lequel critère est le même pour tous les États contractants, il n'en résulte aucune discrimination entre ceux qui ont introduit une procédure de révision dans leur ordre juridique et les autres ». CEDH, Gde. Ch., 30 juin 2009, *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VGT) c. Suisse (n° 2)*, req. n° 32772/02, Rec. 2009-IV, §90 (*JCP G*, 2010, doct. 70, F. SUDRE).

³⁰⁰⁷ M. LAFOURCADE, *La réouverture des procédures juridictionnelles consécutives à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. L'éclairage français*, op. cit., p. 64.

³⁰⁰⁸ Recommandation n° R(2000)2 adoptée par le Conseil des Ministres du 19 janvier 2000 sur le réexamen ou la réouverture de certaines affaires suite à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, pt. 15.

³⁰⁰⁹ CEDH, Gde. Ch., 11 juillet 2017, *Moreira Ferreira c. Portugal (n° 2)*, req. n° 19867/12.

la compatibilité – avec l'article 6§1 – du rejet de la demande de révision d'un jugement pénal présenté par le requérant suite à un arrêt de condamnation comprenant une clause de réouverture³⁰¹⁰. Outre la question controversée de sa compétence *ratione materiae*, la Grande Chambre en vient à annuler le caractère contraignant dans le cadre de la réouverture d'un procès pénal³⁰¹¹. Elle considère que ces moyens étaient « *appropriés mais non pas nécessaires ou uniques* ». Par une interprétation littérale, elle énonce que l'emploi des « en principe » et « cependant » démontre au contraire qu'elle « *s'est abstenue de donner des indications contraignantes quant aux modalités d'exécution de son arrêt* ». Dorénavant, la révision du procès constitue « *l'option la plus souhaitable [...] qui devrait être examinée par les juridictions internes au regard du droit national et des circonstances particulières de l'affaire* »³⁰¹², marquant une position explicite de retrait. Atteignant une vive polémique chez les juges avec pas moins de quatre opinions dissidentes, la solution dégagée donne lieu à un bilan des plus mitigés³⁰¹³.

627. Au-delà des divergences sur son caractère véritablement contraignant, force est de constater que l'« obligation » de réouverture emporte conséquemment une remise en cause de l'autorité de chose jugée des décisions internes, pour garantir celle des arrêts de la Cour ainsi que leur exécution, en somme la sécurité juridique *in globo*. Alors que le principe est prépondérant dans le contrôle de la conventionnalité au niveau interne, il est totalement absent du contrôle de « *l'obligation* »³⁰¹⁴ lorsque cela favorise l'exécution de l'arrêt européen, ce qui est d'autant plus regrettable eu égard à l'ampleur de sa portée sur les sécurités juridiques subjectives.

³⁰¹⁰ CEDH, 5 juillet 2011, *Moreira Ferreira c. Portugal*, req. n° 19808/08, §41.

³⁰¹¹ *Ibid.*, §§66 et 67.

³⁰¹² *Ibid.*, §§92-94.

³⁰¹³ Les opinions portent respectivement sur le problème de compétence de la Cour à l'égard du Conseil des ministres en vertu de l'article 46 (Opinion dissidente commune aux juges RAIMONDI, NUßBERGER, DE GAETANO, KELLER, MAHONEY, KJØLBRO et O'LEARY) ; sur l'interprétation globale de la Cour sur la réouverture d'un procès pénal suite à un arrêt de la Cour et sur le consensus européen (opinion dissidente du juge PINTO DE ALBUQUERQUE, à laquelle se rallient les juges KARAKAŞ, SAJÓ, LAZAROVA TRAJKOVSKA, TSOTSORIA, VEHABOVIĆ et KÜRIS) ; sur l'interprétation littérale de la Cour (opinion dissidente du juge KÜRIS, à laquelle se rallient les juges SAJÓ, TSOTSORIA et VEHABOVIĆ) ; sur l'applicabilité de l'article 6§1 (opinion dissidente du juge BOŠNJAK).

³⁰¹⁴ La sécurité juridique est mentionnée dans les principes généraux relatifs à la réouverture d'un procès mais reste sans grand portée sur le raisonnement de la Cour, voy. CEDH, 5 juillet 2011, *Moreira Ferreira c. Portugal*, req. n° 19808/08, §62.

b- Une « obligation » délétère pour les sécurités juridiques subjectives

628. Soucieuse du « *devenir de l'individu* »³⁰¹⁵, la réouverture garantit une réparation véritablement intégrale du préjudice subi au bénéfice du requérant *in casu*. L'atteinte à l'autorité de chose jugée reste donc en lien avec la protection effective des droits conventionnels, mais demeure subordonnée à la marge de manœuvre donc bénéficiant les États dans l'acquittement de cette « obligation ». En effet, l'omission du principe est visiblement révélatrice d'un contrôle européen assoupli sur les procédures nationales de réouverture consécutives à l'un de ses arrêts de condamnation. Manifestement respectueuse d'une marge nationale d'appréciation, cette position s'axe sur un assouplissement des modalités d'exécution au profit du respect de l'autorité de chose jugée des décisions nationales susceptibles d'entraîner des différences de traitement au principe de sécurité juridique dans le contrôle européen, comme le prouve les arrêts *Bochan contre Ukraine*. Dans son premier arrêt de 2007³⁰¹⁶, la Cour en avait déduit que la « *situation procédurale heurtait le principe de sécurité juridique* » et effectué un contrôle conforme à sa jurisprudence³⁰¹⁷. Le second arrêt, rendu en Grande Chambre³⁰¹⁸, marque un assouplissement de contrôle européen sous l'angle de la sécurité juridique dont elle se décharge au profit des États parties, et ce *nonobstant* le fait que la « *dénaturation interprétative* » de la Cour suprême ukrainienne avait conduit à « *un déni de justice* »³⁰¹⁹. Or, replacer le contrôle de la sécurité juridique et de l'autorité de chose jugée entre les mains du juge national se révèle à double tranchant. D'un point de vue optimiste, elle est conforme à l'esprit initial de la Convention et à la subsidiarité. Malgré la juridictionnalisation de la surveillance des arrêts³⁰²⁰, son office reste limité par l'effet déclaratoire et l'absence de compétence de principe sur l'exécution de ses arrêts. Ce faisant, si la remise en cause de l'autorité de chose jugée est plus aisément acceptable lorsqu'elle relève d'une autorité interne, elle présente un caractère intrusif lorsqu'elle émane d'un prétoire extérieur. Elle se prémunit donc des contestations nationales

³⁰¹⁵ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Éd. Conseil de l'Europe, 2008, 2^{ème} ed, p. 22, disponible sur le site HUDOC au lien suivant : [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES-19\(2008\).pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES-19(2008).pdf).

³⁰¹⁶ CEDH, 3 mai 2007, *Bochan c. Ukraine*, req. n° 5777/02.

³⁰¹⁷ *Ibid.*, §75.

³⁰¹⁸ CEDH, Gde., Ch., 5 février 2015 *Bochan c. Ukraine (n° 2)*, req. n° 22251/08, Rec. 2015-I.

³⁰¹⁹ *Ibid.*, §§63-64.

³⁰²⁰ K. BLAY-GRABARCZYK, M. AFROUKH, A. SCHAHMANECHE, Le contrôle de l'exécution des arrêts de la CEDH, Aspects européens : acteurs politiques et acteurs juridictionnels, *RFDA*, 2014, n° 5, p. 939.

face à un juge national qui craint de devenir un « *vassal* »³⁰²¹ du juge strasbourgeois. D'un point de vue pessimiste, la levée de l'autorité de chose jugée peut se révéler défavorable pour la protection des droits si l'État partie s'acquitte partiellement de son obligation. Pour preuve, l'extension récente de la réouverture en matière civile par la loi de modernisation de la justice du 18 novembre 2016³⁰²² ne saurait camoufler une réception encore insuffisante de l'obligation en droit interne³⁰²³. L'hypothèse d'un refus catégorique de l'État de s'acquitter de son « obligation » n'est pas non plus à exclure au vu de la jurisprudence récente³⁰²⁴. Le remède étant pire que le mal, « *une indemnisation pour perte de chance serait plus appropriée qu'une réouverture fortement préjudiciable à la sécurité juridique des situations individuelles* »³⁰²⁵.

629. En plus des risques sur la sécurité juridique du requérant *in casu*, l'« obligation » n'attache aucune importance à la protection de la sécurité juridique des tiers. En ce sens, le Conseil des ministres a relevé « *que le réexamen ou la réouverture pourrait poser des problèmes pour des tiers, en particulier lorsqu'ils ont acquis des droits de bonne foi* »³⁰²⁶. Ce péril est patent en matière pénale car « *la réouverture pourrait soulever la question du sort des coaccusés – qui n'ont pas porté leur affaire à Strasbourg – et des victimes, et poser des*

³⁰²¹ Cette expression est empruntée à J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque de droit public », 1998, t. 192 p. 655.

³⁰²² Pour les matières pénales et civiles le législateur prévoit une procédure de réexamen ou de révision respectivement à l'article 622-1 du Code de procédure judiciaire et aux articles L 451-1 et L 452-6 du Code de l'organisation judiciaire, modifié récemment par l'article 42 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au 21^{ème} siècle.

³⁰²³ Aucune disposition légale ne prévoit une procédure de réouverture, en raison de la spécificité du droit administratif qui tire dans le cadre de son office les conséquences d'un arrêt européen. Ayant préservé dans un premier temps l'autorité de chose jugée de sa décision en estimant qu'aucune disposition en droit interne ou en droit de la Convention ne lui imposait pas la réouverture d'une procédure juridictionnelle close (voy. CE, 11 févr. 2004, *Mme Chevrol*, n° 257682, Rec. Lebon p. 115 (*AJDA*, 200, 439, chron. F. DONNAT ; *RFDA*, 2005, 163, étude J. ANDRIANTSIMBAZOVINA) ; voy. également CE, 4 octobre 2012, *Baumet*, n° 328502 (*AJDA*, 2012, 2162, De la tenace autorité de la chose in conventionnellement jugée, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; *RFDA*, 2013, 103, note F. SUDRE, et 576, chron. H. LABAYLE, F. SUDRE, X. DUPRE DE BOULOIS et L. MILANO). Depuis l'affaire *Baumet* (CE, 4 octobre 2012, *Baumet*, req. n°328502, Rec. Lebon, p. 347), le juge administratif a infléchi légèrement sa position en considérant que l'arrêt de la Cour européenne constitue « *un élément nouveau qui doit être pris en considération par l'autorité investie du pouvoir de sanction* » (CE, Ass. 30 avril 2014, *Vernes*, n° 358564, Rec. Lebon, p. 160 (*AJDA*, 2014, 1629, chron. J. LESSI et L. DUTHEILLET DE LAMOTHE) dont la démarche de l'examen est explicitée par l'arrêt *Vernes II* (CE, 9 mars 2016, *Vernes II*, n° 392782, Rec. Lebon, p. 63 (*AJDA*, 2016, 944, chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET). Sur les insuffisances concrètes du droit du réexamen en France et des résultats obtenus par la Commission de réexamen, voy. la thèse de Madame Manon LAFOURCADE, *La réouverture des procédures juridictionnelles consécutives à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. L'éclairage français*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque de sciences criminelles », 2014, t. 60, p. 356 et suiv.

³⁰²⁴ CEDH, Gde. Ch., 12 décembre 2017, *Burmych et autres c. Ukraine (radiation)*, req. n° 46852/13, 47786/13, 54125/13 et suiv., §197 (*JCP G*, 2018, doct. 34, chron. F. SUDRE).

³⁰²⁵ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Éd. Conseil de l'Europe, 2008, 2^{ème} éd., p. 18.

³⁰²⁶ Recommandation n° R (2000) 2 adoptées par le Conseil des Ministres du 19 janvier 2000 sur le réexamen ou la réouverture de certaines affaires suite à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, pt. 15.

difficultés eu égard à une déperdition éventuelle des preuves et au délai écoulé »³⁰²⁷. Si elle est sans doute un argument sous-jacent à l'arrêt *Moreira*³⁰²⁸, la Cour devrait inciter les États à prendre davantage en considération cette sécurité juridique dans la mise en œuvre de cette « obligation »³⁰²⁹ afin d'assurer un équilibre pérenne et véritablement protecteur dans cette pluralité de sécurités juridiques.

*
* *

630. La prescription et le principe de l'autorité de chose jugée ne sont pas qu'une affaire de « délai » ou de « procédure » mais aussi « *une question de protection des droits fondamentaux* »³⁰³⁰. La mutabilité du droit et la nécessaire adaptabilité aux évolutions juridiques et sociales imposent de telles atteintes au principe de la sécurité juridique, qui doit momentanément ou perpétuellement céder le pas à d'autres considérations. Des considérations que l'on pourrait qualifier de « traditionnelles » en ce qu'elles sont d'ordre légal, qui permettent aux juges de la Convention de rouvrir la procédure en cas d'erreur de fait ou de droit, ou de lever une prescription pour rectifier une légalité méprise par un élément de preuve méconnu, et ce dans une optique de bonne administration de la justice. Des considérations plus « délicates » qui sont d'ordre sociétal. Elles concernent les actions en reconnaissance ou contestation de filiation afin de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant et la stabilité des relations familiales. Enfin, des considérations « tendancieuses » qui elles, touchent aux valeurs morales avec l'imprescriptibilité rétroactive pour les crimes et les actes particulièrement graves commis par les agents de l'État partie, dont la sécurité juridique se trouve « gommer » au profit des intérêts de la Convention et de la sauvegarde collective des droits fondamentaux.

³⁰²⁷ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 22.

³⁰²⁸ CEDH, Gde. Ch., 11 juillet 2017, *Moreira Ferreira c. Portugal* (n° 2), req. n° 19867/12.

³⁰²⁹ « Une décision définitive, même entachée de vices du point de vue de la Convention, crée des attentes légitimes quant à sa stabilité, en particulier si la partie adverse a agi de bonne foi alors que les violations de la Convention ne sont pas évidentes à la lumière de la jurisprudence antérieure de la Cour. L'impératif de respecter la stabilité des décisions de justice définitives tranchant des affaires concernant les sujets de droit privé et les intérêts légitimes de toutes les parties à la procédure est un argument important contre la réouverture de la procédure civile à la suite d'un arrêt de la Cour constatant une violation de la Convention », voy. l'opinion concordante du juge WOJTYCZEK, joint à l'arrêt CEDH, Gde., Ch., 5 février 2015 *Bochan c. Ukraine* (n° 2), req. n° 22251/08, Rec. 2015-I, pt. 6.

³⁰³⁰ F. MARCHADIER, Délai absolu, délai de péremption et délai butoir à l'épreuve du droit d'accès au juge, *RDC*, 2014, n° 3, p. 506.

631. La promotion d'une sécurité juridique relative accompagne la promotion de mécanismes procéduraux modulables, adaptés à ces différentes considérations. Cette souplesse se montre indispensable pour trancher des conflits de sécurités juridiques et rétablir l'équilibre entre ces dernières. Aux prises dans les conflits de droits inhérents à l'article 8, la modulation des mécanismes renforce la protection des droits de l'enfant. Le sacrifice de la sécurité juridique de l'une des parties (requérant, tiers ou États) est alors inévitable. Ce sacrifice s'opère également dans l'hypothèse où la légalité est vectrice d'insécurité juridique. « *L'illégalité peut être découverte tardivement ou, encore, un acte légal peut devenir illégal en raison de changement de circonstances de droit et de fait. [...] C'est à n'en pas douter un paradoxe que de voir le principe de légalité, gage apparent de respect du droit s'il en est, pouvoir se retourner en instrument potentiel d'insécurité juridique* »³⁰³¹. C'est pourquoi la stabilité juridique de situations pourtant régulièrement acquises puisse être remise en cause par des mécanismes de réouverture pour rectifier une illégalité ou un vice de procédure. Dans ces hypothèses, on remarque que la Cour se montre précautionneuse à l'égard des sécurités juridiques individuelles en déployant un faisceau d'indices précis (survenance d'un nouvel élément, erreur de droit, vice fondamental) pour évaluer l'impact de cette réouverture sur leur stabilité juridique. L'objectif n'étant donc pas de hiérarchiser, mais bien de les harmoniser³⁰³². La recherche du point d'équilibre est cependant délicate. On remarque que les conditions peinent encore à s'harmoniser entre les dispositions conventionnelles, spécifiquement les articles 6§1 et 4 du Protocole n° 7. Au surplus, il serait possible de craindre une expansion des mécanismes de réouverture qui ferait perdre leur caractère exceptionnel face à une pratique faisant de plus en plus consensus sur la scène européenne. La Cour se refuse, par prudence, à instaurer une « obligation » de réouverture suite au prononcé d'un arrêt de condamnation de l'État partie, qui pourtant, irait naturellement dans le sens d'une meilleure effectivité de la protection conventionnelle³⁰³³. Enfin, l'atteinte portée par ces mécanismes à sécurité juridique des tiers est rarement prise en compte par la Cour, hormis en matière de filiation pour laquelle la Cour s'appuie sur cette sécurité juridique pour protéger l'intérêt supérieur de l'enfant. Or, « *il ne faut*

³⁰³¹ F. CHALTIEL, Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité. Développements récents, *AJDA*, 2009, p. 1650.

³⁰³² *Ibidem*.

³⁰³³ On soulignera également le risque de détournement de la procédure d'avis consultatif, instauré par le Protocole n° 16, l'État partie se servant alors de cette procédure afin d'éviter de rouvrir la procédure au niveau national. La question a été formulée par la Cour de cassation pour procéder à l'exécution de l'arrêt *Mennesson* voy. CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. Italie*, req. n° 65192/11 (*JCP G*, 2014, 977, note A. GOUTTENOIRE), F. SUDRE, A. GOUTTENOIRE, L'avis constructif de la Cour EDH à propos de la maternité d'intention, *JCP G*, 2019, n° 20, p. 5551.

pas oublier que la douceur de la loi pour les uns se révèle d'un goût amer pour les autres »³⁰³⁴. Sans doute faudrait-il revaloriser l'équilibre au regard de la stabilité juridique des tiers dans la balance entre les sécurités juridiques.

³⁰³⁴ E. DOS-REIS, Sécurité juridique, autorité de la chose jugée et droits fondamentaux, *LPA*, 2017, n° 203, p. 16.

CONCLUSION DU CHAPITRE

632. Contrairement aux idées reçues³⁰³⁵, la balance entre la sécurité juridique individuelle incarnée par la stabilité des prévisions et des relations juridiques) et la sécurité juridique de l'État partie (incarné par le but d'intérêt général) ne s'opère pas exclusivement en faveur de la protection des droits fondamentaux. Tandis que la doctrine administrativiste déplore que la balance s'opère nettement faveur de la sécurité juridique au détriment de la légalité³⁰³⁶, et que la doctrine privatiste s'insurge contre un contrôle *in concreto* venu d'ailleurs³⁰³⁷, la jurisprudence européenne témoigne ponctuellement d'une mise en balance inversée symptomatique d'un contentieux qui se « *désobjectivise* »³⁰³⁸. Cela se manifeste par un durcissement de la sécurité juridique subjective au profit de la sécurité juridique objective de l'État partie dans la protection d'un intérêt général, ou la sécurité juridique du mécanisme conventionnel. C'est ici que prend forme cette efficacité « détournée », évoquée aux propos liminaires. Toutefois, le détournement n'est pas en soi négatif. Il convient de dissocier les atteintes engendrées par le détournement selon l'impact qu'il occasionne sur l'effectivité de la protection conventionnelle.

633. Premièrement, il existe des neutralisations « douces » ou « acceptables » qui s'accompagnent d'un contrôle de conventionnalité particulièrement stricte dans la mise en balance des intérêts de sécurités juridiques. Dans cette optique, le recul de la sécurité juridique est nécessaire selon deux objectifs que sont l'assurance de l'effectivité des droits individuels et pour rectifier une situation passée conformément au droit de la Convention. Sa prévalence engendrerait le maintien d'une situation d'impunité ou de violation d'une disposition conventionnelle qui serait préjudiciable pour les individus. C'est le cas des mécanismes de réouverture des décisions nationales passées en force de chose jugée, de la réouverture des mécanismes de prescription pour les victimes d'atteinte à l'intégrité physique ou en matière de

³⁰³⁵ « On peut résumer l'esprit général de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en un dualisme radical : une extrême sévérité envers les États et une immense indulgence compatissante envers les individus », P. MALAURIE, Grands arrêts, petits arrêts et mauvais arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *LPA*, 2006, n° 166, p. 4.

³⁰³⁶ Dossier : légalité et sécurité juridique, un équilibre rompu ?, *AJDA*, 2019, p. 1086.

³⁰³⁷ Voy. par ex. : P. PUIG, L'excès de proportionnalité, *RTD Civ.*, 2016, p. 70. *Contra* P. DEUMIER, Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode, *RTD Civ.*, 2016, p. 578 ; M. AFROUKH, Le contrôle de conventionnalité *in concreto* est-il vraiment « dicté » par la Cour européenne des droits de l'homme ?, *RDLF*, 2019, chron., n° 4.

³⁰³⁸ Selon Monsieur Frédéric KRENC ce phénomène matérialise « la mise en retrait du cas individuel au profit d'un contrôle plus abstrait et, en même temps, plus large du droit interne », F. KRENC, « Dire le droit », « Rendre la justice ». Quelle Cour européenne des droits de l'homme ?, *RTDH*, 2018/114, p. 311-345, spéc. p. 338 et suiv.

filiation, et de l'imprescriptibilité en devenir des actes de torture. Même si cela peut paraître choquant pour une juridiction axée sur la protection des droits fondamentaux, il est naturel que la balance penche parfois du côté de la sécurité juridique objective des États parties. N'ayant pas vocation à être absolu, le principe de sécurité juridique doit servir à protéger la sécurité juridique des États lorsque ces derniers s'acquittent correctement de leurs obligations conventionnelles ou pour préserver leurs stabilités juridiques ou celles des tiers³⁰³⁹. Deuxièmement, il existe des neutralisations « régulatrices » visant à régir les conflits de sécurités juridiques. Le recul de la sécurité juridique du père putatif consolide celle de l'intérêt supérieur de l'enfant qui voit le droit de connaître ses origines protégées au détriment du respect de la vie privée et familiale du père biologique. Du point de vue de la légalité matérielle, il s'agit de rectifier une sécurité juridique étatique méprise par l'attitude non diligente ou abusive du requérant. Troisièmement, il existe des neutralisations « stratégiques » ou « diplomatiques ». Dans des domaines sensibles, moraux ou politiques, la sécurité juridique individuelle s'efface au profit d'autres impératifs d'ordre étatique ou conventionnel. C'est le cas de l'imprescriptibilité des crimes des agents de l'État qui annule toute sécurité juridique en faveur d'une rétroactivité *in malam partem*, pourtant prohibée par le principe de sécurité juridique. Encore plus néfaste, la sécurité juridique est parfois absente du contrôle conventionnel alors que l'augmentation du risque d'atteinte aux sécurités juridiques préconise un contrôle des plus stricts. L'exemple des réouvertures provoquées par les arrêts de la Cour est en ce sens topique. On constate par ailleurs que le domaine pénal est particulièrement touché par ce type de neutralisation, sans doute en raison d'une interprétation flexible des conditions de la légalité dans ce domaine³⁰⁴⁰. C'est ce second type de neutralisation qui constitue le « détournement » négatif du principe de la sécurité juridique, dans la mesure où la perte de la sécurité juridique subjective entraîne l'ineffectivité de la protection conventionnelle.

634. Le syndrome de la malléabilité favorise deux mutations négatives du contrôle européen. Au nom de la flexibilité et de l'adaptabilité, la légalité stable et fiable à l'égard des autorités publiques laisse place à une légalité nouvellement raisonnable et anticipative, qui

³⁰³⁹ Pour rappel la « *stabilité des relations familiales, la certitude quant à la filiation et la protection de la vie privée des tiers* » forme des buts légitimes invoqués par les États dans la mise en œuvre de leur sécurité juridique objective, *supra*, n° 371.

³⁰⁴⁰ C'est le cas pour l'imprescriptibilité rétroactive des crimes de guerre et crimes contre l'humanité, qui donne lieu à des rétroactivité *in malam partem* contradictoire avec le principe de la sécurité juridique et la prééminence du droit. C'est le cas également des entorses du principe du *non bis in idem* ou encore de l'interprétation excessivement souple de la réouverture d'un arrêt définitif national en matière pénale suite à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme.

cherche de plus en plus à responsabiliser les requérants-justiciables dans l'exercice de leur droit d'agir³⁰⁴¹. Le même constat imprègne le contrôle européen des mécanismes temporels de prescription et de chose jugée. Au nom de la mutabilité et de la rectification des erreurs passées, la tolérance naturelle à l'égard de la quiétude de situations passées diminue alors qu'elle fait partie des objectifs intrinsèques du principe de sécurité juridique. S'appuyant sur les propos du Doyen Jean CARBONNIER, le Professeur POLLAUD DULIAN se veut rassurant face à cette malléabilité : « *Encore convient-il de ne pas s'exagérer le trouble ressenti par les profanes, quel que soit leur âge, en présence des transformations du droit [...] Comme si le droit n'était fait que de règles figées. Mais il faut des hommes et notamment des juges, pour le mettre en œuvre. [...] Qu'importe donc que ces règles soient mouvantes, incertaines, si l'on est assuré de trouver des juges équitables ?* »³⁰⁴². Encore faut-il que celle-ci ne serve pas de prétexte à des neutralisations opportunes du principe par les juges de la Convention. Si tel est le cas, l'articulation du principe de sécurité juridique se confondrait *in fine* avec l'ineffectivité des droits.

³⁰⁴¹ S. TEWELET, *Le droit d'agir devant la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse datcyl., Université de Bordeaux, 2017.

³⁰⁴² F. POLLAUD-DULIAN, À propos de la sécurité juridique, *RTD Civ.*, 2001, p. 49.

CONCLUSION DU TITRE I

635. « *La sécurité juridique permet de justifier des solutions opposées. Ce constat ne se limite pas sur le plan vertical entre l'État et les justiciables. Il se trouve également caractérisé sur le plan horizontal, dans les rapports des individus entre eux. [...] Pour certains la révision est un facteur d'instabilité et d'insécurité. [...] Pour d'autres l'intangibilité des obligations convenues peut aboutir à la ruine de l'un des cocontractants [...] qui est génératrice de la pire des insécurités* »³⁰⁴³. Cela étant, le sacrifice de l'une des sécurités juridiques au profit de l'autre s'avère inéluctable et fait partie du jeu naturel de la proportionnalité. Le juge doit trancher tout autant en faveur de la sécurité juridique individuelle qu'en faveur de la sécurité juridique objective de l'État. De la sorte, le principe ne peut concourir à une conciliation parfaite entre ces intérêts et restera toujours perfectible. La tâche de la Cour européenne est d'autant plus ardue que la pondération ne se limite pas à la seule conciliation entre les intérêts antagonistes de sécurités juridiques. Les conflits intersubjectifs de sécurité juridique, la procédure de l'arrêt pilote ou encore la réouverture d'un arrêt définitif élargissent le champ de la conciliation à la sécurité juridique subjective en y adjoignant celles des tiers et des requérants potentiels. Cela confirme le constat d'une matérialisation d'un principe « des » sécurités juridiques aux effets graduels³⁰⁴⁴.

636. En plus de la pluralité de sécurité juridique, le juge doit y intégrer cette pondération dans une multitude d'intérêts périphériques, en lien avec la protection des droits fondamentaux : des impératifs juridiques comme la bonne administration de la justice, la protection des intérêts financiers des États, la mutabilité et la régularité du droit, le progrès des normes, la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ; des impératifs moraux et sociétaux tels que le respect l'imprescriptibilité avérée ou prospective des crimes les plus graves en matière de droit de l'Homme, la protection de l'intérêt des familles ; enfin des impératifs de diplomatie jurisprudentielle en vue de préserver la subsidiarité, impératifs qui sont particulièrement prégnants dans la régulation de la rétroactivité jurisprudentielle ou dans le respect des particularismes législatifs nationaux.

³⁰⁴³ P. MORVAN, Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ?, *Dr. soc.*, 2006 n° 7/8, p. 70.

³⁰⁴⁴ F. TULKENS, La sécurité juridique, un idéal à reconsidérer, *RIEJ*, 1990, n° 24, p. 25-42.

637. La prise en compte accrue de ces différents paramètres influe inéluctablement sur l'équilibre entre les sécurités juridiques. Favorisant la prolifération d'entorses et d'atteintes au principe, la frontière entre un recul nécessaire et un recul stratégique de la sécurisé juridique individuelle devient de plus en plus mince. Les neutralisations sacrificielles mettent en exergue une instrumentalisation négative du principe en faveur d'une effectivité détournée, qui ne sert plus la protection des droits, mais les intérêts des États parties ou de la Convention. Bien évidemment, la sécurité juridique doit s'effacer face à des valeurs suprêmes que sont le droit à la vie et la prohibition des actes de torture et des traitements inhumains et dégradants, même si cela provoque les neutralisations les plus marquantes. Pour autant, elle contrevient non seulement à la sécurité juridique de l'État dans sa législation, mais aussi celle de ses agents dans l'exercice de leurs fonctions, entorses qu'elle légitime sous le sceau de l'effectivité du droit des victimes. De plus, l'« obligation » de réouverture tend à occulter la protection de la sécurité juridique des tiers alors qu'elle est davantage prise en compte dans l'analyse des délais de prescription en matière de filiation. Enfin, si la procédure de l'arrêt pilote, et l'objectivisation du contentieux qui l'accompagne, permettent de renforcer de manière préventive la sécurité juridique des parties, force est de constater qu'elles emportent toutes deux des conséquences néfastes sur la protection des droits dès lors qu'elles ne sont plus exercées en concomitance avec le contrôle *in concreto*³⁰⁴⁵. C'est dire si « *la sécurité des uns fait l'insécurité des autres* »³⁰⁴⁶.

638. De surcroît, la conciliation entraîne une mutation substantielle de la sécurité juridique conventionnelle. Après l'ère de la sécurité juridique subjective « *synchronique* » et de la prévisibilité individuelle à outrance s'ouvre celle de la relativisation placée sous le sceau d'une sécurité juridique « *diachronique* »³⁰⁴⁷, fondée sur une anticipation dépréciative de la prévisibilité subjective. Revers de la subjectivisation, cette dépréciation impulse une double responsabilisation à l'égard de l'État au travers du « partenariat législatif » et de la responsabilisation partagée prônée au nom de la subsidiarité, mais aussi à l'égard des individus au travers du standard du « requérant éclairé ».

³⁰⁴⁵ M. AFROUKH, L'identification d'une tendance récente à l'objectivisation du contentieux dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme, *RDP*, 2015, n° 5, p. 1357.

³⁰⁴⁶ P. MORVAN, Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ?, *op. cit.*, p. 70.

³⁰⁴⁷ Selon Monsieur Pascal BEAUVAIS, la prévisibilité synchronique consiste à « *prévoir les conséquences juridiques d'un acte à partir du droit existant* », tandis que la prévisibilité diachronique consiste à « *prévoir les évolutions du droit* », P. BEAUVAIS, Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des cours européennes, *Archives de politique criminelle*, 2007/1, n° 29, p. 3-18, spéc. p. 6.

639. Il ressort de cette responsabilisation que la Cour cherche, derrière la conciliation des intérêts antagonistes de sécurité juridique, à sauvegarder les intérêts conventionnels. De nombreux exemples démontrent une protection perceptible dans la pondération des sécurités juridiques : lorsque la Cour objectivise son contrôle dans le cadre des législations-types ou dans la mise en œuvre de la procédure de l'arrêt pilote, lorsqu'elle cherche à préserver les valeurs inscrites dans la garantie collective des droits fondamentaux en matière d'imprescriptibilité des crimes les plus graves, ou encore lorsqu'elle incite les États à rouvrir les décisions nationales passées en force de jugée pour assurer l'exécution de ses arrêts et décisions. « *Les organes ne se contentent pas d'appliquer les droits de l'homme, mais définissent les lois uniformes. Ce n'est [...] l'effectivité des droits existants qui est recherché ici mais, mais l'effectivité des droits de l'homme in globo* »³⁰⁴⁸. Dans cette optique, le principe de sécurité juridique ne sert plus l'objectif d'effectivité *des* droits, mais celui de l'effectivité *du* droit de la Convention.

³⁰⁴⁸ H. RASPAIL, « Effectivité des droits de l'homme et extension des obligations internationales », in E. DUBOUT (dir.), S. TOUZE (dir.), *Refonder les droits de l'homme. Des critiques aux pratiques*, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire », 2019, p. 117-150, spéc. p. 143.

TITRE II : UNE CONCILIATION INSUFFISANTE ENTRE SECURITE JURIDIQUE *IN GLOBO* ET EFFECTIVITE DU DROIT

640. Décrite comme une « *vertu de prudence appliquée au droit par [...] la recherche du juste à réaliser et de l'injustice à éviter* »³⁰⁴⁹, la jurisprudence nourrit une connexité positive la sécurité juridique. D'une part, elle aspire « *à la stabilité, à la certitude, pour offrir la sécurité juridique* »³⁰⁵⁰ en regroupant « *l'ensemble des décisions de justice rendues par une juridiction* »³⁰⁵¹. D'autre part, elle est source de fiabilité et de confiance juridiques en ce qu'elle représente « *l'autorité de ce qui a été jugé constamment dans le même sens* »³⁰⁵². La jurisprudence développée par la Cour européenne recoupe ces deux acceptions. En qu'interprète authentique³⁰⁵³, sa jurisprudence fait donc « *corps avec le droit de la Convention* »³⁰⁵⁴. Elle est donc la source ultime de stabilité et de prévisibilité de la norme conventionnelle. Dans le même temps, elle est également le symbole de son autorité persuasive³⁰⁵⁵ sur laquelle reposent l'effectivité de ses arrêts et, *in fine*, l'effectivité des droits et libertés conventionnels. C'est pourquoi elle doit veiller à construire une jurisprudence « *bien établie* », c'est-à-dire une jurisprudence « *stable, claire et bien motivée* »³⁰⁵⁶.

641. En raison des spécificités de son système, la Cour ne peut faire l'économie d'un idéal rigide de sécurité juridique qui contreviendrait au progrès des normes et à l'interprétation dynamique des droits qu'elle protège. Ce faisant, elle développe une conception flexible de la sécurité juridique jurisprudentielle pour satisfaire à ces objectifs. C'est pourquoi la jurisprudence européenne est une jurisprudence qui admet une part naturelle d'insécurité

³⁰⁴⁹ M. DEGUERGUE, *Jurisprudence, Droits*, 2001/2, n° 34, p. 95-104, spéc. p. 95.

³⁰⁵⁰ J. MONEGER, À propos de la rétroactivité de la jurisprudence, *RTD Civ.*, 2005, p. 323.

³⁰⁵¹ M. DEGUERGUE, *Jurisprudence, op. cit.*, p. 95.

³⁰⁵² J. CARBONNIER, *Le procès et le jugement. Cours de sociologie juridique*, Association corporative des étudiants en droit, Paris, 1962, p. 262.

³⁰⁵³ Selon l'article 32 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : « *la compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles qui lui seront soumises dans les conditions prévues par les articles 33, 34, 46 et 47* ».

³⁰⁵⁴ F. SUDRE, L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH*, 2008/76, p. 941-947, spéc. p. 937.

³⁰⁵⁵ En vertu de l'article 46 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les arrêts de la Cour européenne sont définitifs et obligatoires. Cela étant, les « *Hautes parties contractantes doivent se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties* ». À l'instar de toute juridiction internationale, ils sont également déclaratoires, « *laissant à l'État le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation* », CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §58 (*GACEDH*, 2019, n° 51).

³⁰⁵⁶ F. SUDRE, L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 943.

juridique et d'incertitude³⁰⁵⁷. Cependant, à force de délaissier cet impératif, sa jurisprudence est vectrice d'une insécurité juridique anormale causée par des stratégies prétoriennes qui dénaturent les mécanismes usuels de la régulation jurisprudentielle tels que le précédent ou le revirement. « *La jurisprudence cesse [alors] d'assurer la sécurité juridique. Le trouble naît, la jurisprudence cesse de servir les intérêts de la sécurité juridique* »³⁰⁵⁸. Ces dénaturations déclenchent en parallèle une vague de reproche à l'égard son endroit qui affectent sa légitimité et sa crédibilité auprès des acteurs conventionnels. Ainsi lui reproche-t-on de manquer de cohérence, d'être imprévisible, de contenir des arrêts à la longueur interminable, d'être sentimentale ou compassionnelle, d'être à géométrie variable, intrusive, voire incompréhensible. Si ces critiques ne sont pas nouvelles, et si la Cour fait toujours preuve d'une résilience remarquable depuis ses débuts³⁰⁵⁹, il n'empêche que « l'argument sécurité juridique » est l'expression d'un mal réel, celui des acteurs de la Convention³⁰⁶⁰. Ses dérives interprétatives diminuent progressivement leur confiance face à une justice conventionnelle aléatoire et perçue comme imprévisible en raison de la casuistique. L'essor de l'objectivisation du contentieux européen des droits de l'homme est l'un des symptômes les plus significatifs de cette perte de confiance³⁰⁶¹.

642. Pour mieux comprendre les sources de l'insécurité jurisprudentielle – et démystifier par la même occasion le discours de l'insécurité juridique – il convient d'en faire le « *diagnostic* »³⁰⁶² en cherchant dans un premier temps les germes de cette insécurité juridique (**Chapitre 1**) pour tenter de proposer, dans un second temps, les remèdes³⁰⁶³ adaptés à leur résorption (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Les germes de l'ineffectivité du droit

Chapitre 2 : Les remèdes à l'ineffectivité du droit

³⁰⁵⁷ C'est ce qui ressort de la jurisprudence de la Cour européenne lorsqu'elle affirme qu'elle « *ne se trouve pas liée par ses décisions antérieures [...] elle a toutefois coutume d'en suivre et appliquer les enseignements, dans l'intérêt de la sécurité juridique et du développement cohérent de la jurisprudence de la Convention* », CEDH, Plén., 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, req. n°10843/84, série A. 184, §35 (souligné par nous).

³⁰⁵⁸ J. MONEGER, À propos de la rétroactivité de la jurisprudence, *RTD Civ.*, 2005, p. 323.

³⁰⁵⁹ K. LUCAS-DUBLANCHE, « La contribution de la Cour européenne à la résilience de la Cour du système paneuropéen des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 395-401.

³⁰⁶⁰ N. MOLFESSIS, Les « avancées » de la sécurité juridique, *RTD Civ.*, 2000, n° 3, p. 660.

³⁰⁶¹ M. AFROUKH, L'identification d'une tendance récente à l'objectivisation du contentieux dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme, *RDP*, 2015, n° 5, p. 1357.

³⁰⁶² N. MOLFESSIS, Les « avancées » de la sécurité juridique, *op. cit.*, p. 660.

³⁰⁶³ Nous précisons que cette étude se concentrera sur les remèdes juridiques qui sécurisent la jurisprudence de la Cour. Elle exclut les réformes institutionnelles car elles consistent davantage à sécuriser le mécanisme de la Convention que la jurisprudence en elle-même.

CHAPITRE 1 : LES GERMES DE L'INEFFECTIVITE DU DROIT

« La sécurité juridique implique que les juges résistent à la tentation de prendre des libertés avec les lois, ou de pratiquer en les appliquant une technique d'interprétation à ce point inconstante [...] qu'elle en devienne insaisissable et leur permette de décider ce que bon leur semble »³⁰⁶⁴

643. En droit de la Convention l'insécurité juridique *in globo* puise son origine dans l'insécurité de la norme conventionnelle telle qu'elle est interprétée par la Cour. Cette insécurité provient de deux éléments. Le premier est causé par le revirement³⁰⁶⁵. Si les débats doctrinaux relatifs à la rétroactivité du revirement semblent aujourd'hui révolus³⁰⁶⁶, ceux caractérisant la relation unissant le revirement au principe de sécurité juridique sont intemporels. Le célèbre Rapport MOLFESSIS sur *Les revirements de jurisprudence*³⁰⁶⁷ met en exergue la nocivité de la rétroactivité du revirement sur la sécurité juridique³⁰⁶⁸. Par définition, la rétroactivité régit les situations passées. La solution nouvellement dégagée s'applique immédiatement aux instances en cours ainsi qu'aux parties au litige³⁰⁶⁹. Ce faisant, elle heurte inexorablement l'impératif de la sécurité juridique³⁰⁷⁰. Peu usité par la Cour³⁰⁷¹, le revirement porte

³⁰⁶⁴ L. FRANÇOIS, « La fiabilité du droit, dite sécurité juridique », in *La Sécurité juridique*, Actes du colloque organisé par la conférence du jeune barreau de Liège, 14 mai 1993, éd. du jeune barreau de Liège, 1993, p. 8-20, spéc. p. 17.

³⁰⁶⁵ Précisément, « il faut que la solution nouvelle s'oppose à une règle de même origine jurisprudentielle, de la même juridiction, et de la même formation ». Elle doit « remettre en cause une pratique constante », V. DELAPORTE, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, sous l'égide de l'Institut des hautes études sur la justice, La Documentation française, 1994, p. 159-170, spéc. p. 163.

³⁰⁶⁶ Le débat s'est déplacé sur l'effet prospectif du revirement, *infra*, n° 800.

³⁰⁶⁷ N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET, LexisNexis, Paris, coll. « Cour de Cassation », 2005.

³⁰⁶⁸ Les autres polémiques portent sur leur caractère rétroactif, sur leur fonction normative ou encore sur leurs justifications. Pour un bref résumé sur ces controverses, voy. P. DEUMIER, *Jurisprudence, Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2017.

³⁰⁶⁹ *Ibidem*.

³⁰⁷⁰ K. LUCAS-ALBERNI, La possible contribution du revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *CDE*, 2007, n° 3-4, p. 479-523, spéc. p. 486 et suiv.

³⁰⁷¹ La Cour lui préfère le terme de « clarification », sa jurisprudence servant « à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et à contribuer de la sorte au respect, par les États, des engagements

immédiatement atteinte à la sécurité juridique en ce qu'il perturbe temporairement le temps jurisprudentiel. Si l'inscription du principe dans la méthodologie du revirement jurisprudentiel a permis à celle-ci de légitimer cette pratique, et de dépasser l'antagonisme traditionnel entre revirement et sécurité juridique³⁰⁷², l'utilisation du principe atteste d'une dénaturation fonctionnelle à double tranchant sur l'effectivité des droits (**Section I**). En dehors du revirement, la Cour doit également affronter les conséquences suscitées par les soubresauts de sa navigation jurisprudentielle qui y sont liés auprès des acteurs conventionnels. Les virtualités interprétatives développées au profit de la protection des droits fondamentaux nuisent à l'effectivité de sa jurisprudence³⁰⁷³, et favorisent le développement de niches d'incohérence et de désunion jurisprudentielles. Opérant des choix méthodologiques aléatoires, sa jurisprudence perd en autorité auprès des juges nationaux. Plus dense, moins lisible, d'apparence plus arbitraire, sa jurisprudence crée d'autres formes de niches d'insécurité juridique jurisprudentielle qui creusent durablement la crise de confiance à son endroit. Ces sources pérennes d'insécurité juridique affectent tant l'effectivité du droit que l'effectivité des droits conventionnels (**Section II**).

SECTION I : LES SOURCES IMMEDIATES D'INSECURITE JURISPRUDENTIELLE

644. Aujourd'hui identifiée comme indissociable au revirement de jurisprudence, la rétroactivité pourtant a prêté le flanc à une vive critique doctrinale pendant près d'un demi-

qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes », CEDH, Plén., 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71, série A. 25, §154 (*JDI*, 1980, 449, obs. P. ROLLAND).

³⁰⁷² K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit & Justice », 2009.

³⁰⁷³ F. SUDRE, L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH*, 2008/76, p. 941-947, spéc. p. 943.

siècle³⁰⁷⁴. Aujourd'hui, cette « *mauvaise presse* »³⁰⁷⁵ paraît presque ubuesque tant il apparaît admis que le revirement et sa rétroactivité soient « *consubstantiels* »³⁰⁷⁶ à la fonction de juger, au point qu'il y aurait « *du paradoxe à se plaindre de la rétroactivité* »³⁰⁷⁷. En dépit de ses défaillances, le revirement s'impose désormais comme un phénomène naturel de l'office judiciaire. Le risque de dévoiement de la règle jurisprudentielle couramment reproché à ce phénomène reste d'ailleurs relativement minime. D'abord, le changement ou le réajustement d'une solution ne sont pas symptomatiques d'une remise en cause intégrale de l'interprétation précédente³⁰⁷⁸. Par ailleurs, la sécurité juridique doit laisser place à la mutabilité du droit « *lorsqu'il s'agit de réaliser une plus grande justice* »³⁰⁷⁹. Le juge doit pouvoir faire évoluer « *son œuvre* » en l'adaptant aux évolutions sociales. Cela étant, « *la recherche d'une meilleure justice, et celle de la sécurité, telles sont les deux nécessités contradictoires qui trouvent leur point d'affrontement dans la question du revirement* »³⁰⁸⁰. L'antagonisme initial laisse place désormais à une « *conciliation* »³⁰⁸¹ entre les deux impératifs, à laquelle la Cour européenne a largement contribué. Désormais, « *la question n'est plus de savoir s'ils sont bons ou*

³⁰⁷⁴ Parmi une doctrine abondante sur l'admissibilité de l'effet rétroactif au revirement de jurisprudence, nous renvoyons principalement aux articles et autres études suivantes : P. ROUBIER, *Le droit transitoire. Les conflits de lois dans le temps*, Dalloz et Sirey, Paris, 2^{ème} éd., 1960 ; I. RORIVE, *Le revirement de jurisprudence. Étude de droit anglais et de droit belge*, Bruylant, Bruxelles, 2003 ; G. DROUOT, *La rétroactivité de la jurisprudence. Recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit civil*, LGDJ, Paris, 2016 ; J. RIVERO, Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle, *AJDA*, 1968, p. 15 ; N. MOLFESSIS, La portée des revirements de jurisprudence, *RTD Civ.*, 1998, p. 210 ; S. AMRANI MEKKI, C. ATIAS, J-L. AUBERT, X. BACHELLIER et M-N. JOBARD-BACHELIER, M-A. FRISON-ROCHE, P. MALINVAUD, F. MELLERAY, J. MONEGER et Y-M. SERINET, À propos de la rétroactivité de la jurisprudence, *RTD Civ.*, 2005, p. 293-328 ; W. DROSS, La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ?, *Dalloz*, 2006, p. 472.

³⁰⁷⁵ T. BONNEAU, Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirements, *Dalloz*, 1995, p. 24.

³⁰⁷⁶ L. BURGOGUE-LARSEN, « De l'art de changer de cap, libres propos sur les nouveaux revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Liberté, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN*. Bruylant, Bruxelles, 2004, Vol. I, p. 335-350.

³⁰⁷⁷ « *Le propre de la justice est de revenir, de retourner en arrière, et donc de rétroagir. Le juge est là même pour cela, c'est ce qu'on lui demande, c'est ce que l'on cherche quand on le saisit, c'est ce que l'on attend de lui : dire quel était le droit, le bon droit, donc dire ce qui aurait dû être fait, qui a été mal fait ou qui n'a pas été fait. C'est sa fonction, c'est sa mission, c'est même son obligation [...] le juge fait ainsi forcément marche arrière* », B. PACTEAU, « Comment aménager la rétroactivité de la justice ? Sécurité juridique, sécurité juridictionnelle, sécurité jurisprudentielle », in B. SEILLER (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Economica, Paris, coll. « Études juridiques », 2007, p.113-125, spé. p. 117.

³⁰⁷⁸ « *La substitution d'une pierre de cet édifice par une autre, la substitution d'un précédent jurisprudentiel par une nouvelle solution ayant vocation à faire jurisprudence, n'ébranle pas pour autant son architecture* » K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 279

³⁰⁷⁹ P. TAVERNIER, *Recherche sur l'application dans le temps des actes et des règles de droit international public (Problème de droit intemporel et de droit transitoire)*, LGDJ, Paris, 1970, p. 308.

³⁰⁸⁰ V. DELAPORTE, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 161.

³⁰⁸¹ K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 397.

détestables », mais de limiter l'impact des revirements sur la sécurité juridique³⁰⁸². C'est par l'admission de la « *précarité naturelle* »³⁰⁸³ de la rétroactivité que le principe de la sécurité juridique s'est mué non plus en « principe-résistant » mais comme un « principe-accompagnateur », et ce afin de temporiser l'insécurité juridique produite par les effets du revirement.

645. Conscient de l'impact négatif suscité par la rétroactivité jurisprudentielle, le juge se montre extrêmement précautionneux avant de changer la trajectoire de son récit jurisprudentiel. La sagesse de sa fonction l'y contraint³⁰⁸⁴, au nom de l'impératif de sécurité juridique³⁰⁸⁵. Cependant, les utilisations diversifiées du principe dans la conduite du revirement l'exposent parallèlement à des risques d'instrumentalisation à des fins de stratégies jurisprudentielles qui ne s'inscrivent pas systématiquement dans un sens progressiste et évolutif. Ces instrumentalisations affecter son rôle de cliquet jurisprudentiel et affectent en conséquence la nature fonctionnelle du principe (**1§**). L'absence de gestion des effets des revirements augmente la toxicité naturelle du revirement sur les sécurités juridiques des parties, en particulier lorsque celui-ci présente un caractère involutif (**2§**).

1§) La dénaturation prétorienne du principe de sécurité juridique dans la régulation des revirements

646. Aux prises avec les critiques récurrentes à l'encontre de sa jurisprudence³⁰⁸⁶, la Cour s'est montrée plus qu'attentive aux invitations de stabilisation et de prévisibilité formulées à son intention. Depuis quelques années, elle a ainsi réalisé des efforts considérables (et remarquables) pour asseoir la clarté et la cohérence de sa jurisprudence, spécifiquement en matière de revirement³⁰⁸⁷. Délaissant dans une moindre mesure sa pratique des revirements

³⁰⁸² C. MOULY, Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles?, *LPA*, n° 331, 1994, p. 15.

³⁰⁸³ P. DEUMIER, « Le revirement de jurisprudence en question », in E. CARPANO (dir.), *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 49-68, spéc. p. 68.

³⁰⁸⁴ « *La jurisprudence, c'est la science des prudents. Elle est la philosophie du droit chez les anglo-saxons. Il faut que l'inévitable revirement soit construit dans le temps : le temps lent des arrêts successifs qui, par touches légères, annoncent le changement. [...] Le temps lent du revirement est celui qui sied le mieux à celui-ci,* » J. MONÉGER, À propos de la rétroactivité de la jurisprudence, *RTD Civ.*, 2005, p. 323.

³⁰⁸⁵ P. SARGOS, Les sept piliers de la sagesse du droit, *JCP G*, 2015, n° 1-2, p. 34-62.

³⁰⁸⁶ P. MALAURIE, Grands arrêts et mauvais arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *LPA*, 2006, n° 166, p. 4. Pour un article global sur les causes, le contenu et le degré de ces critiques, voy. S. LAMBRECHT, "Criticism of the European Convention on Human Rights system: Tracing its origins, contents and degrees", in. E. DUBOUT (dir.), S. TOUZE (dir.), *Refonder les droits de l'homme. Des critiques aux pratiques*, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire », 2019, p. 45-75.

³⁰⁸⁷ Pour plus de détails sur les bienfaits de la pédagogie de la Cour comme remède à l'insécurité des revirements, voy. *supra*, n° 779 et suiv.

« *déguisés* »³⁰⁸⁸, elle fait désormais preuve de transparence en prônant une attitude plus « *assumée* »³⁰⁸⁹ à leur encontre. Dans le même temps, son attitude a encouragé la promotion d'une conciliation certes délicate, mais « *pacifiée* »³⁰⁹⁰ entre le revirement et l'impératif de sécurité juridique au niveau national. Désormais, ce dernier en constitue une « *composante méthodologique d'interprétation* »³⁰⁹¹ à part entière (A).

647. Ce faisant, le principe de sécurité juridique sert d'instrument de « régulation revirementielle ». À ce titre, il constitue une sorte de « cliquet » que le juge ouvre ou ferme en fonction du degré d'impériosité du motif d'intérêt général justifiant le revirement³⁰⁹². La règle du précédent, ainsi que l'interprétation consensuelle, constituent respectivement les clés de fermeture et d'ouverture dudit cliquet dans la jurisprudence européenne. Comme on le sait, la Cour tire profit de ces mécanismes pour asseoir des revirements tantôt évolutifs, tantôt involutifs³⁰⁹³. Par ricochet, les dérives interprétatives associées à ces mécanismes engendrent une instrumentalisation du principe de sécurité juridique. Détourné de sa fonction initiale de sécurisation jurisprudentielle, ce dernier fait désormais l'objet d'une instrumentalisation aléatoirement négative ou positive, selon la finalité poursuivie par le revirement. Il reste donc majoritairement tributaire des intentions de la Cour et de sa politique jurisprudentielle (B).

A- L'introduction du principe dans la motivation du revirement

648. Consécutivement à la consolidation pédagogique des arrêts et décisions de la Cour européenne³⁰⁹⁴, le principe de sécurité juridique se présente comme un double outil de légitimation du revirement (1°) et d'accompagnement de l'évolution jurisprudentielle qui en découle (2°).

³⁰⁸⁸ F. MATSCHER, Quarante ans d'activité de la Cour européenne des droits de l'homme, *RCADI*, 1997, p. 237-298, spéc. 274.

³⁰⁸⁹ K. LUCAS-ALBERNI, « La pratique contemporaine du changement de cap jurisprudentiel par la Cour européenne des droits de l'Homme », in E. CARPANO (dir.), *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 295-318.

³⁰⁹⁰ K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit.

³⁰⁹¹ R. MEDHI, « Pédagogie et sécurité juridique », in L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de l'Union européenne », 2012, p. 67-107, spéc. p. 80.

³⁰⁹² Si certains auteurs voient dans l'exigence de sécurité juridique une sorte de « *cliquet anti-retour* » (F. LUCHAIRE, La sécurité juridique en droit constitutionnel français, *CCC*, 2001, n° 11) cette étude la perçoit plutôt comme un « *cliquet-réversible* » à des fins de refrenement ou d'évolution jurisprudentielles.

³⁰⁹³ F. SUDRE, À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme, *JCP G*, 2001, n° 28, p. 1365.

³⁰⁹⁴ *Infra*, n° 746 et suiv.

1°) Un outil de légitimation du revirement

649. Symbolisant un recours « décomplexé » au revirement dans la jurisprudence européenne (a) le principe de sécurité juridique est utilisé de façon plus réservée par les juges nationaux³⁰⁹⁵ pour légitimer un changement dans leur jurisprudence (b).

a- Une légitimation « décomplexée » dans la jurisprudence européenne

650. Antérieurement, il a été démontré que le principe de la sécurité juridique avait été intégré à la motivation de la Cour européenne lors de l'examen de la conventionnalité des revirements nationaux, et afin de lui permettre d'apprécier la pondération des intérêts en présence avec les exigences du procès équitable³⁰⁹⁶. Cette attitude conciliatrice s'observe également dans sa propre jurisprudence. Dans une célèbre formule – posée généralement en épitaphe de la solution antérieure – la Cour énonce qu'il est en effet dans « *l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité du droit et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motifs valables des précédents* »³⁰⁹⁷. Loin d'être anodine, cette formulation témoigne de l'importance accordée au principe en matière de revirement dans la mesure où il s'intègre dans une démarche conciliatrice entre les exigences de mutabilité et de stabilisation. Dès lors, sa mention confère l'impression d'un contrôle de proportionnalité des plus minutieux vis-à-vis des intérêts antagonistes de sécurité juridique. Le principe incarne alors une solution prétorienne équilibrée entre, d'une part, la nécessaire stabilisation du droit de la Convention et la protection de l'acquis conventionnel et, d'autre part, la mutabilité imposée par le progrès des normes et l'effectivité des droits. Cela conforte ainsi le choix du juge de procéder au revirement en l'espèce³⁰⁹⁸, puisque ce dernier doit déterminer quelle(s) sécurité(s) juridique(s) doit(vent) être préservée(s) ou, au contraire, neutralisée(s). Dans la conduite de ce dialogue introspectif, le

³⁰⁹⁵ Nous précisons que l'analyse des jurisprudences nationales se limitera à celle des juges judiciaires et administratives, excluant celle du Conseil Constitutionnel à défaut de consécration explicite dudit principe dans sa jurisprudence, voy. *supra*, n° 98 et suiv.

³⁰⁹⁶ *Supra*, n° 509 et suiv., spéc. n° 524.

³⁰⁹⁷ CEDH, Gde. Ch., 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, req. n° 46295/99, Rec. 2002-IV, §68.

³⁰⁹⁸ « *La collecte des différents éléments mis en balance donne une idée de la variété des possibles : principe de légalité, stabilité des situations juridiques, prévisibilité du revirement, attente légitime des parties, droit à un recours effectif, droit d'accès au juge, intérêt général, intérêts publics ou privés, impérieux motif d'intérêt général, continuité du service public, respect du droit communautaire, développement de la concurrence sur les marchés des services de télécommunications, incidence pour les finances publiques, droits de la personne humaine, protection du droit d'action en justice pour une atteinte aux droits de la personnalité. Les critères ainsi identifiés [...] rejoignent, les critères utilisés par les différents juges pour caractériser l'impérieux motif d'intérêt général autorisant le législateur à déjouer le temps* », P. DEUMIER, Évolution du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges, *RTD Civ.*, 2007, p. 76.

principe de sécurité juridique sert alors de « gouvernail » visant à mesurer l'opportunité du revirement en l'état actuel de la jurisprudence de la Cour, à la lumière des attentes (et des réprimandes potentielles) des parties et, à la lumière des impératifs de consolidation et de pérennisation jurisprudentielles³⁰⁹⁹. Ainsi, en exposant au grand jour sa motivation, la Cour offre en quelque sorte une « notice explicative » sur la mise en balance opérée en l'espèce entre les intérêts des sécurités juridiques des parties avec la sécurité juridique *in globo*. En somme, c'est bien dans l'intérêt général de la sécurité juridique que la Cour fait le choix de procéder (ou de refuser) à une évolution jurisprudentielle. En légitimant la solution, le principe de sécurité juridique tempère de la sorte la critique récurrente d'un « gouvernement des juges » en renforçant l'autorité et l'acceptabilité de la solution nouvelle par les parties au litige et à la Convention. Assumant également leurs revirements, les juridictions nationales utilisent, avec davantage de parcimonie, le principe de sécurité juridique pour légitimer leurs propres changements jurisprudentiels.

b- Une légitimation encourageante dans les jurisprudences françaises

651. Récemment, la doctrine s'est félicitée de l'acceptation progressive de la Cour de cassation de son pouvoir normatif au profit de revirements de plus en plus explicites³¹⁰⁰. Cette évolution a été vivement incitée par l'obligation conventionnelle de motivation des revirements imposée par la Cour européenne³¹⁰¹. Malgré cela, la juridiction judiciaire se montre encore réticente faire usage du principe pour légitimer un revirement en dehors du contrôle de conventionnalité. Exceptionnellement, la Chambre sociale a justifié un revirement relatif au calcul du *dies a quo* du délai de prescription de certaines conventions réglementées, en raison de l'« exigence de sécurité juridique au regard de l'évolution des droits »³¹⁰². L'application la plus éclatante reste celle du « re-revirement »³¹⁰³, réalisée récemment par la Chambre civile

³⁰⁹⁹ J-P. COSTA, « Le dialogue du juge avec lui-même », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur de Bruno GENEVOIS*, Dalloz, Paris, 2009, p. 209-215, spéc. p. 212

³¹⁰⁰ P. DEUMIER, Quand la Cour de cassation assume ses revirements, *RTD Civ.*, 2018, p. 493 ; C. RADE, La Cour de cassation et la théorie de l'évolution, *Dr. soc.*, 2018, p. 213 ; B. HAFTEL, La Cour de cassation, la cohérence et la sécurité juridique, *Recueil Dalloz*, 2018, p. 541.

³¹⁰¹ L'obligation de motivation est une condition *sine qua non* de la conventionnalité du revirement de jurisprudence nationale par rapport au droit à un procès équitable, conditionnalité qui s'inscrit dans une perspective de responsabilisation accrue des juges nationaux à l'égard de la prévisibilité objective de leurs revirements, *supra*, n° 523.

³¹⁰² Cass. Com., 8 février 2011, n° 10-11.896 (*RTD Civ.*, 2011, p. 493, comm. P. DEUMIER).

³¹⁰³ L. USUMIER et P. DEUMIER, Le re-revirement de jurisprudence, source tumultueuse du droit, *RTD Civ.*, 2018, p. 353.

dans l'affaire *Commisimpex 2*. En l'occurrence l'affaire portait sur le délai des immunités d'exécution pour les biens affectés aux missions diplomatiques des États étrangers³¹⁰⁴. Sa motivation, proche de celle employée par la juridiction strasbourgeoise, mérite d'être retranscrite : « *compte tenu de l'impérieuse nécessité, dans un domaine touchant à la souveraineté des États et à la préservation de leurs représentations diplomatiques, de traiter de manière identique des situations similaires, l'objectif de cohérence et de sécurité juridique impose de revenir à la jurisprudence confortée par la loi nouvelle* ».

652. Moins timoré que son homologue judiciaire, le Conseil d'État a coutume de faire usage du principe dans la régulation des effets de sa jurisprudence, notamment en matière d'annulation des actes administratifs. Depuis l'affaire *KPMG*³¹⁰⁵, le juge administratif se réfère ponctuellement à l'exigence de la sécurité juridique pour appuyer la modulation jurisprudentielle subséquente à un revirement, sans pour autant l'ériger en motif principal³¹⁰⁶. Bien que les juges nationaux semblent favorables à une telle légitimation, aucun d'eux ne semble encore prêt à adopter une attitude aussi « décomplexée » que la Cour européenne sur ses évolutions jurisprudentielles.

2°) Un outil d'accompagnement à l'évolution jurisprudentielle

653. La flexibilité de l'interprétation jurisprudentielle est vitale pour assurer la pérennisation de la règle jurisprudentielle et le bon fonctionnement du système juridique. La jurisprudence ne saurait par conséquent être « *immuable* »³¹⁰⁷. Comme le souligne le Professeur Christian ATIAS, « *l'application du droit interdit de concevoir une jurisprudence figée. La diversité des circonstances et des enseignements qu'elle livre sur la règle, sur ses conséquences justes et justifiées, exclut un tel carcan ; pour l'admettre, il ne faudrait pas même restreindre le pouvoir judiciaire, mais le nier* »³¹⁰⁸. Certains auteurs prônent les bienfaits de l'actualisation

³¹⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 10 janvier 2018, *Commisimpex 2*, n° 1-622.494 (*Dalloz*. 2018, 541, note B. HAFTEL ; *JCP G*, 2018, 157, obs. C. NOURISSAT ; *RTD Civ.*, 2018, 474, obs. P. THERY). Pour une analyse détaillée de cette affaire sous le prisme de la prospectivité et de la gestion des effets du revirements, voy. *infra*, n° 806 et suiv.

³¹⁰⁵ CE, 24 mars 2006, *KPMG et autres*, n° 288460, Rec. Lebon, p. 154 (*GAJA*, 2019, n° 104). Sur cet arrêt, voy. *supra*, n° 110 ; *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, Ass., 18 mai 2018, n° 414583, Rec. p. 187 (*GAJA*, 2019, n° 117).

³¹⁰⁶ « *Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de différer dans le temps, afin de garantir l'exigence de sécurité juridique et le respect du droit au recours, l'application, par le juge, de cette règle de procédure contentieuse, qui n'est applicable qu'aux requêtes introduites après son entrée en vigueur* », CE, 22 février 2017, n° 404007, pt. 5.

³¹⁰⁷ G. VEDEL, « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », in *Mélanges Marcel WALLINE*, LGDJ, Paris, 1974, t. II, p. 777-794, spéc. p. 779.

³¹⁰⁸ C. ATIAS, Nul ne peut prétendre au maintien d'une jurisprudence constante, même s'il a agi avant son abandon, *Recueil Dalloz*, 2000, p. 593.

jurisprudentielle dans la mesure où l'insécurité juridique immédiate vient prévenir, en réalité, une insécurité juridique médiate induite par l'absence de revirement. La sécurité juridique doit s'associer à ce besoin de mutabilité juridique, sous peine de conduire à une « *immobilité mortifère* »³¹⁰⁹. Le réajustement de l'interprétation du juge se révèle donc plus salvateur que la rigidité. Pour preuve, l'abandon de l'ancienne solution démontre justement que « *la solution nouvelle est meilleure que l'ancienne* », ou tout du moins, n'est pas pleinement « *satisfaisante* »³¹¹⁰. Conçue comme « *un mode d'amélioration du droit* »³¹¹¹, l'application rétroactive du revirement sert alors utilement le principe de sécurité juridique.

654. Au demeurant, l'évolution jurisprudentielle est symptomatique d'une vitalité juridictionnelle indispensable à l'adaptabilité de la jurisprudence aux évolutions sociétales. « *Une jurisprudence qui ne se modifie pas est aussi une jurisprudence qui se dessèche [...]. L'interprétation du droit ne peut être invariable. Elle doit s'adapter à l'évolution du monde. Pour se pérenniser et survivre, une jurisprudence doit s'inscrire dans un mouvement constant d'actualisation* »³¹¹². Ceci est d'autant plus primordial à cause du caractère spécifique du droit de la Convention qui, en tant qu' « instrument vivant », impose une interprétation à « *la lumière des conditions de vies actuelles* »³¹¹³. Par conséquent, dans un mécanisme placé sous progrès des normes et la promotion des droits individuels, les juges de la Convention peuvent difficilement s'y soustraire. C'est en ce sens que le juge national refuse de consacrer « *un droit acquis à une jurisprudence constante* » ou « *immuable* » car « *l'évolution relève de l'office du juge dans l'application du droit* »³¹¹⁴. Implicitement, il invoque une sorte de « *droit au revirement* »³¹¹⁵. La formulation, reprise dans l'affaire *UNEDIC*³¹¹⁶, confirme cette position. Ces finalités d'adaptation et de correction juridiques reviennent fatalement à l'office du juge dans le processus de création jurisprudentielle. La perte de sécurisation subjective engendrée

³¹⁰⁹ J. MONEGER, À propos de la rétroactivité de la jurisprudence, *op. cit.*, p. 323.

³¹¹⁰ CEDH, 30 novembre 2010, *S.S. Balikliçesme Beldesi Tarim Kalkinma Kooperatifli et autres c. Turquie*, req. n° 3573/05 et suiv., §28.

³¹¹¹ V. DELAPORTE, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 160. Voy. K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 458.

³¹¹² Y. CHARTIER, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 149-158, spéc. p. 150.

³¹¹³ CEDH, Ch., 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, série A. 26, req. n° 5856/72, §31 (*JDI*, 1980, 457, obs. P. ROLLAND) ; K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 308 et suiv.

³¹¹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 21 mars 2000, n° 98-11.982 (*Dalloz*, 2000, 593, note C. ATIAS ; *RTD Civ.*, 2000, 666, obs. N. MOLFESSIS) ; Cass. soc., 22 septembre 2010, n° 09-40.968.

³¹¹⁵ C. ATIAS, Nul ne peut prétendre au maintien d'une jurisprudence constante, même s'il a agi avant son abandon, *op. cit.*, p. 593.

³¹¹⁶ CEDH, 18 décembre 2008, *Unedic c. France*, req. n° 20153/04, §74 (*JCP G*, 2009, I 143, obs. F. SUDRE).

par la rétroactivité jurisprudentielle ne peut décevantement arrêter une mutabilité salutaire sur la sécurité juridique globale de la jurisprudence européenne³¹¹⁷.

655. Évidemment, l'introduction du principe dans la méthodologie du revirement ne peut gommer l'antagonisme notoire caractérisant la relation « rétroactivité-sécurité juridique », car l'insécurité juridique est insécable au revirement jurisprudentiel. *Nonobstant* sa dangerosité, la rétroactivité doit être relativisée compte tenu de son caractère exceptionnel et de la variabilité de ses effets, qui ne sont pas tous associés, de manière systématique, à un revirement³¹¹⁸. En outre, elle présente des effets positifs sur la pérennisation de la règle jurisprudentielle en lui permettant d'évoluer, ce qui est source d'effectivité et de fiabilité juridique et, en toute logique, de sécurité juridique *in globo*. Son utilisation ouvre donc la voie vers une conciliation apaisée en prouvant que l'impératif de stabilisation s'accommode volontiers avec la pratique du revirement.

656. Précédemment, il a été démontré que l'utilisation du principe pouvait glisser sur le terrain de la diplomatie jurisprudentielle à l'égard des juridictions nationales³¹¹⁹. Ce constat s'applique également dans la conduite des revirements strasbourgeois. Le remplacement du principe en tant qu'instrument essentiel dans la conduite du revirement l'expose à une instrumentalisation prétorienne qui dénature sa fonction originelle de sécurisation jurisprudentielle. Le principe de sécurité juridique se métamorphose alors par la parole du juge en outil de « *discrétionnarité* »³¹²⁰.

³¹¹⁷ « C'est celle du droit subjectif qui ne peut avoir pour objet le maintien d'un certain état du droit. Les justiciables ne sont titulaires d'aucun droit à être jugés selon une certaine norme. Ils ne peuvent prétendre ni à l'égalité avec ceux qui ont eu la chance d'obtenir plus rapidement un jugement, ni à la légalité reconnue au moment où ils agissaient, et qu'ils ont respecté, ni à la prévisibilité des conséquences juridiques de leur action », C. ATIAS, Les paradoxes de l'office du juge et de la sécurité juridique, *Recueil Dalloz*, 2003, p. 513.

³¹¹⁸ La rétroactivité n'emporte pas le même effet selon que le juge préserve la sécurité juridique des situations passées (l'hypothèse d'une rétroactivité « *tempérée* » ou « *ordinaire* ») ou décide de remettre l'ensemble des situations passées avant l'énoncé de sa jurisprudence, y compris celles qui ont fait l'objet d'une décision définitive (hypothèse d'une rétroactivité « *absolue* »), voy. F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'ombre de *Marckx*, pour un débat renouvelé sur les effets dans le temps des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'homme dans la société internationale. Mélanges en l'honneur du Professeur Paul TAVERNIER*, Bruylant, Bruxelles 2013, p. 1089-1118, spéc. p. 1092). Au surplus, certains écrits relèvent une déconnexion ponctuelle entre revirement et rétroactivité qui donnerait lieu à d'une distinction entre les « vrais » revirements rétroactifs et les revirements non rétroactifs, voy. P. FLEURY-LEGROS, « Les techniques d'application de la loi et de la jurisprudence dans le temps, : unité ou diversité ?, in P. FLEURY-LEGROS (dir.), *Le temps et le droit*, Actes du colloque des 4 et 15 mai 2008, LexisNexis, Paris, 2009, p. 35-42, spéc. p. 40-41 ; K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 35-341. Pour une analyse approfondie des revirements « blancs », voy. *infra*, n° 781.

³¹¹⁹ *Supra*, n° 511.

³¹²⁰ J. BOULOUIS, R-M. CHEVALLIER, *Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes. Caractères généraux du droit communautaire, droit institutionnel, contrôle juridictionnel*, Dalloz, Paris, 1994, 6^{ème} éd., t. I, p. 76.

B- L' « instrumentalisation » du principe dans l'application du revirement

657. Musicalement, l'instrumentalisation se comprend comme le détournement de quelque chose de son orientation originale pour servir les fins de celui qui instrumentalise³¹²¹. Ceci explique que ce terme jouisse d'une connotation négative. En effet, les commentateurs en font habituellement mention pour dénoncer certaines pratiques jurisprudentielles menées par la Cour³¹²². Toutefois, si le détournement est caractéristique du pouvoir discrétionnaire du juge, cela ne signifie pas pour autant que ce phénomène emporte des conséquences systématiquement négatives, puisque ses effets restent tributaires de la volonté de celui qui en est à l'origine. Cette intuition est confortée par sa proximité définitionnelle avec le terme « utilisation », qui recoupe à la fois une dimension neutre – en ce qu'il s'agit simplement de « *faire usage de* » – et une dimension subjective – en ce qu'il signifie « *tirer profit de* » –, la frontière entre les deux dimensions variant *in fine* selon le l'intention de l'utilisateur³¹²³. L'histoire jurisprudentielle de la Cour met en lumière une instrumentalisation bivalente, qui peut se révéler tant positive que négative selon l'impact produit sur l'effectivité de la protection conventionnelle. Pour preuve, certains revirements ont pu amener la Cour à procéder tantôt à des interprétations évolutives, tantôt à interprétations restrictives, voire involutives³¹²⁴. Le germe de l'insécurité juridique prend racine dans l'instrumentalisation à la fois des mécanismes (1°) et des motifs (2°) du revirement.

1°) L'usage discrétionnaire des instruments du revirement

658. Les instrumentalisations prétoriennes des mécanismes d'encadrement du revirement – la règle du précédent (a) et l'interprétation consensuelle (b) – altèrent sa fonction de régulateur jurisprudentielle. Cela fragilise par ricochet le niveau de sécurisation de sa jurisprudence.

³¹²¹ *Dictionnaire Poche Larousse*, Larousse, Paris, 2019, éd., 2020, p. 433. Il s'agit de « *jouer une partition* ».

³¹²² F. SUDRE, La mystification du « consensus » européen, *JCP G*, 2015, n° 50, doct. 1369 ; *contra*, voy. V. GOESEL-LE BIHAN, « Le consensus européen : une tentative de démystification », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 277-285.

³¹²³ *Dictionnaire Poche Larousse*, *op. cit.*, p. 850.

³¹²⁴ F. SUDRE, « Le recadrage de l'office du juge européen », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant-Némésis, Bruxelles, 2014, p. 239-264.

a- La manipulation de la règle du précédent

659. En droit anglais, la règle du précédent se définit littéralement comme « *rester sur sa décision et ne pas déranger ce qui est établi* »³¹²⁵. Appelée également règle du *stare decisis*, elle désigne toute décision juridictionnelle qui fait figure d'autorité en raison de sa force obligatoire et à laquelle le juge est tenu au respect. Suivant l'exemple de nombreuses juridictions, la Cour européenne est passée maître dans l'art du précédent et de la pratique de l'autoréférence³¹²⁶. Spécifiquement, dans l'hypothèse du revirement, la règle du précédent est liée à l'impératif de sécurité juridique puisque c'est dans « *l'intérêt de la sécurité juridique qu'elle ne doit pas s'écarter de ses précédents* »³¹²⁷. Le précédent a donc vocation à maintenir la fermeture du « cliquet » formé par l'impératif de sécurité juridique et donc à protéger la sécurité jurisprudentielle (i). Cependant, les diverses « manipulations » pratiquées par la Cour conduisent à affaiblir la fonctionnalité initiale du principe, ouvrant la voie à une « désécurisation » jurisprudentielle causée par la prévisibilité artificielle créée par l'instrumentalisation du précédent (ii).

i- Un usage initialement vecteur de sécurisation jurisprudentielle

660. Comme l'explique le Professeur Frédéric ROUVIERE, « *le juge ou le législateur sont politiquement libres de décider du contenu du droit, une fois ce contenu arrêté ils s'imposent à eux en vertu de la règle du précédent [...]. En respectant ses propres décisions dans les cas semblables, les décisions futures sont régulées et artificiellement rendues prévisibles (c'est la fameuse sécurité juridique)* »³¹²⁸. Nul doute que les finalités poursuivies par la règle du *stare decisis* sont indissociables de celles poursuivies par le principe de la sécurité juridique³¹²⁹. En effet, la règle du précédent est synonyme de cohérence, de pérennisation et de stabilité jurisprudentielles. Selon la métaphore de Ronald DWORKIN, la jurisprudence se présente comme un « *roman écrit à la chaîne* », dont le précédent serait le fil conducteur qui assure la

³¹²⁵ R. SEFTON-GREEN, A. GUIGUE, Introduction Générale au système juridique, Royaume-Uni : Angleterre et Pays de Galles, *Juris.*, 2015, n° 10.

³¹²⁶ Pour une étude récente, voy. A. PALANCO, *Le précédent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse dactyl., Université de Montpellier, 2017.

³¹²⁷ CEDH, Gde Ch., 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, req. n° 27238/95, Rec. 2001-I, §70 (GACEDH, 2019, n° 48).

³¹²⁸ F. ROUVIERE, La Cour de cassation doit-elle avouer ses motifs politiques?, *RTD Civ.*, 2018, p. 526.

³¹²⁹ La règle du précédent « *ne peut se comprendre sans opérer un lien avec la sécurité juridique qui doit garantir la garantie collective des droits de l'homme* », *ibid.*, p. 73.

« *cohérence narrative* » de celui-ci³¹³⁰. Chaque juge est donc impliqué et lié par la construction narrative de ses prédécesseurs. Le recours au précédent consolide la jurisprudence en édulcorant toute altération de sa fiabilité et les risques de disparités juridiques entre les juges de la Convention³¹³¹. En outre, il tempère l'effet de surprise du revirement en incorporant un seuil minimum de prévisibilité juridique pour les parties³¹³². En ce sens, la règle du précédent présente une utilité pédagogique en accroissant la force persuasive attachée aux arrêts et décisions de la Cour. Comme le souligne une étude, le précédent constitue « *un acte de justification du revirement* » nécessaire à l'acceptabilité psychologique des parties³¹³³. Pour exemple, « *une jurisprudence bien établie* » légitime le choix du juge de ne pas s'écarter de sa ligne jurisprudentielle relative à l'applicabilité de l'article 6§1 pour les magistrats³¹³⁴, ou de maintenir la qualification d'une assignation à résidence comme privation de liberté au titre de l'article 5§1³¹³⁵.

661. Comme on le sait, la règle du précédent est l'objet de « manipulations » par la Cour européenne, qui l'utilise à des fins de « *stratégies jurisprudentielles* »³¹³⁶. La manipulation du précédent provoque, par ricochet, une instrumentalisation indirecte du principe de sécurité juridique.

ii- Un usage ambivalent vecteur de « désécurisation » jurisprudentielle

662. La création ou la négation du précédent par le juge écarte artificiellement la sécurité juridique de la norme jurisprudentielle afin de lui permettre de procéder au revirement. Le principe n'assure plus sa fonction naturelle de sécurisation jurisprudentielle car il protège une prévisibilité jurisprudentielle « faussée ». Dans cette optique, cette manipulation conduit à deux types d'instrumentalisation. Dans l'hypothèse d'une instrumentalisation positive, le juge

³¹³⁰ R. DWORKIN, *La chaîne du droit, Droit et société*, 1985, p. 51-79, spéc. p. 53.

³¹³¹ K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 67-73.

³¹³² D. SZYMCZAK, « La manipulation de ses propres précédents par la Cour européenne des droits de l'homme », in F. HOURQUEBIE (dir.), M-C. PONTTHOREAU, *La motivation des décisions des cours suprêmes et des cours constitutionnelles*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 61-85, spéc. p. 69.

³¹³³ « *Un tel exercice de conviction passe de toute évidence par une motivation des décisions de la Cour qui [...] soit suffisamment cohérente pour susciter une approbation minimale : de l'État condamné qui acceptera, nolens volens, d'exécuter l'arrêt ; du requérant qui, pour peu que la décision lui soit défavorable, sera de la sorte préserver d'un sentiment d'iniquité ou de déni de justice* », *ibid.*, p. 62.

³¹³⁴ CEDH, Gde. Ch., 23 juin 2016, *Baka c. Hongrie*, req. n° 20261/12, §104.

³¹³⁵ CEDH, Gde. Ch., 5 juillet 2016, *Buzadji c. République de Moldova*, req. n° 26755/07, §§103-105.

³¹³⁶ D. SZYMCZAK, « La manipulation de ses propres précédents par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 65 et suiv.

« crée » artificiellement un précédent insuffisamment « bien établi » ou inexistant pour justifier un revirement de jurisprudence. La pratique de l'autoréférence sert alors à camoufler une situation d'insécurité juridique causée par un précédent arbitraire et subjectif, mais qui, au final, se révèle bénéfique pour la protection des droits conventionnels³¹³⁷. C'est le cas dans l'affaire *Borgers* dans laquelle la Cour « dévalue » le *precedent in case* de l'affaire *Delcourt* afin de consacrer la théorie des apparences³¹³⁸. Parfois, cette pratique occasionne des raccords prétoriens incohérents par le biais de l'analogie³¹³⁹. La mention *mutadis mutandis* du « précédent » *Engel contre Pays Bas*³¹⁴⁰ aux paragraphes 48 à 50 de l'affaire *Oztürk contre R.F.A.*, en est une illustration significative. En l'espèce, le juge fait application des critères « Engel » relatifs à des infractions disciplinaires imputables aux militaires, pour conclure que la contravention administrative relève de la matière pénale, étendant ainsi le champ d'applicabilité de l'article 6§1³¹⁴¹. Pareillement, dans les affaires *Dudgeon* et *Norris*, la Cour avait reconnu la qualité de « victime potentielle » à des homosexuels en raison de l'existence de lois prévoyant des sanctions pénales pour des actes sexuels consentis entre personnes de même sexe. En particulier, elle s'appuyait sur le fait que « le choix qui s'offrait à eux était soit de s'abstenir du comportement interdit, soit de s'exposer à des poursuites, alors même que ces lois n'étaient presque jamais appliquées »³¹⁴². La Cour fait une application *mutatis mutandis* de cette jurisprudence dans des affaires sensiblement disparates comme en matière de déclaration de soupçons à la charge des avocats en matière de blanchiment d'argent³¹⁴³ ou encore dans le domaine de la liberté religieuse dans une affaire célèbre afférente au port du voile dans l'espace public³¹⁴⁴. Malgré des disparités évidentes entre les espèces, ces instrumentalisation sont compréhensibles dans la mesure où elles renforcent la protection des

³¹³⁷ Dans ce cas, la Cour pratique soit une « sur-valorisation » soit une « sous-valorisation » de la valeur de son précédent, *ibid.*, p. 76-80.

³¹³⁸ CEDH, Ch., 17 janvier 1970, *Delcourt c. Belgique*, req. n° 2689/65, série A. 11, §31 ; CEDH, Plén., 30 octobre 1991, *Borgers c. Belgique*, req. n° 12005/86, série A. 214-B, §§24-29 (*GACEDH*, 2019, n° 30). Sur cette critique, lire l'opinion du juge MARTENS dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt *Borgers*, ainsi que D. SZYMCZAK, « La manipulation de ses propres précédents par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 80.

³¹³⁹ A. PALANCO, *Le précédent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 326 et suiv.

³¹⁴⁰ CEDH, Plén., 8 juin 1976, *Engel c. Pays-Bas*, req. n° 5100/71, série A. 22 (*GACEDH*, 2019, n° 3).

³¹⁴¹ CEDH, Plén., 21 février 1984, *Öztürk c. Allemagne*, req. n° 8544/79, §§48-49. Voy. l'opinion dissidente du juge MATSCHER jointe à l'arrêt.

³¹⁴² CEDH, Plén., 26 octobre 1988, *Norris c. Irlande*, req. n° 8225/78, série A. 142 ; CEDH, Ch., 24 février 1983, *Dudgeon c. Royaume-Uni (satisfaction équitable)*, req. n° 7525/76, série A. 47, §§11-14.

³¹⁴³ CEDH, 6 décembre 2012, *Michaud c. France*, req. n° 2323/11, Rec. 2012-VI, §52.

³¹⁴⁴ CEDH, Gde. Ch., 1^{er} juillet 2014, *S.A.S c. France*, req. n° 43835/11, Rec. 2014-III, §57.

droits conventionnels, en permettant au juge d'intensifier son contrôle sur le fond ou d'étendre le champ de sa compétence *ratione personae* ou d'une disposition conventionnelle.

663. De façon plus préoccupante, la règle du précédent sert à légitimer de temps à autre un revirement régressif. Le principe de sécurité juridique crée une prévisibilité jurisprudentielle artificielle qui porte atteinte à l'effectivité des droits. Il œuvre donc à une instrumentalisation négative. Alors qu'elle avait procédé à une construction jurisprudentielle audacieuse pour le droit à un environnement sain en matière de pollutions environnementales³¹⁴⁵, s'écartant de l'approche restrictive de l'arrêt *Powell et Rayner*³¹⁴⁶, la Cour met un frein à sa dynamique jurisprudentielle dans l'affaire *Hatton contre Royaume-Uni*³¹⁴⁷. En revenant à sa logique précédemment établie dans l'affaire *Powell*, la Cour « *semble s'écarter de cette évolution [...] et même conduire à une régression* »³¹⁴⁸. La liberté personnelle des individus – protégée au titre de l'article 5§1 – amorce depuis quelque temps un tournant régressif notamment sur les détentions sans inculpation des forces de police lors de manifestations de masse, portée par les affaires *Austin et autres contre Royaume-Uni*³¹⁴⁹ et *S., V. et A. contre Danemark*³¹⁵⁰. Pour l'arrêt danois, la Cour procède à une clarification en deux temps. Premièrement, elle rappelle la nécessité de procéder à interprétation stricte dans l'appréciation de la régularité de la détention pour éviter toute privation arbitraire contraire à la prééminence du droit³¹⁵¹, ce qui cadre avec le respect du « *principe général de la sécurité juridique* »³¹⁵² et les préceptes de sa jurisprudence relative aux détentions³¹⁵³. Deuxièmement, la clarification appuie un infléchissement jurisprudentiel – donnant lieu à une sorte de clarification négative – pour admettre qu'une détention préventive de supporters de football suspectés de hooliganisme, pendant huit heures, et en dehors du cadre de la procédure pénale, est conforme à l'article 5§1. Certes, cette solution

³¹⁴⁵ On notera notamment CEDH, Ch., 9 décembre 1994, *López Ostra c. Espagne*, req. n° 16798/90, série A. 303-C (*GACEDH*, 2019, n° 3) (nuisances causées par une station d'épuration proches des habitations civiles), et CEDH, Gde. Ch., 19 février 1998, *Guerra et autres c. Italie*, req. n° 14967/89 (émissions d'émanations toxiques par une usine chimique sur le voisinage).

³¹⁴⁶ CEDH, 21, février 1990, *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, req. n° 9310/81, série A. 172, §§40-46.

³¹⁴⁷ CEDH, Gde Ch., 8 juillet 2003, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 36022/97, Rec. 2003-VIII, §§122-130.

³¹⁴⁸ Voy. l'opinion dissidente commune aux juges COSTA, RESS, TÜRMEEN, ZUPANČIČ et STEINER, jointe à l'arrêt, CEDH, Gde Ch., 8 juillet 2003, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, pt. 5.

³¹⁴⁹ CEDH, Gde. Ch., 15 mars 2012, *Austin et autres c. Royaume-Uni*, Rec. 2012-II, req. n° 39692/09, 40713/09 et 41008/09 (*JCP G*, 2012, n° 15, 455, obs. F. SUDRE) (conventionnalité de la pratique du confinement pratiquée par les forces de police contre des manifestants pacifiques pendant plusieurs heures).

³¹⁵⁰ CEDH, Gde., Ch., 22 octobre 2018, *S., V. et A. c. Danemark*, req. n° 35553/12, 36678/12 et 36711/12.

³¹⁵¹ *Ibid.*, §§73-76.

³¹⁵² CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, §§50-52.

³¹⁵³ Le risque maximal d'arbitraire légitime en principe une sécurisation *a maxima* du droit objectif, voy. *supra*, n° 448.

s'inscrit dans le précédent de l'affaire *Austin*, qui traduit également un assouplissement jurisprudentiel pour ce type de contentieux. Toutefois, l'usage des « nouveaux » précédents³¹⁵⁴, au détriment des arrêts de principe énoncés dans la première clarification, remet en cause une « *jurisprudence bien établie* »³¹⁵⁵ qui était davantage protectrice sur le plan de l'effectivité des droits.

664. À l'évidence, si le juge a « *coutume de suivre les précédents dans l'intérêt de la sécurité juridique et du développement de sa jurisprudence* », ce dernier ne s'en trouve pas lié de manière indéfectible³¹⁵⁶. Dans une certaine mesure, cette souplesse se justifie dans la mesure où sa jurisprudence a vocation de ne donner aux juges nationaux qu'« *une orientation de la norme conventionnelle* »³¹⁵⁷. Quoi qu'il en soit, les manipulations de la règle du précédent portent atteinte à la sécurité juridique dans la mesure où elle crée une prévisibilité juridique factice causée par l'activation d'un revirement et/ou l'insertion d'une incohérence dans la jurisprudence. Certes, le temps jurisprudentiel est, par principe, un temps naturellement créé par le juge. La réalisation du principe de sécurité juridique dépendra alors pour beaucoup de la manière dont le juge tente de « *maîtriser le temps [...] et de le soumettre au type d'ordonnement social qu'il prétend imposer* »³¹⁵⁸. En conséquence, le principe est naturellement détourné de son idéal de sécurisation, si tant est que l'on se place dans une vision linéaire de cet idéal³¹⁵⁹. Toutefois, même en acceptant une prévisibilité artificielle de la jurisprudence, il n'empêche que le principe sert, dans cette hypothèse, des intérêts stratégiques qui affectent sa finalité initiale de sécurisation et de protection de l'effectivité du droit de la Convention. Pour le dire autrement, si la sécurité juridique sert de multiples temporalités, il n'en reste pas moins un impératif nécessaire à toute construction jurisprudentielle. Si les instrumentalisation positives sont nécessaires et légitimes, les instrumentalisation négatives sont répréhensibles, car la « désécurisation » opérée œuvre à un revirement régressif œuvre à une synergie négative entre insécurité juridique et ineffectivité du droit et des droits conventionnels. Si la règle du précédent influe la fermeture du « cliquet sécurité juridique »,

³¹⁵⁴ *Ibid.*, §§98-137.

³¹⁵⁵ Opinion en partie dissidente commune aux juges GAETANO et WOJTYCZEK jointe à l'arrêt CEDH, Gde., Ch., 22 octobre 2018, *S., V. et A. c. Danemark*, *op. cit.* pts. 10-11.

³¹⁵⁶ CEDH, Plén., 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, req. n° 10843/84, série A. 184, §35.

³¹⁵⁷ F. SUDRE avec la collaboration de L. MILANO, H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, coll. « Droits fondamentaux », 2019, 14^{ème} éd., p. 403 et suiv.

³¹⁵⁸ C'est ainsi de ce temps jurisprudentiel que naît une sécurité juridique à la temporalité plurielle, voy. en ce sens, F. TULKENS, La sécurité juridique, un idéal à reconsidérer, *RIEJ*, 1990, n° 24, p. 25-42 p. 36.

³¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 35.

l'interprétation consensuelle influe sur son ouverture, s'inscrivant dans la dialectique entre mutabilité et stabilité de la norme jurisprudentielle.

b- La manipulation de l'interprétation consensuelle

665. Souvent, la stabilité doit céder le pas au besoin de mutabilité. Le principe de la sécurité juridique va alors s'écarter pour accompagner les revirements réalisés au gré des fluctuations de l'interprétation consensuelle en rompant temporairement avec la sécurité de la norme jurisprudentielle (i). Cependant, la négation d'un consensus favorise aussi le maintien d'une l'interprétation jurisprudentielle, la sécurité étant dans cette hypothèse préservée au détriment d'une évolution réelle des droits fondamentaux (ii).

i- Une interprétation majoritairement vectrice de « désécurisation » jurisprudentielle

666. Déterminant l'ampleur de la marge nationale d'appréciation dans le contrôle de proportionnalité³¹⁶⁰, le dénominateur commun se caractérise par l'existence d'un « *consensus européen* »³¹⁶¹ qui regroupe « *l'ensemble du contenu des règles et des principes accepté par une grande majorité des États* »³¹⁶². Constituant le cœur de son interprétation consensuelle, son existence exerce un « effet levier » qui brise le verrou posé par le principe sécurité juridique qui fait *naturellement* « *obstacle à toute réforme ou amélioration* »³¹⁶³. Si le consensus est correctement établi (et vérifiable), le principe s'efface dès lors dans l'immédiat pour accompagner le revirement³¹⁶⁴. L'entorse n'est donc que temporaire, puisque la nouvelle

³¹⁶⁰ « Pour déterminer la portée de la marge nationale d'appréciation à accorder à l'État défendeur, l'existence ou l'absence de consensus au niveau européen peut aussi constituer un facteur pertinent », CEDH, Ch., 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, req. n° 8777/79, série A. 87, §40 (RTDH, 1998, 781, note J. SACE) ; pour un exemple récent, CEDH, Gde. Ch., 24 janvier 2017, *Khamtokhu et Aksenchik c. Russie*, req. n° 0367/08 et 961/11, §79.

³¹⁶¹ Par « consensus », la Cour entend également « *communauté de vue* », CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §61 (GACEDH, 2019, n° 51).

³¹⁶² CEDH, Gde. Ch., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara*, req. n° 34503/97, §76 (GACEDH, 2019, n° 64).

³¹⁶³ CEDH, Gde. Ch., 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, req. n° 46295/99, Rec. 2002-IV, §68.

³¹⁶⁴ Pour un exemple de consensus négatif, voy. spécifiquement CEDH, Gde. Ch., 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, req. n° 37359/09, Rec. 2014-IV, §§69-75 (JCP G, 2014, act. 971, A. SCHAHMANECHE ; RTDH, 2015, p. 463, note C-A. CHASSIN) sur le refus de consacrer le mariage entre personnes de même sexe). Pour quelques exemples de consensus positif : CEDH, Gde. Ch., 7 juillet 2011, *Bayatyan c. Turquie*, req. n° 23459/03, §§103-111 (consécration du droit à l'objection de conscience dans le cadre de l'article 9) CEDH, Gde. Ch., 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, req. n° 18030/11, §§138-156 (RTDH, 2017, 623, note. H. SURREL) (reconnaissance d'un droit individuel d'accès aux informations détenues par l'État au titre de l'article 10) ; CEDH, Gde. Ch., 18 janvier 2018, *Fédération Nationale des associations et des syndicats de sportifs (FNASS) et autres*

solution est porteuse de sécurisation juridique pour l'avenir grâce à l'actualisation opérée qui pérennise la norme jurisprudentielle. De plus, la mention du principe renforce l'acceptabilité de ladite solution dans l'esprit des parties *in casu*. Jouant un rôle discursif, l'atteinte temporaire à la stabilité juridique est justifiée par le progrès des normes (interprétation dynamique et évolutive) et par l'acceptation commune du consensus par les Hautes Parties contractantes (interprétation consensuelle). Son respect est donc intrinsèquement conditionné par la détermination du dénominateur commun, et, en conséquent, par son instrumentalisation.

667. Dans les nombreux écrits consacrés à cette thématique, il est communément admis que la recherche du consensus fasse fréquemment l'objet de « *manipulations* » à des fins de stratégies prétorienne, dénaturant tant son contenu quantitatif que qualitatif³¹⁶⁵. Selon certains, les « *caprices* »³¹⁶⁶ du juge influent négativement sur « l'effet levier » mentionné précédemment en brouillant la nécessité de cette réorientation jurisprudentielle. Comme pour le précédent, les manipulations du consensus engendrent une double instrumentalisation du principe de sécurité juridique selon l'impact qu'elles occasionnent sur l'effectivité de la jurisprudence et des droits fondamentaux.

668. L'instrumentalisation positive puise son origine dans la neutralisation volontaire d'un consensus existant par la Cour afin d'imposer une évolution jurisprudentielle. C'est ainsi qu'elle a pu considérer de manière discrétionnaire qu'une convergence de vue, composée seulement de quelques États parties, suffisait à caractériser l'existence d'un consensus et appuyer un revirement³¹⁶⁷. Cette neutralisation se manifeste également par le contournement plus ou moins habile du juge de l'absence de consensus dans l'affaire *Mennesson contre France* à des fins de reconnaissance juridique du lien de filiation liant l'enfant né d'une

c. France, req. n° 48151/11 et 77769/13, §§178-184 (conventionnalité des contrôles inopinés en matière de lutte contre le dopage avec le respect au droit de la vie privée).

³¹⁶⁵ F. SUDRE, La mystification du « consensus » européen, *op. cit.* Pour d'autres travaux relatifs à l'interprétation consensuelle de la Cour, voy. V. CLAUDE, *L'interprétation consensuelle de la Convention européenne des droits de l'homme*, mémoire DEA, IDEDH, 1998, 1998 ; G. GONZALEZ, « Le jeu de l'interprétation consensuelle », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la CEDH*, Némésis-Anthémis, coll. « Droit & Justice », n° 108, 2014, p.117-140 ; B. PASTRE-BELDA, Et si la Cour EDH renonçait à l'interprétation consensuelle ?, *RTDH*, 2015/101, p. 89-113 ; G. GONZALEZ (dir.), « Les sources internationales dans la jurisprudence de la CEDH », *Cahiers de l'IDEDH*, n° 11, 2007, p. 307-466.

³¹⁶⁶ Expression empruntée à P. MARTENS, Les désarrois du juge national face aux caprices du consensus européen, in *Dialogues entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, 2008, p. 56-67, disponible en ligne : [https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2008_FRA.pdf].

³¹⁶⁷ En matière de reconnaissance de reconversion sexuelle, CEDH, Gde. Ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, Rec. 2002-VI (*GACEDH*, 2019, n° 46) ; en matière de criminalisation de la négation du génocide, CEDH, Gde. Ch., 15 octobre 2015, *Perinçek c. Suisse*, req. n° 27510/08, Rec. 2015-VI (*JCP G*, act., 1179, G. GONZALEZ).

gestation pour autrui vis-à-vis de son père biologique³¹⁶⁸. Cette stratégie fragilise la sécurité juridique de l'État partie, qui n'a pu valablement prévoir un tel revirement faute de consensus. Le « forçage » strasbourgeois est poussé à son comble puisque l'État défendeur se retrouve d'une part, dépossédé de sa marge d'appréciation³¹⁶⁹ et, d'autre part, contraint de se conformer à une obligation inédite, contrevenant à la notion même de consensus et des limites fixées par la Convention³¹⁷⁰. Deuxièmement, cette instrumentalisation résulte d'une fabrication prétorienne d'un consensus de « substitution » ou « *potentiel* »³¹⁷¹ en s'appuyant à une « *tendance* » européenne et/ou internationale. Topique de cette pratique, la Cour a procédé à une « globalisation » des sources pour consacrer la reconnaissance du volet négatif de la liberté syndicale dans le retentissant arrêt *Demir et Baykara*³¹⁷². L'atteinte à la sécurité juridique se révèle moindre lorsque les sources sont clairement exposées par la Cour comme dans l'affaire susmentionnée. En revanche, l'insécurité juridique est à son zénith lorsque cet énoncé se fait plus obscur³¹⁷³.

ii- Une interprétation ponctuellement refreinée à des fins de sécurisation jurisprudentielle

669. À l'inverse, l'opération de « *trans* »³¹⁷⁴ refreine une interprétation évolutive en raison d'un consensus insuffisant alors même que celui-ci apparaît au contraire bien ancré dans les

³¹⁶⁸ CEDH, 26 juin 2014, *Mennensson c. Italie*, req. n° 65192/11, §§77-86 (*GACEDH*, 2019, n° 45). Seuls 11 États sur 35 autorisaient ou toléraient la pratique de la gestion pour autrui, voy. F. SUDRE, La mystification du « consensus » européen, *JCP G*, 2015, n° 50, doct. 1369. Cette instrumentalisation a pourtant été entérinée par la Cour, CEDH, 4 janvier 2016, *Mandet c. France*, req. n° 30955/12, §52.

³¹⁶⁹ CEDH, Gde. Ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, Rec. 2002-VI, §98 (*GACEDH*, 2019, n° 46).

³¹⁷⁰ C'est l'argument principal des juges dissidents dans l'affaire *Scoppola* qui dénoncent une interprétation évolutive à des fins de réécriture de l'article 7§2 en faveur de la rétroactivité *in mitius*, CEDH, Gde. Ch., 17 septembre 2009, *Scoppola c. Italie (n° 2)*, req. n° 10249/03, opinion en partie dissidente du juge NICOLAOU, à laquelle se rallient les juges BRATZA, LORENZEN, JOČIENE, VILLIGER et SAJÓ. Pour plus d'approfondissement sur cet arrêt, voy. *supra*, n° 508.

³¹⁷¹ F. SUDRE avec la collaboration de L. MILANO, H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 225-228. En plus d'une « *tendance* » (CEDH, Gde. Ch., 7 novembre 2013, *Vallianatos et al. c. Grèce*, req. n° 29381/09 et 32684/09, §91), la Cour fait mention d'un « *degré croissant de consensus* » (CEDH, Gde. Ch., 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, req. n° 18030/11, §125 (*RTDH*, 2017, 623, note. H. SURREL).

³¹⁷² CEDH, Gde. Ch., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n° 34503/97, §§76-85 (*GACEDH*, 2019, n° 64).

³¹⁷³ Pour exemple, CEDH, Gde. Ch., 10 mars 2015, *Y.Y. c. Turquie*, Rec. 2015-I, req. n° 14793/08, §97 (*JCP G*, 2015-21, act. 336, A. SCHAHMANECHE).

³¹⁷⁴ F. SUDRE, La mystification du « consensus » européen, *op. cit.*

ordres juridiques nationaux et internationaux. Dans l'arrêt *Naït-Liman contre Suisse*³¹⁷⁵, le juge fait état d'un consensus de « *densité [...] peu suffisante* » sur la compétence universelle des juridictions civiles à des fins de réparation des actes de torture³¹⁷⁶. En effet, il considère qu'il n'existe aucun consensus international et européen en matière de prohibition de la torture, ouvrant droit à un for de réparation pour de tels actes³¹⁷⁷, en dépit d'éléments tangibles quant à l'existence d'une norme de *jus cogens*³¹⁷⁸. Elle en vient à nier concomitamment la formation d'un consensus, alors que son analyse devrait pourtant la conduire à adopter la solution inverse³¹⁷⁹. La manipulation sert davantage à protéger la légitimité d'une Cour peu encline à consacrer elle-même une norme de *jus cogens*, qu'à procéder à un revirement pourtant bénéfique pour l'effectivité des droits³¹⁸⁰. De surcroît, la négation du revirement protège les intérêts légitimes de l'État défendeur minoritaire en gelant *de facto* toute velléité de revirement. Dans ce cas de figure, la Cour européenne utilise de façon détournée la sécurisation de sa jurisprudence pour ne pas heurter ou s'immiscer dans des politiques nationales portant sur des domaines sensibles comme l'avortement³¹⁸¹.

670. À la différence de la règle du précédent, dans laquelle l'instrumentalisation négative abouti à une « désécurisation » jurisprudentielle en faveur du revirement, la manipulation de l'interprétation consensuelle produit une « sécurisation » en défaveur de celui-ci. Si la matérialisation diffère, le résultat est identique en ce qu'il conduit à alimenter une synergie négative entre insécurité juridique et ineffectivité du droit de la Convention, synergie qui s'accroît par l'usage artificiel des motifs « valables » du revirement.

³¹⁷⁵ CEDH, Gde. Ch., 15 mars 2018, *Naït-Liman c. Suisse*, req. n° 51357/07 (*JCP G*, 2018, 360, zoom L. MILANO ; *JCP G*, 2018, doct. 754, chron. F. SUDRE ; *JDI*, 2018, chron. 5, note S. TOUZE) ; CEDH, 14 janvier 2014, *Jones et autres c. Royaume-Uni*, Rec. 2014-I, req. n° 34356/06 et 40528/06.

³¹⁷⁶ En l'espèce, le requérant, ressortissant tunisien résidant en Italie, fut arrêté par la police italienne et remis ensuite aux autorités tunisiennes. Subissant pendant sa détention des actes de torture ainsi que des sévices psychologiques, il intente une action en responsabilité civile devant les juridictions helvétiques contre les autorités tunisiennes. La Cour suisse rejeta l'ouverture du for de nécessité en raison desdites allégations et déclara irrecevable l'action du requérant. Invoquant un déni de justice, le requérant se saisit par suite de la Cour européenne au titre de l'article 6§1.

³¹⁷⁷ *Ibid.*, §§173- 220.

³¹⁷⁸ S. NKENKEU-KECK, L'arrêt *Naït-Liman* ou l'occasion manquée par la Cour européenne des droits de l'homme de renforcer l'effectivité du droit des victimes d'obtenir des réparations de violations graves des droits de l'homme, *RTDH*, 2018/116, p. 985-1004, spéc. p. 997.

³¹⁷⁹ Comme la Cour le précise elle-même, 28 États tendent vers la reconnaissance du for universel, contre 12 qui ont reconnu le for de nécessité, CEDH, Gde. Ch., 15 mars 2018, *Naït-Liman c. Suisse*, req. n° 51357/07, §§178-202.

³¹⁸⁰ Sur cette critique, F. SUDRE, Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, *JCP G*, 2018, n° 26, p. 1278.

³¹⁸¹ CEDH, Gde. Ch., 16 décembre 2010, *A, B et C. c. Irlande*, req. n° 25579/05, Rec. n° 2010-IV, §§231-241 (*JCP G*, 2011, n° 4, doct. 94, chron. F. SUDRE).

2°) L'usage artificiel des motifs « valables » du revirement

671. Dans la jurisprudence de la Cour, les « motifs valables » se décomposent en trois sous-motifs³¹⁸² qui viennent confirmer ou infirmer la pratique du revirement. Le premier est le motif de l'adaptation (a), qui vient résorber une insécurité juridique causée par l'obsolescence de la solution ancienne. Issu de l'interprétation consensuelle, ce motif est utilisé de manière aléatoire au gré des différentes manipulations prétoriennes mentionnées précédemment. Le second motif est celui de la clarification (b). Procédant à un revirement correctif³¹⁸³, la Cour résout une insécurité juridique provenant d'une interprétation obscure et imprévisible pour les parties. Ce motif est soumis à un usage artificiel en raison de sa réversibilité selon le domaine de l'affaire. Le dernier consiste à éluder l'altération de la bonne administration de la justice causée par l'engorgement de son prétoire (c). Singulier, il concourt à renforcer l'efficacité du mécanisme conventionnel à des fins de sécurisation *in globo* au détriment de l'effectivité des droits conventionnels.

a- L'aléa du motif de l'adaptation

672. En principe, l'actualisation s'effectue au gré des consolidations des consensus européens et/ou internationaux qui se font jour dans les systèmes juridiques nationaux³¹⁸⁴. Cette justification offre à la Cour la possibilité de s'acclimater aux évolutions juridiques grâce à la mise en concordance de sa jurisprudence avec les législations étatiques. Cela étant, le motif d'actualisation regroupe deux sous-motifs. Le premier est lié à une évolution juridique patente des droits nationaux qui nécessite de procéder à une réactualisation de son interprétation jurisprudentielle. À cette fin, dans l'arrêt *Stafford contre Royaume-Uni*³¹⁸⁵, ce sont les « *les changements importants [se dessinant] dans l'ordre national* » qui commande au juge de Strasbourg de « *réévaluer à la lumière des conditions d'aujourd'hui* », l'interprétation et

³¹⁸² K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 401 et suiv.

³¹⁸³ Nous précisons que toute clarification n'est pas systématiquement assimilable à un revirement de jurisprudence, la Cour réalisant alors une précision jurisprudentielle sans rompre substantiellement avec sa solution antérieure, voy. par ex. CEDH, 15 décembre 2015, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*, req. n° 56080/13.

³¹⁸⁴ En réalité, la systématité entre interprétation consensuelle et évolutive se fait plutôt rare dans la jurisprudence européenne, F. SUDRE, À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 1365 ; F. RIGAUX, « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Némésis, Bruxelles, 1998, p. 41- 45.

³¹⁸⁵ CEDH, Gde. Ch., 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, req. n° 46295/99, Rec. 2002-IV.

l'application de la Convention « *qui s'imposent à l'heure actuelle* »³¹⁸⁶. Clairement, le revirement vise à « *prévenir une insécurité juridique [...] en livrant une lecture actualisée de la disposition de la Convention à l'aune [...] de son contexte d'application* »³¹⁸⁷. Le second motif est lié à une évolution sociale perceptible dans les ordres juridiques européens. Ce fut le cas notamment pour l'affaire *Christine Goodwin* dans laquelle la Cour répond à l'« *appel de détresse* »³¹⁸⁸ des personnes transsexuelles en demandant à l'État défendeur de reconnaître juridiquement leur conversion sexuelle, et ce en raison d'une « *meilleure acceptation sociale* » envers eux³¹⁸⁹.

673. À l'inverse, elle se trouve neutralisée dès lors que l'affaire touche à des domaines sensibles, à forte connotation morale ou éthique. Dans cette optique, l'interprétation évolutive ne vise plus à accompagner, mais à « *canaliser les changements* »³¹⁹⁰. Dans l'arrêt *Parrillo contre Italie*³¹⁹¹, la Cour conserve une position restreinte à l'égard du don de gamètes non destiné à l'implantation, y compris lorsque ce dernier est à usage scientifique. Elle retoque d'ailleurs l'argument avancé par la requérante quant à l'existence d'un consensus européen caractérisé depuis l'affaire *S.H contre Autriche*³¹⁹², bien qu'elle reconnaisse que « *certain États membres ont adopté une approche permissive dans le domaine* »³¹⁹³. Le choix de l'actualisation positive ou négative de sa jurisprudence repose aussi sur la nécessité de préserver les intérêts étatiques ou ceux de la Convention. Une même dynamique imprègne le motif de la clarification.

³¹⁸⁶ *Ibid.*, §§69-80.

³¹⁸⁷ K. LUCAS-ALBERNI, « La pratique contemporaine du changement de cap jurisprudentiel par la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 495

³¹⁸⁸ L. BURGOGUE-LARSEN, « De l'art de changer de cap, libres propos sur les nouveaux revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 338.

³¹⁸⁹ CEDH, Gde. Ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, Rec. 2002-VI, §92 (*GACEDH*, 2019, n° 46).

³¹⁹⁰ Opinion partiellement dissidente commune aux juges CASADEVALL, ZIEMELE, KOVLER, JOČIENĚ, ŠIKUTA, DE GAETANO et SICILIANOSCEDH, jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 19 février 2013, *X et autres c. Autriche*, 2013-II, req. n° 19010/07, pt. 23.

³¹⁹¹ CEDH, Gde. Ch., 27 août 2015, *Parrillo c. Italie*, req. n° 46470/11.

³¹⁹² CEDH, Gde. Ch., 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, req. n° 57813/00.

³¹⁹³ *Ibid.*, §177.

b- La réversibilité du motif de la clarification

674. Si l'erreur ou la défaillance en constituent sans doute les motifs les moins « nobles »³¹⁹⁴ d'un revirement, ils sont toutefois symptomatiques d'une certaine maturité prétorienne³¹⁹⁵. Ainsi en va-t-il des revirements « correctifs » qui, par tautologie, visent à clarifier, modifier ou réajuster une jurisprudence qui serait devenue source d'insécurité juridique en raison d'une « erreur de navigation »³¹⁹⁶. Également nommés arrêts « régulateurs »³¹⁹⁷, ils ont pour objectif de « réinjecter » une dose de prévisibilité dans norme jurisprudentielle³¹⁹⁸. De manière remarquée, la Cour a recouru pour la première fois à ce mécanisme dans sa jurisprudence relative à l'applicabilité du droit à un procès équitable au contentieux de la fonction publique. Initialement exclu de l'article 6§1³¹⁹⁹, la Cour en admettait l'applicabilité au titre des « constatations à caractère civil » dans l'unique hypothèse d'une revendication légale d'un droit patrimonial corrélé aux activités de fonctionnaire³²⁰⁰. Dans l'affaire *Pellegrin contre France*³²⁰¹, elle se décide à « mettre un terme à l'incertitude qui entoure les garanties de l'article 6§1 aux litiges entre l'État et ses agents »³²⁰². Désormais, l'applicabilité est conditionnée par un critère fonctionnel³²⁰³. Si son « *mea culpa* » est louable, la rectification effectuée comporte plus d'incertitude qu'elle n'en résout³²⁰⁴. C'est pourquoi la Cour procède à un « re-revirement » quelques années plus tard, dans l'arrêt *Vilho Eskhélinen contre*

³¹⁹⁴ Y. CHARTIER, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 150 ; P. DEUMIER, « Le revirement de jurisprudence en question », in E. CARPANO, (dir.), *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, *op. cit.*, p. 53.

³¹⁹⁵ « Puisque le juge n'est pas infallible [...], le revirement de jurisprudence est, donc, pour lui aussi, le moyen de faire acte de repentance et de redresser une ligne jurisprudentielle erronée », T. DI MANNO, Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel. Présentation, CCC, 2006, n° 20.

³¹⁹⁶ L. BURGOGUE-LARSEN, « De l'art de changer de cap, libres propos sur les nouveaux revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 338.

³¹⁹⁷ Expression empruntée au juge FARRARI BRAVO dans son opinion concordante jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 8 décembre 1999, *Pellegrin c. France*, req. n° 28541/95 (RTDH, 2000, 819, note P. WACHSMANN).

³¹⁹⁸ C'est l'idée qui se dégage des propos de la Cour dans l'arrêt de Grande Chambre *Hirsi Jamaa* : « clarifier le sens lorsqu'il serait autrement ambigu, obscur ou manifestement absurde et déraisonnable », CEDH, Gde., Ch., 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, req. n° 27765/09, Rec. 2012-II, §171.

³¹⁹⁹ CEDH, Ch., 28 août 1986, *Glaserapp c. RFA*, req. n° 9228/80, série A. 102, §35. L'ensemble des actions relatives au recrutement, à la carrière et la cessation d'activité des fonctionnaires n'entraîne pas dans la « matière civile » conditionnant l'applicabilité de l'article 6§1.

³²⁰⁰ Par exemple une pension de réversion versée à un officier de l'armée de terre a été considérée comme entant dans le champ d'applicabilité de l'article 6, CEDH, Ch., 24 août 1993, *Massa c. Italie*, req. n° 14399/88, §26.

³²⁰¹ CEDH, Gde. Ch., 8 décembre 1999, *Pellegrin c. France*, req. n° 28541/95, Rec. 2001-VIII (RTDH, 2000, 819, note P. WACHSMANN) ; voy. également CEDH, Gde. Ch., 12 février 2004, *Pérez c. France*, req. n° 47287/99 Rec. 2004-I, §56 (sur l'applicabilité de l'article 6 aux procédures pénales avec constitution de partie civile).

³²⁰² Comme le relève la Cour à juste titre, « la distinction entre les procédures qui présentent un intérêt "purement" ou "essentiellement" patrimonial et les autres s'avère difficile à établir », *ibid.*, §§60-61.

³²⁰³ Ce critère est fondé sur « sur la nature des fonctions et des responsabilités exercées par l'agent », *ibid.*, §64.

³²⁰⁴ L. BURGOGUE-LARSEN, « De l'art de changer de cap, libres propos sur les nouveaux revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 340.

*Finlande*³²⁰⁵. Faisant le bilan des conséquences de l'affaire *Pellegrin*³²⁰⁶, elle parvient à la conclusion que « *le critère fonctionnel n'a pas simplifié l'examen de l'applicabilité de l'article 6 [...] et que, contrairement aux attentes, il n'a pas apporté en la matière plus de certitude* »³²⁰⁷. Le principe de la sécurité juridique doit encore s'écarter au profit d'une rectification impérative de sa jurisprudence³²⁰⁸. Par l'abandon définitif du critère fonctionnel, l'arrêt *Vilho Eskelinen* achèvera (enfin) cette incertitude jurisprudentielle³²⁰⁹.

675. Si l'article 6§1 a encore vu récemment son applicabilité étendue aux garanties procédurales des créanciers³²¹⁰, les arrêts « correctifs » ne se limitent pas à la seule sphère du procès équitable³²¹¹. La Cour a pour en faire application pour clarifier la notion d'« *idem* » contenu dans le principe de *non bis in idem*³²¹². Dans l'affaire *Sergueï Zoloukouthine*³²¹³, la Cour délaisse le précédent critère de l'identité des infractions pénales pour retenir celui de l'identité substantielle des faits pour qualifier en l'espèce « l'infraction » selon le sens qu'elle a coutume de donner en vertu du principe de *non bis in idem*. Les faits à l'origine des deux procédures (pénale et fiscale) étant en substance similaires, le requérant était poursuivi pour des faits identiques ou qui étaient en substance les mêmes. Cela étant, « *l'article 4 du Protocole n° 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde "infraction" pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes* ». La notion d'« *idem* » ne « *saurait [...] faire l'objet d'une*

³²⁰⁵ CEDH, Gde. Ch., 10 avril 2007, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, req. n° 63235/00, Rec. 2007-II (GACEDH, 2019, n° 23).

³²⁰⁶ La Cour procède à un récapitulatif détaillé de ses solutions jurisprudentielles pour mettre en exergue les difficultés d'application dudit critère, *ibid.*, §§51-54.

³²⁰⁷ *Ibid.*, §55.

³²⁰⁸ *Ibid.*, §56.

³²⁰⁹ La Cour consacre le principe d'applicabilité de l'article 6§1 au contentieux de la fonction publique. Imposant une présomption réfragable : « *il appartiendra à l'État défendeur de démontrer, premièrement, que d'après le droit national un requérant fonctionnaire n'a pas le droit d'accéder à un tribunal, et, deuxièmement, que l'exclusion des droits garantis à l'article 6 est fondée s'agissant de ce fonctionnaire* », *ibid.* §62.

³²¹⁰ Sensible aux arguments des requérants, la Cour décide d'adopter une « nouvelle approche » pour harmoniser sa jurisprudence relative aux créanciers faisant l'objet de procédure de faillite ou de liquidation judiciaire. Protectrice, la Cour considère que la procédure en l'espèce devant le commissaire est caractéristique d'une contestation réelle sur un droit à caractère civil, entrant dans le champ d'applicabilité de l'article 6§1, voy. CEDH, 11 janvier 2018, *Cipolletta c. Italie*, req. n° 38259/29. La Cour ne se réfère pas cependant au principe de sécurité juridique dans cette affaire.

³²¹¹ Par exemple sur les pensions et prestations protégées au titre de l'article 1^{er} du Protocole n° 1, voy. CEDH, Gde. Ch., 6 juillet 2005, *Stec et autres c. Royaume-Uni (recevabilité)*, req. n° 65731/01 et 65900/01, Rec. 2005-X, §§46-48.

³²¹² Pour plus de détails sur ce principe consacré à l'article 4 du Protocole n° 7, voy. *supra*, n° 612.

³²¹³ CEDH, Gde. Ch., 10 février 2009, *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, req. n° 14939/03, Rec. 2009-I, §§70-84 ; voy. CEDH, Gde. Ch., 4 mars 2014, *Grande Stevens et a. c. Italie*, req. n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, §227 (*JCP G*, 2014, doct. 832, F. SUDRE).

interprétation restrictive »³²¹⁴. La clarification apportée par ce revirement vise alors à résorber l'insécurité juridique provenant de l'imprécision de la notion d'« *idem* » engendrée par l'interprétation casuistique de la Cour³²¹⁵. La clarification apportée à la notion de « *bis* » dans l'arrêt *A et B. c. Norvège* suit la même logique³²¹⁶.

676. En dehors de ces contentieux, la rectification interprétative reste assez rarement mobilisée pour assoir un revirement, la Cour préférant décliner l'invitation à la clarification proposée par l'une des parties. Ainsi en va-t-il de l'arrêt *Mursic* en matière de surpopulation carcérale, dans laquelle elle maintient la norme minimale pertinente de 3m² pour l'appréciation des conditions de détentions, ou de l'arrêt *Janowiec* dans lequel elle considère que les crimes soviétiques pendant la Seconde Guerre Mondiale ne constituent pas « *un motif impérieux de s'écarter de sa jurisprudence relative à la reconnaissance de la qualité de victime d'une violation de l'article 3 aux proches des personnes disparues* »³²¹⁷.

677. À l'instar de toute juridiction, la Cour doit sous-peser des intérêts divergents et effectuer un choix difficile lorsqu'elle se décide « à revirer » sa solution antérieure³²¹⁸. Si les deux premiers motifs sont assez traditionnels, l'adjonction explicite du motif de « l'engorgement » apparaît pour le moins original.

³²¹⁴ *Ibid.*, §§80-82. Parvenant à la violation de l'article 4 du Protocole n° 7, elle abandonne sa jurisprudence *Oliveira contre Suisse* (CEDH, 30 juillet 1998, *Oliveira contre Suisse*, req. n° 25711/94, RTDH, 1999, 623, obs. H. MOCK).

³²¹⁵ F. SUDRE avec la collaboration de L. MILANO, H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, coll. « Droits fondamentaux », 2019, 14^{ème} éd., p. 689. Cette difficulté est évoquée à maintes reprises par la Cour : « *La Cour estime que la diversité des approches adoptées [...] est source d'une insécurité juridique incompatible avec ce droit fondamental qu'est le droit de ne pas être poursuivi deux fois pour la même infraction. C'est dans ce contexte que la Cour est à présent appelée à harmoniser l'interprétation de la notion de "même infraction" (ibid., §78) ; « si la Cour s'en tient au constat que l'intéressé a été poursuivi pour des infractions ayant une qualification juridique différente, elle risque d'affaiblir la garantie consacrée par l'article 4 du Protocole n° 7 et non de la rendre concrète et effective comme le requiert la Convention » (ibid., §81).*

³²¹⁶ CEDH, Gde. Ch., 15 novembre 2016, *A. et B. c. Norvège*, req. n° 24130/11 et 29758/11, Rec. 2010-VI, §102 et suiv. (*GACEDH*, 2019, n° 26). En l'espèce, la Cour est venue apporter une clarification attendue par les États membres sur la nature du « *bis* » pour laquelle elle admet la conventionnalité du cumul de certaines sanction si les procédures s'exercent de manière complémentaire (et non répétitives).

³²¹⁷ CEDH, Gde. Ch., 21 octobre 2013, *Janowiec et a. c. Russie*, Rec. 2013-V, req. n° 55508/07 et 29520/09, §186 (*JCP G*, 2013, act. 1218, M. AFROUKH).

³²¹⁸ P. DEUMIER, « Le revirement de jurisprudence en question », *op. cit.*, p. 50-51.

c- L'adjonction opportune du motif du désengorgement

678. Le revirement « historique »³²¹⁹, effectué dans l'arrêt de Grande chambre *Kudla contre Pologne*³²²⁰, s'inscrit dans une volonté de désengorgement du prétoire. En l'occurrence, la Cour opère un revirement pour le moins original. En l'occurrence, « la Cour estime aujourd'hui que le temps est venu de revoir sa jurisprudence, eu égard à l'introduction devant elle d'un nombre toujours plus important de requêtes dans lesquelles se trouve exclusivement ou principalement allégué un manquement à l'obligation d'entendre les causes dans un délai raisonnable au sens de l'article 6§1 »³²²¹. En dehors de la dissociation de l'article 13 par rapport à l'article 6³²²², son message est loin d'être anodin. Habituellement, elle manifeste une certaine mansuétude l'égard des États parties, ces derniers se trouvant eux-mêmes aux prises d'un tel phénomène au niveau de leurs propres prétoires³²²³. Dorénavant, ces derniers se voient dans l'obligation d'instaurer des procédures *ad intra* effectives pour limiter et traiter les durées excessives des procédures, sa motivation s'inscrivant de la sorte dans un objectif de responsabilisation des États parties au nom du principe de subsidiarité³²²⁴. En agissant ainsi, elle se prémunit des répercussions d'un « danger important » occasionné par la « lenteur excessive de la justice »³²²⁵. En vérité, le *leit motiv* de la Cour est plus « égoïste »³²²⁶. L'inertie des pouvoirs publics crée un sentiment d'insécurité juridique qui poussent les justiciables à se saisir de la juridiction strasbourgeoise afin de faire constater la violation de leur droit à un délai

³²¹⁹ J-F. FLAUSS, Le droit à un recours effectif au secours du délai de raisonnable, un revirement de jurisprudence historique, *RTDH*, 2002, p. 261-292, spéc. p. 267.

³²²⁰ CEDH, Gde. Ch., 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96, Rec. 2000-XI (*GACEDH*, 2019, n° 39).

³²²¹ *Ibid.*, §148.

³²²² De jurisprudence constante, l'article 13 passait pour une *lex specialis* de l'article 6§1. Selon la théorie dite de l'absorption, les conditions de l'article 6, plus strictes et plus substantielles, rendaient « superfétatoire » l'examen du caractère raisonnable de la procédure sous l'angle de l'article 13. À présent, l'examen du délai raisonnable peut constituer à la fois une violation de l'article 6 et de l'article 13 en cas d'absence de recours effectif devant une juridiction nationale, *ibid.*, §§146-147, et J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, Délai raisonnable du procès, recours effectif ou déni de justice ?, *RFDA*, 2003, p. 85.

³²²³ « La Cour relève que la Convention astreint les États contractants à organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de l'article 6 par 1 notamment quant au "délai raisonnable". Néanmoins, un engorgement passager du rôle n'engage pas leur responsabilité s'ils prennent, avec une promptitude adéquate, des mesures propres à redresser pareille situation exceptionnelle », CEDH, Ch., 6 mai 1991, *Buchholz c. Allemagne*, req. n° 7759/77, §51.

³²²⁴ « Le but de ce constat de violation de l'article 13 est de mettre les États face à leurs responsabilités, en vertu du principe de subsidiarité, et de les inciter à créer, dans leurs systèmes juridiques internes, un recours effectif permettant aux justiciables de se plaindre de la durée excessive des procédures », opinion dissidente du juge CASADEVALL jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96, Rec. 2000-XI (*GACEDH*, 2019, n° 39), pt. 5.

³²²⁵ *Ibid.*, §149.

³²²⁶ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, Délai raisonnable du procès, recours effectif ou déni de justice ?, *op. cit.*, p. 85.

raisonnable. Cela provoque une augmentation fulgurante du nombre requêtes individuelles, qui viennent s'ajouter à un rôle déjà encombré par le nombre d'affaires pendantes. L'objectif de la Cour est lors limpide. Le revirement sert à désengorger son prétoire pour éviter une insécurité juridique *in globo*, qui résulterait d'un ralentissement – voire d'une paralysie progressive – de la bonne administration de la justice conventionnelle au détriment de l'effectivité des droits. *Prima facie*, la contrainte nouvellement posée dans l'arrêt *Kudla* se révèle audacieuse car elle sensibilise les États parties à sauvegarder l'intérêt général du mécanisme conventionnel en appelant à la subsidiarité³²²⁷. En ce sens, on peut arguer que la stratégie de désencombrement évite un ralentissement fâcheux pour la célérité de la justice au niveau supranational, ce qui permet une justice de meilleure qualité et donc en faveur du renforcement des droits du justiciable. Sous ce prisme, la sécurisation opérée dans l'arrêt *Kudla* se révèle positive sur le long terme. *A contrario*, rien ne garantit non plus que cela renforce davantage les droits du justiciable. Selon le juge Josep CASADEVALL, il n'existe aucune garantie selon laquelle le justiciable soit jugé concrètement dans un « *délai plus raisonnable que celui de la procédure au principal [...]. Au bout du compte, seul le justiciable subira les conséquences de cette situation* »³²²⁸. La Cour a déjà procédé à des revirements « auto-immunes » à des fins de sauvegarde de la sécurité juridique *in globo*, en dehors de l'arrêt *Kudla*. Il a pu être maintes fois constaté que leurs répercussions sont néfastes pour la sécurité juridique des requérants et sur leur niveau de protection conventionnelle³²²⁹. En somme, si le remède apporté par le revirement est bienvenu du point de l'efficacité et de la sécurisation *in globo*, son impact sur la protection des droits processuels serait « *pire que le mal* »³²³⁰ qu'il est censé résorber. L'effectivité du droit ne s'exerce pas toujours de concert avec l'effectivité des droits, de même que la préservation de la sécurité juridique *in globo* n'est pas toujours suivi d'une meilleure protection de la sécurité juridique individuelle.

679. En somme, l'instrumentalisation dénature l'utilisation du principe de sécurité juridique qui perd peu à peu son rôle de « cliquet » nécessaire à toute sécurisation jurisprudentielle. Cette dénaturation est liée à la dichotomie classique entre stabilité et mutabilité, la Cour faisant

³²²⁷ Voy. sur cette question L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse dactyl., Université de Montpellier, 2015.

³²²⁸ Opinion dissidente du juge CASADEVALL jointe à l'arrêt, CEDH, Gde. Ch., 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96, Rec. 2000-XI, pt. 5.

³²²⁹ Ainsi en va-t-il des neutralisations de sécurité juridique des agents de l'État pour asseoir la protection des valeurs inscrites dans l'ordre public européen et de la responsabilisation accrue des requérants afin de les niveaux de sécurité juridique, *supra*, n°561 et suiv.

³²³⁰ Opinion dissidente du juge CASADEVALL jointe à l'arrêt, CEDH, Gde. Ch., 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96, Rec. 2000-XI, pt. 2.

souvent le choix de la valeur « progrès » au détriment de celle de « sécurité juridique ». Si ce choix est parfaitement légitime, c'est surtout l'utilisation discrétionnaire du principe, résultant des instrumentalisations méthodologiques des mécanismes du revirement qui peut être contestable, car elle source d'insécurité juridique et d'altération de la fiabilité du droit de la Convention. En sus de la dénaturation substantielle et matérielle du principe, elle engendre des conséquences préjudiciables sur la sécurité juridique des acteurs conventionnels.

2§) Les conséquences du revirement strasbourgeois sur les intérêts des sécurités juridiques

680. Dans l'arrêt de Grande Chambre *Varnava et autres contre Turquie*³²³¹, la Cour pose la rétroactivité jurisprudentielle comme principe, allant jusqu'à affirmer que l'interprétation renouvelée du contenu des obligations étatiques ne peut « être assimilée à l'imposition rétroactive d'une obligation de sa jurisprudence » et « demeure applicable aux faits antérieurs sans que cela soulève la moindre question de la rétroactivité »³²³². Si l'on veut bien admettre que ce principe se justifie par l'effet rétrospectif de la jurisprudence, l'affirmation du principe ne saurait éluder les conséquences néfastes du revirement sur les intérêts des sécurités juridiques.

681. Souvent abordées sous l'angle individuel, les conséquences du revirement jurisprudentiel sont rarement analysées du côté des États parties à la Convention. On comprend aisément qu'une telle attention portée aux ressentis étatiques puisse paraître délicat dans un système juridictionnel axé sur la protection des droits fondamentaux³²³³. Pourtant, il ne faut pas oublier, comme le rappelle à juste titre le Professeur Sébastien TOUZE, que « la réalisation

³²³¹ CEDH, Gde., Ch., 18 septembre 2009, *Varnava et al. c. Turquie*, req. n° 16064/90, Rec. 2009-V.

³²³² *Ibid.*, §140.

³²³³ Dans les rares études faisant mention, à demi-mots, d'une sécurité juridique étatique, sa protection est généralement assimilée à un recul regrettable de la protection des droits garantis par la Convention. Le Professeur Katia LUCAS-LABERNI commentait à propos de l'arrêt *Aoulmi contre France* que « le bien-fondé d'une neutralisation par la Cour de l'aspect rétroactif de l'un de ses revirements de jurisprudence aux fins de préserver les anticipations passées des États parties paraît douteux », ajoutant que « tolérer que ces derniers puissent de facto se dérober à un constat de violation tendrait en effet à suggérer que la protection des droits fondamentaux se prêtent à accommodement », K. LUCAS-ALBERNI, La CEDH face à la gestion des effets de ses revirements de jurisprudence, *JCP G*, 2007, n° 37, comm. 10152. Dans la même optique, la Professeure Laurence BURGOGUE-LARSEN soulignait les dérives de la « clarification » opérée par l'affaire *Pellegrin contre France* en ce qu'elle œuvrait à assurer le « besoin de sécurité juridique » en « oubliant au passage les justiciables », L. BURGOGUE-LARSEN, « De l'art de changer de cap, libres propos sur les nouveaux revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 343 et suiv. *A contrario*, l'article du Professeur Sébastien TOUZE invite justement la Cour à accroître la prévisibilité de sa jurisprudence afin de protéger la sécurité juridique des États parties, voy. S. TOUZE, Deux facettes différentes de l'imprévisibilité sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme, *RDJ*, 2016, n° 3, p. 847.

effective du droit individuel interne est liée à la réalisation de l'obligation internationale imposée à l'État [...]. Le droit individuel est donc le corollaire interne de l'obligation internationale »³²³⁴. Or, cette obligation est subordonnée à la jurisprudence européenne, en particulier à sa clarté et à sa prévisibilité. Sa jurisprudence fait naître naturellement des « attentes légitimes » chez les États parties. Les altérations successives produites par les revirements sur la prévisibilité de sa jurisprudence, notamment à cause d'un manque de cohérence méthodologique dans la conduite de ces derniers, font naître l'intérêt revendicatif de sécurité juridique subjective chez les Hautes parties contractantes³²³⁵. Aussi outrageuse que puisse paraître une prise en compte des intérêts étatiques dans la navigation des revirements, les États parties sont, à notre sens, tout autant « victimes » de cette rétroactivité jurisprudentielle, qui précarisent la prévisibilité et la stabilité de leur propre droit national (A). Il en va de même pour les justiciables, dont les répercussions font fluctuer le niveau de la protection effective de leurs droits et libertés conventionnels (B).

A- Les répercussions sur la sécurité juridique des États

682. Si l'on se fie à la méthodologie de la Cour, le revirement ne porte pas atteinte à la sécurité juridique des États parties puisque celui-ci est en concordance avec le fameux dénominateur commun et la garantie collective. Sa jurisprudence serait même l'occasion de « contribuer [...] au respect, par les États, des engagements qu'ils ont pris en leur qualité de Parties contractantes »³²³⁶. Son développement « suppose donc de manière corrélative, le développement des obligations conventionnelles liant les États »³²³⁷. Or, les fluctuations engendrées par ses revirements nuisent à la bonne exécution de leurs engagements. Elles

³²³⁴ S. TOUZE, Pour une lecture « anzilottienne » de la Convention européenne des droits de l'homme. À travers la subsidiarité, un dualisme oublié ?, *Droits*, 2012/2, n° 56, p. 255-276, spéc. p. 264.

³²³⁵ Pour rappel, l'intérêt subjectif de sécurité juridique étatique renvoie à la sécurité juridique « personnelle » de l'État partie, en tant que sujet de droit international. L'instabilité et l'imprévisibilité jurisprudentielles crée un sentiment d'insécurité juridique chez ce dernier, qui peine alors à assurer le respect de ses obligations conventionnelles. Hormis quelques exceptions, ce motif est souvent invoqué par l'État défendeur dans l'optique de se défaire de ses obligations et éviter ainsi de voir sa responsabilité engagée. Revendicatif, les États parties usent de ce sentiment pour également sensibiliser la Cour sur l'imprévisibilité de sa jurisprudence, voy. *supra*, n° 376.

³²³⁶ CEDH, Plén, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71, série A. 25, §174 (*JDI*, 1980, 449, obs. P. ROLLAND) ; CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, req. n° 40016/98, Rec. 2003-IX, §26 ; CEDH, 7 janvier 2010, *Rantsev c. Chypre et Russie*, req. n° 25965/04, Rec. 2010-I, §197 ; CEDH, Gde. Ch., 13 décembre 2016, *Paposhvili c. Grèce*, req. n° 41738/10, §130.

³²³⁷ S. TOUZE, Deux facettes différentes de l'imprévisibilité sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 847.

menacent la conformité de leurs droits internes aux obligations conventionnelles³²³⁸. Au même titre que les individus, les États parties voient en conséquence leur stabilité juridique anéantie par les secousses engendrées par un revirement. Ce dernier occasionne deux types de lésions. Les premières sont d'ordre usuelles et sont celles qui sont liés à la toxicité naturelle de la rétroactivité changement jurisprudentiel (1°). Les secondes causent des lésions spécifiques sur la sécurité juridique des États parties (2°).

1°) Les lésions usuelles causées par la rétroactivité

683. En tant qu'intérêt général, le principe de sécurité juridique doit garantir « *la stabilité de l'environnement juridique, ce qui implique notamment une protection contre la rétroactivité* »³²³⁹. Naturellement, l'abandon de l'interprétation jurisprudentielle passée au profit de la nouvelle met en péril cette stabilité en générant une insécurité juridique qui, même si elle se révèle temporaire, altère la cohérence de la norme jurisprudentielle. L'insécurité juridique de l'État partie résulte de cette distorsion. Sans aller jusqu'à reconnaître « *un droit fondamental [de] l'État au respect d'une confiance légitime* »³²⁴⁰, il est possible néanmoins d'admettre que la rétroactivité du revirement met à mal le besoin étatique de de sécurité juridique. Ces derniers se voient imposer une obligation conventionnelle inexistante jusqu'alors. Leur législation nationale étant devenue inconventionnelle au regard de la solution nouvelle, ils devront en conséquence procéder à d'importantes modifications en interne. Ces changements législatifs peuvent prendre des mois, voire des années si des obstacles politiques venaient à ralentir le processus. Le juge national devra revirer sa jurisprudence pour la rendre à nouveau conforme au droit de la Convention. C'est dire si le revirement génère une insécurité juridique de grande ampleur au plan national. L'insécurité est d'autant plus forte qu'elle se répercute à la fois sur l'État défendeur en raison de l'effet *inter partes* du revirement (a) mais aussi à l'ensemble des États parties à la Convention en raison de l'effet *erga omnes* associé aux arrêts de la Cour (b).

³²³⁸ « *Il y a en ce sens une approche souvent éloignée de la prévisibilité nécessaire afin que les États puissent déterminer avec précision et suffisamment de prévisibilité la conventionnalité de certaine mesure internes. [...] Ce faisant, le principe de la sécurité juridique interne dépasse de manière évidente celui qui devrait également s'imposer dans le cadre de la mise en oeuvre de l'obligation conventionnelle* », *ibidem*.

³²³⁹ A. CRISTEAU, L'exigence de sécurité juridique, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 2814.

³²⁴⁰ Opinion dissidente du juge STORME jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 28 janvier 2014, *O'Keeffe c. Irlande*, Rec. 2014-I, req. n° 35810/09, pt. 12. Sur l'exclusion des droits fondamentaux des États, voy. *supra*, n° 178 et suiv.

a- L'atteinte automatique à la sécurité juridique de l'État défendeur

684. L'appel à la stabilité des situations passées est invoqué ponctuellement dans les griefs de l'État défendeur. Ce dernier emprunte d'ailleurs un vocabulaire assez similaire à celui des requérants. Le respect de la non-rétroactivité jurisprudentielle a ainsi animé l'argumentaire irlandais dans l'affaire *O'keeffe contre Irlande*³²⁴¹. À l'époque des faits – c'est-à-dire en 1973 – « *la perception du risque d'abus concernant des enfants aurait été pratiquement inexistante, et l'on ne pourrait apprécier rétrospectivement le contexte du début des années 1970 à l'aune de la connaissance et des exigences supérieures d'aujourd'hui* »³²⁴². Ce faisant, le manquement à l'obligation substantielle de protection, invoqué par la requérante au titre de l'article 3, ne pouvait être imputable au Gouvernement irlandais, car cette obligation n'existait pas dans la jurisprudence européenne au moment des faits³²⁴³. Cette invitation très largement en faveur de la sécurité juridique étatique n'a manifestement pas convaincu le juge européen. Considérant que « *les clarifications apportées par sa jurisprudence [...] demeurent applicable aux faits antérieurs sans que cela soulève la moindre question de la rétroactivité* »³²⁴⁴, l'antériorité des faits et la stabilité juridique de l'État défendeur ne sauraient constituer des justifications valables aux fins d'exonération de sa responsabilité³²⁴⁵. Si les solutions dégagées par la Cour sont éminemment orientées en faveur de la protection des droits des requérants³²⁴⁶, force est de constater que, sous le point de vue de l'État partie, l'application rétroactive de sa jurisprudence ébranle la stabilité de ses prévisions juridiques. Ce dernier se retrouve finalement condamné pour ne pas avoir intégré, dans son droit interne, une obligation conventionnelle pourtant inexistante au moment des faits³²⁴⁷. En plus des situations passées et clôturées, la rétroactivité des revirements s'impose aux autres États contractants, non parties à l'instance.

³²⁴¹ CEDH, Gde. Ch., 28 janvier 2014, *O'Keeffe c. Irlande*, *op.cit.* La même motivation sous-tend l'argumentaire du gouvernement turc dans l'arrêt *Varnava*, qui dénonçait une « *imposition rétroactive* » de l'obligation procédurale de protection découlant de l'article 2 qui ne peut lui être applicable « *à la date de son acceptation du droit de recours individuel dès lors qu'elle n'aurait été développée qu'ultérieurement dans la jurisprudence* », CEDH, Gde., Ch., 18 septembre 2009, *Varnava et al. c. Turquie*, req. n° 16064/90 et suiv., Rec. 2009-V, §140.

³²⁴² *Ibid.*, §133.

³²⁴³ En l'espèce était mise en cause la responsabilité de l'État sur le fondement de l'article 3 en raison de l'absence de mécanismes appropriés pour assurer la protection de la requérante contre les abus sexuels commis sur elle par l'un des membres du corps enseignant.

³²⁴⁴ *Ibid.*, §147.

³²⁴⁵ *Ibid.*, §§150-152.

³²⁴⁶ Le caractère absolu du droit invoqué (prohibition de la torture et actes inhumains et/ou dégradants) motive l'application rétroactive au cas d'espèce, sa nature justifiant un affaiblissement, voire une neutralisation, du seuil de sécurité juridique accordée à l'État.

³²⁴⁷ Dans l'arrêt *O'Keeffe contre Irlande*, les faits remontaient à près de quarante ans.

b- L'atteinte généralisée à la sécurité juridique des États parties

685. Dépassant la simple autorité relative de chose jugée, la Cour impose aux États parties un devoir continuuel d'information et d'adaptation sur les évolutions et autres revirements jurisprudentiels du prétoire strasbourgeois. « *Les États parties non impliqués dans une procédure ne peuvent ignorer l'interprétation authentique de la Convention que livre la Cour [...]. S'ils passaient outre, délibérément ou par négligence, ils seraient en porte-à-faux avec leurs propres engagements au titre de la Convention, telle qu'interprétée par la Cour, et manqueraient ainsi à faire preuve de la volonté attentive de remplir les obligations conventionnelles qu'appelle le principe de bonne foi dans l'exécution d'un traité* »³²⁴⁸. En raison de l'effet *erga omnes* attaché à ses arrêts, les Hautes parties contractantes ne peuvent valablement ignorer « *l'acquis jurisprudentiel* » au titre de la garantie collective³²⁴⁹, ni même les évolutions de cette garantie. La France l'a appris à ses dépens dans l'affaire *Aoulmi*³²⁵⁰. Enregistrée en 1999, et portée devant la Cour en 2006, l'affaire s'insère dans une jurisprudence encore balbutiante quant au caractère contraignant des mesures provisoires³²⁵¹. Disposant depuis l'arrêt *Cruz Varas* que d'une portée indicative, dont l'observation est assujettie à la bonne volonté de l'État partie³²⁵², elles acquièrent ensuite force obligatoire grâce à l'arrêt *Mamatkoulov et Askarov*³²⁵³ rendu en 2005, renversant ainsi le précédent « *Cruz Varas* ». Or,

³²⁴⁸ Opinion concordante du juge PINTO DE ALBUQUERQUE jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n° 16574/08, Rec. 2013-I, §66 (JCP G, 2013, act. 242, obs. F. SUDRE).

³²⁴⁹ « *La Cour rappelle tout d'abord que, à la différence des traités internationaux de type classique, la Convention dépasse le cadre de la simple réciprocité entre États contractants. [...] Elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une "garantie collective" »*, CEDH, 30 avril 2015, *Kapetianos et a. c. Grèce*, req. n° 3453/12, 42941/12 et 9028/13, §70 (JCP G, 2015, act. 596, F. SUDRE).

³²⁵⁰ CEDH, 17 janvier 2006, *Aoulmi c. France*, Rec. 2006-I, req. n° 50278/99 (JCP G, 2007, n° 37, comm. K. LUCAS-ALBERNI ; *Dalloz*, 2006, 1151, note F. LAZEAUD). En l'espèce, le requérant faisait l'objet d'une procédure d'extradition vers l'Algérie. La Cour avait demandé à l'État de ne pas expulser le requérant avant que la Chambre ne se réunisse, demande qui est restée infructueuse puisque la procédure a été menée à son terme.

³²⁵¹ En vertu de l'alinéa premier de l'article 39 du Règlement intérieur de la Cour, « *la Chambre ou, le cas échéant, le président de la section ou un juge de permanence [...] soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée, soit d'office, indiquer aux parties toute mesure provisoire qu'ils estiment devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure* ».

³²⁵² « *Il échet de relever d'emblée que ledit article 36 a le rang d'une simple norme de procédure établie par la Commission en vertu de l'article 36 de la Convention. Vu l'absence, dans celle-ci, d'un texte consacré aux mesures provisoires, une indication donnée au titre de l'article 36 du règlement intérieur ne saurait passer pour créer une obligation juridique à la charge d'un État contractant* », CEDH, Plén., 20 mars 1991, *Cruz Varas et autres c. Suède*, req. n° 15576/89, série A. 201, §98 (RUDH, 1991, 205, note G. COHEN-JONATHAN).

³²⁵³ Par le biais d'une interprétation constructive et progressiste, la Cour considère désormais que « *l'inobservation de mesures provisoires par un État contractant doit être considérée comme empêchant la Cour d'examiner efficacement le grief du requérant et entravant l'exercice efficace de son droit et, partant, comme une violation de l'article 34* », leur non-respect s'apparente à « *une entrave à l'exercice du droit de recours individuel* » et, par conséquent, à une violation de l'article 3, CEDH, Gde. Ch., 4 février 2005, *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie*, req. n° 46827/99 et 46951/99, Rec. 2005-I, §128 (RGDIP, 2005, 421, obs. G. COHEN-JONATHAN).

au moment de l'enregistrement de l'arrêt au greffe, leur force obligatoire n'avait pas encore été consacrée par la Cour européenne. Ce flottement juridique n'a pas échappé à l'État français. Alléguant que « *l'expulsion du requérant a eu lieu avant le prononcé de l'arrêt Mamatkulov et Askarov contre Turquie* », il « *estime que la Cour doit se prononcer en se référant au contexte juridique en vigueur au moment de l'intervention de la mesure litigieuse* »³²⁵⁴. Au nom de l'intérêt de la sécurité juridique et de la prévisibilité, le juge condamne l'absence d'anticipation étatique quant à son application rétroactive *in concreto* et retoque l'argument du Gouvernement français. Selon lui, le revirement s'imposait à l'ensemble des États membres et « *ce même si à l'époque [...] la force obligatoire des mesures [...] n'a pas été affirmée explicitement* »³²⁵⁵. Du point de vue du justiciable, certains commentateurs ont pu accueillir favorablement une telle position³²⁵⁶. Bien évidemment, il est difficile de lui reprocher d'adopter un revirement allant dans le sens d'une interprétation constructive largement favorable à l'effectivité des droits garantis par la Convention³²⁵⁷, ni même d'ajuster ses obligations au gré de ses évolutions jurisprudentielles³²⁵⁸. Cependant, la portée de l'arrêt se montre problématique si l'on aborde la question sous l'angle de la sécurité juridique étatique. Ce dernier n'était pas assuré d'une prévisibilité absolue quant aux effets potentiellement rétroactifs de l'arrêt *Mamatkoulof*, à défaut d'indication précise dans la lettre de l'arrêt. Le revirement aurait pu s'opérer à un moment ultérieur de sa jurisprudence, en dépit il est vrai des signes avant-coureurs. L'État se retrouvait donc, en l'espèce, dans une position d'incertitude quant aux effets de la jurisprudence *Matmatkoulov*³²⁵⁹. L'extinction de ses attentes légitimes devient difficilement légitime lorsqu'elle est corrélée à une imprévisibilité jurisprudentielle, couplée d'une carence regrettable

³²⁵⁴ CEDH, 17 janvier 2006, *Aoulmi c. France*, Rec. 2006-I, req. n° 50278/99, §§98-100 (*JCP G*, 2007, n° 37, comm. K. LUCAS-ALBERNI ; *Dalloz*, 2006, 1151, note F. LAZEAUD).

³²⁵⁵ *Ibid.*, §§109-112.

³²⁵⁶ L'arrêt *Cruz Varas* laissait entrevoir un revirement pour l'avenir en livrant de « *précieuses indications aux fins d'une raisonnable anticipation, et ce par le jeu d'une lecture a contrario* », K. LUCAS-ALBERNI, La CEDH face à la gestion des effets de ses revirements de jurisprudence, *op. cit.*, comm. 10152.

³²⁵⁷ F. SUDRE avec la collaboration de L. MILANO, H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, coll. « Droits fondamentaux », 2019, 14^{ème} éd., p. 301.

³²⁵⁸ P. VOYATZIS, « Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans le temps juridique. Les cas du revirement de jurisprudence et de la violation potentielle », in *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant. Mélanges en l'honneur de Christos L. ROZAKIS*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 705-740, spéc. p. 723.

³²⁵⁹ « *Lorsqu'elle opère un revirement de jurisprudence [...], la Cour change le contenu de la Convention tel qu'énoncé précédemment par elle-même [...]. La nouvelle jurisprudence élargit le champ d'application d'une disposition conventionnelle et impose ainsi une obligation nouvelle aux États* », opinion séparée du juge ZAGREBELSKY jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 12, novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n° 34503/97, pt. 7.

dans la gestion des effets rétroactifs du revirement³²⁶⁰. L'apposition rétrospective d'un revirement fondé sur un « *vide juridique* »³²⁶¹ nuit à la prévisibilité de la norme conventionnelle. Restant pour l'heure marginale³²⁶², la réitération d'une telle hypothèse serait susceptible d'attiser le mécontentement et les revendications des États parties en ricochant négativement sur l'effectivité de la protection conventionnelle.

686. Topiques de la toxicité inhérente à la rétroactivité du revirement jurisprudentiel, certains types de revirements se démarquent quant aux lésions atypiques qu'ils suscitent sur la sécurité juridique des États parties.

2°) Les lésions atypiques de la rétroactivité du revirement

687. Ces lésions se manifestent suite à des « désécurisations » jurisprudentielles à finalité corrective ou régressive. Dans le cadre des « revirements correctifs », la Cour attente à la sécurité juridique de l'État défendeur afin de renforcer celle des autres États parties. Cela favorise une « désécurisation » que l'on pourrait qualifier de partielle (a). En revanche, les revirements régressifs « désécurisent » intégralement les États parties en remettant en cause un acquis conventionnel solidement établi et ancré dans la jurisprudence de la Cour et, logiquement, dans leur droit interne (b).

a- La « désécurisation » partielle du revirement « correctif »

688. Pour affronter les revendications étatiques, certains revirements correctifs ont été adoptés dans une optique de réassurance à leur attention, jouant le rôle de « tampon discursif » afin d'atténuer leur sentiment d'insécurité juridique. Cette nécessité transparaît dans l'affaire *Pellegrin*. L'instauration du critère fonctionnel a pour objectif de mettre un terme à « *la marge d'incertitude pour les États contractants quant à l'étendue de leurs obligations au titre de l'article 6§1* »³²⁶³. Si cette correction interprétative est résolument vers la prévalence de la

³²⁶⁰ K. LUCAS-ALBERNI, La CEDH face à la gestion des effets de ses revirements de jurisprudence, *op. cit.*, comm. 10152.

³²⁶¹ P. VOYATZIS, « Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans le temps juridique. Les cas du revirement de jurisprudence et de la violation potentielle », *op. cit.*, p. 723.

³²⁶² Dans l'arrêt *Nicolas Silverstri contre Italie*, le gouvernement demande au juge de ne pas faire application de l'arrêt *Vilho Eskelinen et autre contre Finlande* aux faits de l'espèce, survenus avant le revirement opéré par la Cour, et demande instamment d'écarter l'applicabilité de l'article 6§1 au requérant alors fonctionnaire. La Cour rejette l'argument sur ce même motif et prononce un constat de violation sur ce fondement, CEDH, 9 juin 2009, *Nicola Silverstri c. Italie*, req. n° 16861/02, §§48-56.

³²⁶³ CEDH, Gde. Ch., 8 décembre 1999, *Pellegrin c. France*, req. n° 28541/95, Rec. 2001-VIII, §60 (RTDH, 2000, 819, note P. WACHSMANN).

sécurité juridique étatique, il n'aura pas échappé aux commentateurs l'omission de toute considération pour l'intérêt des justiciables. Tantôt perçu comme une érosion du besoin de sécurité juridique individuelle³²⁶⁴, tantôt comme un oubli « *choquant* » pour un prétoire axé sur la protection des droits individuels³²⁶⁵, la critique doit être nuancée, et ce pour plusieurs raisons. La première est liée à une stratégie discursive d'une Cour qui craint sans doute d'attiser de nouveau les revendications étatiques en reconnaissant aussi explicitement une telle insécurité jurisprudentielle. En ce sens, l'omission renforce l'acceptabilité psychologique du revirement, qui est indissociable de la fonctionnalité subjective de principe de la sécurité juridique³²⁶⁶. La seconde est liée aux effets de sa clarification jurisprudentielle sur la qualité de la norme interne. Avec optimisme, ceci laisserait croire que les États parties se mettraient ainsi avec plus de facilités (et de bonne volonté) au diapason de cette nouvelle jurisprudence en voyant leurs obligations conventionnelles ainsi explicitées par la Cour. Le revirement exerce une sorte d'effet « purificateur » à long terme sur les risques d'insécurité juridique corrélés à une mauvaise réception de la jurisprudence en droit interne³²⁶⁷. En renforçant la qualité de la norme jurisprudentielle, la Cour s'assure d'une meilleure réceptivité allant clairement dans le sens d'une consolidation de la sécurité juridique *in globo* et de la protection des droits individuels³²⁶⁸. Contrairement aux apparences, l'arrêt *Pellegrin* « *n'a pas opté pour [intégralement, ajouté par nous] la sécurité juridique des États [en] oubliant au passage celle des justiciables* »³²⁶⁹. Elle donne priorité à l'intérêt général des États parties et de la Convention pour s'assurer que sa jurisprudence soit bien réceptionnée. Cette observation est confortée par l'arrêt *Vilho Eskelinen*, qui replace l'individu et les droits du justiciable au cœur du *locus standi* du revirement³²⁷⁰. En définitive, l'atteinte à la sécurité juridique temporaire de l'État défendeur

³²⁶⁴ K. LUCAS-ALBERNI, « La pratique contemporaine du changement de cap jurisprudentiel par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 506-510.

³²⁶⁵ L. BURGOGUE-LARSEN, « De l'art de changer de cap, libres propos sur les nouveaux revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 340.

³²⁶⁶ *Supra*, n° 401 et *infra*, n° 760.

³²⁶⁷ Différemment, cette finalité est également intrinsèque à l'arrêt *Kudla contre Pologne* dans lequel la sensibilisation à la subsidiarité et à la nécessité de « soulager » le prétoire de Strasbourg s'inscrit dans une meilleure réceptivité de sa jurisprudence en matière de délai excessif, CEDH, Gde. Ch., 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96, Rec. 2000-XI (*GACEDH*, 2019, n° 39).

³²⁶⁸ *Supra*, n° 433.

³²⁶⁹ L. BURGOGUE-LARSEN, « De l'art de changer de cap, libres propos sur les nouveaux revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 343.

³²⁷⁰ Le souci d'égalité entre les fonctionnaires est récurrent dans la motivation de la Cour comme en atteste la présomption instaurée en faveur de ces derniers ainsi que le renversement consécutif de la charge de la preuve du « *lien spécial de loyauté* », qui incombe désormais à l'État, CEDH, Gde. Ch., 10 avril 2007, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, req. n° 63235/00, Rec. 2007-II, §62 (*GACEDH*, 2019, n° 23). La majeure partie des revirements correctifs se concentrent davantage sur les droits et la sécurité juridique des justiciables plutôt que celle de l'État partie.

sert la sécurité juridique des autres États parties. Ces arrêts restent assez exceptionnels. La prévisibilité juridique des États parties restent globalement perturbés par la survenance et l'absence de clarté des revirements, et ce même lorsque leur Cour intègre formellement leur besoin de sécurité juridique dans sa motivation³²⁷¹. Le seconde type de « désécurisation » est plus alarmant car il est consécutif à la pratique controversée des revirements régressifs ou « involutifs ».

b- La « désécurisation » intégrale par le revirement régressif

689. Depuis le début des années 2010, la Cour se livre à des revirements « régressifs » ou « involutifs » témoignant d'un net recul la protection des droits conventionnels. Au-delà des débats portant sur la possibilité pour la Cour d'« invirer » sa jurisprudence eu égard à « *l'impératif de non-régression des droits* »³²⁷², la question porte davantage sur la perte d'effectivité qui en résulte au niveau de la protection conventionnelle, en particulier lorsque « *le mouvement de rétrogression s'exerce à l'encontre d'un niveau de protection [...] préalablement "consolidé" par la jurisprudence européenne* »³²⁷³. C'est ainsi que le juge « ruine » selon certains³²⁷⁴ les bienfaits de son dynamisme, en fragmentant un acquis jurisprudentiel vital à la sauvegarde de la sécurité juridique *in globo*. Cette tendance régressive s'observe notamment sur la protection des droits de la défense. Depuis l'affaire *John Murray contre Royaume-Uni*³²⁷⁵, la Cour a reconnu le droit à l'assistance d'un avocat au titre de l'article 6§3, et ce à toutes les étapes de la procédure³²⁷⁶. L'arrêt de Grande Chambre *Salduz contre Turquie* vient par suite en consolider la portée en réaffirmant que cette obligation s'impose aux autorités « *dès le premier interrogatoire d'un suspect, sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit* »³²⁷⁷. L'affaire renforce par la même occasion les modalités de son contrôle sur ces « raisons impérieuses » qui doivent rester exceptionnelles, et ne pas porter

³²⁷¹ CEDH, Gde. Ch., 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, req. n° 18030/11 (RTDH, 2017, 623, note. H. SURREL). Voy. *supra*, n° 385.

³²⁷² S. VAN DROOGHENBROECK, « Retour sur l'interprétation "involutive" de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Le droit malgré tout. Hommage à François OST*, PUSL, 2018, p. 417-439, spéc. p. 430 et suiv.

³²⁷³ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, PUSL, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 61.

³²⁷⁴ S. VAN DROOGHENBROECK, « Retour sur l'interprétation "involutive" de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 429.

³²⁷⁵ CEDH, Gde. Ch., 8 février 1996, *John Murray c. Royaume-Uni*, req. n° 36408/97.

³²⁷⁶ *Ibid.*, §62.

³²⁷⁷ CEDH, Gde. Ch., 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, req. n° 36391/02, §55 (GACEDH, 2019, n°35).

« irrémédiablement » et « indûment » atteinte à l'équité globale de la procédure³²⁷⁸. Ce faisant, la Cour promouvait une conception autonome et protectrice du droit à l'assistance d'un avocat³²⁷⁹.

690. La lutte contre le terrorisme a été l'occasion de franchir un premier cap régressif avec l'arrêt *Ibrahim contre Royaume-Uni*³²⁸⁰. La « menace exceptionnellement grave et imminente » d'attentats terroristes incarne aux yeux de la Cour des raisons impérieuses justifiant le retard provisoire des requérants à un avocat lors de l'interrogatoire de police³²⁸¹, prononçant une violation partielle de l'article 6§1. Si l'affaire *Ibrahim* pouvait laisser croire à un arrêt circonstanciel, l'arrêt *Simeonovi* enclenche une seconde phase en généralisant cette interprétation régressive à l'ensemble du droit à un procès équitable. Alors que l'absence de raisons impérieuses aurait dû conduire la Cour à prononcer *de facto* un constat de violation, elle considère que « l'absence de raison impérieuse ne suffit pas en elle-même à emporter une violation de l'article 6§1 »³²⁸². Dans son contrôle, celle-ci attache une importance manifeste à l'atteinte irrémédiable causée par cette absence sur l'équité globale de procédure. Subordonné initialement à l'existence d'une raison impérieuse, le critère de l'équité procédurale devient désormais le critère central de son contrôle³²⁸³, et ce même en l'absence de raison impérieuse invoquée par le Gouvernement³²⁸⁴. Cette prépondérance est mise en exergue par l'élaboration d'une « liste non exhaustive de facteurs devant être pris en compte [...] pour mesurer les conséquences de lacunes procédurales survenues au stade de l'enquête sur l'équité globale du

³²⁷⁸ *Ibidem*. En l'espèce, la Cour a jugé que des déclarations incriminantes en dehors de la présence d'un avocat ayant fondé la condamnation nationale a enfreint l'équité du procès. Dans l'affaire *Dayanan contre Turquie* (CEDH, 10 octobre 2009, *Dayanan c. Turquie*, req. n° 7377/03), la Cour avait fait application de la jurisprudence *Salduz* en condamnant la privation automatique de l'assistance juridique d'un requérant dès lors qu'il avait fait usage de son droit à garder le silence.

³²⁷⁹ L. MILANO, « La jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits de la défense, une jurisprudence en déconstruction », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE*, Lexis Nexis, 2018, p. 483-492.

³²⁸⁰ CEDH, Gde. Ch., 16 décembre 2014, *Ibrahim c. Royaume-Uni*, req. n° 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09 (*JCP G*, 2016, act. 1010, obs. L. MILANO).

³²⁸¹ *Ibid.*, §235.

³²⁸² CEDH, Gde. Ch., 2 mai 2017, *Simeonovi c. Bulgarie*, n° 21980/04, §101 (*JCP G*, 2017, act. 578, obs. L. MILANO).

³²⁸³ L. MILANO, Le critère de « l'équité globale du procès », un critère régressif, *JCP G*, 2019, p. 253.

³²⁸⁴ Dans l'affaire *Olivieri contre France*, la Chambre a considéré qu'à cause de « l'absence de raisons impérieuses justifiant les restrictions constatées, elle est appelée à opérer un contrôle très strict, la Cour considère que ces éléments doivent peser lourdement dans son appréciation de l'équité de la procédure dans son ensemble », CEDH, 11 juillet 2019, *Olivieri c. France*, req. n° 62313/12, §38. Le fait d'opérer un contrôle plus strict ne change aucunement la prépondérance du critère de l'équité global du procès puisque, dans l'affaire *Bloise* publiée le même jour, cette absence n'a pas entaché le respect du critère de l'équité procédurale, la Cour parvenant à un constat de non-violation de l'article 6§§1 et 3 de la Convention, CEDH, 11 juillet 2019, *Bloise c. France*, req. n° 30828/13, §60.

procès pénal »³²⁸⁵. Déplorée par les juges³²⁸⁶, cette approche régressive a été consolidée dans le récent arrêt *Beuze contre Belgique*³²⁸⁷, et confirmée récemment dans l'affaire *Murtazaliyeva contre Russie*³²⁸⁸, enterrant définitivement l'approche dynamique impulsée par la jurisprudence *Salduz*³²⁸⁹. Certes, le critère de l'équité globale du procès et de l'existence de « raisons impérieuses » étaient tous deux présents dans l'arrêt *Salduz*. On ne peut nier toutefois que ce retour en arrière est plus que « préoccupant » pour l'effectivité des droits de la défense et de l'assistance à un avocat³²⁹⁰. En particulier, ce courant jurisprudentiel s'avère délétère pour la sécurité juridique des États parties. « *En préférant aux principes clairs et tranchés une appréciation holistique de l'équité de la procédure, la Cour renforce une certaine imprévisibilité du droit* »³²⁹¹. Il heurte leurs attentes juridiques en redéfinissant une obligation conventionnelle qui reposait originellement sur une jurisprudence claire et parfaitement établie en faveur du droit à un avocat dans les plus brefs délais. La fragilisation de cet acquis conventionnel augmente grandement leur sécurité juridique objective. Comme l'explique un juge, l'arrêt *Beuze* risque de « *mécontenter les États membres qui ont modifié leur législation et leur pratique interne pour se conformer à la décision antérieure de la Cour et à l'arrêt Salduz* »³²⁹². En effet, ce revirement porte indéniablement à la sécurité juridique de l'État défendeur qui, pourtant bon élève en ce qu'il avait ancré les percepts du précédent *Salduz* dans

³²⁸⁵ La Cour dégage 10 critères parmi lesquels on retrouve « *la vulnérabilité du requérant* », « *le dispositif légal encadrant la procédure antérieure à la phase de jugement et l'admissibilité des preuves au cours de cette phase* », ou encore « *l'utilisation faite des preuves* » au cours de la procédure, *ibid.*, §120.

³²⁸⁶ Opinion en partie dissidente des juges SAJÓ, LAZAROVA-TRAJKOVSKA et VUČINIĆ à laquelle se rallie le juge TURKOVIĆ, ainsi que l'opinion partiellement dissidente du juge SERGHIDE jointes à l'arrêt.

³²⁸⁷ CEDH, Gde. Ch., 9 nov. 2018, *Beuze c. Belgique*, n° 71409/10 (*JCP G*, 2018, n° 48, 1249, veille F. SUDRE ; *RTDH*, 2019, 118, obs. M-A. BEERNAERT).

³²⁸⁸ CEDH, Gde. Ch., 18 décembre 2018, *Murtazaliyeva c. Russie*, req. n° 36658/05 (*JCP G*, 2019, 253, note. L. MILANO)

³²⁸⁹ « *Nous regrettons que, sous couvert d'interprétation, le présent arrêt s'écarte des standards en matière d'équité procédurale qui ont été établis dans les arrêts Salduz et Ibrahim et autres combinés. [...] Le principe établi par l'arrêt Ibrahim [...] ne saurait être étendu pour s'appliquer également aux affaires comparables à l'affaire Salduz sans infirmer [...] l'arrêt Salduz lui-même et tous les autres arrêts dans lesquels le principe établi [...] a été appliqué. L'arrêt rendu dans la présente espèce déforme et modifie le principe énoncé dans l'arrêt Salduz et dévalue le droit précédemment établi par la Cour. [...] L'arrêt Beuze représente une contre révolution regrettable [...] en rendant caduque les mots en règles général qui la relativise au détriment des garanties procédurales* », opinion concordante commune aux juges YUDKIVSKA, VUČINIĆ, TURKOVIĆ et HÜSEYNOV, jointe à l'arrêt, CEDH, Gde. Ch., 9 nov. 2018, *Beuze c. Belgique*, *op. cit.*, pts. 19-21.

³²⁹⁰ F. SUDRE, Confirmation du recul du droit à l'assistance d'un avocat, *JCP G*, 2018, n° 48, 1249 ; L. MILANO, garanties du procès équitable et lutte contre le terrorisme, *RDLF*, 2015, chron. n° 07.

³²⁹¹ M-A. BEERNAERT, Droit d'accès à un avocat et relativité toujours plus grande des garanties du droit à un procès équitable, *RTDH*, 2019/118, p. 520-528, spéc. p. 528.

³²⁹² Opinion concordante commune aux juges YUDKIVSKA, VUČINIĆ, TURKOVIĆ et HÜSEYNOV, jointe à l'arrêt, pt. 26.

son droit interne, doit procéder à une énième refonte législative³²⁹³. En raison de l'effet *erga omnes*, le revirement affecte également la sécurité juridique des États tiers qui ont, eux aussi, construit leur législation sur ces mêmes préceptes. Même si les États (défendeur ou tiers) restent libres d'adopter des standards de protection supérieurs à ceux du droit de la Convention, ils pourraient légitimement s'en servir pour modifier leur législation interne afin de se mettre au diapason de la nouvelle jurisprudence. Cela entraînerait l'adoption d'un standard régressif de protection en matière de droits de la défense, qui les exposerait d'ailleurs à d'éventuelles condamnations à l'égard du droit de l'Union européenne³²⁹⁴. C'est dire si l'atteinte à la sécurité juridique de l'État partie est maximale³²⁹⁵.

691. En somme, si les États doivent respecter la jurisprudence européenne et s'adapter à ses fluctuations, la Cour doit également veiller, dans une moindre mesure, à ne pas bouleverser leurs stabilités juridiques en remettant en cause l'acquis conventionnel par de tel revirements. En effet, « *les acquis dans la cause des droits de l'homme sont au moins aussi précieux que les acquis dans les autres branches du droit, et c'est donc le principe de non-régression qui doit l'emporter* »³²⁹⁶. La Cour ne dispose pas d'un pouvoir interprétatif illimitée. Dans cette perspective « *la sécurité doit au moins être génératrice de bonne foi* »³²⁹⁷, au risque d'augmenter le sentiment d'insécurité et les revendications étatiques³²⁹⁸. Malgré cela, ces revirements régressifs se généralisent à l'ensemble 6§1³²⁹⁹, et à d'autres domaines comme l'article 5§1³³⁰⁰. Alarmant du point de vue de la sécurité juridique étatique, les revirements le sont également pour les sécurités juridiques subjectives.

³²⁹³ En effet, la Belgique avait adopté deux lois en 2011 et 2012 visant à renforcer les droits de la défense, afin de se mettre en conformité avec la jurisprudence européenne, CEDH, Gde. Ch., 9 nov. 2018, *Beuze c. Belgique*, n° 71409/10, §§49-77 (*JCP G*, 2018, n° 48, 1249, veille F. SUDRE ; *RTDH*, 2019, n° 118, obs. M-A. BEERNAERT).

³²⁹⁴ La directive 2012/13/UE du 27 novembre 2016 définissant des règles minimales concernant le droit d'accès droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures visant à exécuter un mandat d'arrêt européen, reprend également la jurisprudence *Salduz*, *ibid.*, §82.

³²⁹⁵ Ce constat contraste d'autant plus avec l'argument avancé par les promoteurs de l'interprétation évolutive selon lequel « *la régression peut donc être le prix à payer pour une progression, immédiate ou à terme [...] à force de trop vouloir consolider en aval les progrès jurisprudentiels réalisés, l'on risque d'inhiber, en amont, la réalisation du progrès, et d'encourager, par-là même au statisme* », S. VAN DROOGHENBROECK, « Retour sur l'interprétation "involutive" de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 434.

³²⁹⁶ Voy. l'opinion en partie dissidente du juge CASADEVALL, jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 20 mars 2009, *Gorou c. Grèce (n° 2)*, req. n° 12686/03, pt. 8.

³²⁹⁷ B. PACTEAU, La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?, *AJDA*, 1995, n° H.S, p. 151.

³²⁹⁸ Y. CHARTIER, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 150.

³²⁹⁹ Pour un exemple récent CEDH, Gde. Ch., 18 décembre 2018, *Murtazaliyeva c. Russie*, req. n° 36658/05 (*JCP G*, 2019, 253, note. L. MILANO) (non-violation sur l'impossibilité d'interroger les témoins lors du procès pénal). La requérante, ressortissante russe d'origine tchétchène faisant l'objet d'une procédure pénale pour préparation d'une attaque terroriste. Dans cette affaire, le juge assouplit son contrôle quant à l'appréciation de l'équité générale du procès similaire à l'affaire *Ibrahim* mentionnée.

³³⁰⁰ Cette régression se manifeste par l'adjonction d'exceptions à l'article 5 (comme la technique du confinement, CEDH, Gde. Ch., 15 mars 2012, *Austin et autres c. Royaume*, Rec. 2012-II, req. n° 39692/09, 40713/09 et 41008/09

B- Les répercussions sur les sécurités subjectives des requérants

692. Comme le relève Christian MOULY, « *un revirement n'a pas toujours des lendemains qui chantent* »³³⁰¹ pour les attentes juridiques des requérants. L'abandon de la jurisprudence antérieure « *détruit la prévisibilité des solutions juridiques [...] et va à l'encontre de [leur] vocation naturelle [...] à la stabilité* »³³⁰². Pour ce qui est du requérant *in casu*, c'est-à-dire celui qui est à l'initiative du revirement, le préjudice occasionné à sa sécurité juridique est systématique, à défaut d'application *in concreto* du revirement en dehors de la satisfaction équitable (1°). Pour ce qui est de la sécurité juridique des requérants *ex casu*, leur sécurité juridique est en principe préservée, puisque leur situation juridique sera placée sous l'empire de la loi nouvelle³³⁰³. Toutefois, le revirement emporte des effets à double tranchant sur la protection de leurs droits conventionnels, selon que celui-ci est progressif ou régressif (2°).

1°) L'atteinte systématique à la sécurité juridique du requérant *in casu*

693. « *Insoluble* »³³⁰⁴, la question de la protection de la sécurité juridique du requérant *in casu* se révèle être une préoccupation majeure tant pour le juge que pour la doctrine. En droit de la Convention, ses attentes légitimes se limitent à faire constater la violation de telle ou telle disposition devant le prétoire de Strasbourg, et, si le litige tourne en sa faveur, obtenir une satisfaction équitable pour le préjudice subi, et ce en attendant que l'État s'acquitte enfin de son obligation de réparation³³⁰⁵. À l'exclusion de l'hypothèse dans laquelle la Cour assortit son dispositif de mesures individuelles de redressement afin d'« indiquer » à l'État fautif la

(*JCP G.*, 2012, n° 15, 455, obs. F. SUDRE) ainsi que d'un infléchissement significatif du standard de protection, CEDH, Gde., Ch., 22 octobre 2018, *S., V. et A. c. Danemark*, req.n° 35553/12, 36678/12 et 36711/12. S. VAN DROOGHENBROECK, « Retour sur l'interprétation "involutive" de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 423.

³³⁰¹ P. VOIRIN, Les revirements de jurisprudence et ses conséquences, *JCP*, 1959, n° 1, I, p. 1467.

³³⁰² C. MOULY, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de Cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, sous l'égide de l'Institut des hautes études sur la justice, La Documentation française, 1994, p. 123-148, spéc. p. 136 et suiv.

³³⁰³ La seule hypothèse attentatoire à leurs attentes légitimes est celle d'une prospectivité prorogée dans laquelle le juge reporte à une date ultérieure l'application de la règle jurisprudentielle nouvelle, voy. *infra*, n° 794.

³³⁰⁴ K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 371.

³³⁰⁵ En vertu de l'article 41 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : « *Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable* ».

réparation adéquate pour le requérant³³⁰⁶, la sécurité juridique de ce dernier s'en trouve presque systématiquement neutralisée. Pire encore, le constat de violation et l'évolution progressiste de sa jurisprudence forment parfois, aux yeux de la Cour, des tributs suffisants. Le requérant se voit alors privé de toute indemnisation pécuniaire. Dans l'arrêt de principe *Christine Goodwin contre Royaume-Uni*³³⁰⁷, la Cour a procédé à un revirement mémorable de sa jurisprudence en faveur de la reconnaissance juridique de l'état civil des personnes transsexuelles. La lecture du dispositif de l'arrêt vient toutefois ternir cette portée progressiste : « *certes la requérante a sans aucun doute éprouvé de la détresse et de l'anxiété par le passé, mais c'est la non-reconnaissance juridique de la conversion sexuelle des transsexuels opérés qui se trouve au cœur des griefs* ». Péremptoire, elle ajoute que « *les constats de violation, avec les conséquences qui en découlent pour l'avenir, peuvent, dans les circonstances, passer pour constituer une satisfaction équitable*. Cela étant, elle « *n'estime donc pas opportun d'allouer une indemnité à la requérante en l'espèce* »³³⁰⁸. Le constat de violation se substitue à l'indemnisation, qui se retrouve sacrifiée sur l'autel du progrès des normes conventionnelles. Loin de se limiter au cas d'espèce, la Cour a pu éliminer toute indemnisation pour les requérants dont la violation est survenue avant le prononcé de l'arrêt comme en atteste l'affaire *I. contre Royaume-Uni*³³⁰⁹.

694. Cette position, entérinée par des affaires ultérieures³³¹⁰, a de quoi surprendre. Sous un prisme positif, la Cour suggère à l'État condamné de s'acquitter de ses obligations en prenant les mesures individuelles et/ou nécessaires. Ceci est d'autant plus appréciable qu'il a été souligné précédemment que la résorption de la défaillance législative constitue le type de réparation *in intergrum* idéal réparer une violation du principe de sécurité juridique³³¹¹. Sous

³³⁰⁶ Par ex. CEDH, Plén., 26 octobre 1988, *Norris c. Irlande*, req. n° 8225/78, série A. 142, §50, relatif à la pénalisation des homosexuels. Pour plus de détails, voy. *supra*, n° 456.

³³⁰⁷ CEDH, Gde. Ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, Rec. 2002-VI (GACEDH, 2019, n° 46).

³³⁰⁸ *Ibid.*, §119-120.

³³⁰⁹ CEDH, Gde. Ch., 11 juillet 2002, *I. c. Royaume-Uni*, req. n° 25680/94, §§94-95. La Cour constatant que l'affaire étant antérieure à 1998, « *des questions similaires [avaient] été jugées [relevant] de la marge d'appréciation du Royaume-Uni et ne [révélaient] aucune violation* ». Partant, si « *la requérante a sans aucun doute éprouvé de la détresse et de l'anxiété par le passé, mais c'est la non-reconnaissance juridique de la conversion sexuelle des transsexuels opérés qui se trouve au cœur des griefs formulés dans la présente affaire [...]. La Cour n'estime donc pas opportun d'allouer une indemnité à la requérante en l'espèce* ». Voy. également, CEDH, 23 mai 2006, *Grant c. Royaume-Uni*, req. n° 32570/03, Rec. 2006-VII, §§40-43 et 56-57.

³³¹⁰ En matière d'utilisation et de divulgation des données personnelles suit une logique identique, CEDH, Gde. Ch., 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, req. n° 30562/04 et 30566/04, Rec. 2008-V, §99 (GACEDH, 2019, n° 41).

³³¹¹ Le caractère pécuniaire de l'indemnisation au titre de la satisfaction équitable a déjà montré ses insuffisances dans le cadre de cette étude. Seule une modification du cadre législatif national ou la résorption de la législation

un prisme négatif, l'instauration de telles mesures reste soumise à une temporalité incertaine qui échappe au requérant *in casu*, quand bien même l'État entamerait avec une « remarquable célérité » le processus d'élaboration et de modification de son cadre législatif³³¹². Au demeurant, en supprimant l'octroi de sa satisfaction équitable, elle le prive *in fine* d'une expectative financière rendue légitime par le constat de violation, à défaut de bénéficier des effets *ad personam* de sa jurisprudence. Elle apparaît d'autant plus « méritée » que son litige a participé dans cette affaire au progrès des normes, ce qui nuit à la confiance du requérant dans la justice conventionnelle et à la fiabilité du droit de la Convention.

695. Au-delà de l'aspect prospectif de sa motivation³³¹³, la temporisation de l'atteinte à la sécurité juridique subjective développe un sentiment d'iniquité qui détone avec la portée progressiste de sa solution. En effet, le renversement de jurisprudence impose « une règle ignorée jusque-là et que [le requérant] ne pouvait donc anticiper »³³¹⁴. Cet « effet de surprise »³³¹⁵ anéantit la confiance que ce requérant avait placée « sur la foi de la jurisprudence »³³¹⁶ qui, en principe, a pour devoir de protéger leurs prévisions légalement établies, et non les mettre en marge au nom de la nouvelle règle jurisprudentielle. La rétroactivité fait donc inmanquablement naître chez le justiciable « trompé » un profond sentiment d'injustice³³¹⁷. Évidemment, « aucun juge n'est en mesure de statuer dans l'instantanéité »³³¹⁸. Le décalage temporel, causé par l'effet rétrospectif, est inéluctable au revirement jurisprudentiel³³¹⁹. Il est certain que la survenance d'une solution augurée par un certain nombre d'éléments annonciateurs, sera mieux « digérée » qu'un revirement rétroactif impromptu ou non « anticipable », spécialement si la solution nouvelle se trouve être

litigieuse serait à même d'offrir une réparation véritablement *in integrum* de la violation du droit et à rétablir la sécurité juridique subjective, voy. *infra*, n° 456.

³³¹² CEDH, 23 mai 2006, *Grant c. Royaume-Uni*, req. n° 32570/03, Rec. 2006-VII, §41.

³³¹³ F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'ombre de *Marckx*, pour un débat renouvelé sur les effets dans le temps des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1107.

³³¹⁴ Paradoxalement, le revirement contredit leurs anticipations, alors même que c'est « le droit lui-même qui les avait rendues parfaitement légitime », N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET, LexisNexis, Paris, coll. « Cour de Cassation », 2005, p. 15 ; voy. également K. LUCAS-ALBERNI, La possible contribution du revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 484.

³³¹⁵ N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, *op. cit.*, p. 14.

³³¹⁶ P. VOIRIN, Les revirements de jurisprudence et ses conséquences, *op. cit.*, p. 1467.

³³¹⁷ « L'injustice est trop grande de juger les actes, contrats et prévisions de quelqu'un selon un droit qui n'existait pas lorsqu'il a pris ses décisions », *ibidem*.

³³¹⁸ K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 288.

³³¹⁹ « Le juge [...] ne tranche pas le litige en situant dans un présent permanent. Dans la plupart des cas, un certain espace temporel s'interpose entre la réalisation de l'acte ou l'omission incriminée et la décision judiciaire », P. VOYATZIS, « Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans le temps juridique. Les cas du revirement de jurisprudence et de la violation potentielle », *op. cit.*, p. 707.

défavorable à la partie lésée³³²⁰. « *L'excellence d'une solution nouvelle n'est rien lorsqu'elle n'est pas assortie de la garantie de la sécurité juridique* »³³²¹. La fragilisation du sentiment de confiance entrave à terme le bon fonctionnement de la justice et à long terme, la fiabilité et la sécurité du droit conventionnel. Ce n'est pas un hasard si la Cour européenne, respectueuse de la conduite autonome du juge interne dans la conduite de ses revirements, n'en responsabilise pas moins ce dernier en appelant au « *principe de la sécurité des rapports juridiques* » au nom de cette même confiance³³²².

2°) L'atteinte aléatoire à la sécurité juridique des requérants *ex casu*

696. Selon la Cour, la perturbation causée à la sécurité juridique des requérants extérieurs (tiers, en cours d'instance ou futurs) est présentée comme allant dans le sens d'une protection accrue de leurs droits et libertés conventionnels, puisque seule l'interprétation évolutive et/ou consensuelle appelle un tel renversement³³²³. Cela se vérifie pour la majeure partie des arrêts mentionnés, dont le revirement vient accroître le niveau de protection, soit par une extension du champ d'applicabilité d'un droit³³²⁴, soit par la réduction de la marge nationale d'appréciation³³²⁵, soit par une réécriture totale d'une disposition conventionnelle pour ajouter un nouveau droit conventionnel en leur faveur³³²⁶. Partant, la mise à l'écart de leur sécurité juridique est amplement justifiée, car elle est impérative pour tendre vers le progrès des normes requis par le droit de la Convention.

³³²⁰ K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 288.

³³²¹ V. DELAPORTE, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 159.

³³²² Pour rappel, ce principe a pour objectif de « *garantir aux justiciables une certaine stabilité des situations juridiques ainsi qu'à favoriser la confiance du public dans la justice [...], cette confiance [constituant] l'une des composantes fondamentales de l'État de droit* », CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie*, req. n° 13279/05, §57 (*JCP G*, 2012, doct. 87, F. SUDRE).

³³²³ Pour ce qui est de la sécurité juridique des tiers, il appert que le constat de violation est davantage source d'insécurité juridique que le revirement, notamment dans le cadre de conflits interindividuels (par exemple en matière de filiation dans le cadre des mécanismes prescriptifs ou d'atteinte à l'autorité de chose jugée par la procédure de révision, voy. *supra*, n° 585 et suiv.). En ce sens, l'insécurité juridique est liée à l'aléa jurisprudentiel du verdict d'une décision de justice. La seule hypothèse d'atteinte à la protection conventionnelle serait donc celle d'un revirement involutif de jurisprudence portant sur ces domaines.

³³²⁴ CEDH, Gde. Ch., 10 avril 2007, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, req. n° 63235/00, Rec. 2007-II (*GACEDH*, 2019, n° 23).

³³²⁵ CEDH, Gde. Ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, Rec. 2002-VI (*GACEDH*, 2019, n° 46).

³³²⁶ CEDH, Gde. Ch., 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, req. n° 18030/11 (*RTDH*, 2017, 623, note. H. SURREL).

697. Toutefois, les solutions nouvellement dégagées par les « *revirements involutifs* »³³²⁷ occasionnent un « *reflux* »³³²⁸ des protections conventionnelles existantes. Significatif de la portée négative du principe, la sécurité juridique s'écartera pour laisser place à une interprétation stagnante ou régressive qui n'est donc pas, par définition, motivée par une approche progressiste ou évolutive. L'arrêt *Guiso Gallisay contre Italie*³³²⁹, afférent aux modalités de calcul de la satisfaction équitable en matière d'expropriation indirecte, est particulièrement illustratif de cette tendance. Conformément à l'arrêt *Papamichalopoulos*³³³⁰, l'indemnisation du dommage matériel se fondait sur la valeur actuelle des biens du marché immobilier au moment du prononcé de l'arrêt de la Cour, à défaut de restitution en nature. L'objectif étant alors de compenser la perte financière subie par le requérant en raison subséquente à la non-jouissance du bien exproprié. « *Après mûre réflexion* », la Cour décide de rectifier cette méthode initiale en rendant non-systématique le calcul du dommage sur la valeur marchande du bien : celle-ci doit désormais être calculée à la date de « *la perte de propriété* »³³³¹. Indépendamment du fait que celle-ci soit désormais fixée antérieurement au prononcé de l'arrêt, le nouveau critère se fonde également sur la « *date où l'intéressé a eu la certitude juridique d'avoir perdu son droit de propriété* »³³³². Rejoignant la critique faite par une étude récente, il favorise une diminution regrettable du *quantum* indemnisable en cas d'atteinte illicite au droit de propriété³³³³. Si cette modification se présente comme une modalité de calcul plus égalitaire entre les requérants, elle sert surtout à sauvegarder la protection des intérêts étatiques. Pour preuve, la Cour souligne dans le même paragraphe que « *[l'ancienne] méthode de calcul du préjudice matériel en fonction de la date du prononcé de l'arrêt de la Cour, ainsi que de la valeur des ouvrages réalisés par l'État, laisse la place à une marge d'arbitraire. De surcroît, elle attribue à l'indemnisation pour le dommage matériel un but punitif ou dissuasif à l'égard de l'État défendeur au lieu d'une fonction compensatoire pour les requérants* »³³³⁴. Cette position a malheureusement été entérinée postérieurement pour ce qui est des privations

³³²⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne. Prendre l'idée simple au sérieux*, *op. cit.*, p. 59 et suiv.

³³²⁸ F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'ombre de *Marckx*, pour un débat renouvelé sur les effets dans le temps des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1113.

³³²⁹ CEDH, 21 octobre 2008, *Guiso-Gallisay c. Italie (satisfaction équitable)*, req. n° 58858/00, §§102-107.

³³³⁰ CEDH, Gde. Ch. 13 octobre 1995, *Papamichalopoulos contre Grèce*, req. n° 14556/89 (*GACEDH*, 2019, n° 75). Pour un récapitulatif sur l'apport de l'arrêt, voy. *supra*, n° 456.

³³³¹ *Ibid.*, §27.

³³³² *Ibid.*, §32.

³³³³ R. HOSTIOU, CEDH : violation du droit au respect des biens et « satisfaction équitable » - *quid* de la « *restitutio in intergrum* » ?, *RDI*, 2018, p. 269.

³³³⁴ *Ibid.*, §29.

légales mais injustifiées³³³⁵. Dans la même logique, le changement jurisprudentiel opéré par la Chambre – conforté par la Grande Chambre dans l’arrêt *Gorou n° 2*³³³⁶ – a pu provoquer de nombreuses incompréhensions chez les juges dissidents en raison de son caractère régressif³³³⁷. Marginaux, ces arrêts mettent en évidence deux éléments : d’une part, l’absence d’automaticité entre revirement et extension de la protection conventionnelle ; d’autre part, une dénaturation du cliquet de la sécurité juridique qui sert des finalités plus stratégiques que progressistes.

*

* *

698. « *Les revirements de jurisprudence sont impérativement nécessaires, car l’équilibre d’une pensée dépend de sa vitesse. L’évolution du monde change le poids relatif des arguments qui fondent une solution* »³³³⁸. Longtemps limités par l’antagonisme naturel entre sécurité juridique et revirement, les juges de la Convention ont précocement intégré l’utilité de l’insécurité juridique liée à la mutabilité et à l’évolution jurisprudentielles. « *La jurisprudence n’étant pas immuable mais au contraire évolutive par essence* », la Cour considère à juste titre qu’« *une évolution de la jurisprudence n’est pas en elle-même contraire à la bonne administration de la justice lorsque l’absence d’une approche dynamique et évolutive risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration* »³³³⁹. Pour survivre, la jurisprudence a besoin de la dose temporaire d’insécurité juridique qui l’accompagne car la modification consolide l’architecture jurisprudentielle. Le revirement est primordial parce qu’il

³³³⁵ CEDH, 31 mai 2016, *Yianopulu c. Turquie*, req. n° 12030, §§17-26.

³³³⁶ CEDH, Gde. Ch., 20 mars 2009, *Gorou c. Grèce (n° 2)*, req. n° 12686/03.

³³³⁷ Le constat de non-violation a ainsi provoqué pas moins deux opinions dissidentes dans lesquelles les juges expriment leurs regrets et leur incompréhension face à la solution de la Grande Chambre : « *En règle générale, les changements de jurisprudence interviennent en faveur d’une meilleure protection des justiciables. Ici, c’est l’inverse qui s’est produit. [...] Le présent arrêt marque donc un recul dans la protection des droits fondamentaux, que j’ai de la peine à m’expliquer et que je regrette* » (opinion en partie dissidente du juge MALINVERNI à laquelle se rallie le juge SAJÓ, CEDH, Gde. Ch., 20 mars 2009, *Gorou c. Grèce (n° 2)*, *op. cit.*, pt. 4) ; « *Faute d’argumentation, je ne comprends pas quelle est la raison, la question grave, ou l’intérêt juridique permettant de justifier que la Cour fasse un pas en arrière. [...] Les acquis dans la cause des droits de l’homme sont au moins aussi précieux que les acquis dans les autres branches du droit, et c’est donc le principe de non-régression qui doit l’emporter* » (opinion en partie dissidente du juge CASADEVALL, CEDH, Gde. Ch., 20 mars 2009, *Gorou c. Grèce (n° 2)*, *op. cit.*, pt. 8).

³³³⁸ C. MOULY, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de Cassation », *op. cit.*, p. 123.

³³³⁹ CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie*, req. n° 13279/05, §§51-56 (*JCP G*, 2012, doct. 87, F. SUDRE). Pour une application récente, CEDH, 23 mai 2019, *Sine Tsaggarakis A.E.E. c. Grèce*, req. n° 17257/13, §48.

est signe de vitalité juridique et de maturité prétorienne dans la bonne fabrication de sa jurisprudence. Pour exemple, en intégrant le principe dans la méthodologie du revirement, la Cour européenne fait du principe à la fois un *instrumentum* dans la régulation du revirement aidée des mécanismes et des motifs d'encadrement, ainsi que le *negocium* entre la pluralité de sécurités juridiques qui caractérise son système (individuelles, étatiques et *in globo*)³³⁴⁰. Son intégration dans la méthodologie du revirement est symptomatique du passage à une réconciliation pacifiée et vertueuse entre (in)sécurité juridique et revirement. Ceci justifie en partie que la sécurité jurisprudentielle au sens du droit de la Convention se doit d'être flexible pour répondre aux impératifs de l' « *instrument vivant* »³³⁴¹. C'est pourquoi la Cour admet que sa jurisprudence comprenne une part naturelle d'insécurité juridique et qu'elle puisse revirer dès qu'elle le juge nécessaire.

699. Si l'on peut ne que se féliciter d'une telle avancée, le dévoilement de sa *juris dictio* met en lumière une instrumentalisation du principe dans la navigation des revirements. La première est de nature positive, car elle conduit à asseoir une interprétation évolutive et progressiste au profit d'une extension des droits conventionnels. En revanche, la seconde donne lieu à une instrumentalisation négative, motivée en faveur de la sécurité juridique des États parties ou celle de son système juridictionnel, au détriment du progrès des normes. Qu'elles soient négatives ou positives, de telles instrumentalisations fragilisent le rôle du principe de sécurité juridique en tant que régulateur jurisprudentiel. Devant un cliquet de plus en plus réversible et malléable, son utilisation altère *in fine* son objectif initial (et fondamental) de sécurisation jurisprudentielle. Cela engendre d'une part, une perte de cohérence et de stabilité par la formation de niches d'insécurité juridique objective à l'avenir, et d'autre part, une perte de confiance et de crédibilité des parties dans la bonne administration de la justice conventionnelle. « *Les défauts du revirement sont la raison d'être de la jurisprudence* »³³⁴². Si cet impératif doit s'effacer au nom du besoin de mutabilité du droit, il ne faut pas perdre de vue que le revirement reste un « acte grave » qui doit être utilisé avec prudence et parcimonie³³⁴³.

700. L'approche décomplexée de la Cour ne saurait faire oublier l'insécurité juridique inhérente à cette pratique et ses répercussions sur les intérêts de sécurités juridiques. Certains

³³⁴⁰ On y retrouve ici la double identité conceptuelle du principe en tant que principe interprétatif et principe axiologique, voy. *infra*, n° 233.

³³⁴¹ CEDH, Ch., 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, série A. 26, req. n° 5856/72, §31 (*JDI*, 1980, 457, obs. P. ROLLAND).

³³⁴² P. DEUMIER, « Le revirement de jurisprudence en question », *op. cit.*, 2012, p. 68.

³³⁴³ C. MOULY, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de Cassation », *op. cit.*, p. 123.

effets sont corrélés à la toxicité naturelle du revirement et du jeu processuel, la préservation des attentes de l'une des parties se faisant au détriment de l'autre. D'autres produisent des lésions inhabituelles par leur ampleur sur l'atteinte aux sécurités juridiques. C'est le cas des revirements régressifs qui déconstruisent des interprétations dynamiques et remettent en cause l'acquis conventionnel sur lequel se fonde les États parties pour satisfaire à leurs obligations. Ces phénomènes affectent non seulement la sécurité juridique objective du droit de la Convention, mais également la sécurité juridique objective du droit national. En effet, la redéfinition de l'obligation conventionnelle nécessite de modifier la législation, ce qui engendre des coûts financiers et matériels qui attisent les mécontentements étatiques. Le revirement occasionne également de nombreux dommages sur les sécurités juridiques subjectives, dont l'atteinte la plus importante reste celle du requérant *in casu*. De quoi inviter la Cour européenne à prendre davantage en considération les effets engendrés par ses changements de cap sur ces sécurités juridiques³³⁴⁴. L'impératif de sécurité jurisprudentielle doit être également maintenu à l'encontre des sources pérennes d'insécurité juridique.

SECTION II : LES SOURCES MEDIATES D'INSECURITE JURISPRUDENTIELLE

701. Comme l'explique une opinion séparée, « *pour interpréter et appliquer les dispositions de la Convention, la Cour fait généralement les choix interprétatifs suivants : une interprétation large qui privilégie l'essence du droit et qui est favorable au justiciable, une interprétation qui réconcilie les deux différentes versions de la disposition conventionnelle en question à la lumière de son objet et de son but, et une interprétation qui prend la Convention comme un tout et aboutit à une harmonisation interne et externe des dispositions de la Convention. Toutes ces options, qui peuvent sembler être des règles d'interprétation, sont interconnectées et intégrées l'une à l'autre dans le cadre plus général du principe, qui a sur elles un effet d'harmonisation et de contrôle* »³³⁴⁵. Ces choix interprétatifs affectent la méthodologie utilisée par la Cour qui, dans le cadre des dérives susmentionnées, engendre des incertitudes jurisprudentielles qui viennent diminuer la sécurité *in globo*. Les artifices interprétatifs utilisés par la Cour au nom du progrès des normes engendrent une insécurité

³³⁴⁴ *Infra*, n° 854.

³³⁴⁵ Opinion concordante du juge SERGHIDES jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 8 juillet 2019, *Mihalache c. Roumanie*, req. n° 54012/10, pt. 5.

juridique de nature intra jurisprudentielle, c'est-à-dire une insécurité provenant du processus de fabrication du droit de la Convention par la jurisprudence européenne (1§). Ils accroissent le risque naturel d'incohérence inhérent à toute construction jurisprudentielle ainsi que le risque de désunion vis-à-vis des juges de la Convention. Cette érosion nuit à la crédibilité de la Cour et à l'autorité de sa jurisprudence auprès du juge national et du juge international. Elle donne naissance à un autre type d'insécurité juridique qui est d'ordre post jurisprudentiel, consécutive à l'inexécution de sa jurisprudence par les États parties à la Convention (2§). En tant que premiers « exécuteurs » de la norme conventionnelle en vertu du principe de subsidiarité, ces derniers sont soumis à une obligation d'exécution des arrêts au titre de l'article 46³³⁴⁶. Cependant, certains manifestent une réticence explicite à respecter leurs obligations face à l'activisme intrusif de la Cour. S'en suit alors un risque accru d'inexécution totale ou partielle des arrêts de la Cour qui érode l'effectivité du droit de la Convention.

1§) L'insécurité intra jurisprudentielle

702. Dérivé objectif du principe sécurité juridique³³⁴⁷, la cohérence se définit « comme une propriété attribuée à une totalité en fonction de certaines qualités de ses parties relativement à leur intégration dans la totalité »³³⁴⁸. Spécifiquement, dans les systèmes et ordres juridiques nationaux, il vise à « ordonner le droit [...] et éviter la désintégration de celui-ci »³³⁴⁹. Ce faisant, cohérence et politique jurisprudentielle s'avèrent indissociables à l'élaboration d'une politique jurisprudence optimale sur le plan de la sécurité juridique³³⁵⁰. Longtemps affiché de manière dogmatique par les juges, l'impératif de cohérence souffre d'un décalage récurrent

³³⁴⁶ En vertu de l'article 46 alinéa 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties* ».

³³⁴⁷ *Supra*, n° 146.

³³⁴⁸ E. MAULIN, « Cohérence et ordre juridique », in V. MICHEL (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, PUS, Strasbourg, 2009, p. 9-24, spéc. p. 11.

³³⁴⁹ D. SIMON, « Rapport introductif. Cohérence et ordre juridique communautaire », in V. MICHEL (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, *op. cit.*, p. 25-40, spéc. p. 34.

³³⁵⁰ « *Toute politique jurisprudentielle a vocation à relier entre elle les décisions passées et les décisions futures. Elle assure donc la prévisibilité du droit jurisprudentiel [...]. La politique jurisprudentielle implique la jurisprudence constante* », G. CANIVET, « La politique jurisprudentielle », in *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques BORE*, Dalloz, Paris, 2007, p. 79-97, spéc. p. 83.

avec la réalité jurisprudentielle. Le qualifiant de « postulat »³³⁵¹ ou d'objectif « idyllique »³³⁵², certaines études sont allées jusqu'à plaider « un éloge tempéré de l'incohérence » pour l'efficacité du droit³³⁵³. Par conséquent, une « bonne » cohérence jurisprudentielle serait celle qui admettrait une part d'incohérence, autrement dit une part d'insécurité juridique³³⁵⁴. En se préservant le droit d'être temporairement incohérente pour tendre vers le « développement cohérent de sa jurisprudence »³³⁵⁵, le juge de Strasbourg promeut une sécurité juridique des plus flexibles. Nonobstant ses efforts louables pour développer des mécanismes de pédagogie judiciaire³³⁵⁶, la norme conventionnelle reste fortement marquée par le sceau de l'incohérence³³⁵⁷. Les risques d'incohérence augmentent d'autant plus dans une organisation supranationale située au carrefour des systèmes de protection des droits fondamentaux. L'harmonisation de sa jurisprudence doit alors composer avec celles des juges nationaux, européens et internationaux (A).

703. Dans le même temps, la Cour doit veiller à la cohésion de sa jurisprudence en interne. Connexe à l'impératif de cohérence, la cohésion se définit comme « *l'unité, la solidarité étroite [...], le caractère quasi-indestructible du lien qui unit les membres d'un groupe* »³³⁵⁸. Elle réside dans la capacité d'une juridiction à créer une jurisprudence qui soit suivie et acceptée dans sa globalité afin de résorber le risque de dissonance interprétative entre les juges qui composent son office³³⁵⁹. En conséquence, elle forme une condition *sine qua non* de sécurité jurisprudentielle. Si le risque apparaît moindre au niveau supranational malgré la complexification de son architecture juridictionnelle, il s'intensifie au niveau national en raison

³³⁵¹ *Ibid.*, p. 28.

³³⁵² J-P. JACQUE, « Conclusions générales », in V. MICHEL (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, op. cit., p. 429-436, spéc. p. 430.

³³⁵³ R. KOVAR, « Éloge tempéré de l'incohérence », in V. MICHEL (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, op. cit., p. 41-46.

³³⁵⁴ A. PALANCO, *Le précédent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse dactyl., Université de Montpellier, 2017, p. 373 et suiv.

³³⁵⁵ C'est ce qui ressort de la jurisprudence de la Cour européenne lorsqu'elle affirme qu'elle « *ne se trouve pas liée par ses décisions antérieures [...] elle a toutefois coutume d'en suivre et appliquer les enseignements, dans l'intérêt de la sécurité juridique et du développement cohérent de la jurisprudence de la Convention* » [souligné par nous], CEDH, Plén., 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, req. n°10843/84, série A. 184, §35. On remarquera d'ailleurs que la Cour fait rarement mention d'unité et préfère le terme de cohérence.

³³⁵⁶ Ces efforts se manifestent au travers de la standardisation du standard de la légalité par la notion autonome de loi ou le développement de règles de légistique (voy. *supra*, n° 256 et suiv.), de la combinaison des contrôles concrets et abstraits (*supra*, n° 437) ainsi que du développement d'une théorie du revirement, voy. *infra*, n° 779 et suiv.

³³⁵⁷ L'imprévisibilité de sa jurisprudence reste l'argument phare de ses détracteurs, voy. P. MALAURIE, Grands arrêts et mauvais arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *LPA*, 2006, n° 166, p. 4 ; B. EDELMAN, La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ?, *Dalloz*, 2008, n° 28, p. 1946.

³³⁵⁸ *Dictionnaire Poche Larousse*, Larousse, Paris, 2019, éd., 2020, p. 250.

³³⁵⁹ G. CANIVET, « La politique jurisprudentielle », op. cit., p. 89.

de la place prépondérante du juge interne comme juge « naturel » du droit de la Convention (B).

A- Le risque d'incohérence

704. Les origines des incohérences jurisprudentielles ne sont « *ni une[s] ni seule[s]* »³³⁶⁰. Le risque peut résulter d'une incohérence interne, par rapport à la norme conventionnelle dégagée par son interprète authentique (1°) ou d'une incohérence externe, au regard des normes internationales dégagées par les juges européens et internationaux dans le contentieux des droits fondamentaux (2°).

1°) L'incohérence interne au sein de la jurisprudence de la Cour européenne

705. S'il est communément admis que les incohérences constituent un accident « *normal* »³³⁶¹ dans la conduite d'une politique jurisprudentielle, « *encore faut-il [...] qu'elles ne soient ni excessives ni irrémédiables* »³³⁶². Cela étant, la Cour doit veiller à ce que ses incohérences restent ponctuelles en évitant leur prolifération et, surtout, les contradictions de jurisprudence. En particulier, elle doit éviter de « *détricoter* »³³⁶³ sa jurisprudence de manière discrétionnaire, sous peine de tendre vers une incohérence qui pourrait être perçue comme arbitraire³³⁶⁴. De fait, une jurisprudence « sécurisée » et fiable » serait celle qui disposerait d'un niveau « acceptable » d'incohérence dont le critère de différenciation serait déterminé en fonction de l'objectif poursuivi par le juge³³⁶⁵. Sous ce prisme, il convient de dissocier donc les incohérences « acceptables » (a) des incohérences « anormales » (b).

³³⁶⁰ E. BROSSET, « Le discours juridictionnel et les rapports entre ordres juridiques », in V. MICHEL (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, op. cit., p. 243-270, spéc. p. 243.

³³⁶¹ J-P. JACQUE, « Conclusions générales », op. cit., p. 429

³³⁶² R. KOVAR, « Éloge tempéré de l'incohérence », op. cit., p. 41.

³³⁶³ F. SUDRE, L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH*, 2008/76, p. 941-947, spéc. p. 941.

³³⁶⁴ B. EDELMAN, La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ?, op. cit., p. 1946.

³³⁶⁵ « *Dans cette manière de gouverner et de décider que postule une politique, il faut [...] une opinion préalable [...] mais aussi une insertion de cette décision dans un mouvement d'ensemble qui la justifie et qui l'explique* », G. CANIVET, « La politique jurisprudentielle », in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de Jacques BORE*, Dalloz, Paris, 2007, p. 82. Si « *une certaine dose d'incohérence peut s'avérer utile [...] cette utilité ne doit être que transitoire. L'acceptation de l'incohérence ne doit pas être une renonciation à rechercher l'incohérence* », R. KOVAR, « Éloge tempéré de l'incohérence », op. cit., p. 46.

a- Les incohérences « normales » de jurisprudence

706. La première cause acceptable d'incohérence est liée aux contraintes inhérentes au contrôle de conventionnalité *in concreto*. Précédemment, il a été démontré les dérives d'une « proportionnalité privatisée »³³⁶⁶ qui crée à terme une rupture d'égalité entre les individus hautement préjudiciable pour la protection effective de leurs droits fondamentaux. Si l'unité du droit n'est certainement pas celle de « l'unité des solutions »³³⁶⁷, elle n'est clairement pas non plus celle de la fragmentation des solutions analogues, ni celle de la désintégration de la garantie collective des droits fondamentaux. Comme le souligne le Professeur Christian ATIAS, elle réside dans « la maîtrise de la diversité du réel en supplantant les désirs et les besoins individuels »³³⁶⁸. De ce point de vue, le développement récent du volet préventif par le contrôle *in abstracto* est loin d'être anodin. En effet, il met en évidence la volonté du juge de développer une jurisprudence plus homogène et donc plus prévisible. En effet, « la jurisprudence est plus large qu'un cas concret et tient à sa capacité à renfermer des solutions abstraites et générales données à des questions de droit »³³⁶⁹. C'est pourquoi dans l'arrêt *Tomov et autres contre Russie*³³⁷⁰ la Cour a affirmé qu'il était « dans l'intérêt de la sécurité juridique et pour une application uniforme et prévisible des principes généraux [...] de résumer l'approche à suivre dans les affaires où une violation de l'article 3 est alléguée à raison de conditions de transfèrement inhumaines et dégradantes »³³⁷¹. Cependant, le droit de recours individuel et la subjectivisation du contentieux européen qui en découle véhiculent une interprétation corrective et compensatrice du principe de sécurité juridique. Si l'individualisation engendre indéniablement des effets pervers, elle est aussi garante d'effectivité des droits en ce qu'elle offre un contrôle de légalité conventionnelle adaptée à leur protection³³⁷². Le but étant donc de trouver le compromis entre interprétation casuistique et harmonisation jurisprudentielle.

³³⁶⁶ P. PUIG, L'excès de proportionnalité, *RTD Civ.*, 2016, p. 70.

³³⁶⁷ C. ATIAS, « 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, sous l'égide de l'Institut des hautes études sur la justice, La Documentation française, 1994, p. 73-83, spéc. p. 76.

³³⁶⁸ *Ibid.*, p. 73.

³³⁶⁹ « La jurisprudence est plus large qu'un cas concret et tient à sa capacité à renfermer des solutions abstraites et générales données à des questions de droit », F. SUDRE, L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 920. Sur le développement du contrôle de conventionnalité *in abstracto*, voy. *supra*, n° 548 et suiv.

³³⁷⁰ CEDH, 9 avril 2019, *Tomov et autres c. Russie*, req. 18255/10 et suiv.

³³⁷¹ *Ibid.*, §123.

³³⁷² *Supra*, n° 437 et 481.

707. La seconde cause est liée aux incohérences temporaires provoquées par la mutabilité de la jurisprudence à des fins correctives ou d'actualisation. Critiquée à maints égards³³⁷³, l'interprétation évolutive est inhérente au droit de la Convention en raison de son caractère « *vivant* »³³⁷⁴. Si cela est une source indéniable d'imprévisibilité, elle n'est pas incohérente avec l'exercice de son office, car elle est la condition de l'effectivité du droit de la Convention. Il a d'ailleurs été démontré au cours des développements précédents que l'atteinte immédiate à la cohérence jurisprudentielle garantit la cohérence médiate de sa jurisprudence en la consolidant pour l'avenir. Elle se révèle donc protectrice de la sécurité juridique *in globo* et d'effectivité des droits.

708. La troisième – et dernière – cause d'incohérence est celle qui impose une dérogation ou un assouplissement de sa position jurisprudentielle pour préserver le pluralisme et les spécificités étatiques. Comme le souligne le Professeur Denys SIMON, « *la cohérence jurisprudentielle n'est pas l'absence de différenciation [...] ou l'asservissement de l'identité nationale* »³³⁷⁵. La cohérence peut donc se traduire par le choix négatif de ne pas prendre position sur certaines positions sensibles ou divergentes. La mise en œuvre d'un standard *a minima* et le respect d'une ample marge d'appréciation appuient les intérêts du droit de la Convention. Par exemple, l'absence de consensus sur les questions sociétales et/ou morales nécessite de préserver la diversité des positions nationales, et ce conformément au Préambule du texte de la Convention³³⁷⁶. De façon somme toute paradoxale, la cohérence globale est préservée par cette incohérence.

709. Motivés par la protection de l'effectivité de la protection conventionnelle et du pluralisme, ces heurts jurisprudentiels concordent avec une cohérence « globale » de sa jurisprudence. Comme la Cour a pu l'admettre dans l'affaire *Nejdet Şahin*³³⁷⁷ à l'égard des jurisprudences nationales, « *l'éventualité de divergences de jurisprudence est naturellement inhérente à tout système judiciaire reposant sur un ensemble de juridictions du fond ayant*

³³⁷³ « *Ce mode d'interprétation aléatoire de la Convention, que la doctrine, quelque peu embarrassée, baptise ou qualifie de "caractère évolutif", de "dynamisme interprétatif" ou bien encore de "flou du droit" permet à la Cour en toute innocence d'"enrichir" ou d'étend son champ d'application [...]. En d'autres termes, une convention "vivante" – entendons imprévisible – est la condition même du pouvoir de la Cour* », B. EDELMAN, La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ?, *op. cit.*, p. 1946.

³³⁷⁴ G. CANIVET, « La politique jurisprudentielle », *op. cit.*, p. 82.

³³⁷⁵ D. SIMON, « Rapport introductif. Cohérence et ordre juridique communautaire », *op. cit.*, p. 34.

³³⁷⁶ En vertu du préambule de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : « *Résolus, en tant que gouvernements d'États européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle* ».

³³⁷⁷ CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie*, req. n° 13279/05 (JCP G, 2012, doct. 87, F. SUDRE).

autorité sur leur ressort territorial [...] Cela en soi ne saurait être jugé contraire à la Convention »³³⁷⁸. En revanche, d'autres divergences témoignent d'incohérences « anormales » qui ne sont ni le fruit d'une évolution ni celui d'une harmonisation jurisprudentielle. Ce cas de figure est le plus attentatoire à la sécurité juridique *in globo*.

b- Les incohérences « anormales » de jurisprudence

710. Les causes « anormales » d'incohérence jurisprudentielle proviennent d'une politique jurisprudentielle discrétionnaire, à l'instar des errements interprétatifs relatifs à l'applicabilité d'un droit³³⁷⁹. Il arrive que le juge puisse se montrer parfois hésitant sur le choix de la disposition conventionnelle auprès de laquelle rattacher ce « nouveau » droit. Ces hésitations suscitent des raccords artificiels qui sont vecteurs d'insécurité juridique. On mentionnera par exemple le droit à un environnement sain, qui a été rattaché initialement à l'article 8 et qui s'en présente comme une extension ou un oubli, à défaut de consécration dans le texte de la Convention³³⁸⁰. C'est le cas également de l'article 10, qui s'est vu « augmenté » d'un droit d'accès aux informations détenues par l'État dans l'arrêt *Magyar Helsinki Bizottság contre Hongrie*³³⁸¹. Pareillement, l'applicabilité d'un droit varie selon le contentieux, y compris pour des affaires analogues. Par exemple, les deux volets de l'article 8 – vie privée et/ou vie familiale – sont utilisés de manière contingente par le juge. Cela entraîne une dilution de la vie familiale à cause des raccords aléatoires la liant tantôt avec la « *vie privée* » ou avec la notion de « *vie privée et familiale* »³³⁸². De la sorte, le droit de devenir parent génétique a été placé initialement sous le volet de la « *vie privée* », puis ensuite au volet de la « *vie privée et de la vie familiale* »³³⁸³. De fait, ces soubresauts interprétatifs laissent place à une applicabilité irrégulière entre deux dispositions conventionnelles. Par conséquent, ils créent un manque de cohérence anormal qui résulte d'une carence méthodologique prétorienne, et qui est vectrice d'insécurité juridique. Le contentieux relatif aux assignations à résidence et à domicile fait

³³⁷⁸ *Ibid.*, §51.

³³⁷⁹ F. SUDRE, L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 944.

³³⁸⁰ Le droit à un environnement sain a été raccordé et consacré sous le volet « *vie privée* » protégée par l'article 8 par le mécanisme de la protection par ricochet.

³³⁸¹ CEDH, Gde. Ch., 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, req. n° 18030/11 (RTDH, 2017, 623, note. H. SURREL).

³³⁸² F. SUDRE, « Les aléas de la notion de "vie privée" dans la jurisprudence de la CEDH », *Mélanges en hommage à Louis Edmond PETTITI*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 687-705.

³³⁸³ CEDH, Gde. Ch., 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, req. n° 6339, Rec. 2007-I, §77 (RDSS, 2007, 810, note D. ROMAN) ; CEDH, Gde. Ch., 4 décembre 2007, *Dickson c. Royaume-Uni*, req. n° 44362/04, Rec. 2007-V, §66.

l'objet d'une interprétation assez imprévisible depuis l'affaire *Guzzardi*. Parfois, elles sont retenues au titre des mesures « privatives », parfois au titre des mesures « restrictives » de liberté³³⁸⁴. Pareillement, les conditions d'applicabilité du principe de *non bis in idem* restent relativement incertaines, en dépit des clarifications récentes apportées par la Cour européenne³³⁸⁵. Certes, les égarements interprétatifs constituent un épiphénomène classique de toute œuvre jurisprudentielle. Cependant, ils tendent à dépasser le seuil d'acceptabilité lorsqu'ils sont fortement ancrés dans la jurisprudence, le juge tardant à rectifier la ligne jurisprudentielle erronée ou inexacte. Ces incohérences s'apparentent alors aux « *divergences profondes et persistantes* » que la Cour a pour coutume de condamner au titre de l'article 6§1 en ce qu'elles sont sources d'arbitraire et d'incertitude juridique³³⁸⁶. En bref, si le discours jurisprudentiel peut souffrir d'incohérences « *légères* »³³⁸⁷, ces dernières ne peuvent perdurer, au risque de devenir anormale en favorisant l'insécurité juridique et, en toute logique, conduire à la précarisation de la protection conventionnelle.

711. Au surplus, la discrétionnarité des méthodologies interprétatives de la Cour génère une profonde imprévisibilité juridique, car elle participe à une fragmentation du principe d'égalité entre les États parties dans l'appréciation du respect de leurs obligations conventionnelles. Les fluctuations de l'interprétation consensuelle accélèrent ce processus puisqu'en « *manipulant à son gré le recours au dénominateur commun aux droits internes [...] le juge européen est lui-même la source d'un incontestable facteur d'insécurité juridique, du fait de la faible prévisibilité de la solution européenne* »³³⁸⁸. Mêmement, la manipulation des précédents entraîne un « *traitement asymétrique* » des obligations conventionnelles également générateur d'insécurité juridique³³⁸⁹. Alors qu'il développe un standard imparfait, mais adapté, en matière de prévisibilité objective à leur intention³³⁹⁰, le juge peine manifestement à imposer de tels préceptes lorsqu'il s'agit de sa propre jurisprudence, en particulier lorsqu'il s'agit de définir le

³³⁸⁴ CEDH, Plén., 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italie*, req. n° 7367/76, série. A. 39, §92.

³³⁸⁵ L. MILANO, L'arrêt *A et B, c. Norvège*, entre clarifications et nouvelles interrogations sur le principe *non bis in idem*, *RTDH*, 2016/114, p. 647-484.

³³⁸⁶ CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie*, req. n° 13279/05, §§53-58 (*JCP G*, 2012, doct. 87, F. SUDRE).

³³⁸⁷ E. BROSSET, « Le discours juridictionnel et les rapports entre ordres juridiques », *op. cit.*, p. 258.

³³⁸⁸ F. SUDRE, L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 947.

³³⁸⁹ Le Professeur David SZYMCZAK recense de nombreux exemples dans lesquels la Cour procédait à une interprétation à géométrie variable, spécifiquement en matière de liberté d'expression ou de liberté religieuse, ce qui avait pour conséquence d'instaurer un double standard selon les États, D. SZYMCZAK, « La manipulation de ses propres précédents par la Cour européenne des droits de l'homme », in F. HOURQUEBIE (dir.), M-C. PONTTHOREAU, *La motivation des décisions des cours suprêmes et des cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012, p. 61-85, spéc. p. 82-84.

³³⁹⁰ *Supra*, n° 268 et n° 546.

contenu des obligations étatiques. Un professeur pointait volontiers le caractère fluctuant de l'obligation de vigilance étatique au titre de la prévention des atteintes au droit à la vie au sens de l'article 2. Il apparaît difficile pour l'État de mesurer l'existence de « *risques réels et immédiats* » en anticipant toute atteinte potentielle à un droit, dans la mesure où cette obligation dépend en grande partie de l'imprévisibilité du comportement humain³³⁹¹. Un même constat s'observe dans la mise en œuvre de la procédure de l'arrêt pilote dans laquelle le juge manque parfois de clarté et de cohérence dans la mise en œuvre des mesures de redressement indiquées aux États parties³³⁹². Cette incohérence agraine le sentiment d'insécurité juridique et les mécontentements étatiques³³⁹³, augmentant *in fine* le risque d'ineffectivité du droit et des droits conventionnels.

712. Selon le Professeur David SZYMCZAK, « la cohérence de la jurisprudence européenne ne pourra jamais être totale... mais le moins que l'on puisse attendre de la Cour est qu'elle n'ajoute pas délibérément à ce risque naturel d'incohérence »³³⁹⁴. Si l'incohérence fait partie de l'activité « normale » d'une juridiction, la Cour doit redoubler d'efforts pour assurer une incohérence « naturelle » de sa jurisprudence, autrement dit en évitant une interprétation contradictoire ou inadéquate au regard des buts poursuivis par la Convention³³⁹⁵. Ce sont ces incohérences « anormales » qui affectent le plus lourdement l'impératif de sécurité juridique *in globo*, car elles revêtent le manteau de l'arbitraire et remettent en cause l'autorité de son office et interrogent sur les capacités de la Cour à créer une « véritable jurisprudence »³³⁹⁶. Parallèlement, la multiplication des interactions normatives entre la Cour européenne et les autres cours juridictionnelles de protection des droits de l'homme favorise un niveau supplémentaire d'incohérence jurisprudentielle à l'égard des jurisprudences externes à la Convention. Ces interactions amenuisent la cohérence de sa jurisprudence à leur endroit et traduisent une forme externe d'insécurité juridique.

³³⁹¹ S. TOUZE, Deux facettes différentes de l'imprévisibilité sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme, *RDP*, 2016, n° 3, p. 847 ; voy. également F. SUDRE, L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 942 et suiv.

³³⁹² M. AFROUKH, La Cour européenne des droits de l'homme et l'exécution de ses arrêts, *RDLF*, 2012, chron. n° 5.

³³⁹³ Ce n'est sans pas sans raisons que ces derniers invitent la Cour lors de la Conférence de Brighton, « à garder à l'esprit l'importance de la cohérence lorsque les arrêts ont trait à différents aspects d'une même question, afin que leur effet cumulé continue d'offrir aux États parties une marge d'appréciation appropriée », pt. 25 c) de la Déclaration de Brighton sur la responsabilité partagée, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme du 20 avril 2012.

³³⁹⁴ D. SZYMCZAK, « La manipulation de ses propres précédents par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 82.

³³⁹⁵ R. KOVAR, « Éloge tempéré de l'incohérence », *op. cit.*, p. 42-43.

³³⁹⁶ F. SUDRE, L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 937.

2°) Un risque externe avec le droit international et européen des droits de l'homme

713. En raison de la nature spécifique du droit de la Convention³³⁹⁷, la Cour européenne fait « *partie intégrante du droit international* »³³⁹⁸. Face à l'essor des interactions normatives entre les droits internationaux et européens, la jurisprudence européenne ne peut ignorer les évolutions supranationales en faveur des droits fondamentaux³³⁹⁹. Or, « *la difficulté de l'interprétation de l'interprétation est aussi liée au fait qu'il n'existe pas de système unifié et clairement hiérarchisé du droit européen des droits de l'homme [...]. Quelle cohérence [...] ? Quelle crédibilité quand différents organes se contredisent sur l'interprétation d'une norme ?* »³⁴⁰⁰. Elle doit par conséquent s'ajuster à ces dernières, indépendamment des divergences doctrinales quant à l'approche autonome ou autopoïétique du droit conventionnel³⁴⁰¹.

714. Dans l'exercice de son interprétation consensuelle, la Cour a régulièrement recours aux sources externes du droit international afin de « révéler » ou exclure l'existence d'un consensus entre les États parties sur le problème de droit posé par le litige³⁴⁰². Cette recherche comparative a eu des effets féconds en produisant un « effet de consolidation » et d'« *homogénéisation* » du droit international des droits de l'homme³⁴⁰³. Néanmoins, la « *globalisation* »³⁴⁰⁴ des sources du droit international a importé une nouvelle niche d'insécurité juridique née d'un usage « *attrape-tout* » desdites sources³⁴⁰⁵. Si la détermination « *d'un contexte juridique de référence*

³³⁹⁷ « *En dépit de son caractère particulier d'instrument de protection des droits de l'homme, la Convention est un traité international à interpréter conformément aux normes et principes du droit international [...]. Au contraire, elle doit également prendre en considération toute règle et tout principe de droit international applicables aux relations entre les Parties contractantes* » (souligné par nous), CEDH, Gde. Ch., 21 juin 2016, *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*, req. n° 5809/08, §134.

³³⁹⁸ CEDH, Gde Ch., 21 novembre 2001, *Al Adsani c. Royaume-Uni*, req. n° 35763/97, Rec. 2001-XI, §55.

³³⁹⁹ J-S. BERGE, S. TOUZE, Interactions sur droit international et du droit européen. Retour sur la distinction national, international et européen, *JDI*, 2016, n° 3, chron. n° 5.

³⁴⁰⁰ C. PHILIPPE, Le juge de Strasbourg, la lettre de la *soft law* et l'interprétation, *RTDH*, 2019/119, p. 579-598, spéc. p. 580.

³⁴⁰¹ Sur la spécificité et le caractère autonome du droit de la Convention par rapport au droit international, voy. F. SUDRE avec la collaboration de L. MILANO, H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, coll. « Droits fondamentaux », 2019, 14^{ème} éd., p. 54 et suiv. Sur le caractère autopoïétique, voy. S. TOUZE, « Le droit européen des droits de l'homme sera international ou ne sera pas... ». Pour une approche autopoïétique du droit international, *RGDIP*, 2018, n° 1, vol. 122, p. 5-22.

³⁴⁰² *Supra*, n° 665 et suiv.

³⁴⁰³ F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et F. KRENC, Le *soft law* et la Cour européenne des droits de l'homme : questions de légitimité et de méthode, *RTDH*, 2012/91, p. 434-489.

³⁴⁰⁴ P. WACHSMANN, « Réflexions sur l'interprétation "globalisante" de la Convention européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Dalloz, Paris, 2011, p. 667-676.

³⁴⁰⁵ J-F. FLAUSS, G. COHEN-JONATHAN, La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international, *Annuaire français de droit international*, 2009, n° 55, p. 765.

semble [...] en phase avec l'interprétation conventionnelle, il n'en demeure pas moins que l'appréciation de ces éléments pose une difficulté »³⁴⁰⁶. Cela étant, ce n'est pas tant la légitimité de son approche « internationalisante » qui lui est reproché que celle d'une utilisation opportuniste et décousue dans la gestion de ces sources. Dans l'affaire *Tănase contre Moldavie*³⁴⁰⁷, la Cour se justifie en affirmant « qu'il lui appartient de décider des instruments et rapports internationaux qu'elle juge digne d'attention ainsi que du poids qu'elle entend leur accorder »³⁴⁰⁸. Sans conteste, la Cour européenne se montre indifférente de la valeur normative des normes de référence utilisées. Elle a refusé de faire application des normes du Comité de prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants en matière de surpopulation carcérale pour refréner une interprétation évolutive³⁴⁰⁹, alors qu'elle a pu s'appuyer des sources non contraignantes pour procéder à un revirement en faveur de l'objection de conscience³⁴¹⁰, voire outrepasser l'absence de consentement étatique en matière de liberté syndicale³⁴¹¹. S'il est vrai qu'en vertu de l'article 32 la Convention reste le texte de référence³⁴¹², ce « *cherry-picking* »³⁴¹³ occasionne une interprétation largement lacunaire et erratique, ce qui est source de désunion et d'insécurité juridique *in globo*. Dans un premier temps, elle engendre une insécurité juridique de nature objective. La variabilité du recours aux sources externes du droit international selon le contexte de l'État défendeur dissout le poids normatif de ces mêmes sources dans la jurisprudence, ce qui rend leur application (ou leur reconnaissance) difficilement prévisible³⁴¹⁴. Dans un second temps, elle distille une insécurité

³⁴⁰⁶ J-S. BERGE, S. TOUZE, Interactions sur droit international et du droit européen. Retour sur la distinction national, international et européen, *op. cit.*

³⁴⁰⁷ CEDH, Gde. Ch., 27 avril 2010, *Tănase c. Moldavie*, Rec. 2010-III, req. n° 7/08.

³⁴⁰⁸ *Ibid.*, §176.

³⁴⁰⁹ CEDH, Gde. Ch. 20 décembre 2016, *Muršić c. Croatie*, req. n° 7334/13, voy. l'opinion séparée du juge PINBTO DE ALBUQUERQUE jointe à l'arrêt, pts. 23-33.

³⁴¹⁰ CEDH, Gde. Ch., 7 juillet 2011, *Bayatyan c. Turquie*, req. n° 23459/03, §§103-111.

³⁴¹¹ CEDH, Gde. Ch., 12, novembre 2008, *Démir et Baykara c. Turquie*, req. n° 34503/97. Lire également G. GONZALEZ, Du bon usage de la synergie des sources dans la construction, par la Cour européenne des droits de l'homme, du droit à la liberté syndicale, *RTDH*, 2015/103, n° 103, p. 589-602.

³⁴¹² En vertu de l'article 32 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : « *La compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles qui lui seront soumises [...]* ».

³⁴¹³ Expression empruntée à J-M. SAUVE, Le Conseil d'État et la comparaison des droits, intervention prononcée dans le cadre d'un colloque portant sur *La comparaison en droit public. Hommage à Roland DRAGO*, colloque du 14 février 2014 disponible sur le lien suivant : [http://www.conseil-État.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-Conseil-d-État-et-la-comparaison-des-droits###_ftn30].

³⁴¹⁴ Cette absence de rigueur prétorienne prouve que le danger le plus important d'insécurité jurisprudentielle n'est pas en soi le recours à la globalisation mais celui d'un recours décousu qui exerce « *de redoutables effets sur la prévisibilité de l'interprétation consensuelle* », G. GONZALEZ, « Le jeu de l'interprétation consensuelle », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Némésis, Anthémis, Bruxelles, 2014, p. 117-140, spéc. p. 135. Sur ce constat, lire également J-S. BERGE, S. TOUZE, Interactions sur droit international et du droit européen. Retour sur la distinction national, international

juridique subjective en ce qu'elle est susceptible de créer une disparité dans la détermination des standards de protection en défaveur des droits individuels.

715. Il est vrai, le risque de divergence entre les standards de protection conventionnelle et ceux du droit international demeure exceptionnel en pratique. Généralement, la Cour procède à un revirement pour se mettre au diapason avec le droit international³⁴¹⁵. C'est le cas par exemple dans certaines affaires relatives aux mesures provisoires³⁴¹⁶ ou aux immunités juridictionnelles³⁴¹⁷, dans lesquelles la Cour se réfère à la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice pour appuyer son revirement. De surcroît, la Cour préférera geler sa position initiale et refuser de procéder à un revirement pour maintenir un standard similaire à celui qui prévaut en droit international, notamment en l'absence de norme de *jus cogens*. Dans l'arrêt *Al-Adsani*³⁴¹⁸, les tribunaux britanniques ont refusé de reconnaître le droit d'accès à un tribunal au requérant (alors citoyen britannique et koweïtien) en faisant prévaloir l'immunité juridictionnelle du Koweït, État dans lequel ce dernier alléguait avoir subi des actes de tortures. Donnant lieu à des divergences d'opinions au sein de la Grande Chambre, la Cour prononce un double constat de non-violation au titre des articles 6 et 3 de la Convention. En effet, « *si elle note que l'importance primordiale de la prohibition de la torture est de plus en plus reconnue, la Cour ne juge pas établi qu'il soit déjà admis en droit international que les États ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages-intérêts pour des actes de torture qui auraient été perpétrés en dehors de l'État de for* »³⁴¹⁹. Confortant sa position en 2018 par l'affaire *Naït-Liman*³⁴²⁰, la Cour européenne se montre prudente en maintenant un standard résolument similaire, et ce même si cela conduit à paralyser toute interprétation dynamique en faveur d'un rehaussement de la protection conventionnelle.

716. L'usage du mécanisme de la protection équivalente des droits fondamentaux par la Cour européenne à l'égard de la Cour de justice de l'Union dresse un constat assez positif dans

et européen, *op. cit.* Certains auteurs y voient cependant une lecture graduelle de l'affaire *Tanasé*, qui suggère une telle variabilité normative, F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et F. KRENC, *Le soft law et la Cour européenne des droits de l'Homme : questions de légitimité et de méthode*, *op. cit.*, p. 469.

³⁴¹⁵ S. TOUZE, « Le droit européen des droits de l'homme sera international ou ne sera pas... ». Pour une approche autopoïétique du droit international, *op. cit.*, p. 16-17. Lire aussi A. KOVLER, la Cour européenne des droits de l'homme face à la souveraineté d'État, *L'Europe en Formation*, 2013/2, n°138, p. 209-222.

³⁴¹⁶ CEDH, Gde. Ch., 4 février 2005, *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie*, req. n° 46827/99 et 46951/99, Rec. 2005-I, §128 (*RGDIP*, 2005, 421, obs. G. COHEN-JONATHAN).

³⁴¹⁷ CEDH, 14 janvier 2014, *Jones et autres c. Royaume-Uni*, Rec. 2014-I, req. n° 34356/06 et 40528/06.

³⁴¹⁸ CEDH, Gde. Ch., 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, req. n° 35763/97, Rec. 2001-XI (*RTDH*, 2003, note J-F. FLAUSS).

³⁴¹⁹ *Ibid.*, §66.

³⁴²⁰ CEDH, Gde. Ch., 15 mars 2018, *Naït-Liman c. Suisse*, req. n° 51357/07 (*JCP G*, 2018, 360, zoom L. MILANO ; *JCP G*, 2018, doct. 754, chron. F. SUDRE ; *JDI*, 2018, chron. 5, note S. TOUZE)

l'ensemble entre les niveaux de protection, même si le risque d'incohérence n'est pas à prescrire. À cheval entre « *complémentarité et concurrence* »³⁴²¹, l'articulation des droits fondamentaux promeut une « *coexistence harmonieuse* » mais dont la convergence substantielle reste difficile à maintenir à maintes égards³⁴²². En ce sens, un commentateur fait récemment état d'un « *joyeux désordre* »³⁴²³ malgré une volonté réciproque de convergence entre les prétoires. Celui-ci parvenait à la conclusion que si « *l'équivalence des protections permet de conjuguer protection des droits fondamentaux et multiplication des ordres juridiques [...] [l'interprétation] de la Cour européenne des droits de l'homme laisse encore beaucoup à désirer* »³⁴²⁴, car elle favorise une jurisprudence « *illisible* » et donc empreinte d'insécurité juridique³⁴²⁵. Même si l'on admet le décroisement des sources participe au progrès des normes³⁴²⁶, leur instrumentalisation brise la cohérence de la jurisprudence européenne en ce qu'elle glisse sur le terrain de l'opportunisme judiciaire³⁴²⁷ et effrite l'autorité de sa jurisprudence. Au-delà du risque d'incohérence, le droit de la Convention est aussi menacé par le risque de désunion interprétative entre les juges de la Convention.

B- Le risque de désunion

717. En tant que Cour « éminente » – c'est-à-dire une « juridiction chargée de l'interprétation authentique d'une norme fondatrice d'un ordre juridique supranational » – la Cour de Strasbourg « doit veiller à l'harmonisation des comportements des acteurs du système juridictionnel européen de protection des droits de l'homme : elle est la gardienne de la

³⁴²¹ B. GENEVOIS, La Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : complémentarité ou concurrence?, *RFDA*, 2010, p. 437.

³⁴²² F. SUDRE, « La cohérence issue de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. L'"équivalence" dans tous ses états », in C. PICHERAL et L. COUTRON (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Actes de la journée d'études du 21 octobre 2011, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de la de la Convention européenne des droits de l'homme », 2012, p. 45-65, spéc. p. 45.

³⁴²³ R. TINIERE, Le pluralisme désordonné de la protection des droits fondamentaux en Europe : le salut réside-t-il dans l'équivalence ?, *RDLF*, 2017, chron. n° 17.

³⁴²⁴ *Ibidem*.

³⁴²⁵ F. SUDRE, « Les ambiguïtés du contrôle du " critère de la protection équivalente" par la Cour européenne des droits de l'homme », *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges Claude BLUMANN*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 517-530, spéc. p. 529.

³⁴²⁶ L. BURGOGUE-LARSEN, « "Nothing is perfect". Libres propos sur la méthodologie interprétative de la Cour européenne des droits de l'homme » in *L'homme et le droit. Mélanges en hommages au Professeur Jean-François FLAUSS*, Pedone, Paris, 2014, p. 129-143.

³⁴²⁷ « *La Cour se livre à une opération de manipulation normative peu compatible, semble-t-il, avec l'exigence de sécurité qu'elle ne cesse d'opposer avec rigueur (à juste titre) aux États* », G. COHEN-JONATHAN, Cour européenne des droits de l'homme et droit international général, *AFDI*, 2000, vol. 46, p. 779-796, spéc. p. 784.

cohérence d'ensemble de ce système [...] en vue du rapprochement des peuples et des États européens »³⁴²⁸. Ce faisant, la sécurité juridique du mécanisme conventionnel repose sur la capacité de la Cour à développer une jurisprudence unifiée en résorbant rapidement les risques d'incohésion qui pourraient survenir lors de son application par les juges de la Convention. Si les dissensions entre les juges relèvent de la vie « animée » d'une juridiction³⁴²⁹, cette sécurisation s'avère d'autant plus complexe qu'elle s'appuie sur une unification pluridimensionnelle, à la fois verticale et horizontale. Ce faisant, la Cour doit procéder à une harmonisation duale de sa jurisprudence auprès des juges de son propre prétoire (1^o), et auprès du juge « naturel » de la Convention (2^o).

1^o) Des dissensions résiduelles entre les formations de jugement

718. Instaurée par le Protocole n^o 11³⁴³⁰, la Cour européenne se compose d'une Grande Chambre composée de 17 juges, ainsi que de formations allant des chambres aux sections en passant par les comités³⁴³¹. À l'époque, sa dualité juridictionnelle avait alimenté quelques inquiétudes sur une éventuelle perte de cohérence du contrôle juridictionnel³⁴³². S'il est vrai que le risque de discordances interprétatives est augmenté de façon proportionnelle au nombre de formations de jugement, force est de constater que la crainte de la perte de l'acquis jurisprudentiel reste relativement résiduelle. Selon la Cour, « *la Convention doit se lire comme un tout et s'interpréter de manière à promouvoir sa cohérence interne et l'harmonie entre ses diverses dispositions* »³⁴³³. Agissant comme une juridiction suprême, la Grande chambre

³⁴²⁸ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, La Cour européenne des droits de l'homme, cour éminente des droits de l'homme dans la construction européenne. Quelques réflexions sur les Protocoles n^o 15 et n^o 16 à la Convention européenne des droits de l'homme, *LPA*, 2014, n^o 49, p. 6.

³⁴²⁹ Selon la Cour, les divergences jurisprudentielles sont une « *conséquence inhérente à tout système juridique* », CEDH, 14 janvier 2010, *Atanasovski c. l'ex-République Yougoslave de Macédoine*, req. n^o 36815/03, §§37-38.

³⁴³⁰ Protocole n^o 11 à la Convention européenne des droits de l'homme, amendant le système de contrôle de la Convention du 13 mai 1994.

³⁴³¹ La composition de la Cour est fixée aux articles 26 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que dans son règlement intérieur adopté le 4 novembre 1998 au « Chapitre V-Des formations ». Pour plus d'approfondissement sur l'architecture fonctionnelle de la Cour européenne, voy. F. SUDRE avec la collaboration de L. MILANO, H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 280.

³⁴³² F. SUDRE, La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme : le Protocole n^o 11 additionnel à la Convention, *JCP G*, 1995, n^o 21, doct. 3849.

³⁴³³ CEDH, Gde. Ch., 6 juillet 2005, *Stec et autres c. Royaume-Uni (recevabilité)*, req. n^o 65731/01 et 65900/01, Rec. 2005-X, §48.

procède à des unifications infra-juridictionnelles pour éradiquer les éventuelles contrariétés interprétatives entre les juges³⁴³⁴.

719. Si les distorsions jurisprudentielles peuvent être sources d'émulation prétorienne, par exemple en incitant la Grande Chambre à réaliser un revirement jurisprudentiel³⁴³⁵, il arrive que celle-ci refuse cette invitation en infirmant intégralement ou partiellement la solution rendue par la Chambre, et ce en vue de maintenir une approche volontairement restrictive. On mentionnera à titre illustratif les divergences notoires opposant l'ancienne Commission à la Grande Chambre dans l'affaire *Loizidou contre Turquie*³⁴³⁶, ou celles opposant les Chambres quant à l'interdiction en droit interne d'avoir recours des dons de spermes ou d'ovules à des fins de fécondation *in vitro*³⁴³⁷. Fréquemment, la Grande Chambre se désolidarise partiellement de la solution dégagée par la Chambre, préférant procéder à une simple « clarification » plutôt qu'effectuer un véritable revirement, notamment lorsque la solution est controversée ou mal accueillie par l'État défendeur. Pour exemple, dans l'affaire *Lopes de Sousa Fernandes contre Portugal*³⁴³⁸, la Chambre avait conclu à la double violation inédite sous l'angle du volet procédural et substantiel au titre de l'article 2 en matière de négligence médicale. Par suite, la Grande Chambre se désunit partiellement avec la solution dégagée en Chambre. Sur le premier plan, elle affirme que « *la simple erreur ou négligence médicale ne peut être imputable à dysfonctionnement systématique et structurel* » touchant l'État défendeur³⁴³⁹ et se contente de prononcer un constat de violation sur le seul volet procédural de l'article 2³⁴⁴⁰. En arrière-plan, le contenu de l'obligation substantielle est largement encadré par la Grande Chambre, qui vient apporter des précisions sur les circonstances exceptionnelles pouvant engager la responsabilité

³⁴³⁴ Selon la jurisprudence de la Cour, « *le rôle d'une juridiction suprême est précisément de régler ces contradictions [...]. Par conséquent, si une pratique divergente se développe au sein de la plus haute autorité judiciaire du pays, cette dernière devient elle-même source d'insécurité juridique, portant ainsi atteinte au principe de la sécurité juridique et réduisant la confiance du public dans le système judiciaire* », CEDH, 27 janvier 2009, *Stefan et Stef c. Roumanie*, req. n° 24428/03 et 26977/03, §33.

³⁴³⁵ Cette pratique topique des revirements correctifs mentionnés précédemment, voy. par ex. CEDH, Gde. Ch., 10 avril 2007, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, req. n° 63235/00, Rec. 2007-II (*GACEDH*, 2019, n° 23).

³⁴³⁶ Sur l'interprétation de la compétence *ratione temporis* en l'espèce, voy. Com EDH, 4 mars 1991, *Chrysostomos, Papachrysostomou et Loizidou c. Turquie*, req. n° 15299/89, 15300/89 et 15318/89, et CEDH, Gde. Ch., 18 décembre 1996, *Loizidou c. Turquie*, req. n° 15318/89, série A. 310 (*GACEDH*, 2019, n° 1).

³⁴³⁷ CEDH, Ch., 1^{er} avril 2010, *S.H et autre c. Autriche*, req. n° 57813/00 (violation article 8 et 14 combiné) CEDH, Gde. Ch., 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, req. n° 57813/00, Rec. 2011-V (non-violation).

³⁴³⁸ « *La Cour estime que l'absence de coordination entre le service ORL du CHVNG et le service des urgences au sein de l'hôpital témoigne d'un dysfonctionnement du service public hospitalier [...]. Ce constat suffit à la Cour pour estimer que l'État a manqué à son obligation de protéger son intégrité physique. Elle conclut en conséquence à une violation de l'article 2 de la Convention sous son volet matériel* », CEDH, 15 décembre 2015, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*, req. n° 56080/13, §114.

³⁴³⁹ CEDH, Gde. Ch., 19 décembre 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*, req. n° 56080/13, §153.

³⁴⁴⁰ *Ibid.*, §239.

de l'État en raison des erreurs non intentionnelles commises par les personnels de santé de manière à faire en sorte que « *le cadre légal fonctionne bien* »³⁴⁴¹.

720. Généralement, le risque de dissension prend racine dans l'ambiguïté d'un précédent jurisprudentiel relatif à l'applicabilité d'un droit. Dans ce cadre, la Grande Chambre intervient pour apporter des éléments de clarification afin de résorber l'insécurité juridique qui en émane. C'est en ce sens qu'elle est intervenue pour rétablir l'ordre dans l'applicabilité de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 concernant les prestations sociales³⁴⁴² ou les brevets émis en matière de propriété intellectuelle³⁴⁴³. Plus alarmant, la Cour manque elle-même à son devoir d'harmonisation en laissant perdurer une interprétation divergente au sein de sa formation. Pour exemple, la condition de prévisibilité de l'ingérence a pu être interprétée différemment en matière de liberté d'association sur une même année. Contrairement à l'affaire *Gorzelik* dans laquelle la légalité de l'ingérence avait été simplement admise concernant l'enregistrement d'une association représentant les Silésiens alors que le cadre légal présentait des incertitudes criantes³⁴⁴⁴, elle a jugé le même jour dans l'arrêt *Maestri* que la directive nationale relative aux modalités d'exercice de la fonction judiciaire, qui excluait le droit pour les magistrats d'adhérer à la franc-maçonnerie, ne disposait pas d'une clarté suffisante pour permettre au requérant d'anticiper les sanctions disciplinaires subséquentes à son adhésion³⁴⁴⁵. Si ces divergences résultent de différences d'opinions et de formations en interne, il n'empêche pas moins que ces derniers sont tout du moins étonnant pour une Grande Chambre dont le respect de l'unité interprétative de sa jurisprudence repose principalement sur la cohérence de sa motivation³⁴⁴⁶.

721. Comme toute juridiction suprême, la Cour européenne doit résoudre des divergences de jurisprudence vectrices d'insécurité juridique. Les exemples jurisprudentiels mentionnés viennent modérer la portée du risque de désunion. D'abord, on relève une action assez « prompte » de la Cour européenne pour « recadrer » les ruptures interprétatives par le biais d'un déjugement ou d'une clarification de sa jurisprudence. Les cas d'incohésions continues ne

³⁴⁴¹ *Ibid.*, §§189-196.

³⁴⁴² La distorsion portait sur l'absence de clarté du précédent « *Gayguzus* » en matière de prestations sociales, clarifiée postérieurement par l'affaire *Stec et autres contre Royaume-Uni* qui se solda par la suppression de la dichotomie entre prestation contributive et non contributive, voy. CEDH, Ch., 16 septembre 1996, *Gayguzus c. Autriche*, req. n° 17371/90, §§36-41 et CEDH, Gde. Ch., 6 juillet 2005, *Stec et autres c. Royaume-Uni (recevabilité)*, req. n° 65731/01 et 65900/01, Rec. 2005-X, §§46-48.

³⁴⁴³ CEDH, Gde. Ch., 11 juillet 2007, *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, req. n° 73049/01, §§66-79.

³⁴⁴⁴ CEDH, Gde. Ch., 17 février 2004, *Gorzelik c. Pologne*, req. n° 44158/98, §§66-71 (*JCP G*, 2004, I, 161, n° 13, chrono. F. SUDRE). Sur cet arrêt, voy. *supra*, n° 558.

³⁴⁴⁵ CEDH, Gde. Ch. 17 février 2002, *Maestri c. Italie*, req. n° 39758/98, Rec. 2004-I, §§34-42.

³⁴⁴⁶ A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Pedone, Paris, 2014, p. 177.

représentent qu'un nombre infime d'arrêts par rapport. De plus, la Grande chambre joue un rôle fondamental en ce qu'elle « *balance entre la continuité et l'évolution de sa jurisprudence* »³⁴⁴⁷. Ce rôle est renforcé par l'article 30 de la Convention, qui consacre une procédure de dessaisissement à son profit lorsque l'affaire présente une « *question grave relative à l'interprétation de la Convention ou ses protocoles* » ou lorsqu'elle peut « *conduire à une contradiction avec un arrêt rendu antérieurement* »³⁴⁴⁸. Ce faisant, l'insécurité juridique procède davantage d'un manque de clarification jurisprudentielle et de motivation de la Grande Chambre plutôt que d'une insurrection interne³⁴⁴⁹. Si les facteurs sont majoritairement juridiques, quelques auteurs tendent à mettre en évidence un facteur humain provenant de divergences de points de vue et de traditions juridiques entre les juges composant ces différentes formations³⁴⁵⁰. Il est aisé d'imaginer à quel point ces différences rendent difficile l'obtention d'une décision unanime, surtout lorsqu'il s'agit du juge national.

2°) Des dissensions récurrentes avec le juge « naturel » de la Convention

722. Placé sous le giron de la coopération judiciaire, le principe de subsidiarité a pour vocation de laisser la priorité au juge national dans l'application du droit de la Convention³⁴⁵¹. Endossant le rôle d'une « *Cour de régulation* »³⁴⁵², le juge européen n'exerce qu'un contrôle complémentaire de conventionnalité sur le droit interne³⁴⁵³. La consolidation du dialogue des juges est donc un vecteur indispensable de sécurisation juridique *in globo* afin d'éviter de « saper » la confiance des États parties dans l'appareil conventionnel. Portée par le Président

³⁴⁴⁷ L. WHILDHABER, « La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean Paul COSTA*, Dalloz, Paris, 2011, p. 687-702.

³⁴⁴⁸ Article 30 de la Convention européenne des droits de l'homme, inscrite également à l'article 72 du Règlement de la Cour. La Chambre a pu exercer cette procédure notamment dans l'affaire *Tommaso* susmentionnée, voy. la note relative au dessaisissement n° 157 [disponible en ligne : <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=002-10175&filename=CEDH.pdf>].

³⁴⁴⁹ Pour une critique plus nuancée, voy. F. SUDRE, *La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme : le Protocole n° 11 additionnel à la Convention*, *op. cit.*

³⁴⁵⁰ A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Pedone, Paris, 2014, p. 177.

³⁴⁵¹ Comme la Cour l'a rappelé récemment, « *ce sont les autorités internes qui sont responsables au premier chef de la mise en œuvre et de la sanction des droits et libertés garantis [...]. Le mécanisme de plainte devant la Cour revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de sauvegarde des droits de l'homme* », CEDH, Gde. Ch., 13 décembre 2013 *Paposhvili c. Belgique*, req. n° 41738/10, §184.

³⁴⁵² J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *La Cour européenne des droits de l'homme, cour éminente des droits de l'homme dans la construction européenne*. Quelques réflexions sur les Protocoles n° 15 et n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 6.

³⁴⁵³ *Supra*, n° 284.

Bruno GENEVOIS³⁴⁵⁴, « *le maître-mot du dialogue des juges était [la] confiance* »³⁴⁵⁵. C'est de cette confiance que dépend la bonne réception et application du droit de la Convention au niveau interne.

723. Considéré comme contraire à la subsidiarité, son activisme jurisprudentiel a pu laisser dans son sillage les vestiges des guerres des juges que l'on pensait révolues³⁴⁵⁶. Si un nombre majoritaire d'États parties s'appliquent à faire bonne application de la jurisprudence européenne, cette période de félicité est aujourd'hui fragilisée par la survenance d'une crise multidimensionnelle qui précarise l'acquis conventionnel et fiabilité du mécanisme. Comme pour la naissance du sentiment d'insécurité juridique individuelle³⁴⁵⁷, l'insécurité juridique *in globo* se nourrit de cette méfiance réciproque entre les juges de la Convention. En ce sens, l'actualité du droit de la Convention regorge de niches d'insécurité découlant de cette « *crise de confiance* »³⁴⁵⁸. On recense des causes imputables aux États. L'inexécution des arrêts, les violations répétitives et systémiques nécessitant un recours exponentiel à la procédure de l'arrêt pilote, l'animosité à peine dissimulée de certains juges constitutionnels, les tentatives successives de « *putsch* » britanniques et danois sous-jacentes aux Conférences de Brighton et de Copenhague³⁴⁵⁹, la recrudescence des actes politiques et juridiques hostiles à la Cour européenne, en sont les exemples les plus péremptoirs. On recense également des causes imputables à la jurisprudence européenne : l'absence de gestion de sa rétroactivité jurisprudentielle, la recrudescence de revirements régressifs alors que la norme conventionnelle est largement admise et ancrée dans les législations internes, le contenu imprévisible de certaines obligations conventionnelles imposées aux États parties. Ces dérives prétoriennes nourrissent l'animosité des Hautes parties contractantes en ce qu'elle diminue leur sécurité juridique. Au demeurant, elles augmentent considérablement le risque de dévolution du droit de la Convention en droit interne en diminuant la réception effective de la norme dans les

³⁴⁵⁴ Dans ses conclusions, Bruno GENEVOIS définit ce concept comme une « *discussion [...] qui a le mérite de fournir un concept consensuel qui – écartant a priori toute relation d'autorité- évite de s'interroger sur les sujets "qui fâchent", et notamment sur la question de l'autorité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* », B. GENEVOIS, conclusions sur l'arrêt CE, Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur contre Cohn- Bendit*, req. n° 11604.

³⁴⁵⁵ J-D. COMBEXELLE, Sur l'actualité du dialogue des juges, *AJDA*, 2018, p. 1929.

³⁴⁵⁶ Pour un résumé de quelques sagas, voy. respectivement *infra*, n° 479 et suiv. (sur l'égalité successorale entre enfants légitimes et illégitimes) et *supra*, n° 487 (sur le contentieux relatif aux lois de validation).

³⁴⁵⁷ Voy. *supra*, n° 345.

³⁴⁵⁸ Pour un panorama général, voy. N. LE BONNIEC, La Convention européenne des droits de l'homme et les ordres constitutionnels : une crise de légitimité indépassable ?, *Politeia*, 2017, n° 32, p. 357-375.

³⁴⁵⁹ D. SZYMCZAK, Putsch manqué ou marché de dupes ? Retour sur la conférence de Copenhague des 12 et 13 avril 2018, *RTDH*, 2018/116, p. 813-838, spéc. p. 828 ; C. KLEITZ, LA CEDH tient bon... Pour le moment, *Gaz. Pal*, 2012, n° 117, p. 3.

législations et prétoires nationaux. C'est dans son contexte houleux que certains auteurs sont allés jusqu'à remettre en cause le concept même de dialogue des juges³⁴⁶⁰. En effet, la bienveillance de l'expression ne saurait gommer la dimension « *unidirectionnelle* » traditionnellement attribuée à la dimension verticale du dialogue. « *Les juges nationaux sont obligés de prendre en considération, et souvent donner exécution, à la jurisprudence des cours européennes, sans que le contraire soit vrai aussi : alors, il manque la parité qui est nécessaire dans le dialogue* »³⁴⁶¹. Pour l'heure, « *c'est le concept de dialogue des juges qui semble être dépassé. Pour heureux qu'il soit en ce qu'il rappelle fort opportunément que la Cour n'a pas le monopole de la Convention, ce concept se révèle, à l'usage, porteur d'ambiguïtés qu'il s'agit de dissiper* »³⁴⁶². Étonnamment, le renouveau du dialogue des juges se cristallise dans le symbole de cette défiance qu'est le principe de subsidiarité, qui est réutilisé par la Cour tel un « *sédatif* »³⁴⁶³ pour rétablir la confiance et renouer le « dialogue des juges » en développant de nouveaux moyens d'action. Du point de vue de la sécurité juridique, le dialogue ne se canalise plus au stade de la violation (au moment de la survenance de l'insécurité juridique) mais en amont du risque de violation (au stade de la sécurité juridique préventive). Les arrêts pilotes et l'objectivisation du contentieux sont des éléments traduisant de ce retour à la « *subsidiarité complémentarité* »³⁴⁶⁴.

724. Cependant, c'est l'instauration d'une procédure de demande d'avis consultatif par le Protocole n° 16 (appelé « *Protocole du dialogue* »³⁴⁶⁵) qui contribue le plus à renforcer la confiance entre les États parties et la juridiction strasbourgeoise³⁴⁶⁶ dans la continuité de « *la*

³⁴⁶⁰ F. LICHERE, L. POTVIN-SOLIS, A. RAYNOUAR, *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit & Justice », 2004, n° 53. B. BONNET, « Le dialogue des juges : un non-concept », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 81-88.

³⁴⁶¹ T. GROUPI, Nouveaux défis pour l'État constitutionnel de droit en Europe : quel rôle pour le « dialogue des juges » ?, *Constitutions*, 2018. Pour des articles critiques sur le sujet, voir notamment BONNET (B.), « Le dialogue des juges : un non-concept », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 81-88.

³⁴⁶² F. KRENC, « Dire le droit », « Rendre la justice ». Quelle Cour européenne des droits de l'homme ?, *RTDH*, 2018/114, p. 311-345, spéc. p. 337.

³⁴⁶³ *Ibid.*, p. 333.

³⁴⁶⁴ *Supra*, n° 283.

³⁴⁶⁵ F. SUDRE, Ratification de la France et entrée en vigueur du Protocole n° 16 - Une embellie pour la Convention EDH ?, *JCP G*, 2018, n° 17, 473.

³⁴⁶⁶ En vertu de l'alinéa 3 du Préambule du Protocole n° 16 : « *Considérant que l'extension de la compétence de la Cour pour donner des avis consultatifs renforcera l'interaction entre la Cour et les autorités nationales, et consolidera ainsi la mise en oeuvre de la Convention, conformément au principe de subsidiarité* ». Cet avis s'inscrit plus largement vers la subsidiarité-complémentarité voy. *supra*, n° 283 et suiv. Pour plus de développements sur cette procédure, voy. F. SUDRE, « La subsidiarité "nouvelle frontière" de la CEDH. À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCP G.*, 2013, n° 42, doctr. 1086, p. 1912 et L-A. SICILIANOS, « L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2014, p. 9-29.

responsabilité partagée »³⁴⁶⁷. Elle permet de renforcer le volet préventif de la sécurité juridique *in globo* en permettant aux États de poser « *des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et des libertés définis par la Convention et ses protocoles* »³⁴⁶⁸. Cette procédure a donc pour objectif, comme la Cour le rappelle dans son premier avis consultatif³⁴⁶⁹, de « *renforcer l'interaction entre elle et les autorités nationales et de consolider ainsi la mise en œuvre de la Convention* »³⁴⁷⁰. Son but « *n'est pas de transférer le litige à la Cour, mais de donner à la juridiction qui a procédé à la demande les moyens nécessaires pour garantir le respect des droits de la Convention lorsqu'elle jugera le litige en instance* »³⁴⁷¹. Ce faisant, la Cour s'assure de la sorte de la cohésion interprétative en incitant le juge national à se conformer à sa jurisprudence et à prévenir des risques éventuels de distorsions interprétatives. À ne point en douter, les formulations utilisées vont dans le sens d'une « *complémentarité vertueuse* » qui améliore la qualité du dialogue des juges³⁴⁷². À la lumière de certaines formulations, on ne peut toutefois pas s'empêcher de constater que les « orientations » apportées par la Cour sont dotées d'une connotation directive, qui n'est pas sans rappeler les préconisations émises dans le cadre de la procédure de l'arrêt pilote³⁴⁷³. Pour preuve, sur le premier point relatif à la reconnaissance du lien de la filiation, la Cour s'estime « *d'avis que [...] le droit au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention, d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, requiert que le droit interne offre une*

³⁴⁶⁷ *Supra*, n° 470.

³⁴⁶⁸ Article 1^{er}, alinéa 1 du Protocole n° 16. Le 5 octobre 2018, la Cour de cassation (Cass. Ass. plén., 5 octobre 2018, n° 10-19.053) a formulé la première d'avis consultatif près de la Cour européenne sur une question relative à la gestion pour autrui, voy. F. SUDRE, A. GOUTTENOIRE, L'avis constructif de la Cour EDH à propos de la maternité d'intention, *JCP G*, 2019, n° 20, p. 5551. L'avis est disponible au lien suivant : [\[https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%22000%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22OPINIONS%22%5D,%22itemid%22:%5B%22003-6380431-8364345%22%5D%7D\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%22000%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22OPINIONS%22%5D,%22itemid%22:%5B%22003-6380431-8364345%22%5D%7D).

³⁴⁶⁹ Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française, Demande n° P16-2018-001. Pour mémoire, la procédure de l'avis consultatif fait suite à la condamnation de la France dans l'affaire *Menesson contre France* (CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. Italie*, req. n° 65192/11 (*JCP G*, 2014, 977., note A. GOUTTENOIRE) concernant la reconnaissance juridique de la filiation d'un enfant né dans le cadre d'une gestation pour autrui, et dont le père d'intention est le père biologique de l'enfant. Précisément, l'avis consultatif s'inscrit dans le cadre d'une procédure interne visant au réexamen du pouvoir des requérants de l'arrêt *Menesson*, permettant à la Cour de cassation d'évaluer la conventionnalité de sa nouvelle position jurisprudentielle par la Cour européenne. Pour un résumé, J-P. MARGUENAUD, L'affaire *Menesson* à l'origine de la première demande d'avis consultatif adressée à la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour, *RTD Civ.*, 2018, p. 847.

³⁴⁷⁰ Avis consultatif, §25.

³⁴⁷¹ *Ibid.*

³⁴⁷² F. SUDRE, A. GOUTTENOIRE, L'avis constructif de la Cour EDH à propos de la maternité d'intention, *op. cit.* ; J-P. MARGUENAUD, L'affaire *Menesson* à l'origine de la première demande d'avis consultatif adressée à la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour, *RTD Civ.*, 2018, p. 847.

³⁴⁷³ *Supra*, n° 464.

*possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la "mère légale" »³⁴⁷⁴. Elle emploie la même stratégie sur le second point de son raisonnement relatif à la transcription de l'acte de naissance étranger. Si l'intérêt supérieur de l'enfant n'impose pas aux États parties une obligation de transcription de la filiation entre l'enfant et la mère d'intention (identique à la mère biologique), elle indique qu'une procédure d'adoption peut « répondre à cette nécessité dès lors que ses conditions sont adaptées et que ses modalités permettent une décision rapide, de manière à éviter que l'enfant soit maintenu longtemps dans l'incertitude juridique quant à ce lien. Il va de soi que ces conditions doivent inclure une appréciation par le juge de l'intérêt supérieur de l'enfant à la lumière des circonstances de la cause »³⁴⁷⁵. Comme le relève un commentateur, le « *satisfecit de la Cour s'apparente plus à une validation globale qu'à un blanc-seing* »³⁴⁷⁶. Tout en faisant preuve d'une prudence bienvenue « *pour ne pas braquer les États* », sa manière d'accompagner la juridiction judiciaire dans la résolution du conflit met en exergue une certaine ambiguïté sur le dialogue des juges, qui tient plus du rapport de « *maître à élève* » que celui de l'égalité entre les juges de la Convention³⁴⁷⁷.*

725. En dépit de cette ambiguïté, certains universitaires y décèlent une objectivisation allant dans le sens d'un effet de « réassurance » des États parties dans le droit de la Convention. Selon le Professeur David SZYMCZAK, ce mécanisme permettrait au juge de généraliser sa réponse aux cas similaires qui se présenteraient devant les autres prétoires nationaux tout en renforçant par la même occasion la prévisibilité de sa jurisprudence, et, consécutivement, la confiance des États parties dans celle-ci³⁴⁷⁸. Ainsi, grâce à ce nouveau protocole, la Cour est en mesure de limiter les risques de désunion en étant désormais dotée d'un instrument qui soit à même « *d'assurer la cohérence de la pratique au sein des tribunaux et l'uniformisation de la jurisprudence* »³⁴⁷⁹. En dépit de cette évolution, le dialogue est loin d'être acquis. La menace

³⁴⁷⁴ Avis consultatif, §46.

³⁴⁷⁵ Avis consultatif, §54.

³⁴⁷⁶ H. FULCHIRON, Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ?, *op. cit.*

³⁴⁷⁷ *Ibidem*. La dimension unidirectionnelle du dialogue a pu être soulignée en amont comme l'un des éléments centraux de la contestation du concept du dialogue des juges. Elle est source de dissension dans l'application et l'interprétation du droit de la Convention, et favorise le développement de l'insécurité juridique *in globo*, voy. *supra*, n° 722.

³⁴⁷⁸ D. SZYMCZAK, « Répondre et rassurer » : quelques enseignements à propos du premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH*, 2019/120, p. 955-978, spé. p. 976-977.

³⁴⁷⁹ CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie*, req. n° 13279/05, §54 (CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie*, req. n° 13279/05, §55 (*JCP G*, 2012, doct. 87, F. SUDRE).

de désunion et d'insécurité juridique demeure réelle au regard du contexte actuel de remise en cause de son autorité jurisprudentielle³⁴⁸⁰.

726. Par voie de conséquence, le danger de dévolution du droit de la Convention est protéiforme. Il provient à la fois d'une double menace exogène (par l'internationalisation du droit et à la concurrence des prétoires) et endogène (par le manque de cohérence de la politique jurisprudentielle de la Cour et des revendications nationales qui s'en suivent). L'interprétation du droit de la Convention n'est pas la seule cause tangible d'insécurité juridique. Si une « *jurisprudence bien établie* » renforce sans conteste l'autorité de chose interprétée rattachée à ses arrêts, encore faut-il que les États parties jouent leur rôle de « premiers exécuteurs de la Convention au titre de la « responsabilité partagée » qu'ils ont eux-mêmes élaboré. Cela étant, l'inexécution de leurs obligations conventionnelles et des arrêts de la Cour européenne fait prospérer un autre type d'insécurité juridique : l'insécurité post jurisprudentielle.

2§) L'insécurité post jurisprudentielle

727. La Conférence de haut-niveau sur la responsabilité partagée – qui s'est tenue à Bruxelles en 2015 – a été l'occasion pour les États parties ont pu réaffirmer leur « *engagement politique fort* » pour se soumettre de façon efficace à leurs obligations conventionnelles au titre de l'article 46 par une « *exécution pleine, effective et rapide des arrêts* »³⁴⁸¹. S'il est indéniable que des « *progrès ont été réalisés par les Hautes parties contractantes* »³⁴⁸², et que la majorité d'entre elles s'acquittent de leurs obligations³⁴⁸³, l'écart entre le discours politique et la réalité prétorienne met en lumière un certain paradoxe. Alors que les États parties en appellent à une plus grande sécurisation jurisprudentielle des arrêts et décisions de la Cour³⁴⁸⁴, ces derniers s'acquittent de moins en moins de leur obligation d'exécution. Or, leurs manquements répétés œuvrent à accentuer l'insécurité juridique qu'ils dénoncent. Si cet appel témoigne d'une animosité étatique manifeste à l'encontre d'une politique jurisprudentielle – que certains ont pu

³⁴⁸⁰ Selon le rapport annuel de 2017, 7584 arrêts pendantes font actuellement l'objet d'une surveillance standard et soutenue [<https://rm.coe.int/rapport-annuel-2017/16807af92a>].

³⁴⁸¹ Préambule de la Conférence de la Déclaration de Bruxelles sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, une responsabilité partagée, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 mars 2015.

³⁴⁸² *Ibidem*.

³⁴⁸³ L'Andorre, le Danemark, Monaco, et la Norvège font parties des « bons États » et figurent en tête de peloton avec 100% de dossiers clôturés. Sources : Conseil de l'Europe, mise à jour au 4 décembre 2018, disponible sur le lien suivant : [<https://infogram.com/implementing-echr-judgments-proportion-of-cases-closed-by-member-state-1h9j6qd0y1lv4gz?live>].

³⁴⁸⁴ *Supra*, n° 375 et suiv.

qualifier de « *borderline* »³⁴⁸⁵ – il ne saurait balayer leur part de responsabilité dans la recrudescence des inexécutions ainsi que des violations systémiques et répétitives qui sévissent actuellement. La complexité du contexte politique en Europe génère une multiplication des affaires non exécutées. L’(in)exécution des arrêts devient alors le symbole des conflits actuels liant les États parties et la Cour européenne, certains allant jusqu’à neutraliser toute application de la norme conventionnelle.

728. Bien que ces inexécutions prennent diverses formes, elles sont toutes délétères pour la sécurité juridique *in globo*. La première est de nature « politique », l’État frondeur refusant délibérément d’exécuter l’affaire pour contrer l’activisme jurisprudentiel de la Cour (**A**) ; la seconde est de nature « pratique » et porte sur les difficultés de mise en œuvre du processus d’exécution de l’arrêt et de la satisfaction équitable, remettant en passage en cause le principe de l’effectivité immédiate des arrêts (**B**) ; la troisième est de nature « structurelle » en raison de la multiplicité des violations répétitives et/ou systémiques des droits conventionnels (**C**).

A- Les manquements « politiques » : les inexécutions à caractère souverainiste

729. Si les résistances politiques ont toujours été présentes depuis la création de la Cour européenne en 1959, celles-ci ont subi une métamorphose perceptible au fil des années. À l’origine, l’obstruction ou le refus politique était dissimulé par l’État partie, derrière des motifs économiques ou techniques³⁴⁸⁶. Désormais, l’État récalcitrant n’hésite plus à afficher explicitement son refus. Si la France avait ouvert le bal avec des sagas jurisprudentielles mémorables³⁴⁸⁷, c’est l’arrêt *Hirst contre Royaume-Uni*³⁴⁸⁸ qui a impulsé cette vague de manquements revendicatifs. La Cour a dû intervenir plusieurs fois pour constater les violations liées à l’inexécution de cet arrêt, au point d’assouplir sa position par l’instauration d’un arrêt-pilote pour endiguer les affaires répétitives subséquentes au manquement³⁴⁸⁹. Ce n’est que

³⁴⁸⁵ F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK, « Le soft law des droits de l’homme est-il vraiment si *soft* ? », in *Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l’homme. Liber amicorum Michel MAHIEU*, Larcier, Bruxelles 2008, p. 505-526, spéc. p. 521.

³⁴⁸⁶ Pour les motifs économiques, l’État invoque le manque de clarté dans la motivation de la Cour ainsi que l’imprécision des mesures générales et/ou individuelles adoptées par celle-ci, J-F. FLAUSS, L’effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme : du politique au juridique et vice-versa, *RTDH*, 2009/77, p. 27-72, spéc. p. 39 et suiv.

³⁴⁸⁷ On pense notamment aux arrêts relatifs au contentieux des lois de validation, au commissaire au gouvernement, ou encore la suppression de la déchéance du pourvoi en cassation en raison de l’absence volontaire d’un condamné et non représenté par un avocat (CEDH, Ch., 23 novembre 1993, *Poitrinol contre France*, req. n° 14032/88 (*GACEDH*, 2019, n° 36).

³⁴⁸⁸ CEDH, Gde. Ch., 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2), req. n° 74025/01.

³⁴⁸⁹ CEDH, 23 novembre 2010, *Greens et M.T. c. Royaume-Uni*, req. n° 60041/08 et 60054/08, Rec. 2010-VI, §112.

récemment que le gouvernement britannique a adopté des mesures générales en faveur du droit de vote à certaines catégories de détenus, clôturant l'affaire le 7 décembre 2017³⁴⁹⁰. Le Royaume-Uni ne fait malheureusement pas figure d'exception. Parmi les « mauvais élèves », on note en première place l'Azerbaïdjan, dont l'inexécution patente de l'arrêt *Ilgar Mammadov* depuis son prononcé en 2014 s'est soldée par le déclenchement inédit de la procédure du recours en manquement³⁴⁹¹. On soulignera également la Russie avec, entre autres, l'affaire *Ilaşcu*³⁴⁹². Avec la Turquie et l'Ukraine, l'État russe représente près de la moitié des affaires placées en surveillance soutenue³⁴⁹³, dont les plus importantes ont été placées en priorité pour la prochaine réunion du Conseil de l'Europe³⁴⁹⁴.

730. Les inexécutions politiques « camouflées » sont également en pleine mutation. Initialement, celles-ci se matérialisaient par une interprétation résolument contraire ou partielle du juge national, qui tirait profit de sa liberté interprétative pour neutraliser l'effectivité de l'arrêt litigieux. Ainsi en va-t-il de l'arrêt *Vermeire contre Belgique*³⁴⁹⁵ dans lequel le juge belge avait expressément refusé de pallier l'absence de mesures transitoires par le législateur, faisant de la sorte obstacle à l'exécution de l'affaire *Marckx*. Si la Cour parvient à contenir ces interprétations pugnaces par un rappel incisif au *self-executing*, les juges nationaux se retranchent désormais derrière la primauté de leur Constitution sur les traités internationaux. Pour exemple, le juge constitutionnel italien a refusé en 2015 de faire application de l'affaire

³⁴⁹⁰ Bilan d'action DH-DD (2018) 843, relatif à la communication du Royaume-Uni concernant les affaires *Hirst* (n° 2), *Mc Hugh et autres*, *Millbank et autres*, *Firth et autres* et *Greens Royaume-Uni*, req. n° 74025/01, 51987/08, 44473/14, 47784/09, 60041/08, adopté le 7 septembre 2018.

³⁴⁹¹ CEDH, 22 mai 2014, *Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan*, req. n° 15172/13 (*JCP G*, 2018, obs. F. SUDRE ; *AJDA*, 2018, 150, L. BURGORGUE-LARSEN ; *Gaz. Pal.*, 2018, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA). Voy. aussi CEDH, Gde. Ch. (Procédure fondée sur l'article 46§4), 20 mai 2019, *Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan*, req. n° 15172/13.

³⁴⁹² CEDH, Gde. Ch., 8 juillet 2004, *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, req. n° 48787/99 (*GACEDH*, 2019, n° 70). La Cour avait fait injonction à la Russie de libérer les requérants emprisonnés. Ces mesures sont restées sans suite, les requérants ayant été libérés seulement après avoir purgé leur peine.

³⁴⁹³ Selon le rapport annuel de 2017, ces trois États représentent 46,6% des affaires faisant l'objet d'une procédure soutenue (Russie : 12,2% ; Ukraine 16,9% ; Turquie 11,5%). Voy. le rapport annuel de 2017 du service de surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme [disponible en ligne : <https://rm.coe.int/rapport-annuel-2017/16807af92a>].

³⁴⁹⁴ Décision du Conseil des Ministres, CM/Del/Dec(2018)1331, liste indicative consolidée des affaires pour la 1340^{ème} réunion de mars 2019 adoptée lors de 1331^{ème} réunion du 4 au 6 décembre 2018. Parmi ces affaires sont classées l'arrêt *Varnava et autres contre Italie* de 2009, les affaires *Chypre contre Turquie* de 2001 et 2014 ainsi que quatre affaires russes assez sensibles, notamment l'arrêt *Catan et autres* de 2012 ainsi que *Garabayev* de 2017. La liste est disponible en ligne : https://searCh.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016808fe2fe.

³⁴⁹⁵ « La liberté de choix reconnue à l'État quant aux moyens de s'acquitter de son obligation au titre de l'article 53 (art. 53) ne saurait lui permettre de suspendre l'application de la Convention en attendant l'aboutissement d'une pareille réforme, au point de contraindre la Cour à rejeter en 1991, pour une succession ouverte le 22 juillet 1980, des griefs identiques à ceux qu'elle a accueillis le 13 juin 1979 », CEDH, Ch., 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, req. n° 12849/87, série A. 214-C, §26.

Varnava en matière d'expropriation indirecte³⁴⁹⁶. Parallèlement de nombreuses réformes législatives sont entreprises afin d'appuyer cette pratique. À l'exception de l'exemple de la Cour constitutionnelle le russe qui affirme la supériorité de la Constitution sur le droit de la Convention³⁴⁹⁷, la Suisse a récemment failli franchir un cap similaire³⁴⁹⁸. D'autres affaires importantes attendent également d'être exécutées par les États sanctionnés³⁴⁹⁹.

731. Spectaculaires, les inexécutions politiques ne sont pas alarmantes dans la mesure où elles représentent un nombre infime d'inexécutions. Par ailleurs, bon nombre d'États parties font preuve de bonne volonté et s'acquittent volontiers de leur obligation d'exécution, soit de façon « *instantanée* » en raison de l'effet *inter partes* de l'arrêt, soit de façon « *anticipée* » en raison de l'effet *erga omnes* de sa jurisprudence³⁵⁰⁰. Depuis sa création, 40% des arrêts de la Cour sont dirigés principalement contre la Russie, la Turquie et l'Italie, soit un total de 8 021 arrêts, dont 6 852 violations³⁵⁰¹. En comparaison, l'Andorre comptabilise seulement 8 condamnations, contre 34 pour l'Irlande et 45 pour la Norvège³⁵⁰² sur cette même période. En réalité, les manquements incombent principalement aux retards étatiques dans le processus d'exécution et le paiement de la satisfaction équitable.

³⁴⁹⁶ Cour constitutionnelle d'Italie, 14 janvier 2015, n°49/2015. CEDH, Gde., Ch., 18 septembre 2009, *Varnava et al. c. Turquie*, req. n° 6064/90 et sui, Rec. 2009-V.

³⁴⁹⁷ « *Ni la CEDH en tant que traité international auquel la Fédération de Russie est partie ni les positions juridiques de la Cour EDH fondées sur la Convention et portant une appréciation sur la législation nationale ou concernant la nécessité d'en modifier les dispositions n'infirmant le caractère prioritaire de la Constitution de la Fédération de Russie dans le système juridique interne* », CCFR, 14 juillet 2015, n°21-II /2015, 2.2, §1. Cette contestation fait notamment suite à l'arrêt *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos contre Russie* (CEDH, 31 juillet 2014, *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie*, req. n° 14902/04) dans lequel la Cour a sanctionné l'État russe à verser une indemnité 1 866 104 634 euros pour violation de l'article 1^{er} du Protocole n° 1. Sur ce sujet, C-L. GIANNOPOULOS, Jurisprudence constitutionnelle russe. Désobéir pour servir une cause. Considérations sur la première application de la nouvelle compétence de la Cour constitutionnelle russe pour filtrer l'exécution des décisions de la Cour EDH, *RFDC*, 2017/1, n° 109, p. 255-268 ; G. ROSOUX, Offensive de la Russie contre l'autorité de la jurisprudence européenne relative au droit de vote des détenus : la Cour constitutionnelle russe et le contrôle du caractère « exécutoire » d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH*, 2017/109, p. 53-88.

³⁴⁹⁸ L'initiative populaire « pour la primauté du droit suisse » portée par l'UDC (Union Démocratique du Centre) portée en 2018, a été rejetée le 25 novembre 2018. L'arrêté du Parlement fédéral sur ce projet d'initiative est disponible sur ce lien : [<https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2018/3615.pdf>].

³⁴⁹⁹ L'arrêt *S et Marper contre Royaume-Uni* (conservation des empreinte digitales et données ADN après une décision de classement sans suite) et l'affaire *D.H contre République tchèque* (scolarisation des enfants roms) sont toujours en attente de leur exécution, sur ce constat voy. K. BLAY-GRABARCZYK, Le bilan intermédiaire des résultats obtenus dans le domaine de l'exécution des arrêts de la CEDH. À propos du 10^{ème} rapport annuel du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, *JCP G*, 2017, n° 21, 551.

³⁵⁰⁰ J-F. FLAUSS, L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : du politique au juridique et vice-versa, *op. cit.*, p. 28.

³⁵⁰¹ Aperçu de la CEDH 1959-2017 [https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592017_FRA.pdf].

³⁵⁰² *Ibidem*.

B- Les manquements « pratiques » : les retards dans le processus d'exécution et de paiement de la satisfaction équitable

732. Au-delà d'une durée manifestement « déraisonnable », on constate que le délai relatif au processus d'exécution (allant de la date du prononcé de l'arrêt jusqu'à l'adoption de la résolution finale par le Conseil des ministres alléguant du respect de l'obligation d'exécution par l'État partie) est relativement long, et tend à se rallonger au fil des années. Selon le rapport de 2017, le délai moyen d'exécution d'un arrêt tend à être supérieur à cinq ans³⁵⁰³. Ce délai fluctue aussi selon l'État partie³⁵⁰⁴. Concomitamment, on assiste à une explosion des retards de paiement des satisfactions équitables. Les statistiques démontrent une augmentation du nombre d'affaires en attente de confirmation de paiement après expiration du délai, et ce malgré une amélioration tangible des scores sur l'année 2017. En effet, si le nombre de paiements dans les délais impartis représente à peu près 75% des paiements en 2017, on constate une augmentation du nombre d'affaires en attente de confirmation du paiement. En 2017, 1 366 affaires sont concernées, dont 769 sont en attente de confirmation du paiement depuis plus de six mois³⁵⁰⁵. Exception faite de l'inaction étatique, les retards sont imputables à des difficultés pratiques telles que l'identification du bénéficiaire ou du lieu de paiement³⁵⁰⁶.

733. Ces manquements « pratiques » sont néfastes pour la sécurité juridique *in globo* dans la mesure où elles repoussent la réparation du dommage et empêchent les futurs requérants de bénéficier d'un droit interne en conformité avec la norme conventionnelle. Ces analyses chiffrées montrent que les États sont encore loin de l'objectif d'une « *exécution rapide* » des arrêts, reléguant le principe de l'effectivité immédiate au rang d'une quête idéaliste. Si certaines inexécutions « en attente » ont un mobile politique, d'autres en revanche sont liées à une impossibilité pratique de l'État à exécuter son obligation dans les délais impartis. En effet, de nombreuses inexécutions tardives sont dues à des violations d'ordre systémique et/ou répétitif.

³⁵⁰³ Si la durée moyenne d'exécution se situait en 2 et 5 ans, elle a très largement implosé pour l'année 2017, dépassant les cinq ans (148 affaires pour la période supérieure à 5 ans contre 81 pour la période allant de 2 à 5 ans). Voy. le rapport annuel de 2017 du service de surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, disponible en ligne : [<https://rm.coe.int/rapport-annuel-2017/16807af92a>].

³⁵⁰⁴ Sur cette critique, lire E. LAMBERT-ABDELGAWAD, L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *AJ Pénal*, 2010, p. 67.

³⁵⁰⁵ Voy. le rapport annuel de 2017 du service de surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, disponible en ligne : [<https://rm.coe.int/rapport-annuel-2017/16807af92a>].

³⁵⁰⁶ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 67.

C- Les manquements structurels : les violations systémiques et/ou répétitives

734. Classées parmi les défis actuels du système conventionnel³⁵⁰⁷, ces inexécutions sont les plus dangereuses, car elles érodent lourdement la stabilité et l'effectivité du mécanisme conventionnel. Elles sont d'autant plus inquiétantes que leur nombre n'a cessé d'augmenter depuis le début des années 2010. En 2017, 1 154 sont des arrêts de référence placés en surveillance soutenue (parmi les affaires qualifiées de « *référence ou répétitives* »)³⁵⁰⁸. Le développement de ces violations est corrélé aux adhésions prématurées de certains États parties qui, en sus d'augmenter le nombre de requérants potentiels, ont été mal préparés au respect de l'acquis européen, leurs législations constituant de véritables viviers de violations systémiques et d'insécurité juridique³⁵⁰⁹. Si la procédure de l'arrêt pilote permet d'endiguer la violation tout en assurant une sécurité juridique sur le long terme, leur « *banalisation* »³⁵¹⁰ dans le traitement de ce type d'affaires occasionne une double insécurité juridique. La première est liée au caractère souvent imprécis du type de mesures de redressement « indiquées » par la Cour dans le cadre de la procédure, et ce afin de masquer son pouvoir d'injonction³⁵¹¹. Sa recrudescence diminue l'impact bénéfique de la procédure sur la fabrication de la légalité conventionnelle³⁵¹² car elle finit par conforter l'inexécution des arrêts. L'affaire *Burmych*, rendue en 2017³⁵¹³, confirme cette dérive. Amenée à statuer sur l'inexécution de l'arrêt pilote *Ivanov* de 2009³⁵¹⁴,

³⁵⁰⁷ « *L'accent doit désormais être mis sur les défis actuels, notamment les requêtes répétitives résultant de la non-exécution d'arrêts de la Cour, le temps pris par la Cour pour examiner et statuer sur les affaires potentiellement bien fondées, le nombre croissant d'arrêts sous la surveillance du Comité des Ministres et les difficultés des États parties à exécuter certains arrêts, en raison de l'ampleur, de la nature ou du coût des problèmes soulevés* », préambule de la Déclaration de Bruxelles sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, une responsabilité partagée, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 mars 2015

³⁵⁰⁸ Le mécanisme de surveillance soutenue se définit selon le rapport du Conseil des ministres comme des « *procédure de surveillance réservée aux affaires impliquant des mesures individuelles urgentes, aux arrêts pilotes, aux arrêts soulevant des problèmes structurels et/ou complexes tels qu'identifiés par la Cour et/ou le Comité des Ministres, et aux affaires interétatiques* », Rapport annuel de 2017 du service de surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, p. 60.

³⁵⁰⁹ L. MILANO et H. TOUARD, « *L'accès au juge européen*, in V. DONIER (dir.) et B. LAPEROUSCHENEIDER (dir.), *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 654-671 ; G. COHEN-JONATHAN, Garantir l'efficacité à long terme de la Cour européenne des droits de l'homme : quelques observations des derniers travaux du Comité directeur pour les droits de l'homme, *RTDH*, 2003/56, p. 1125-1156, spéc. p. 1125

³⁵¹⁰ M. AFROUKH, La Cour européenne des droits de l'homme et l'exécution de ses arrêts, *op.cit.*

³⁵¹¹ Sur l'insécurité juridique issue de l'imprécision des mesures générales/individuelles adoptées dans les arrêts pilotes, voy. F. SUDRE, L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 923 ; M. AFROUKH, La Cour européenne des droits de l'homme et l'exécution de ses arrêts, *op. cit.*

³⁵¹² *Supra*, n° 464 et 479.

³⁵¹³ CEDH, Gde. Ch., 12 décembre 2017, *Burmych et autres c. Ukraine (radiation)*, req. n° 46852/13, 47786/13, 54125/13 et suiv. (*JCP G*, 2018, doct. 34, chron. F. SUDRE).

³⁵¹⁴ CEDH, 15 octobre 2009, *Ivanov contre Ukraine*, req. n° 40450/04.

la Cour constate avec regrets que le « *gouvernement ukrainien n'a toujours pas mis en œuvre de mesures générales nécessaires* » pour remédier au problème systémique relatif à l'inexécution des décisions de justice, qui demeure toujours irrésolu à l'heure actuelle³⁵¹⁵. Indépendamment du nombre de requêtes corrélées à cette affaire³⁵¹⁶, elle se montre soucieuse de respecter le principe de subsidiarité et de la responsabilité partagée qui sous-tendent le mécanisme de l'arrêt pilote. En ordonnant « *un redressement adéquat et suffisant pour la non-exécution ou l'exécution tardive de décisions de justice internes* » dans la continuité de l'arrêt *Ivanov*, elle déclare qu'elle risque de « *devenir un rouage* » du système national d'exécution des décisions de justice³⁵¹⁷. Estimant avoir exercé correctement son office au titre de l'article 19, elle invite de la sorte à l'État défendeur et au Comité des ministres à prendre les mesures appropriées aux fins de redressement de la violation³⁵¹⁸. Controversée³⁵¹⁹, la position de la Cour montre les limites du mécanisme de surveillance des arrêts en ce qu'elle légitime une forme de « *déresponsabilisation* » des États parties³⁵²⁰.

735. De toute évidence, ces réalités statistiques tranchent nettement avec la volonté politique des États de tendre vers l'amélioration de l'effectivité des arrêts³⁵²¹. La multiplication des manquements à leur obligation d'exécution européenne affecte doublement la sécurité juridique *in globo* du mécanisme conventionnel. Principe de subsidiarité oblige, ce sont aux États « *qu'il incombe au premier chef d'assurer la protection intégrale au niveau national de ces droits et libertés* »³⁵²². L'inexécution des arrêts empêche donc la réception de la norme conventionnelle en interne, ce qui est source d'illégalité jurisprudentielle et rend ineffective la protection

³⁵¹⁵ *Ibid.*, §146.

³⁵¹⁶ « *L'inexécution par l'Ukraine de l'arrêt Ivanov a entraîné un flux de nouvelles requêtes similaires devant la Cour et les cinq requêtes à l'origine de l'arrêt Burmych font partie d'un groupe de 12 143 affaires pendantes s'inscrivant dans la lignée de l'affaire Ivanov et soulevant des problèmes identiques* », F. SUDRE, Autorité et exécution des arrêts de la Cour (art. 46). Inexécution d'un arrêt pilote. Chronique de jurisprudence, *JCP G*, 2018, n° 1-2, doct. 34.

³⁵¹⁷ CEDH, Gde. Ch., 12 décembre 2017, *Burmych et autres c. Ukraine (radiation)*, req. n° 46852/13, 47786/13, 54125/13 et suiv., §155.

³⁵¹⁸ *Ibid.*, §196.

³⁵¹⁹ Opinion dissidente commune aux juges YUDKIVSKA, SAJÓ, BIANKU, KARAKAS, DE GAETANO, LAFFRANQUE et MOTOC jointe à l'arrêt, CEDH, Gde. Ch., 12 décembre 2017, *Burmych et autres c. Ukraine (radiation)*, *op. cit.*

³⁵²⁰ D'une manière générale, la Professeure Élisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD concédait que 65% des affaires répétitives rendues en 2002 n'auraient pas dû se présenter si l'exécution immédiate des arrêts de la Cour avait eu lieu, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, Dossier sur les droits de l'homme*, Éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2008, 2^{ème} éd., n° 19, p. 66, disponible en ligne : [[https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES-19\(2008\).pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES-19(2008).pdf)].

³⁵²¹ G. GONZALEZ, Béni soit la subsidiarité ! À propos du rapport d'activités 2017 de la CEDH, *JCP G*, 2018, n° 7, p. 169.

³⁵²² Conférence de haut niveau sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, une responsabilité partagée, Déclaration de Bruxelles des 26-27 mars 2015.

conventionnelle. Au surplus, l'autorité de la Cour rattachée à ses arrêts en pâtit. « *En remettant en cause l'exécution des arrêts de la Cour, les États déstabilisent l'édifice et peuvent même conduire à son effondrement* »³⁵²³.

*

* *

736. « *La force de la norme jurisprudentielle tient à la qualité de l'équipage qui la forge* »³⁵²⁴. Si toute œuvre jurisprudentielle comprend une part inéluctable d'insécurité juridique, elle ne peut tendre à une « *jurisimprudence* »³⁵²⁵. Mue par le souci d'effectivité, la Cour européenne a produit une jurisprudence audacieuse et progressiste très largement en faveur de la protection des droits conventionnels. Si l'apport de sa jurisprudence sur les standards de protection des droits de l'homme est indéniable, son activisme prétorienne en faveur du progrès des normes a néanmoins altéré la qualité de sa norme jurisprudentielle et l'autorité persuasive qui y est rattachée. Si l'incohérence est un phénomène naturel dans la construction d'un récit jurisprudentiel, les multiples détériorations et instrumentalisation méthodologiques de la Cour génèrent des incohérences « anormales ». Elles sont source d'insécurité juridique et poursuivent des objectifs autres que ceux de l'effectivité. De façon assumée, la protection des intérêts étatiques doit primer sur l'évolution du droit en raison de leurs particularismes juridiques. De façon moins assumée, la protection les intérêts de la Convention européenne prime aussi sur le progrès des normes, comme celui de maintenir tant bien que mal la sécurité juridique de son mécanisme dans un contexte de contestations étatiques de plus en plus fort. Ceci peut expliquer que la Cour opère « *un "recalibrage" de l'interprétation conventionnelle en fonction du mécontentement étatique généré par celui-ci ou susceptible de l'être* »³⁵²⁶.

³⁵²³ S. TOUZE, « Rapport introductif », in S. TOUZE (dir.), *La Cour européenne des droits de l'homme. Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Pedone, Paris, 2016, p. 9-26, spéc. p. 24.

³⁵²⁴ J. MONEGER, À propos de la rétroactivité de la jurisprudence, *RTD Civ.*, 2005, p. 323.

³⁵²⁵ F. TERRE, Jurisimprudence ? La jurisprudence aujourd'hui : livres propos sur une institution controversée, *RTD Civ.*, 1992, p. 354.

³⁵²⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, « Retour sur l'interprétation "involutive" de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Le droit malgré tout. Hommage à François OST*, PUSL, 2018, p. 417-439, spéc. p. 428.

737. Ces incohérences favorisent concomitamment le risque de désunion jurisprudentielle. Si la Cour dispose de moyens juridiques pour endiguer des dissensions interprétatives au sein de son prétoire grâce au Protocole n° 16, ce risque est toujours latent à l'égard du juge « naturel » de la Convention avec lequel elle doit poursuivre ses efforts pour maintenir le dialogue, en particulier au regard des nombreuses crises qui assaillent la légitimité de son prétoire. Par ailleurs, il convient de rappeler que l'absence de jurisprudence stable et cohérente entrave dans le même temps sa visibilité sur la scène internationale et risque de créer des dissensions entre les standards de protection qui seraient également source d'insécurité juridique³⁵²⁷.

738. La sécurisation de la jurisprudence européenne représente également le salut de la Cour face aux menaces extérieures à sa jurisprudence. L'incohérence et la désunion jurisprudentielle nuisent à la sécurité juridique des États parties et démultiplient les cas d'inexécution des arrêts définitifs rendus par la Cour. L'inexécution des arrêts se meut alors comme l'emblème des réticences étatiques, en particulier face au « *danger du démantèlement démocratique* »³⁵²⁸. En effet, la « *responsabilité partagée* » prônée par les États est la conséquence d'obligations conventionnelles imprévisibles et d'un activisme souvent mal perçu. Cependant, le bilan des inexécutions appelle à plus de nuances. La plupart des affaires ne concernent qu'une poignée d'États, notamment la Russie et la Turquie. Les statistiques tendent à démontrer que la grande majorité des États parties sont de « bons élèves » et s'acquittent volontiers de leurs obligations. En se conformant au droit de la Convention, ils participent activement et positivement à asseoir et à préserver l'acquis conventionnel³⁵²⁹ sur lequel repose la sécurité juridique *in globo* et la garante collective des droits fondamentaux. Par ailleurs, les cas d'inexécution reflètent des problèmes internes aux États récalcitrants liés à des disparités de cultures et de traditions juridiques que la Cour prend ponctuellement en considération. Ces problèmes peuvent être de nature politique et empêcher l'exécution de l'arrêt. En effet, le pullulement de conflits d'ordre

³⁵²⁷ « La crédibilité du mécanisme de la Convention pourrait être mise en péril si la Convention était interprétée de manière incompatible avec les engagements incombant aux États en vertu d'autres traités, tant régionaux qu'universels, ou si, à l'inverse, l'interprétation de tels traités était incompatible avec les engagements des États en vertu de la Convention », CDDH(2015)R84, Rapport du Comité directeur pour les droits de l'Homme sur l'avenir à plus long terme du système de la Convention européenne des droits de l'Homme, 11 décembre 2015, p. 7, disponible en ligne : <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806585d9>.

³⁵²⁸ Allocution d'ouverture du Président Guido RAIMONDI, prononcée lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour européenne des droits de l'Homme, à Strasbourg le 25 janvier 2019, p. 6, disponible en ligne : https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20190125_Raimondi_JY_FRA.pdf.

³⁵²⁹ En dépit de la régression amorcée par la Cour, il a été démontré que la jurisprudence *Salduz* a grandement contribué à renforcer les droits de la défense en Europe.

politique et démocratique constitue un réservoir propice à l'affluence des cas d'inexécution et donc d'insécurité juridique. Conscient des difficultés suscitées par ces « *zones à statuts controversés* », le Conseil des ministres souligne la nécessité d'améliorer à l'avenir « *la capacité du système à surmonter des situations de résistance ou soulevant des difficultés de différentes sortes et à fournir un meilleur soutien aux États dans la résolution de processus d'exécution complexes* »³⁵³⁰. À défaut de volonté étatique et politique³⁵³¹, celui-ci privilégie actuellement la voix de la « *coopération constructive* » pour restaurer « *la sécurité démocratique* », et instaurer un climat de confiance avec les États³⁵³² qui, espérons-le, pourra limiter durablement le risque d'insécurité juridique à l'avenir.

³⁵³⁰ Voy. le rapport annuel de 2017 du service de surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, p. 7.

³⁵³¹ *Infra*, n° 857 et suiv.

³⁵³² Rapport annuel de 2017 du service de surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, p. 15.

CONCLUSION DU CHAPITRE

739. L'ineffectivité du droit de la Convention résulte de deux germes. Le premier se développe dans la politique jurisprudentielle menée par le juge au nom du progrès des normes. La spécificité du droit de la Convention nécessite d'admettre une part d'insécurité juridique. « *La sécurité juridique à tout prix n'est pas souhaitable [...] il convient d'admettre une certaine dose d'insécurité juridique* ». Un juge britannique se méfait d'ailleurs de la « *rigidité du fonctionnement d'un système juridique* » qui est « *un signe de faiblesse, et non de force* » car elle « *prive ce système juridique de l'élasticité qui lui est nécessaire* »³⁵³³. Toutefois, cela ne doit pas tendre vers un effacement périlleux de cet impératif, au risque d'engendrer une insécurité qui diminuerait considérablement la protection des droits fondamentaux. En glissant sur le terrain d'une insécurité juridique « *profonde et persistante* »³⁵³⁴, sa jurisprudence irait à l'encontre de ce que les acteurs du système conventionnel sont en droit d'attendre d'une jurisprudence « raisonnablement » prévisible, qui admettrait un seuil « naturel » d'insécurité et d'incohérence juridiques³⁵³⁵. Les dérives stratégiques et répétées des instruments de régulation de la jurisprudence, ainsi que des motifs du revirement, camouflent en réalité des choix de politique jurisprudentiels orientés tantôt vers la protection des droits, tantôt vers d'autres impératifs comme l'ordre public européen, la protection des particularismes étatiques ou encore celle de l'efficacité du mécanisme conventionnel face aux flux massifs de requêtes individuelles. Inclus dans la conduite des revirements, le principe de la sécurité juridique est alors détourné de sa finalité initiale. Ce dernier ne sert plus la sécurisation jurisprudentielle, mais sa « désécurisation ». Si les vertus du revirement ne sont plus à démontrer pour la pérennisation jurisprudentielle et l'évolution des droits, certaines pratiques sont critiquables car elles conduisent à une remise en cause régressive de l'acquis conventionnel. « *Le juge qui veille au respect de la loi, se trouve emporté dans le maelström de l'insécurité. Il se peut même qu'il*

³⁵³³ « *Rigidity in the operation of a legal system is a sign of weakness, not strength. It deprives a legal system of necessary elasticity. Far from achieving a constitutionally exemplary result, it can produce a legal system unable to function effectively in changing times. "Never say never" is a wise judicial precept, in the interest of all citizens of the country* », opinion du juge LORD NICHOLLS OF BIRKENHEAD dans l'affaire *National Westminster Bank plc versus Spectrum Plus Limited* ([2005] UKHL 41, §41) dans J. LUNICA et J. BOUCHER, Le recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des effets des changements de jurisprudence : « *Never say never* », *AJDA*, 2007, p. 1577.

³⁵³⁴ CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie*, req. n° 13279/05, §55 (*JCP G*, 2012, doct. 87, F. SUDRE).

³⁵³⁵ Par ailleurs, ce n'est pas l'insécurité juridique « naturelle » de sa jurisprudence, mais celle liée à son caractère arbitraire, qui est dénoncée par ses opposants, B. EDELMAN, La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique?, *Dalloz*, 2008, n° 28, p. 1946.

crée son propre maquis, son propre labyrinthe. Il ne peut échapper au procès de l'insécurité »³⁵³⁶. Outre la sécurité juridique de la norme conventionnelle, celles des États parties et des requérants s'en trouvent grandement affectées, d'autant plus que la Cour ne possède pas, à l'heure actuelle, de moyens de modulation véritablement performants pour en temporiser les effets nocifs. Le second germe est de nature étatique. Les dérives de son activisme jurisprudentiel augmentent paradoxalement le risque d'ineffectivité de sa jurisprudence auprès des États parties, qui forment le second germe d'ineffectivité. Elles attisent les revendications souverainistes, poussant l'insécurité juridique à son comble en faisant obstacle à l'exécution des arrêts de la Cour ou retardant leur processus d'exécution. Au surplus, l'affaiblissement de l'autorité persuasive du juge européen donne lieu à des violations de plus grande en ampleur et répétitives.

740. Dans un tel contexte d'animosité, la Cour européenne se trouve à l'heure actuelle à la croisée des chemins dans sa manière de « dire le droit ». Certes, « *quand la Cour fait œuvre novatrice des solutions "prévisibles", elle entend le faire dans l'intérêt d'un enjeu plus important, celui de l'effectivité de la Convention [...]. La prévisibilité de la Convention et la sécurité juridique y ont [...] une place subordonnée à d'autres valeurs, celles qui assurent la pérennité de la Convention dont elle est dépositaire* »³⁵³⁷. Si les mobiles de la Cour sont compréhensibles et légitimes, sa jurisprudence ne peut faire l'impasse sur un seuil minimal de sécurisation qui reste « *vital pour l'efficacité et pour la viabilité du système* »³⁵³⁸. Si les instrumentalisation ont constitué l'âge d'or d'une jurisprudence *pro victima*, leurs répercussions nécessitent de renforcer la cohérence et la sécurité jurisprudentielles afin de poursuivre cette mission. Similairement à la responsabilisation des États parties et des individus dans l'utilisation du droit de la Convention, la Cour doit s'auto-responsabiliser dans la conduite de sa politique jurisprudentielle. C'est à elle qu'il « *appartient de faire en sorte que ses compétences discrétionnaires ne dégèrent pas en dérives arbitraires* »³⁵³⁹ en veillant à conserver son rôle de gardienne des sécurités juridiques. Consciente de cette difficulté, la Cour

³⁵³⁶ A. MAZEAUD, La sécurité juridique et les décisions du juge, *Dr. soc.*, 2006, p. 744.

³⁵³⁷ J. CALLEWAERT, « La Convention européenne des droits de l'homme, entre effectivité et prévisibilité », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre LAMBERT*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 93-108, spéc. p. 108.

³⁵³⁸ CDDH(2015)R84, Rapport du Comité directeur pour les droits de l'homme sur l'avenir à plus long terme du système de la Convention européenne des droits de l'homme, 11 décembre 2015.

³⁵³⁹ P. MARTENS, « La sécurité juridique : rapport de synthèse », in *La Sécurité juridique*, Actes du colloque organisé par la conférence du jeune barreau de Liège, 14 mai 1993, éd. du jeune barreau de Liège, 1993, p. 257-265, spéc. p. 265.

a développé des palliatifs jurisprudentiels et institutionnels afin de remédier à l'insécurité juridique *in globo* et à l'ineffectivité du droit de la Convention.

CHAPITRE 2 : LES REMEDES A L'INEFFECTIVITE DU DROIT

« En voilà une deuxième raison de parler modestement de la sécurité juridique : en la célébrant, le droit se veut anxiolytique de ce dont il est lui-même anxiogène »³⁵⁴⁰

741. Assurément, le principe de sécurité juridique est l'oracle des réformes. Si le siècle dernier était celui de l'insécurité juridique législative³⁵⁴¹, le XXI^{ème} est à l'évidence celui de l'insécurité jurisprudentielle. Cela étant, la recherche des remèdes à sa résolution en droit de la Convention passe obligatoirement par celle des remèdes contemporains proposés au nom de la sécurité juridique. Le premier chantier de réformes se concentre sur la consolidation de la pédagogie jurisprudentielle³⁵⁴². En tant que gardienne de la sécurité juridique *in globo*, la Cour doit veiller à ce que son « redoutable »³⁵⁴³ pouvoir interprétatif ne contrecarre cet objectif, au risque que sa jurisprudence ne devienne anxiogène et, à terme, n'assure plus l'effectivité des droits fondamentaux. Cherchant alors à protéger sa jurisprudence contre lui-même, le juge européen élabore des palliatifs pour renforcer son rôle de « pédagogue »³⁵⁴⁴. En complément dès les instruments discursifs habituels, il intègre de nouveaux outils – les supports parajuridictionnels – qui ont pour mission de diffuser et de clarifier la jurisprudence européenne. Renouvelant subséquemment « son art de juger »³⁵⁴⁵, leur développement témoigne d'une

³⁵⁴⁰ P. MARTENS, « La sécurité juridique : rapport de synthèse », in *La Sécurité juridique*, Actes du colloque organisé par la conférence du jeune barreau de Liège, 14 mai 1993, éd. du jeune barreau de Liège, 1993, p. 257-265, spéc. p. 258.

³⁵⁴¹ *Supra*, n° 254.

³⁵⁴² Traditionnellement, cette notion s'entend comme « la mise en relation avec l'application du droit [...] à faire connaître et comprendre l'art de juger qui s'exprime dans des décisions de justice, arrêts ou jugements », G. VANDERSANDEN, « Conclusions générales », in L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européens*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de l'Union européenne », 2012, p. 281-294, spéc. p. 281.

³⁵⁴³ R. MEDHI, « Pédagogie et sécurité juridique », in L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européens*, *op. cit.*, p. 67-107, spéc. p. 107.

³⁵⁴⁴ En charge du pilotage de l'interprétation et de l'application du droit de la Convention, la Cour a pour mission de « clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention » (CEDH, Plén., 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71, série A. 25, §154 (JDI, 1980, 449, obs. P. ROLLAND)). La protection de la garantie collective des droits conventionnels ainsi que la vitalité du mécanisme sont maintenues grâce à la détermination explicite des obligations réciproques de chacun des acteurs de la Convention. Pour le juge, il s'agit de dégager des directives interprétatives claires et lisibles à l'attention des États et des requérants.

³⁵⁴⁵ G. VANDERSANDEN, « Conclusions générales », *op. cit.*, p. 281.

amélioration continue de sa pédagogie judiciaire sur les sources endogènes d'insécurité et d'ineffectivité jurisprudentielles. Spécifiquement, elle met en lumière la recherche d'une plus grande responsabilisation dans la construction de sa jurisprudence. Cette volonté de clarifier, de persuader et de sécuriser coûte que coûte sa jurisprudence illustre la recherche constante de légitimité par la Cour dans son rôle d'interprète du droit de la Convention. « *Parce qu'elle s'est investie de la tâche d'établir et de défendre un véritable ordre public européen pour la protection des droits des êtres humains* »³⁵⁴⁶, le juge cherche à trouver un fondement éthique à sa jurisprudence pour combler les soubresauts et les non-dits qui gangrènent l'effectivité de ses arrêts. Ce faisant, la résorption de l'insécurité juridique *in globo* repose désormais sur une sécurisation éthique de la jurisprudence strasbourgeoise à des fins de responsabilisation prétorienne (**Section I**).

742. Le second chantier de réformes concerne la modulation jurisprudentielle. Alors que la motivation permet de contrer immédiatement l'insécurité jurisprudentielle, la modulation procure une résorption globale du phénomène, en encadrant les effets passés, actuels et futurs de la jurisprudence nouvellement construite. Bien que les débats relatifs à la modulation et au revirement pour l'avenir divisent encore aujourd'hui³⁵⁴⁷, la Cour européenne semble étrangement épargnée par ces discussions. Faisant figure d'exception dans le paysage des juridictions européennes³⁵⁴⁸, la Cour se refuse à céder à la mode du conséquentialisme jurisprudentiel. Cette incompétence n'est qu'apparente puisqu'elle s'est elle-même reconnue une compétence de modulation en 1979 dans l'affaire *Marckx contre Belgique*³⁵⁴⁹. En vérité, la Cour se refuse à exercer cette prérogative à cause d'un manque de légitimité de son exercice. Or, la Cour se prive d'une prérogative qui pourrait bien être la solution salvatrice pour résorber durablement l'insécurité juridique *in globo*. Les bénéfices apportés sur la cohérence et l'unité du droit conventionnel, sur la conciliation entre les intérêts de sécurités juridiques ainsi que sur l'effectivité de la protection conventionnelle, appellent donc à une réouverture des réflexions sur la réalisation d'un futur régime de « *droit transitoire jurisprudentiel* »³⁵⁵⁰ (**Section II**).

³⁵⁴⁶ A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Pedone, Paris, 2014, p. 197.

³⁵⁴⁷ N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET, LexisNexis, Paris, coll. « Cour de Cassation », 2005.

³⁵⁴⁸ B. LASSERRE, L'eupéanisation de l'office du juge : vers un *jus commune* procédural ?, *RUE*, 2019, p. 204.

³⁵⁴⁹ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §58 (*GACEDH*, 2019, n° 51).

³⁵⁵⁰ F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'ombre de *Marckx*, pour un débat renouvelé sur les effets dans le temps des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'homme dans la société internationale. Mélanges en l'honneur du Professeur Paul TAVERNIER*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 1089-1118, spéc. p. 1118.

SECTION I : L' « ETHIQUE JURISPRUDENTIELLE » COMME PALLIATIF ACTUEL CONTRE L'INSECURITE *IN GLOBO*

743. D'inspiration aristotélicienne³⁵⁵¹, l'éthique se définit comme « *les règles morales choisies par quelqu'un pour guider ses actes, sa vie* »³⁵⁵². En droit, elle permet de définir « *un idéal de ce qui est juste, destiné à orienter les comportements des individus ou d'une instance collective comme l'État* »³⁵⁵³. En droit de la Convention, l'éthique fait corps avec l'interprétation axiologique de la Cour européenne³⁵⁵⁴, et avec la promotion subséquente des valeurs de l'ordre public européen³⁵⁵⁵. Toutefois, peu de travaux se penchent sur la notion d'éthique jurisprudentielle, alors même qu'elle semble être le fil conducteur du développement de la pédagogie judiciaire. Selon le Professeur Jean-Arnaud MAZERE, « *si la création du droit obéit aujourd'hui à un ensemble de principes logiques, plus indirectement elle se soumet aussi à une certaine conception de l'éthique. Et c'est là qu'apparaît la pédagogie à la fois comme objectif et comme moyen d'une certaine éthique dans la création du droit* »³⁵⁵⁶. Selon lui, cet objectif repose sur la recherche constante d'un « *équilibre approprié entre efficacité et sécurité juridique* »³⁵⁵⁷. Cela étant, le concept d'« *éthique jurisprudentielle* » est parfaitement transposable à notre étude, qui s'entendra donc comme l'ensemble des règles, principes, standards ou techniques qui concourent à renforcer la pédagogie globale des arrêts, et ce dans une perspective de responsabilisation du juge à l'encontre de sa sécurité jurisprudentielle.

744. Premièrement, l'aspiration à une plus grande sécurité *in globo* passe par l'accroissement de la pédagogie motivationnelle des arrêts et des décisions (1§). Or, la

³⁵⁵¹ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, (traduite par J. TRICOT), Éd. Les Échos du Marquis, 2014.

³⁵⁵² *Dictionnaire Poche Larousse*, Larousse, Paris, 2019, éd., 2020, p. 307.

³⁵⁵³ N. BONBLED, J. RINGELHEIM, « La tradition des discours éthiques dans la jurisprudence de la CEDH », in *Traductions et droits européens : enjeux d'une rencontre. Hommage au Recteur M. VAN DE KERKOVE*, FUSL, 2010, p. 387-441 spéc. p. 389.

³⁵⁵⁴ Voy. A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 658 et suiv ; C. HUSSON-ROCHCONGAR, *Droit international des droits de l'homme et valeurs. Le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2012 ; C. BLANC-FILY, *Valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Essai critique sur l'interprétation axiologique du juge européen*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme - Thèses », 2016.

³⁵⁵⁵ Pour rappel, la sécurité juridique est une « *valeur fondamentale qui sous-tend la Convention* » (CEDH, Gde. Ch., 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, req. n° 53080/13, §89) et entre dans le patrimoine des valeurs de l'ordre public européen. Pour plus de développements, voy. *supra*, n° 184.

³⁵⁵⁶ J-A. MAZERE, « Propos introductifs. Les voies possibles d'une pédagogie du droit », in P. RAIMBAULT (dir.), M. EHCQUARD-THÉRON (dir.), *La pédagogie au service du droit*, LGDJ, Lextenso Éditions, Paris, coll « Actes de colloques de l'IFR », 2011, p. 19-36, spéc. p. 26.

³⁵⁵⁷ *Ibidem*.

déliquescence notoire de la qualité de la motivation de la Cour altère le niveau de sécurité jurisprudentielle, en ternissant par la même occasion sa crédibilité³⁵⁵⁸. À cette fin, le juge a perfectionné ses techniques pédagogiques, rendant conséquemment ses arrêts plus explicites, mais surtout mieux compris et acceptés par l'ensemble des acteurs conventionnels³⁵⁵⁹. Les outils déployés fortifient ainsi sa pédagogie persuasive³⁵⁶⁰. Aux yeux de la Cour, le juge pédagogue n'est pas seulement celui qui instruit grâce à la qualité de la norme qu'il élabore, mais celui qui se responsabilise pour renouer avec l'intégrité de celle-ci afin de mieux convaincre son auditoire de sa nécessité³⁵⁶¹. Comme le constate la Professeure Pascale DEUMIER, « *la critique [du manque de pédagogie] s'est renforcée à mesure de la montée grandissante du dogme de la sécurité juridique, de "la nécessité morale et politique de l'explication", des exigences contemporaines de transparence et de procès équitable ou, plus généralement d' "une sorte de courtoisie judiciaire" »*³⁵⁶². Cette nécessité morale s'accroît au fur et à mesure que la Cour européenne externalise et démocratise sa jurisprudence par le biais de supports externes à visée communicationnelle ou consultative, dont l'objectif est clairement orienté vers l'intelligibilité et l'accessibilité de la jurisprudence et donc vers la sécurisation *in globo*.

745. Deuxièmement, la sécurisation jurisprudentielle passe par la catalysation de l'insécurité juridique produite par les revirements (2§). Promouvant une plus grande

³⁵⁵⁸ La « mauvaise » motivation des arrêts de la Cour est ainsi régulièrement pointée par les plumes doctrinales voy. notamment P. MALAURIE, Grands arrêts, petits arrêts et mauvais arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *LPA*, 2006, n° 166, p. 4 ; F. SUDRE, « La motivation et le style des décisions juridictionnelles. La Cour européenne des droits de l'homme. Le regard de la doctrine », in L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européens*, op. cit., p. 135-158, spéc. 136 ; voy. aussi P. LAMBERT, La Cour européenne des droits de l'homme à l'épreuve de quelques critiques... au fil du temps (en marge du cinquantième anniversaire de son installation), *RTDH*, 2010/81, p. 5-18 et du même auteur Une justice décriée est-elle encore crédible ?, *RTDH*, 2013/93, p. 5-16.

³⁵⁵⁹ Voy. plus largement S. TOUZE, *La Cour européenne des droits de l'homme : une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire », 2016.

³⁵⁶⁰ Comme l'expliquer le Professeur Georges VANDERSENDEN, une « bonne motivation rend claire et compréhensible la voie choisie par le juge pour statuer et interpréter et [...] celle qui rend sensible la perception de ce qui a été jugé et participe de ce fait au maintien ou au rétablissement de l'harmonie sociale », G. VANDERSANDEN, « Conclusions générales », in L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européens*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de l'Union européenne », 2012, p. 281-294, spéc. p. 288.

³⁵⁶¹ « Les décisions judiciaires doivent donc veiller à convaincre et éduquer plutôt qu'à obliger ou imposer », F. TULKENS, « La motivation et le style des décisions juridictionnelles. La CEDH. Le regard d'un juge », in L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application du droit communautaire et européens*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 125-134, spéc. p. 126.

³⁵⁶² P. DEUMIER, « La pédagogie selon la Cour de cassation : anti-pédagogie des arrêts, pédagogie hors les arrêts. La pédagogie selon la Cour de cassation : anti-pédagogie des arrêts, pédagogie hors les arrêts », in P. RAIMBAULT (dir.), M. EHCQUARD-THÉRON (dir.), *La pédagogie au service du droit*, op. cit., p. 403-419, spéc. p. 408

transparence dans la leur conduite, la Cour opte désormais pour une méthodologie axée sur leur prévisibilité et leur anticipation. Tout en s'attelant à une sécurisation immédiate par le biais des standards traditionnels de prévisibilité et de clarté jurisprudentielles, elle instaure des mécanismes catalyseurs (*obiter dicta*, revirements « blanc ») qui concourent à une sécurisation *pro futuro* de ses revirements. Toujours dans l'optique d'auto responsabilisation prudente et avisée dans la conduite de sa jurisprudence, la prédication proposée par la Cour façonne alors une théorisation du revirement jurisprudentiel qui, bien qu'elle ait dépassé le stade embryonnaire³⁵⁶³, reste encore perfectible à maints égards.

1§) Un traitement global par le développement de la pédagogie juridictionnelle

746. « Chose aussi naturelle que celle consistant à respirer l'air environnant » selon la célèbre formule du Président Bruno GENEVOIS³⁵⁶⁴, la motivation constitue « *un outil privilégié de communication du juge, et l'expression de [...] sa vocation pédagogique* »³⁵⁶⁵. Elle est surtout la garantie d'une bonne administration de la justice conventionnelle et participe de ce fait à la sécurité jurisprudentielle³⁵⁶⁶. Somme toute logique, la première phase de sécurisation *in globo* se centralise autour de la pédagogie motivationnelle. Depuis quelques années, la Cour améliore de manière significative la motivation structurelle et stylistique de ses arrêts (A). Malgré ses efforts, elle peine cependant à protéger sa motivation contre ses dérives interprétatives, creusant le lit de l'insécurité juridique et de l'ineffectivité de sa jurisprudence. Une seconde phase de sécurisation *in globo* fut alors instaurée par les services centraux de la Cour – aidée du Conseil de l'Europe – pour compenser les dysfonctionnements intrinsèques de sa motivation. Se sont ainsi multipliés les rapports, les avis, les communiqués de presse, les

³⁵⁶³ La théorisation naissante du revirement jurisprudentiel strasbourgeois a été soulevée pour la première par la Professeure Katia LUCAS-ALBERNI dans les conclusions finales de sa thèse (K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit & Justice », 2009, p. 511). Faute d'être suffisamment concrétisée à cette époque dans la jurisprudence européenne, elle fut rejetée par son auteur. Si cette étude s'inscrit dans la continuité de ces développements, l'évolution apportée par la Cour sur la pédagogie de ces revirements au cours de ces derniers amène à penser que cette théorie a dépassé le stade embryonnaire pour tendre vers une forme de concrétisation notamment grâce à la multiplication des mécanismes catalyseurs, *infra*, n° 779 et suiv.

³⁵⁶⁴ B. GENEVOIS, « Remarques d'un praticien du contentieux administratif », in H. RUIZ-FABRI, J-M. SOREL, *La motivation des décisions des juridictions internationales*, p. 225-236, spéc. p. 225.

³⁵⁶⁵ A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 197.

³⁵⁶⁶ « La prééminence du droit et la lutte contre l'arbitraire sont des principes qui sous-tendent la Convention. Dans le domaine de la justice, ces principes servent à asseoir la confiance de l'opinion publique dans une justice objective et transparente, l'un des fondements de toute société démocratique », CEDH, Gde. Ch., 16 novembre 2010, *Taxquet c. Belgique*, req. n° 926/05, Rec. 2010-VI, §90.

analyses statistiques et les résumés juridiques, qui forment ce que la doctrine a coutume d'appeler les supports « *externes* » ou « *parajuridictionnels* »³⁵⁶⁷ (B). Concourant à une pédagogie « *hors-arrêts* »³⁵⁶⁸, ces derniers se distinguent généralement par leur sophistication et leur éclectisme. Faisant montre d'« *ingénierie pédagogique* »³⁵⁶⁹ remarquable, la Cour a développé des documents hybrides, à la fois juridiques et médiatiques³⁵⁷⁰ pour promouvoir la jurisprudence européenne auprès des acteurs conventionnels³⁵⁷¹. La prolifération des supports dévoile ainsi la conscience d'un juge soucieux d'une part, d'aider à la compréhension de ses décisions et, d'autre part, d'accroître son autorité persuasive. Si ces nouveaux procédés doivent être maniés « *avec la plus grande précaution* »³⁵⁷², ils constituent de précieux alliés dans la recherche d'une meilleure sécurité *in globo* (B).

A- Une pédagogie motivationnelle perfectible

747. À l'évidence, les efforts portant sur la lisibilité et la clarté de sa jurisprudence méritent d'être salués en ce qu'ils se montrent globalement satisfaisants (1°). Cependant, l'excès de

³⁵⁶⁷ P. DEUMIER, « La pédagogie selon la Cour de cassation : anti-pédagogie des arrêts, pédagogie hors les arrêts. La pédagogie selon la Cour de cassation : anti-pédagogie des arrêts, pédagogie hors les arrêts », in P. RAIMBAULT (dir.), M. EHCQUARD-THÉRON (dir.), *La pédagogie au service du droit*, op. cit., p. 403-419

³⁵⁶⁸ *Ibidem*.

³⁵⁶⁹ M. DISANT, « La "doctrine" du juge, entre pédagogie et source du droit », in P. RAIMBAULT (dir.), M. EHCQUARD-THÉRON (dir.), *La pédagogie au service du droit*, op. cit., p. 125-152, spéc. p. 138.

³⁵⁷⁰ Sans prétendre à l'exhaustivité, il est loisible de cataloguer les supports suivant : les supports « dématérialisés » (site internet de la Cour contenant la base de donnée HUDOC (ainsi que des documents relatifs à l'exécution des arrêts (HUDOC-EXEC), à la Charte sociale européenne (HUDOC-ESCI), ainsi que sur le Comité de prévention de la torture (HUDOC-CPT)), les supports audiovisuels (tutoriels d'utilisation du site, des films de sensibilisation sur le rôle et le fonctionnement de la Cour, des transmissions d'audiences, des vidéos pédagogiques inti intitulées COURTalksdisCOURS sur des thématiques générales comme l'asile ou le terrorisme) ; des supports favorisant l'échange et la formation des acteurs conventionnels au droit de la Convention (SNC (*Superior Courts Network*), les visites officielles, les aides financières et matériels pour former les professionnels du droit et les citoyens européens) ; des supports liés à des activité de recherche menés conjoints avec les acteurs internes et externes de la Convention ; des supports d'information jurisprudentielle développés par le service de presse de la Cour (communiqués de presse, les techniques de classement et de fichages jurisprudentiels, rapports statistiques, index jurisprudentiels, ...).

³⁵⁷¹ « *En développant leur publication et leur diffusion aux acteurs concernés (en particulier, l'exécutif, les parlements, les juridictions, mais aussi, le cas échéant, les institutions nationales des droits de l'homme et des représentants de la société civile), en vue de leur implication accrue dans le processus d'exécution des arrêts* », Déclaration de Bruxelles sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, une responsabilité partagée, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 mars 2015, pt. 2, f).

³⁵⁷² O. RENAUDIE, « Les communiqués de presse du Conseil d'État : outil pédagogique ou support de communication ? », in P. RAIMBAULT (dir.), M. EHCQUARD-THÉRON (dir.), *La pédagogie au service du droit*, op. cit. p. 293-309, spéc. p. 301.

transparence dévoile les fissures de son raisonnement, fissures qui altèrent la force persuasive des arrêts³⁵⁷³ et leur niveau de sécurité jurisprudentielle (2°).

1°) Une motivation formelle satisfaisante

748. Réputée pour sa longueur « *interminable* »³⁵⁷⁴, l'architecture motivationnelle³⁵⁷⁵ s'avère pourtant adaptée aux exigences de son droit et de son auditoire (a). Le style rédactionnel gagne aussi en lisibilité et en compréhensibilité, grâce à la recherche d'une plus grande transparence dans l'exposé du raisonnement (b).

a- La rationalité structurelle des arrêts

749. L'article 74 du Règlement de la Cour mentionne la liste des éléments relatifs à la motivation de fait et de fond devant impérativement figurer dans un arrêt³⁵⁷⁶. Si leur contenu ne présente guère d'originalité, leur structure est beaucoup plus étoffée. Le découpage en « fait » et en « droit » – présent dans tous les arrêts de la Cour — consolide la clarté de sa motivation, bien que ce dernier ne soit pas toujours rectiligne³⁵⁷⁷. Chaque grief fait l'objet d'une analyse spécifique sur la recevabilité et sur le fond. Il s'accompagne d'un rappel de la jurisprudence antérieure formant les fameux « *principes généraux* »³⁵⁷⁸, assorti d'une application au cas d'espèce proche du modèle anglo-saxon³⁵⁷⁹. La symbolique de la distinction

³⁵⁷³ « *La restauration de son autorité passe par le développement d'une jurisprudence plus claire, plus affirmée, plus constante* », F. SUDRE, L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH*, 2008/76, p. 943-944.

³⁵⁷⁴ F. SUDRE, « La motivation et le style des décisions juridictionnelles. La CEDH. Le regard de la doctrine », in L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européens*, Bruylant, *op. cit.*, p. 135-158, spéc. p. 139.

³⁵⁷⁵ Entendue comme la structure, l'organisation ou le « plan de construction » des arrêts de la Cour européenne, A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 383.

³⁵⁷⁶ En vertu de l'article 74, alinéa 1^{er} du Règlement de la Cour : « *Tout arrêt visé aux articles 28, 42 et 44 de la Convention comprend : a) le nom du président et des autres juges composant la chambre ou le comité ainsi que du greffier ou du greffier adjoint ; b) la date de son adoption et celle de son prononcé ; c) l'indication des parties ; d) le nom des agents, conseils et conseillers des parties ; e) l'exposé de la procédure ; f) les faits de la cause ; g) un résumé des conclusions des parties ; h) les motifs de droit ; i) le dispositif ; j) s'il y a lieu, la décision prise au titre des frais et dépens ; k) l'indication du nombre des juges ayant constitué la majorité ; l) s'il y a lieu, l'indication de celui des textes qui fait foi* ».

³⁵⁷⁷ A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 392 et suiv.

³⁵⁷⁸ Les « principes généraux » jouent un rôle descriptif et didactique dans l'interprétation du juge. Leur force itérative favorise la systématisation des obligations sous forme de « législation-type », renforçant *in fine* la sécurité juridique objective de la norme conventionnelle, *supra*, n° 461.

³⁵⁷⁹ « *Dans les traditions de Common law, puisque le juge doit créer le droit, il doit justifier non seulement la solution du litige, mais avant tout la règle en elle-même, comme le ferait le législateur dans un exposé des motifs* ».

« principe/ distinction » est loin d'être anodine. Outre le fait qu'elle caractérise un « *aller-retour parfois obscur entre méthode inductive et déductive* »³⁵⁸⁰, elle exprime le souhait du juge d'intégrer sa solution dans le corpus jurisprudentiel, en se raccordant aux valeurs et principes résidant dans l'acquis conventionnel du droit de la Convention³⁵⁸¹. De surcroît, la structure des arrêts est souvent répétitive. Prenant exemple des articles disposant d'une clause d'ordre public³⁵⁸², le juge Louis-Edmond PETTITI se montrait assez critique sur ce point, car il encourage une lecture stéréotypée desdits arrêts³⁵⁸³. De notre point de vue, elle démontre au contraire une « *structure standardisée* »³⁵⁸⁴ qui garantit un niveau important de sécurité jurisprudentielle. Elle dégage une « *habitude de juger* »³⁵⁸⁵ qui consolide la force persuasive de sa jurisprudence. De plus, la structure de ses arrêts se veut également flexible. Elle s'étend ou se rétrécit en fonction de l'affaire qui se présente devant son prétoire. En effet, son architecture s'étoffe systématiquement lorsque l'affaire est rendue en Grande Chambre³⁵⁸⁶. Un arrêt pilote

d'un projet de loi », S. CASTILLO-WYSZOGRODZKA, La motivation des décisions de justice : perspective comparatiste, *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1838.

³⁵⁸⁰ V. BRUCK, M. LARCHE, La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, *AJJC*, 2012, p. 65-73, spéc. p. 72.

³⁵⁸¹ *Ibidem*.

³⁵⁸² Articles 8 à 11 de la Convention européenne des droits de l'homme.

³⁵⁸³ Cet argument s'appuyait notamment sur la construction tripartite des arrêts portant sur des dispositions conventionnelles dotées d'une clause d'ordre public (l'examen de l'ingérence prévue par la loi, celui du but légitime puis de la nécessité dans une société démocratique), L-E. PETTITI, « Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention. De l'idéal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui », in L-E. PETTITI, E. DECAUX et P-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1999, p. 27-40, spéc. p. 31. Ce constat s'observe également pour les articles 2 et 3 pour lesquels la Cour examine systématiquement et successivement le respect de l'obligation substantielle puis procédurale.

³⁵⁸⁴ V. BRUCK, M. LARCHE, La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 70.

³⁵⁸⁵ A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit.*, p. 431.

³⁵⁸⁶ On saluera le découpage minutieux du raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Muršić contre Croatie* en matière de surpopulation carcérale. La partie concernant l'appréciation de la Cour se décompose comme suit : l'énoncé des remarques liminaires (1) avec le récapitulatif des principes pertinents (2). Ce dernier se décompose en trois subdivisions : les principes généraux (a), les principes relatifs à la surpopulation carcérale (b), ainsi que le résumé des principes et normes à appliquer aux fins de l'examen des cas de surpopulation carcérale (c). Le (b) répond aux questions suivantes : Quel est l'espace personnel minimum dont un détenu doit disposer au regard de l'article 3 de la Convention ?(i); ii ; L'attribution à un détenu d'un espace personnel d'une surface inférieure à la norme minimale fait-elle naître une présomption de violation de l'article 3 ou est-elle en elle-même constitutive d'une telle violation ?(ii) ; ainsi que les facteurs susceptibles de compenser le manque d'espace personnel (iii). Les deux premiers points (i et ii) se subdivisent en deux parties avec la jurisprudence pertinente (α) et l'approche à retenir (β). L'application casuistique (3) se subdivise en deux parties : La période pendant laquelle le requérant a disposé de moins de 3 m² d'espace personnel (a), dans laquelle elle traite de la question relative à l'existence en l'espèce d'une forte présomption de violation de l'article 3 (i), ainsi que sur la présence de facteurs propres à réfuter la forte présomption de violation de l'article 3 selon les périodes (ii) avec les périodes correspondantes : (a) la période de vingt-sept jours (α) et les autres périodes jours (β), qu'elle assortit d'une conclusion (iii), ainsi que celle traitant des périodes pendant lesquelles le requérant a disposé de 3 à 4 m² d'espace personnel (b). C'est dire si le découpage de l'arrêt met en relief la logique de la motivation adoptée par le juge, qui fait montre d'une rationalité appréciable

verra aussi son dispositif « enflé » par la multitude de préconisations individuelles et/ou générales dispensées par le juge européen pour accompagner l'État défaillant dans la rectification de la violation systémique et/ou répétitive³⁵⁸⁷. Un arrêt de revirement se caractérisera, quant à lui, par une démultiplication des sources dans le droit pertinent pour servir l'interprétation consensuelle³⁵⁸⁸, tandis qu'un arrêt de clarification progressif (ou régressif) se verra doté d'un récapitulatif généralement fourni de sa jurisprudence antérieure afin de renforcer la prévisibilité (ou l'imprévisibilité) de sa solution³⁵⁸⁹.

750. Labyrinthique pour le lecteur-apprenti, l'architecture de ses arrêts n'est en aucun cas dépourvue de logique rationnelle. Après tout, « *la motivation n'est pas une opération arithmétique qui consisterait à additionner le fait et le droit pour faire un jugement* »³⁵⁹⁰. La recherche d'une structure motivationnelle adéquate est la marque d'un juge mû par le souci de sécurisation du droit et de la bonne administration de la justice et qui parvient, dans le même temps, à rester lucide sur les spécificités et les contraintes qui assaillent son prétoire. Cela étant, le choix de la Cour vise à répondre au besoin de sécurité juridique d'un auditoire exigeant et cosmopolite³⁵⁹¹. Ce « *luxe de détails aurait donc pour but essentiel la lisibilité et l'intelligibilité des décisions* »³⁵⁹². Le style rédactionnel du juge témoigne aussi de cet effort de pédagogie.

b- La limpidité du style rédactionnel

751. Comme le souligne le Professeur Christophe SCHÖNBERGER, le « *style des jugements est difficile à cerner* »³⁵⁹³. Chaque juridiction dispose d'un style propre symbolique de son tiraillement entre les canons rédactionnels de sa culture juridique d'appartenance, et la construction de son identité juridictionnelle. Produits des traditions civilistes et continentales, les arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'État suivent majoritairement les préceptes de l'*imperatoria brevitatis*. Comme son appellation le suggère, ce style se caractérise par sa

dans une affaire aussi complexe, voy. CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2016, *Mursić c. Croatie*, req. n° 7331/13, §§91-177.

³⁵⁸⁷ Voy. *supra*, n° 729. Notamment l'arrêt pilote, voir *supra*, n° 464.

³⁵⁸⁸ Sur la globalisation des sources et la manipulation de l'interprétation voy. *supra*, n°665.

³⁵⁸⁹ Voy. *supra*, n° 674.

³⁵⁹⁰ G. VANDERSANDEN, « Conclusions générales », *op. cit.*, p. 288.

³⁵⁹¹ Sur ce constat, voy. A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 204 et suiv ; F. SUDRE, « La motivation et le style des décisions juridictionnelles. La Cour européenne des droits de l'homme. Le regard de la doctrine », *op. cit.*, p.137 et suiv.

³⁵⁹² V. BRUCK, M. LARCHE. *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 72.

³⁵⁹³ C. SCHÖNBERGER, « Mi-attendu, mi-dissertation ». *Le style des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne*, *Droit et société*, 2015/3, p. 505-515, spéc. p. 506.

brièveté. Il réduit le juge au syllogisme à défaut de se voir reconnaître (et admettre) un réel pouvoir normatif³⁵⁹⁴. Par opposition, le modèle de *Common law* est adepte du style « *discursif et conversationnel* »³⁵⁹⁵ avec des motivations extra-juridiques qui matérialisent un juge assumant sans ambages la portée à la fois normative et sociale de sa jurisprudence. Le style adopté par les juridictions européennes se situe à mi-chemin entre ces deux traditions juridiques. À la différence de la Cour de justice, qui suit un style « *mi-dissertatif, mi-attendu* » calqué sur le modèle continental³⁵⁹⁶, la Cour européenne adopte un style « *mi-continental, mi-anglo-saxon* »³⁵⁹⁷.

752. Se voulant « *pragmatique* »³⁵⁹⁸, le vocabulaire employé par le juge est relativement simple, évitant l'écueil du « *jargon juridique difficilement compréhensible* »³⁵⁹⁹. Les arrêts se montrent assez accessibles, « *même pour les plus néophytes* »³⁶⁰⁰. Tout comme la structure motivationnelle, le style dénote également par son caractère répétitif. Certains Professeurs, à l'instar de Frédéric SUDRE, se désolent parfois de la pratique « *du copier-coller qui conduit à la reproduction de motifs stéréotypés et obscurcit le raisonnement de pur droit* », amenant celui-ci à conclure que « *la motivation des arrêts [...] semble, fréquemment, insuffisamment rigoureuse* »³⁶⁰¹. Bien qu'inélégant, le style répétitif n'est pas totalement à proscrire du point de vue de la sécurisation jurisprudentielle. Utilisée avec rigueur et mesure (ce qui n'est malheureusement pas toujours le cas), la réitération renforce le contrôle *in abstracto* en permettant au juge de la Convention d'objectiviser les préceptes de sa jurisprudence en s'adressant plus largement aux acteurs conventionnels. Or, l'objectivisation participe à

³⁵⁹⁴ Pour un bref résumé, voy. P. DEUMIER, Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation, *Recueil Dalloz*, 2015, p. 2022.

³⁵⁹⁵ A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 432 et suiv.

³⁵⁹⁶ Ce style est la résultante la combinaison de la tradition des juridictions administratives françaises et allemandes, C. SCHÖNBERGER, « Mi-attendu, mi-dissertation ». Le style des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne, *op. cit.*, p. 507 et suiv. Voy. aussi L. COUTRON, Style des arrêts de la Cour de Justice et normativité de la jurisprudence communautaire, *RTD Eur.*, 2009, p. 643.

³⁵⁹⁷ Comme l'explique le Professeur Frédéric SUDRE, la logique de l'énoncé introductif des « principes généraux » suivi de l'application en l'espèce suit la logique déductive et syllogistique typique de la tradition continentale, tandis que le recours à la règle du précédent ou aux considérations extra-juridiques se rapproche très clairement la logique inductive et casuistique prônée par la *Common law*, F. SUDRE, « La motivation et le style des décisions juridictionnelles. La CEDH. Le regard de la doctrine », *op. cit.*, p. 155.

³⁵⁹⁸ A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 428.

³⁵⁹⁹ V. BRUCK, M. LARCHE. La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 69.

³⁶⁰⁰ *Ibidem*.

³⁶⁰¹ F. SUDRE, « La motivation et le style des décisions juridictionnelles. La CEDH. Le regard de la doctrine », *op. cit.*, p. 155. Voy. également sur cette critique L-E. PETTITI, « Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention. De l'idéal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui », *op. cit.*, p. 31.

renforcer le niveau de sécurité juridique de la norme conventionnelle, comme en témoigne la systématisation des « *principes généraux* »³⁶⁰². Pour achever de nous convaincre, la Cour a elle-même confirmée cette approche dans l'arrêt *Tomov contre la Russie*³⁶⁰³ : « *dans l'intérêt de la sécurité juridique et pour une application uniforme et prévisible des principes généraux, la Cour juge nécessaire, comme la Grande Chambre l'a fait récemment dans l'affaire Muršić [...] de résumer l'approche à suivre dans les affaires où une violation de l'article 3 est alléguée à raison de conditions de transfèrement inhumaines et dégradantes* »³⁶⁰⁴.

753. En fin de compte la Cour a développé son propre langage et ses propres formules de façon à faire « *pénétrer* »³⁶⁰⁵ sa jurisprudence dans l'esprit des juges nationaux et des justiciables. En se voulant plus limpide, le juge en vient malencontreusement à dévoiler les brèches de son raisonnement.

2°) Une motivation persuasive corrigible

754. Adeptes du « *motiver plus pour motiver mieux* »³⁶⁰⁶, la Cour tend paradoxalement vers un excès de structuration qui obscurcit les fondements de sa matrice jurisprudentielle. Sa structure motivationnelle est alors usitée comme stratagème pour camoufler des arrangements méthodologiques du juge (a). Dans le même temps, son style se teinte ponctuellement d'un sentimentalisme inquiétant afin de se rapprocher au maximum des justiciables³⁶⁰⁷ (b).

a- Une rigueur structurelle artificielle

755. La jurisprudence européenne se caractérise par une « *motivation-fleuve* »³⁶⁰⁸, avec des arrêts dépassant parfois la centaine de pages³⁶⁰⁹. C'est dire si « *pour le juriste français, habitué*

³⁶⁰² Voy. *supra*, n° 463.

³⁶⁰³ CEDH, 9 avril 2019, *Tomov et autres c. Russie*, req. 18255/10 et suiv.

³⁶⁰⁴ *Ibid.*, §123.

³⁶⁰⁵ F. HULCHIRON, « La lisibilité et la compréhension interne de la jurisprudence de la Cour », in S. TOUZE, *La Cour européenne des droits de l'homme. Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire », p. 141-156, spéc. p. 150.

³⁶⁰⁶ S. CASTILLO-WYSZOGRODZKA, La motivation des décisions de justice : perspective comparatiste, *op. cit.*, p. 1838.

³⁶⁰⁷ A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 711 et suiv.

³⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 131.

³⁶⁰⁹ Hormis quelques exceptions (on mentionnera le récent arrêt *Burmych*, qui avoisine les 435 pages en format numérique, CEDH, Gde. Ch., 12 décembre 2017, *Burmych et autres c. Ukraine (radiation)*, req. n° 46852/13, 47786/13, 54125/13 et suiv. (*JCP G*, 2018, doct. 34, chron. F. SUDRE), les arrêts de la Cour font en moyenne entre 40 et 60 pages.

à des décisions d'une concision extrême, les volumes à assimiler frôlent le choc culturel »³⁶¹⁰. Les causes de cette extension sont plurielles. Certaines sont amplement justifiées. La technicité et la complexité de certaines affaires imposent évidemment un effort supplémentaire de clarté juridique et donc de développements. D'autres sont plus contestables. Jouant un rôle fondamental dans la motivation des décisions de justice³⁶¹¹, certaines opinions séparées excèdent parfois le nombre de pages « raisonnable » que l'on pourrait attendre d'une telle pratique³⁶¹². L'alourdissement qu'elles occasionnent brouille parfois la compréhensibilité du message motivationnel et de la solution portée par la majorité. Ce phénomène atteint son paroxysme lorsque l'opinion devient la tribune de positions agressives et polémiques à l'encontre d'une solution jurisprudentielle³⁶¹³.

756. Pourtant, l'amputation de la motivation ne nous paraît pas plus opportune du point de vue de la sécurité jurisprudentielle. *Primo*, les spécificités et la complexité du contentieux international et européen des droits de l'homme nécessitent d'adopter des arrêts conséquents, en particulier dans une organisation composée de 47 États parties. En ce sens, le juge strasbourgeois ne fait pas exception par rapport aux autres juridictions internationales³⁶¹⁴. *Secundo*, motiver moins n'apparaît pas être systématiquement le corollaire du motiver mieux. Alors que les arrêts souffrent d'obésité chronique, la rédaction des décisions d'irrecevabilité fait preuve d'une concision qui n'a rien à envier à l'*imperatoria brevitatis*. Comme le soulève un praticien, l'organisation formelle des décisions d'irrecevabilité se montre assez « austère » et « laconique »³⁶¹⁵. Les débats actuels relatifs à la motivation de la Cour de cassation³⁶¹⁶

³⁶¹⁰ V. BRUCK, M. LARCHE. La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 69. Dans l'un de ses articles, le Professeur Philippe MALAURIE dénonçait la « longueur sans limite » d'une « jurisprudence qui ne peut se lire que par extraits, en dénaturant les règles habituelles de l'interprétation », P. MALAURIE, Grands arrêts, petits arrêts et mauvais arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *LPA*, 2006, n° 166, p. 4.

³⁶¹¹ Sur le lien entre motivation, sécurité juridique et opinions séparées, voy. *supra*, n° 396 et suiv.

³⁶¹² On mentionnera pour exemple la longueur des opinions séparées du juge PINTO DE ALBURQUERQUE jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 28 juin 2018, *G.I.E.M. S.R.L et autres c. Italie*, req. n° 1828/06, 34163/07 et 19029/11. La première opinion, rédigée seule, cumule 54 pages, tandis que la seconde opinion partiellement dissidente écrite conjointement avec les juges SAJÓ, KARAKAS, KELLER, VEHAPOVIC, KURIS ET GROZEV, comptabilise 7 pages, soit un total de 61 pages, ce qui représente presque un tiers de l'arrêt (167 pages).

³⁶¹³ Voy. par ex. l'opinion séparée du juge BORREGO BORREGO, jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 29 avril 2006, *Burden c. Royaume-Uni*, req. n° 1337805, Rec. 2008-III.

³⁶¹⁴ Pour un ouvrage de référence, voy. H. RUIZ-FABRI, J-M SOREL, *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Pedone, Paris, coll. « Contentieux international », 2008.

³⁶¹⁵ P. SPINOSI, « L'approche d'un praticien français face à la procédure d'examen de la recevabilité des requêtes », in P. DOURNEAU-JOSETTE (dir.) et E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *Quels filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme ?*, Conseil de l'Europe, Hors collection, 2011, p. 243-253, spéc. p. 248.

³⁶¹⁶ Les écrits doctrinaux réfutant la tradition de l'*imperatoria brevitatis* fustigent l'insécurité juridique générée par une motivation qui pécherait par excès de brièveté, A. TOUFFAIT, A TUNC, Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment celles de la Cour de cassation, *RTD Civ.*, 1974, p. 488 et en réplique H.

achèvent de nous convaincre sur l'inutilité d'une motivation plus brève des arrêts de la Cour. Finalement, la réprimande sous-jacente n'est pas celle d'une pagination excessive, mais celle d'une structure de façade par laquelle la Cour tente de dissimuler les défaillances de sa motivation par une architecture surabondante censée « *faire illusion* »³⁶¹⁷. Précédemment, il a pu ainsi être démontré que l'examen de la légalité se trouve souvent relégué à l'étape de l'examen de la nécessité ou de la proportionnalité de l'ingérence, en particulier lorsque l'affaire touche à un domaine sensible ou politique³⁶¹⁸. On mentionnera également la pratique sélective de la globalisation des sources dans le cadre de l'interprétation consensuelle, où la Cour « grossit » volontairement son catalogue de sources internationales et européennes pour appuyer ou démentir l'existence d'un consensus³⁶¹⁹. Au demeurant, certains universitaires ont pu constater que le surplus de motivation entraîne proportionnellement une perte de la juridicité de la parole du juge. L'abondance motivationnelle rend *in fine* la solution adoptée moins convaincante³⁶²⁰. Ce faisant, « *il n'est pas prouvé qu'en étant plus long on soit plus clair* »³⁶²¹. Dernièrement, on soulignera à nouveau la pauvreté structurelle des décisions de la Cour, alors même qu'elles sont soumises à l'obligation de motivation au même titre que les arrêts³⁶²², et qu'elles font l'objet en amont d'un « *examen méticuleux et approfondi de la part du greffe de la Cour ainsi que du juge qui a pris la décision* »³⁶²³.

CROZE, « Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation », in *Liber amicorum. Mélanges Philippe MALAURIE*, Défrénois, Paris, 2005, p. 181-198. Pour des articles plus récents, lire P. DEUMIER, Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation, *op. cit.*, p. 2022, et, du même auteur, Motivation enrichie : bilan et perspectives, *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1783 ; J.-J. URVOAS, L'*aggiornamento* nécessaire de la Cour de cassation, *Dalloz*, 2018, p. 1087. *Contra* P. MALAURIE, Sur la motivation des arrêts de la Cour. Contre leur alourdissement, pour leur sobriété, *Recueil Dalloz*, 2017, p. 668 ; T. LE BARS, Menaces sur la cassation à la française : des propositions de réforme consternantes, *Gaz. Pal.*, 2018, p. 12. Pour un rapide résumé de la réforme sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, voy. E. MAUPIN, La Cour de cassation change de style, *AJDA*, 2019, p. 784 ainsi que le dossier publié sur le site de la Cour de cassation : https://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/reforme_cour_7109/motivation_arrets_7856/.

³⁶¹⁷ M. TROPER, « La motivation des décisions constitutionnelles », in C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruxelles, 1978, coll. « Travaux du Centre national de recherches de logique », p. 287-302, spéc. p. 294.

³⁶¹⁸ *Supra*, n° 442 et n° 554.

³⁶¹⁹ *Supra*, n° 667.

³⁶²⁰ F. SUDRE, « Moyens de renforcement de la motivation de la Cour », in S. TOUZE, *La Cour européenne des droits de l'Homme. Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire », p. 189-213, spéc. p. 194.

³⁶²¹ H. CROZE, « Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 181

³⁶²² En vertu de l'alinéa 1^{er} de l'article 45 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *les arrêts, ainsi que les décisions déclarant des requêtes recevables ou irrecevables, sont motivés* ». Elle est également inscrite à l'article 56 du Règlement intérieur de la Cour européenne : « *la décision de la Chambre indique si elle a été prise à l'unanimité ou à la majorité ; elle est accompagnée ou suivie de ses motifs* ».

³⁶²³ P. SPINOSI, « L'approche d'un praticien français face à la procédure d'examen de la recevabilité des requêtes », *op. cit.*, p. 251.

757. Par voie de conséquence, l'aspect pédagogique concourt actuellement à sécuriser son œuvre jurisprudentielle. La Cour dévoile plus facilement les failles de son récit jurisprudentiel et s'expose, par excès de transparence, aux critiques doctrinales et politiques³⁶²⁴. Dans cette course à la persuasion, son style se pare de considérations sociales et humanistes qui ne concordent pas toujours avec l'objectif initial de lisibilité jurisprudentielle.

b- Un style « compassionnel » déviant

758. Depuis quelques années, « la motivation strasbourgeoise s'attache [...] à intercaler au sein de son raisonnement juridique des considérations extra-juridiques telles que le contexte historique, les conséquences économiques et sociales, la compassion ou encore l'expertise scientifique »³⁶²⁵. Discutable³⁶²⁶, cette motivation compassionnelle est en réalité inéluctable à toute décision juridictionnelle, car elle correspond à la « motivation psychologique » inhérente à toute décision de justice³⁶²⁷. Selon Jean-François FLAUSS, elle est également corrélée à la nature spécifique du droit de la Convention européenne³⁶²⁸, qui est en charge d'assurer la protection des droits fondamentaux dans un système dont la « pierre angulaire » est le droit de recours individuel. Cela étant, la dissociation entre la raison et l'émotion³⁶²⁹ est délicate pour un juge qui baigne littéralement dans les sentiments³⁶³⁰ et qui exerce une fonction sociale de par sa proximité avec les droits de l'homme.

759. À première vue, l'approche compassionnelle n'est pas nécessairement incompatible avec l'impératif de sécurité juridique³⁶³¹. Incontestablement, la surabondance des sentiments suscite davantage l'exaspération que la compréhensibilité à l'égard de la solution adoptée.

³⁶²⁴ F. HULCHIRON, « La lisibilité et la compréhension interne de la jurisprudence de la Cour », *op. cit.*, p. 141-156, spéc. p. 150.

³⁶²⁵ A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 97.

³⁶²⁶ F. SUDRE, « Moyens de renforcement de la motivation de la Cour », *op. cit.*, p. 194.

³⁶²⁷ La motivation « psychologique » recoupe « l'ensemble des facteurs conscients et inconscients dont le jeu combiné détermine une conduite ou une conviction », L. HUSSON, « Les trois dimensions de la motivation judiciaire », in C. PERELMAN, P. FORIERS, *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruxelles, 1978, coll. « Travaux du Centre national de recherches de logique », p. 69-109, spéc. p. 73.

³⁶²⁸ Comme l'explique Jean-François FLAUSS, « une telle option s'inscrit plus largement dans une politique jurisprudentielle d'"humanisation" du contentieux européen des droits de l'homme [...]. Inégalement partagée en fonction des choix philosophiques ou de civilisation, la compassion est une vertu morale tout à fait digne d'attention », J-F. FLAUSS, Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme, *AJDA*, 2010, p. 997.

³⁶²⁹ J. VAN MEERBEECK, « Quelques réflexions sur le rôle de l'intuition et des émotions dans la fonction de juger », in *Le droit malgré tout. Hommage à François OST*, PUSL, Bruxelles, 2018, p. 385-416.

³⁶³⁰ C. RUET, Sentiments et droits de l'homme. Philosophie des sentiments moraux et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH*, 2016/106, p. 351-379.

³⁶³¹ Le sentiment d'insécurité juridique est lui-même à l'origine de la concrétisation de la facette subjective du principe de sécurité juridique, voy. plus largement *supra*, n° 363.

Néanmoins, si elle intervient de manière complémentaire et en soutien à une motivation juridique, elle concourt à en renforcer sa force persuasive et la sécurité juridique *in globo*³⁶³². En effet, l'exposé de la motivation augmente la réceptivité et l'acceptabilité des parties aux litiges en venant adjoindre une « motivation psychologique » à une motivation juridique. L'établissement de solutions « raisonnablement » prévisibles et motivées favorise sa « réception-acceptation » par les destinataires³⁶³³. En conséquence, l'approche compassionnelle fortifie la sécurité juridique de la norme conventionnelle. Dans quelques rares hypothèses, cet « *ethos discursif* »³⁶³⁴ prend le pas sur la motivation purement juridique, comme ce fut le cas pour l'arrêt *Goodwin*³⁶³⁵. Si l'issue s'est révélée heureusement favorable aux requérants, cette méthodologie « humaniste » a pu soutenir des intérêts moins nobles comme le désengorgement de son prétoire³⁶³⁶. « *Cette pédagogie, qui pourrait être qualifiée de secondaire, vient ainsi en contrepoint de celle, dite première, qui est contenu dans l'arrêt et qui en fournit la clé* »³⁶³⁷. Dans cette hypothèse, la motivation compassionnelle est alors source d'insécurité juridique.

760. À l'évidence, la Cour s'est réappropriée les standards rédactionnels de la *Common law* afin de les réadapter aux objectifs de justification, de persuasion, de légitimation et de sécurisation qui irriguent sa motivation. Le bilan est plutôt positif, avec un « *style judiciaire de qualité* »³⁶³⁸. Encore faut-il « *savoir faire preuve de retenue et de rigueur lorsque cela s'avère nécessaire* »³⁶³⁹. Certains arrêts révèlent une pédagogie pernicieuse pour la sécurité juridique

³⁶³² On pense notamment à l'utilité de la sécurité juridique subjective dans le contrôle de proportionnalité lorsqu'elle accompagne l'évaluation de la sécurité juridique objective de la norme interne au cas du requérant. La sécurité juridique subjective se meut alors en sécurité juridique objective « subjectivée », voy. *supra*, n° 408.

³⁶³³ C. ATIAS, « 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, sous l'égide de l'Institut des hautes études sur la justice, La Documentation française, 1994, p. 73-83, spéc. p. 76.

³⁶³⁴ A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 387 et suiv.

³⁶³⁵ CEDH, Gde. Ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, Rec. 2002-VI (GACEDH, 2019, n° 46). Pour une critique de cette approche, lire P. WACHSMANN, A. MARIENBURG-WACHSMANN, La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme, *RTDH*, 2003/56, p. 1157-1183.

³⁶³⁶ « *Si, comme le soutient le Gouvernement, l'article 13 doit être interprété comme ne s'appliquant pas au droit à un procès dans un délai raisonnable au sens de l'article 6§1, les justiciables se verront systématiquement contraints de soumettre à la Cour de Strasbourg des requêtes qui auraient pu être instruites d'abord et, selon la Cour, de manière plus appropriée, au sein des ordres juridiques internes. À long terme, le fonctionnement, tant au plan national qu'au plan international, du système de protection des droits de l'homme érigé par la Convention risque de perdre son efficacité* », CEDH, Gde. Ch. 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96, Rec. 2000-XI, §155 (GACEDH, 2019, n° 39). Sur cette affaire, voy. *supra*, n° 679.

³⁶³⁷ G. VANDERSANDEN, « Conclusions générales », *op. cit.*, p. 289.

³⁶³⁸ A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 387 et suiv.

³⁶³⁹ *Ibid.*, p. 730.

jurisprudentielle³⁶⁴⁰. Le message jurisprudentiel est brouillé, la motivation perd en force persuasive auprès de l'auditoire conventionnel, accroissant les risques d'ineffectivité et d'insécurité juridique *in globo*. C'est pourquoi des outils complémentaires sont venus renforcer la motivation des arrêts de la Cour.

B- Une pédagogie ingénieuse par la promotion des supports parajuridictionnels

761. Dans un article portant sur la transparence de la jurisprudence de la Cour européenne, le Professeur Paul TAVERNIER approuvait les avancées réalisées par la juridiction pour développer l'accessibilité de sa jurisprudence en recourant aux « *moyens modernes de communication* »³⁶⁴¹. En effet, grâce à l'aide matérielle et financière du Conseil de l'Europe³⁶⁴², la Cour européenne a perfectionné ses méthodes de travail afin de faire « *le meilleur usage possible des outils procéduraux et des ressources à sa disposition* »³⁶⁴³. Elle s'est félicitée encore récemment de disposer « *d'outils sur mesure conçus pour offrir à tous, du citoyen ordinaire au praticien chevronné des droits de l'homme, un accès facilité à ses principaux arrêts et décision à la Convention* »³⁶⁴⁴. Loin de faire exception, cette pratique est une tendance commune à l'ensemble des juridictions européennes et nationales, qui, par ambition de

³⁶⁴⁰ F. SUDRE, « La motivation et le style des décisions juridictionnelles. La CEDH. Le regard de la doctrine », *op. cit.*, p. 155.

³⁶⁴¹ P. TAVERNIER, « Réflexions critiques à propos de la transparence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'homme et le droit. En hommage au Professeur Jean-François FLAUSS*, Pedone, Paris, coll. « Mélanges », 2014, p. 743-753, spéc. p. 744. Lire également C. MUNZY « Une culture de la transparence », *JCP G*, 2011, p. 981.

³⁶⁴² Pour rappel, la Cour européenne ne dispose pas d'un budget propre. En vertu de l'article 50 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, « *les frais de fonctionnement de la Cour sont à la charge du Conseil de l'Europe* ». Pour plus d'information sur le budget de la CEDH, voy. CM(2018)100 31/05/2018, États financiers consolidés du Conseil de l'Europe pour l'exercice clos le 31 décembre 2017, complété par l'annexe CM(2018)100-add2corr relatif au comptes de gestion budgétaire du Conseil de l'Europe pour l'exercice clos le 31 décembre 2017, publié le 17 décembre 2018, disponible en ligne [<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016808af7a6>].

³⁶⁴³ Déclaration d'Interlaken sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme du 19 février 2010, pt. 5.

³⁶⁴⁴ Les supports parajuridictionnels sont publiés sur le site de la Cour. On y retrouve par exemple les communiqués de presse, les notes de jurisprudence, la liste figurant dans le document suivant « *La Convention à votre porte : information et formation sur la jurisprudence et communication générale* », publié le 29 janvier 2019, disponible au lien suivant : [https://www.echr.coe.int/Documents/Case_law_info_training_outreach_2018_FRA.pdf]. Les avis consultatifs sont également inclus dans le champ de notre analyse puisque ces derniers font l'objet d'une publication sur le site HUDOC et sont externes à la motivation de l'arrêt.

sécurisation et de pédagogie, exportent leur motivation sur des supports qualifiés pour la circonstance de parajuridictionnels³⁶⁴⁵.

762. Recensés dans le « *programme de diffusion* »³⁶⁴⁶, avec le concours de services internes à la Cour et au Conseil de l'Europe³⁶⁴⁷, les supports communicationnels améliorent la qualité de la norme conventionnelle en soutenant la pédagogie externe des arrêts³⁶⁴⁸. Mieux comprise, plus accessible, elle est également mieux acceptée par l'ensemble des acteurs de la société européenne. En ce sens, ils participent à une « *construction quasi alchimique de la jurisprudence* »³⁶⁴⁹ et deviennent des palliatifs modernes contre l'ineffectivité jurisprudentielle. En complément s'ajoute un autre support juridictionnel qu'est la procédure d'avis consultative du Protocole n° 16 et qui poursuit la même finalité pédagogique (1°). Dans le même temps, leur développement interroge sur la valeur et leur portée juridique réelles. En effet, la doctrine reproche régulièrement à ces supports d'externaliser la motivation, ce qui a pour conséquence de vider en substance celle qui est exposée dans l'arrêt ou la décision. En conséquence, cette externalisation amènerait à une forme d'« *anti-pédagogie* »³⁶⁵⁰. S'ils doivent être maniés « *avec la plus grande précaution* »³⁶⁵¹ dans la recherche d'une meilleure sécurisation jurisprudentielle, la nature exclusivement didactique et objective des supports élaborés par la Cour européenne les prémunit d'un tel danger (2°).

³⁶⁴⁵ Sur ce constat, lire notamment : P. DEUMIER, *Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation*, *op. cit.*, p. 2022. Voy. aussi T. DELANSSAYS, *La motivation des décisions juridictionnelles du Conseil d'État*, thèse dactyl., Université de Lille, 2019, p. 429 et suiv.

³⁶⁴⁶ Le site internet de la Cour est devenu au fil du temps le moyen privilégié de diffusion, en particulier grâce à la base de données HUDOC « *qui contient l'intégralité des arrêts, une sélection importante de décision, des informations sur les affaires communiquées, avis consultatifs, communiqués de presse, résumés juridiques et décisions et rapports de la Commission* », [https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw&c=fr#n14594233837037665707592_pointer].

³⁶⁴⁷ Parmi les services internes, on retrouve notamment le service de presse, la direction du juriconsulte, qui comprend la Division des publications et de l'information sur la jurisprudence et la Division de la recherche et de la bibliothèque, voy. « *La Convention à votre porte : information et formation sur la jurisprudence et communication générale* », publié le 29 janvier 2019, disponible au lien suivant : [https://www.echr.coe.int/Documents/Case_law_info_training_outreach_2018_FRA.pdf].

³⁶⁴⁸ P. DEUMIER, « La pédagogie selon la Cour de cassation : anti-pédagogie des arrêts, pédagogie hors les arrêts. La pédagogie selon la Cour de cassation : anti-pédagogie des arrêts, pédagogie hors les arrêts », *op. cit.*, p. 403-419.

³⁶⁴⁹ M. DISANT, « La "doctrine" du juge, entre pédagogie et source du droit », *op. cit.*, p. 135.

³⁶⁵⁰ P. DEUMIER, « La pédagogie selon la Cour de cassation : anti-pédagogie des arrêts, pédagogie hors les arrêts. La pédagogie selon la Cour de cassation : anti-pédagogie des arrêts, pédagogie hors les arrêts », *op. cit.*, p. 403-419.

³⁶⁵¹ O. RENAUDIE, « Les communiqués de presse du Conseil d'État : outil pédagogique ou support de communication ? », *op. cit.*, p. 301.

1°) Des outils fructueux de pédagogie juridictionnelle

763. En droit de la Convention, les supports parajuridictionnels participent à une triple pédagogie : « éducative » (a), « implicative » (b), et « légitimatrice » (c).

a- Une pédagogie « éducative »

764. La vertu la plus fréquemment attribuée aux supports externes est celle du renforcement de l'accessibilité grâce à la diffusion et à la publicité de la jurisprudence³⁶⁵². En favorisant le passage du « *savoir-savant au savoir-accessible* »³⁶⁵³, la mise à disposition de l'ensemble des documents liés à l'activité juridictionnelle de la Cour soutient l'accès à la justice en augmentant sa visibilité sur la scène européenne. Ainsi en est-il des différents moyens de « fichage » jurisprudentiel développés par la Direction du juriconsulte avec l'aide du greffe, qui offrent un recensement didactique des arrêts et décisions d'irrecevabilité de la juridiction strasbourgeoise. Sans prétendre à l'exhaustivité, on dénombre aussi les notes d'information – qui retracent mensuellement « *les résumés des affaires présentant un intérêt particulier* »³⁶⁵⁴ – une « *sélection d'affaires phares* » comprenant une liste d'arrêts et décisions les plus importants³⁶⁵⁵, un listing annuel sous forme d'index³⁶⁵⁶ ainsi que la liste des requêtes interétatiques³⁶⁵⁷. L'aspect didactique de ces supports se démarque aussi par le développement de fiches par

³⁶⁵² « L'enjeu est non pas de se justifier mais de faire comprendre au mieux, en fixant des règles pour permettre aux praticiens de les appliquer correctement et sereinement », M. METHIVIER, Les communiqués de presse du Conseil Constitutionnel, objet non identifié du Conseil Constitutionnel, *op. cit.*, p. 163.

³⁶⁵³ D. BOTTEGHI, « L'ambition pédagogique du juge administratif », in P. RAIMBAULT (dir.), M. EHCQUARD-THÉRON (dir.), *La pédagogie au service du droit*, *op. cit.*, p. 153-160, spéc. p. 162.

³⁶⁵⁴ Instaurées depuis 1998, ces notes comprennent les « *arrêts, décisions sur la recevabilité, affaires communiquées et affaires pendantes devant la Grande Chambre* ». Assez substantielles, elles contiennent des informations exogènes à l'arrêt telles que « *la position des juridictions européennes et internationales, une section dernières nouvelles, une section publication récentes et un index cumulatif mensuel* », *La Convention à votre porte : information et formation sur la jurisprudence et communication générale*, publié le 29 janvier 2019, p. 13. disponible au lien suivant : [\[https://www.echr.coe.int/Documents/Case_law_info_training_outreach_2018_FRA.pdf\]](https://www.echr.coe.int/Documents/Case_law_info_training_outreach_2018_FRA.pdf).

³⁶⁵⁵ Depuis 2016, la Direction du juriconsulte élabore, avec l'aide du greffe, une liste retraçant les affaires, décisions et avis consultatifs les plus récents. Pour celui de l'année 2018 : [\[https://www.echr.coe.int/Documents/Cases_list_2018_FRA.pdf\]](https://www.echr.coe.int/Documents/Cases_list_2018_FRA.pdf). Ces sélections sont compilées ensuite dans les fameux « *aperçus des affaires les plus significatives* » dans lesquels le juriconsulte souligne les « *aspects saillants des conclusions de la Cour et l'intérêt de ces conclusions pour l'évolution de sa jurisprudence* », « *La Convention à votre porte : information et formation sur la jurisprudence et communication générale* », *op. cit.*, p. 8.

³⁶⁵⁶ Le dernier index date de 2015. La Cour public régulièrement une compilation de l'ensemble de sa jurisprudence, voy. l'index cumulatif regroupant l'ensemble des arrêts et décisions rendus entre 1999-2014 [\[https://www.echr.coe.int/Documents/Index_1999-2014_FRA.pdf\]](https://www.echr.coe.int/Documents/Index_1999-2014_FRA.pdf).

³⁶⁵⁷ En raison du faible nombre de requêtes interétatiques depuis la création de la Cour (24 requêtes à ce jour), leur recensement est relativement rapide [\[https://www.echr.coe.int/Documents/InterStates_applications_FRA.pdf\]](https://www.echr.coe.int/Documents/InterStates_applications_FRA.pdf).

thématique³⁶⁵⁸ et par État³⁶⁵⁹, de « guides » portant sur la jurisprudence³⁶⁶⁰ ou l'élaboration d'une requête³⁶⁶¹, ainsi que documents annexes qui viennent préciser leur utilisation³⁶⁶² ou leur référencement³⁶⁶³. C'est dire si ces documents ont pour but d'attirer l'attention des acteurs de la Convention sur les mutations actuelles et à venir de sa jurisprudence. Grâce à cette technique, « *le juge tend lui-même à exploiter les précédents* »³⁶⁶⁴. La Cour clarifie ses choix en mettant en lumière des arrêts qui seraient passés inaperçus par la doctrine³⁶⁶⁵. Ces documents se révèlent donc bénéfiques pour la sécurité juridique *in globo* et l'effectivité du droit conventionnel car ils pérennisent la norme jurisprudentielle. En complément de ces supports, il est loisible de mentionner la procédure de l'avis consultatif³⁶⁶⁶. L'alinéa 1^{er} du Protocole n° 16 précise que cette procédure « *permet à de hautes juridictions nationales [...] d'adresser à la Cour européenne des droits de l'homme sur des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses Protocoles* »³⁶⁶⁷. Si la nature de ces « questions de principe » demeure

³⁶⁵⁸ Ces fiches thématiques, proposés à l'intention des journalistes et des non-spécialistes de la Convention, recourent les arrêts et décisions touchant aux droits protégés par la Convention (liberté de religion, détention, liberté de la presse, ...) ou touchant à des thématiques externes (Union européenne, Sport et CEDH).

³⁶⁵⁹ Parmi les fiches par pays, on retrouve également des éléments statistiques par État [https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2018_FRA.pdf] ainsi que des informations relatives à l'exécution des arrêts suite aux condamnations prononcées à leur encontre [<https://www.coe.int/fr/web/execution/country-factsheets>].

³⁶⁶⁰ Ces guides sont classés par article et sont régulièrement actualisés. Pour information, quatre guides supplémentaires ont été ajoutés au courant de l'année 2018 (articles 13, 2, 18 et article 1 du Protocole n° 1).

³⁶⁶¹ Voy. le guide pratique sur la recevabilité : [https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_FRA.pdf].

³⁶⁶² En novembre 2018, la Cour a publié en ce sens un document « Rechercher et comprendre la jurisprudence », [https://www.echr.coe.int/Documents/CLIP_Finding_understanding_case_law_FRA.pdf].

³⁶⁶³ Par exemple, au cours de l'année 2018, la Cour a publié un document intitulé « références aux décisions publiées, aux arrêts et aux avis consultatifs », et qui a fait l'objet d'une actualisation au début de l'année 2019 : [https://www.echr.coe.int/Documents/Case_law_references_FRA.pdf].

³⁶⁶⁴ Comme le souligne le Professeur Mathieu DISANT, « *les modes de diffusion du discours judiciaire ont suivi l'évolution technologique pour signer, sinon un nouvel avatar de la conception du précédent, une façon de faire jurisprudence qui se traduit par une extension du ministère d'interprétation du juge* », M. DISANT, « La "doctrine" du juge, entre pédagogie et source du droit », *op. cit.*, p. 125-152, spéc. p. 135.

³⁶⁶⁵ Sur ce constat, voy. notamment P. CASSIA, Une autre manière de dire le droit administratif : le fichage des décisions du Conseil d'État au Recueil Lebon, *RFDA*, 2011, p. 830.

³⁶⁶⁶ C. ALONSO, « La motivation didactique des décisions juridictionnelles du Conseil d'État », in P. RAIMBAULT (dir.), M. EHCQUARD-THÉRON (dir.), *La pédagogie au service du droit*, *op. cit.*, p. 161-184, spéc. p. 171.

³⁶⁶⁷ Article 1^{er} du Protocole n° 16, entrée en vigueur le 2 octobre 2013 et ratifié par la France le 12 avril 2019. L'article 47 de la Convention prévoit également une procédure d'avis consultative à la demande du Conseil des Ministres. Si ces procédures suivent toutes deux un objectif d'harmonisation et de cohérence dans l'application du droit de la Convention – en posant à la Cour une question sur l'interprétation de celui-ci – leurs modalités de saisine, leur champ ainsi que leurs effets diffèrent. La procédure de l'article 47 est soumise à un vote à la majorité des représentants du Comité des ministres, contrairement au Protocole n° 16 qui instaure une procédure de dialogue entre les juges de la Convention. Ce dernier étant plus innovant du point de vue de la motivation, notre étude de concentrera principalement sur celui-ci.

nébuleuse³⁶⁶⁸, l'objectif de la procédure est quant à lui assez explicite. Il s'agit de « *renforcer l'interaction entre elle et les autorités nationales et de consolider ainsi la mise en œuvre de la Convention* »³⁶⁶⁹. La dimension éducative est d'ailleurs patente dans la délimitation substantielle de la procédure. La Cour affirme que son but « *n'est pas de transférer le litige à la Cour, mais de donner à la juridiction qui a procédé à la demande les moyens nécessaires pour garantir le respect des droits de la Convention lorsqu'elle jugera le litige en instance* »³⁶⁷⁰. Poursuivant sur sa lancée, elle précise que « *son rôle n'est pas de statuer contradictoirement sur des requêtes contentieuses par un arrêt ayant force obligatoire mais, dans un délai aussi rapide que possible, de fournir à la juridiction qui a procédé à la demande une orientation lui permettant de garantir le respect des droits de la Convention lorsqu'elle jugera le litige en instance* »³⁶⁷¹. Ce support participe au développement d'une pédagogie éducative ou instructive, dont l'objet est à la fois « *d'inculquer à ses auditeurs un certain nombre de valeurs, de règles ou encore de principes* » mais aussi de « *mettre ces derniers en situation de construire leurs connaissances afin qu'ils puissent par la suite adapter leurs comportements en conséquence* »³⁶⁷², augmentant la prévisibilité pré juridique des parties. Cette fonctionnalité conduit en filigrane à impliquer davantage les acteurs conventionnels dans le renforcement de la sécurité juridique *in globo*.

b- Une pédagogie « implicative »

765. Selon Monsieur Grégory HOUILLON, la pédagogie d'implication consiste à « *rendre actif le futur destinataire de l'acte dans l'élaboration du texte qui le concerne ou l'intéresse* »³⁶⁷³. Ce faisant, elle implique une réciprocité dans l'interprétation effective de la jurisprudence de la Cour à l'égard des juges nationaux, des professionnels du droit ainsi que des individus³⁶⁷⁴. En s'informant, grâce à ces supports, de manière immédiate sur l'état actuel du droit de la Convention, les États parties peuvent procéder aux modifications législatives

³⁶⁶⁸ Sur ce point, lire P. DEUMIER, H. FULCHIRON, Première demande d'avis à la CEDH : vers une jurisprudence « augmentée »?, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 228 et, à titre indicatif, L. MILANO, Techniques préjudicielles et exigences du procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *RUE*, 2019, p. 470.

³⁶⁶⁹ Avis consultatif, §25.

³⁶⁷⁰ *Ibidem*.

³⁶⁷¹ *Ibid.*, §34.

³⁶⁷² A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 191.

³⁶⁷³ G. HOUILLON, « Pédagogie et efficacité du droit », in P. RAIMBAULT (dir.), M. EHCQUARD-THÉRON (dir.), *La pédagogie au service du droit*, *op. cit.*, p. 327-355, spéc. p. 339 et suiv.

³⁶⁷⁴ *Ibidem*.

nécessaires, sans attendre qu'un litige les concernant se présente devant le prétoire de la Cour. Ils satisfont de la sorte à leur devoir de sécurisation juridique en s'acquittant par anticipation de leurs obligations conventionnelles³⁶⁷⁵. L'effet *erga omnes* attaché aux arrêts de la Cour s'en trouve donc consolidé³⁶⁷⁶. De surcroît, ces supports communicationnels accentuent le dialogue des juges en permettant aux juridictions nationales de procéder à des interprétations conformes au droit de la Convention dans l'attente des modifications législatives adéquates. Le rôle du juge national, en tant que juge « naturel » de la Convention, s'en trouve aussi affirmé³⁶⁷⁷. Dans le même temps, l'anticipation étatique est profitable aux individus, car elle diminue les risques de violation. En principe, ces derniers sont assurés d'une meilleure réception de la jurisprudence européenne et, sensément, une protection plus effective de leurs droits fondamentaux³⁶⁷⁸. Aidés des guides pédagogiques et des « conseils avisés » des professionnels du droit, ils seront mieux informés sur les pratiques de la Cour et donc plus enclins à se saisir de son prétoire pour faire constater une violation de leurs droits, ce qui est gage d'effectivité³⁶⁷⁹.

766. Cette stratégie se retrouve également dans la procédure d'avis consultatif. En orientant l'interprétation du juge national, la Cour européenne s'inscrit « *dans un esprit de dialogue et de coopération* »³⁶⁸⁰ entre les juges de la Convention. De cette collaboration émerge un partage des responsabilités entre les juges de la Convention³⁶⁸¹. Précisément, elle responsabilise le juge

³⁶⁷⁵ Les supports communicationnels se révèlent particulièrement lors de la survenance des revirements de jurisprudence qui, accentuent l'insécurité juridique des États en raison de cet effet *erga omnes*, voy. sur ces analyses, *supra*, n° 686.

³⁶⁷⁶ CEDH, Plén., 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71, série A. 25, §26 (JDI, 1980, 449, obs. P. ROLLAND).

³⁶⁷⁷ Cet objectif est clairement affiché dès le début de son programme de diffusion : « *le programme de diffusion de la jurisprudence de la Cour a pour but de rendre plus accessibles et compréhensibles les principes et normes clés de la Convention au niveau national afin de donner plein essor au principe de subsidiarité* », objectif qui est répété par suite dans le document d'information : « *la volonté de réaliser l'objectif de diffusion des standards conventionnels et de la jurisprudence de la Cour en vue d'une meilleure implémentation du principe de subsidiarité* », voy. *La Convention à votre porte : information et formation sur la jurisprudence et communication générale*, publié le 29 janvier 2019, p. 1 et 4 [https://www.echr.coe.int/Documents/Case_law_info_training_outreach_2018_FRA.pdf].

³⁶⁷⁸ Sur les effets du renforcement de la légalité matérielle du droit de la Convention sur le droit interne sur la protection des droits fondamentaux, voy. *supra*, n° 433. Cela n'est pas toujours systématique et repose sur la bonne foi de l'État partie dans la réception et l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, voy. *supra*, n° 727 et suiv.

³⁶⁷⁹ « *La pédagogie d'un citoyen qui s'informe et qui informe les pouvoirs publics offre ainsi un débouché concret et immédiat sur l'application de la règle à l'élaboration de laquelle il a pu participer. Une décision à laquelle le destinataire est associé a de meilleures chances d'être appliquée dans le sens recherché par les pouvoirs publics dans le sens où, formellement ou informellement, les deux volontés ont pu se rencontrer* », G. HOUILLON, « Pédagogie et efficacité du droit », *op. cit.*, p. 350.

³⁶⁸⁰ Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole n° 16 à la Convention en date du 18 septembre 2018, pt. 1 [https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_FRA.pdf].

³⁶⁸¹ P. DEUMIER, H. FULCHIRON, Première demande d'avis à la CEDH : vers une jurisprudence « augmentée »?, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 228.

national à l'égard des mesures et autres orientations formulées dans l'avis pour interpréter le litige conformément au droit de la Convention et au principe de subsidiarité³⁶⁸². Le premier avis consultatif présente quelques formulations allant dans cette pédagogie d'implication. Dans les considérations préliminaires, elle rappelle que c'est « à la *juridiction dont émane la demande qu'il revient de résoudre les questions que soulève l'affaire et de tirer, selon le cas, toutes les conséquences qui découlent de l'avis donné par la Cour pour les dispositions du droit interne invoquées dans l'affaire et pour l'issue de l'affaire* »³⁶⁸³. Plus loin, elle considère qu'il ne lui appartenait pas de « *se prononcer dans le cadre de son avis consultatif sur l'adéquation du droit français de l'adoption [...]. Il revient au juge interne de le faire [...] en tenant compte de la situation fragilisée dans laquelle se trouvent les enfants tant que la procédure d'adoption est pendante* »³⁶⁸⁴. La pédagogie d'implication est donc la conséquence directe de la pédagogie éducative développée en amont : en donnant les « cartes » interprétatives nécessaires pour garantir le respect des droits de la Convention lors de la résolution du litige, la Cour responsabilise le juge judiciaire dans l'interprétation future du droit de la Convention. Grâce à ce « *jeu d'interprétation croisée* », la procédure d'avis consultatif « *permet de transformer une articulation des interprétations de la Convention fortement hiérarchique et répressive en construction collaborative* »³⁶⁸⁵. Au surplus, cette collaboration n'est pas seulement limitée à l'interprétation du juge national puisque la Cour exerce incidemment un droit de regard sur les évolutions législatives du droit français en se prononçant sur la validité de celles-ci au regard de la Convention. En ce sens, elle fournit de précieuses indications sur les carences législatives en matière de filiation pour les enfants nés à l'étranger dans le cadre de la gestion pour autrui. Si elle encourage l'État français à procéder à la reconnaissance du lien juridique entre l'enfant et la mère d'intention par la voie d'adoption, elle manifeste un certain scepticisme sur le fait que cette procédure ne soit ouverte qu'aux parents d'intention mariés et en dehors de toute considération à l'égard du consentement préalable de la mère porteuse³⁶⁸⁶.

767. Au final, l'objectif de ces supports est d'éveiller la conscience des citoyens, du législateur et du juge national dans une perspective de responsabilisation en tant qu'acteurs du

³⁶⁸² D. SZYMCZAK, « Répondre et rassurer » : quelques enseignements à propos du premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH*, 2019/120, p. 955-978, spé. p. 976-977.

³⁶⁸³ Avis consultatif, §25.

³⁶⁸⁴ *Ibid.*, §58.

³⁶⁸⁵ P. DEUMIER, H. FULCHIRON, Première demande d'avis à la CEDH : vers une jurisprudence « augmentée »?, *op.cit.*, p. 228.

³⁶⁸⁶ Avis consultatif, §57.

droit de la Convention³⁶⁸⁷. En « *impliquant le destinataire de la décision, en le rendant actif par la transmission d'informations aux pouvoirs publics chargés de produire le droit qu'il va devoir appliquer, la pédagogie [...] apparaît incontestablement comme un facteur accélérant la légitimation de la règle* »³⁶⁸⁸, aboutissant à une forme de « *pédagogie réciproque* »³⁶⁸⁹. Grâce à ces supports, la norme conventionnelle gagne en compréhensibilité, mais aussi en acceptabilité auprès de ses destinataires. Se dessinent alors les contours d'une dernière fonctionnalité : la pédagogie de légitimation.

c- Une pédagogie « légitimatrice »

768. Selon le Professeur Mathieu DISANT, « *il ne s'agit pas seulement de diffuser pour faire connaître, mais de convaincre dans un espace jurisprudentiel* »³⁶⁹⁰. Ceci est d'autant plus vrai dans un espace conventionnel fragilisé par les crises multidimensionnelles dont il est l'objet³⁶⁹¹. En exposant ses méthodes interprétatives, sa jurisprudence, ses statistiques, la Cour tente de tempérer les risques de contestation découlant d'un manque de légitimité ou de divergences théoriques et sociales susceptibles d'agraver les mécontentements d'un État partie qui n'aurait pas donné son consentement à l'élaboration de telle ou telle ligne jurisprudentielle. C'est pourquoi les services de la Cour développent les rencontres, les séminaires et les rapports de recherche avec les juridictions nationales afin de renouer avec le dialogue des juges³⁶⁹². Aussi, les statistiques publiées sur le site de la Cour européenne sont de véritables thermomètres d'imprégnation de la « culture conventionnelle ». Dans une logique de sensibilisation, elles pointent du doigt « les bons élèves » autant que les récalcitrants³⁶⁹³. Elles quantifient en l'occurrence le degré de réception juridique et sociale de la jurisprudence en droit interne. Elles

³⁶⁸⁷ *Supra*, n° 639-640.

³⁶⁸⁸ G. HOUILLON, « Pédagogie et efficacité du droit », in P. RAIMBAULT (dir.), M. EHCQUARD-THÉRON (dir.), *La pédagogie au service du droit*, *op. cit.*, p. 345-346.

³⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 350.

³⁶⁹⁰ M. DISANT, « La "doctrine" du juge, entre pédagogie et source du droit », *op. cit.*, p.136.

³⁶⁹¹ *Voy. supra*, n° 510.

³⁶⁹² Sur les dissensions entre les juges « naturels » de la Convention, *voy. supra*, n° 722 et suiv.

³⁶⁹³ À notre sens, ceci constitue la fonctionnalité principale des statistiques par États. On notera également que le Président Guido RAIMONDI s'est appuyé sur ces analyses statistiques pour mettre l'accent sur les multiples manquements de la Russie : « *À cet égard, le nombre élevé de requêtes contre la Fédération de Russie (près de 12 000) mérite d'être souligné dans le contexte actuel que traverse le Conseil de l'Europe. J'y reviendrai dans un instant, mais cet afflux témoigne, à mon sens, de la confiance que les ressortissants russes accordent au mécanisme européen de protection des droits de l'homme et de l'importance qu'il représente à leurs yeux* », Allocution d'ouverture du Président Guido RAIMONDI, prononcée lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour européenne des droits de l'homme, à Strasbourg le 25 janvier 2019 [https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20190125_Raimondi_JY_FRA.pdf].

concourent donc à en mesurer le degré d'effectivité ainsi que le niveau de sécurisation *in globo* de sa jurisprudence à l'ensemble du droit de la Convention.

769. Pareillement, la procédure de l'avis consultatif augmente la légitimité de la jurisprudence européenne en ce que la réponse formulée par la Cour ajoute « *une légitimation croisée : celle de la Cour de cassation, dont la jurisprudence en matière de GPA ne sera que la bonne application de la jurisprudence européenne* », en éludant « *au passage une nouvelle condamnation de la CEDH [...] et celle de la jurisprudence européenne* » qui évite de provoquer la défiance du juge judiciaire sur l'exécution d'un arrêt qui a déjà suscité bon nombres de difficultés. L'ajout d'un tel support parajuridictionnel raffermi son autorité jurisprudentielle et l'effet *erga omnes* de sa jurisprudence, l'avis sensibilisant les États parties sur l'évolution ou le contenu de sa jurisprudence en matière de gestion pour autrui. Même si elle se refuse à l'admettre³⁶⁹⁴, la juridiction strasbourgeoise objectivise subrepticement son contenu. D'abord, « *la Cour juge important de préciser que, lorsque la situation est par ailleurs similaire à celle dont il est question dans ce litige, la nécessité d'offrir une possibilité de reconnaissance du lien entre l'enfant et la mère d'intention vaut a fortiori dans un tel cas* »³⁶⁹⁵. Le recours à un raisonnement *a fortiori* illustre la volonté d'étendre la portée de son avis au-delà du simple cas d'espèce. Ensuite les préconisations de la Cour relevées précédemment suivent l'exemple des législations-types élaborées pour accompagner l'État défendeur dans la résorption de la violation et pour éviter des violations potentielles dans les autres États sur ces mêmes dispositions³⁶⁹⁶. En outre, le recours aux « *éléments de droit comparé* »³⁶⁹⁷ fournit un état des lieux des avancées juridiques nationales en matière de gestion pour autrui. Cette tactique est loin d'être innocente. En premier lieu, elle fournit de précieuses indications sur une potentielle clarification à l'avenir de ce contentieux³⁶⁹⁸, même s'il est bien entendu qu'en l'état actuel de sa jurisprudence « *l'article 8 de la Convention n'impose pas une obligation générale pour les États de reconnaître ab initio un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention* »³⁶⁹⁹. La possibilité laissée aux autres États parties à la Convention de présenter des

³⁶⁹⁴ L'avis consultatif regorge de formules qui mettent en lumière une interprétation *in concreto* : « *garantir le respect des droits de la Convention lorsqu'elle jugera le litige en l'instance* » (§§25 et 34), « *les avis [...] doivent se limiter aux points qui ont un lien direct avec le litige en instance au plan interne* » (§26).

³⁶⁹⁵ *Ibid.*, §47.

³⁶⁹⁶ Voy. *supra*, n° 461 et suiv.

³⁶⁹⁷ Avis consultatif, §§22-24.

³⁶⁹⁸ *Ibid.*, §36.

³⁶⁹⁹ *Ibid.*, §52. La Cour se contente pour le moment de réduire la marge nationale d'appréciation.

« observations écrites et de prendre part aux audiences »³⁷⁰⁰ conforte l'idée d'une pédagogie légitimation orientée vers la consolidation de l'effet *erga omnes* et la sensibilisation des acteurs vis-à-vis de sa jurisprudence³⁷⁰¹. En second lieu, elle permet de contourner l'absence de force contraignante de l'avis consultatif³⁷⁰². En effet, on imagine mal qu'un État partie refuserait de tirer les conséquences de cet avis dans la mesure où « il s'exposerait à une condamnation quasi certaine »³⁷⁰³. La portée est d'autant plus forte que, dans l'hypothèse où l'État n'aurait pas ratifié la Convention, l'avis pourrait venir au soutien de la motivation du juge pour « forcer » l'alignement étatique, ou permettrait de préparer « psychologiquement » et préventivement à un éventuel revirement de jurisprudence³⁷⁰⁴.

770. Dans la lignée des objectifs poursuivis par les mécanismes de légistique³⁷⁰⁵, ces supports concourent à améliorer la qualité de la norme conventionnelle. Facteur de compréhensibilité et d'acceptabilité, ces « documents de vulgarisation »³⁷⁰⁶ permettent d'inclure l'ensemble des acteurs conventionnels dans l'élaboration de la norme conventionnelle par « l'ancrage du juge européen dans la société démocratique européenne »³⁷⁰⁷. Cela étant, la diffusion des supports produit une sensibilisation « psychologique » des difficultés générées par l'insécurité *in globo*, qui tend à se démocratiser à l'ensemble de la société civile européenne et responsabiliser davantage le juge national dans son rôle de juge « naturel » de la Convention. Néanmoins, leur proximité avec l'activité juridictionnelle les expose à un risque d'instrumentalisation stratégique. Dès lors, leur mésusage engendrerait des dégâts irréversibles sur la qualité de la norme jurisprudentielle, contrariant leur objectif initial de sécurisation.

³⁷⁰⁰ Article 3 du Protocole n° 16. Pour l'avis consultatif relatif à la gestion pour autrui, les gouvernements britanniques, tchèques et irlandais avaient pu ainsi présenter des observations écrites sur ce fondement, *ibid.*, §56.

³⁷⁰¹ F. SUDRE, A. GOUTTENOIRE, L'avis constructif de la Cour EDH à propos de la maternité d'intention, *JCP G*, 2019, n° 20, p. 5551.

³⁷⁰² En vertu de l'article 5 du Protocole n° 16 : « Les avis consultatifs ne sont pas contraignants ».

³⁷⁰³ H. FULCHIRON, Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ?, *op. cit.*, p. 1084.

³⁷⁰⁴ *Ibidem*.

³⁷⁰⁵ Voy. *supra*, n° 256, n° 278 et n° 460 et suiv.

³⁷⁰⁶ H. BELRHALI-BERNARD, « Les rapports publics annuels du Conseil d'État, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes », in P. RAIMBAULT (dir.), M. EHCQUARD-THÉRON (dir.), *La pédagogie au service du droit*, *op. cit.*, p. 275-291, spéc. p. 284.

³⁷⁰⁷ F. TULKENS, « La motivation et le style des décisions juridictionnelles. La CEDH. Le regard d'un juge », *op. cit.*, p. 125-134, spéc. p. 127.

2°) Des gains pédagogiques subordonnés à un usage précautionneux desdits outils

771. Au-delà de leurs apparentes vertus, les supports parajudictionnels afficheraient une « *transparence trompeuse* »³⁷⁰⁸ venant en contrepoint de toute pédagogie juridique. Si leur nature objective et informative les prémunit contre une baisse d'intelligibilité jurisprudentielle ou d'un risque d'externalisation de la motivation (a), leur proximité avec les stratégies interprétatives de la Cour les expose à un mésusage politique qui engendrerait une perte regrettable de sécurité juridique *in globo* (b).

a- Un risque minimal d'inintelligibilité et d'externalisation de la motivation

772. Contrairement aux apparences, l'adjonction de ces instruments à une jurisprudence réputée pour son extrême densité n'appelle pas nécessairement à un renforcement de la prévisibilité juridique³⁷⁰⁹. Pourtant, en dépit de leur profusion et de leur multiplicité, ces instruments sont nécessaires à la compréhensibilité des arrêts et décisions de la Cour, ne serait-ce que pour dissocier les motifs pertinents des motifs superfétatoires ou de l'approche compassionnelle. Cela explique qu'ils adoptent un style neutre qui repose essentiellement sur « *la paraphrase du discours juridique* »³⁷¹⁰. Pour exemple, les communiqués de presse diffusés par le greffe de la Cour établissent une « *courte présentation des affaires* ». Ils ne contiennent uniquement « *des résumés des arrêts ou des décisions rendus par la Cour, des informations sur les affaires pendantes ainsi que sur les activités de la Cour en général* »³⁷¹¹. En vérité, le seul obstacle à l'intelligibilité de la jurisprudence résulte du manque de traductions linguistiques desdits supports³⁷¹². Fondamentale à l'accessibilité de la justice conventionnelle³⁷¹³, cette carence constitue une barrière réelle au prétoire européen³⁷¹⁴.

³⁷⁰⁸ P. TAVERNIER, « Réflexions critiques à propos de la transparence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 745.

³⁷⁰⁹ « *Il n'est pas certain que la pédagogie y gagne toujours, tant la profusion de ces éléments para-judictionnels joue au détriment de l'unité de la décision, qui n'est pas à l'abri d'une certaine inintelligibilité* », M. DISANT, « La "doctrine" du juge, entre pédagogie et source du droit », *op. cit.*, p. 143.

³⁷¹⁰ M. METHIVIER, Les communiqués de presse du Conseil constitutionnel, objets non identifiés du droit constitutionnel, *op. cit.*, p. 163.

³⁷¹¹ On y retrouve un bref exposé des faits, des griefs, de la procédure les dispositions conventionnelles invoquées ainsi que les motifs et le dispositif succinct de l'arrêt. Ces informations sont disponibles sur le site HUDOC [https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press&c=fr#n1347882722901_pointer].

³⁷¹² Sur cette critique, voy. P. TAVERNIER, « Réflexions critiques à propos de la transparence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 745.

³⁷¹³ F. TULKENS, « La motivation et le style des décisions juridiques. La CEDH. Le regard d'un juge », *op. cit.*, p. 130.

³⁷¹⁴ Heureusement, cet obstacle tend à disparaître grâce aux efforts entrepris par les institutions pour optimiser leurs traductions dans les langues non officielles. La multiplication des traductions des textes officielles dans

773. Si le risque d'inintelligibilité jurisprudentielle doit être écarté, celui de l'externalisation de la motivation – fréquemment associé aux supports externes³⁷¹⁵ – mérite d'être discuté. Une thèse récente définit ce phénomène comme « *l'attitude d'une juridiction, volontaire ou non, visant à confier implicitement à autrui le soin de préciser et d'explicitier dans un discours, des éléments de la motivation de la décision de justice* »³⁷¹⁶. Replacé dans notre étude, ce phénomène traduirait la transmission de messages implicites auprès des services du greffe et du Conseil de l'Europe, messages qui seraient retranscrits dans les supports parajuridictionnels. Ceci aurait pour conséquence d'ôter l'intégralité du contenu motivationnel d'un arrêt ou d'une décision. Cette crainte ne semble pas, *a priori*, s'appliquer aux supports conventionnels. Le premier argument qui peut être avancé est l'absence d'effet juridique associé à ces supports. Une étude admettait que les communiqués de presse du Conseil constitutionnel puissent produire un « *effet juridique sur la jurisprudence* » dérivant de leur caractère accessoire, bien qu'ils ne disposent pas, intrinsèquement, de portée juridique propre³⁷¹⁷. Un autre article parvenait au même constat pour le juge judiciaire³⁷¹⁸. Or, si la juridiction européenne est parfois amenée à faire usage ou à interpréter des communiqués internationaux ou nationaux³⁷¹⁹, elle ne recourt jamais à ses propres communiqués ni à ses rapports pour asseoir sa motivation, neutralisant de la sorte toute normativité juridique à leur égard. Le second argument porte sur l'objectivité et la neutralité intrinsèques aux supports conventionnels. Cette divergence entre les pratiques nationales et strasbourgeoise se constate au travers de l'utilisation des communiqués de presse. Si cette technique de diffusion n'a rien d'originale, leur présentation et leur fonctionnalité diffèrent de ceux émis par les juridictions nationales³⁷²⁰. Alors que le

d'autres langues que celles officielles fait partie des objectifs du programme de diffusion, voy. *La Convention à votre porte : information et formation sur la jurisprudence et communication générale*, publié le 29 janvier 2019, pts 1-4 [https://www.echr.coe.int/Documents/Case_law_info_training_outreach_2018_FRA.pdf].

³⁷¹⁵ P. DEUMIER, « La pédagogie selon la Cour de cassation : anti-pédagogie des arrêts, pédagogie hors les arrêts », *op. cit.*, p. 403-419.

³⁷¹⁶ T. DELANSSAYS, *La motivation des décisions juridictionnelles du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 430.

³⁷¹⁷ Voy. sur cette critique O. RENAUDIE, « Les communiqués de presse du Conseil d'État : outil pédagogique ou support de communication ? », p. 304 ; M. METHIVIER, Les communiqués de presse du Conseil constitutionnel, objets non identifiés du droit constitutionnel, *op. cit.*, p. 163.

³⁷¹⁸ P. DEUMIER, Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation, *RTD Civ.*, 2006, p. 510.

³⁷¹⁹ Par exemple, la Cour a pu s'appuyer sur les informations fournies par un communiqué de presse publié par l'Ordination internationale pour les migrations dans son arrêt de Grande Chambre *Tarakhel contre Suisse* (CEDH ; Gde. Ch. 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, req. n° 29217/12, Rec. 2014-VI, §50) ou encore des communiqués nationaux pour évaluer le seuil de prévisibilité juridique de certaines législations nationales (CEDH, Gde. Ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, Rec. 2002-VI, §50 (*GACEDH*, 2019, n° 46) sur la publication du communiqué de presse portant information du public des débats parlementaire relatif à la situation des transsexuels au Royaume-Uni, apprécié dans le droit pertinent).

³⁷²⁰ Pour quelques lectures sur cette pratique dans les juridictions internes, voy. principalement : F. GUIOMARD, Sur les communiqués de presse de la Chambre sociale de la Cour de cassation, *RDT*, 2006, p. 222 ; O. RENAUDIE,

Conseil d'État et la Cour de cassation sont passés maîtres dans l'« *art de communiquer* »³⁷²¹ pour alimenter une motivation parfois obscure, les communiqués élaborés par la Cour présentent un caractère synthétique³⁷²². Ayant vocation à établir une « *courte présentation des affaires* », ils contiennent notamment « *des résumés des arrêts ou des décisions rendus par la Cour, des informations sur les affaires pendantes ainsi que sur les activités de la Cour en général* »³⁷²³. Comme le relève le Professeur Paul TAVERNIER, ces documents sont « *bien rédigés et donnent une idée précise du contenu des arrêts, permettant d'avoir une idée sommaire, mais relativement précise et incitant le justiciable ou son conseiller juridique à se reporter au texte complet* »³⁷²⁴. En fin de compte, il en résulte une différence de fonctionnalités entre les communiqués émis par juridictions nationales, qui ont une portée subjective, et ceux émis par le greffe de la juridiction de Strasbourg, qui ont une portée objective. Ceci explique d'ailleurs que les communiqués de la Cour sont moins sujets à controverses que ceux produits par les juridictions nationales³⁷²⁵. Le troisième argument qui peut être invoqué en défaveur de l'externalisation est celui de la possibilité pour les juges strasbourgeois d'émettre des opinions séparées. Posée comme solution à l'externalisation de la motivation par la doctrine³⁷²⁶, l'émission d'opinions séparées est reconnue par le droit de la Convention³⁷²⁷.

774. La procédure de l'avis consultatif pourrait potentiellement jeter le doute sur l'absence totale de risque d'externalisation. L'effet *erga omnes* qui s'y rattache pourrait donner que

« Les communiqués de presse du Conseil d'État : outil pédagogique ou support de communication ? », *op. cit.*, p. 293-309 ; M. METHIVIER, Les communiqués de presse du Conseil constitutionnel, objets non identifiés du droit constitutionnel, *op. cit.*, p. 163. Au niveau européen, les travaux se font plus rares sur cette question, voy. C. BOYER-MERENTIER, Quelques réflexions sur l'utilisation du communiqué de presse pour modifier le régime de la TVA, *RFDA*, 2002, p. 405.

³⁷²¹ F. GUIOMARD, Sur les communiqués de presse de la Chambre sociale de la Cour de cassation, *op. cit.*, p. 222.

³⁷²² Les communiqués excèdent rarement les cinq pages. Pour exemple, l'affaire de Grande Chambre *Moreira Ferreira* (n° 2) rendue en 2017 (CEDH, Gde. Ch., 11 juillet 2017, *Moreira Ferreira c. Portugal* (n°2), req. n° 19867/12) comprend sur 80 pages (opinions séparées incluses) en format numérique. La concision de son résumé juridique (seulement trois) se révèle des plus appréciables.

³⁷²³ Voy. le lien suivant : [https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press&c=fre#n1347882722901_pointer].

³⁷²⁴ P. TAVERNIER, « Réflexions critiques à propos de la transparence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 744.

³⁷²⁵ « *Ils avouent en dehors des arrêts ce que l'on tente de cacher dans leurs textes : d'une part la personnalité des juges et d'autres part que certains [...] arrêts procèdent de choix, d'évaluation, de pesées, de politiques juridiques, d'évolutions, de revirements d'influence* », P. DEUMIER, « La pédagogie selon la Cour de cassation : anti-pédagogie des arrêts, pédagogie hors les arrêts. La pédagogie selon la Cour de cassation : anti-pédagogie des arrêts, pédagogie hors les arrêts », *op. cit.*, p. 403-419.

³⁷²⁶ *Ibid.*, p. 418.

³⁷²⁷ En vertu de l'article 45 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *Si l'arrêt n'exprime pas tout ou en partie l'opinion unanime des juges, tout juge a le droit d'y joindre l'exposé de son opinion séparée* ».

l'impression que Cour se saisit de l'avis pour « élargir » le contenu de sa motivation dégagée dans l'arrêt *Mennesson*³⁷²⁸. En réalité, la Cour ne fait que répondre à la seconde question de la Cour de cassation sur la compatibilité de l'adoption de la mère intentionnelle et la mère biologique de l'enfant comme « *mode de filiation juridique de l'enfant né par GPA* »³⁷²⁹. Pour le dire autrement, elle ne fait que résoudre une incertitude résultant de cette jurisprudence, résultant du manque d'indications précises sur les moyens relatifs à la reconnaissance juridique du lien de la filiation entre l'enfant et ses parents d'intention³⁷³⁰. Si la Cour étend la portée de sa jurisprudence, elle ne modifie pas la substance originelle de sa motivation, d'une part parce qu'elle réitère le caractère impérieux de la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant³⁷³¹, et d'autre part, parce que l'adoption constitue un élément nouveau issu de l'évolution de la jurisprudence du juge judiciaire sur ces questions. Au vu de l'ensemble de ces éléments d'analyse, le risque d'externalisation motivationnelle doit être rejeté.

775. Si la nature des supports parajuridictionnels minimisent les risques d'inintelligibilité ou d'externalisation, il convient de garder à l'esprit qu'ils s'inscrivent plus largement dans une politique stratégique de communication.

b- Un risque potentiel du mésusage politique des supports

776. La Professeure Pascale DEUMIER constate que « *certaines [...] arrêts procèdent de choix, d'évaluation, de pesées, de politiques juridiques, d'évolutions, de revirements d'influence* »³⁷³². Si chaque juridiction manifeste un penchant naturel à « *l'autoglorification et l'autopromotion* »³⁷³³, ce reproche est d'autant plus pertinent lorsque cette politique s'inscrit dans un contexte de revalorisation et de légitimation du contentieux européen des droits de

³⁷²⁸ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. Italie*, req. n° 65192/11.

³⁷²⁹ Avis consultatif, §9.

³⁷³⁰ « *En effet, en faisant état du seul arrêt Mennesson et de ses énoncés elle fait découler sa question de principe directement de cette décision. Pourtant, le conseiller rapporteur montre que l'incertitude tient autant à la motivation de l'arrêt Mennesson qu'à la lignée jurisprudentielle postérieure La demande d'avis veut dès lors fixer les exigences conventionnelles sur ce point au moins autant, si ce n'est plus, qu'elle cherche à tirer les conséquences exactes de l'arrêt Mennesson* », P. DEUMIER, H. FULCHIRON, Première demande d'avis à la CEDH : vers une jurisprudence « augmentée »?, *op. cit.*, p. 228.

³⁷³¹ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. Italie*, req. n° 65192/11, §§96-99 ; avis consultatif, §28.

³⁷³² P. DEUMIER, « La pédagogie selon la Cour de cassation : anti-pédagogie des arrêts, pédagogie hors les arrêts. La pédagogie selon la Cour de cassation : anti-pédagogie des arrêts, pédagogie hors les arrêts », *op. cit.*, p. 413. À cet égard, le Professeur Olivier RENAUDIE soulignait des risques similaires à l'encontre des communiqués de presse publiés par le Conseil d'État, qui relèvent « *d'avantage de la communication institutionnelle que de la stratégie pédagogique* », in O. RENAUDIE, « Les communiqués de presse du Conseil d'État : outil pédagogique ou support de communication ? », *op. cit.*, p. 309.

³⁷³³ H. BELRHALI-BERNARD, « Les rapports publics annuels du Conseil d'État, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes », *op. cit.*, p. 289.

l'homme³⁷³⁴. À titre d'illustration, le « fichage » jurisprudentiel concourt *in fine* à une publication sélective des arrêts en ce qu'elle met en relief les arrêts et décisions importants. Or, cette classification sélective n'est pas dénuée de sens³⁷³⁵. Découlant de la politique critiquée de priorisation des arrêts de la Cour³⁷³⁶, elle est en conséquence subordonnée à un choix discrétionnaire. On notera par exemple que les principaux arrêts mentionnés dans les affaires phares concernant généralement des affaires potentiellement « polémiques » qui touchent des contentieux sensibles ou qui concernent les États les moins respectueux du droit de la Convention³⁷³⁷. Cela étant, cette priorisation sert à mettre l'accent sur les actuelles et potentielles violations du droit de la Convention. Mêmement, la publication des rapports relatifs à l'exécution (en l'occurrence à la non-exécution des arrêts de la Cour) constitue une forme de dénonciation médiatique des manquements étatiques, à défaut d'obtenir une exécution contraignante des arrêts.

777. Le risque de politisation doit cependant être tempéré. D'une part, les supports sont élaborés par un organe juridique (la Direction du juriconsulte)³⁷³⁸ pour ensuite être diffusés par le service de presse. La prévalence d'une rédaction par les services centraux de la Cour tempore donc le caractère politique ou médiatique associé à ces instruments³⁷³⁹. D'autre part, leur rédaction objective, ciblée sur les points centraux de l'arrêt, évite une éventuelle connotation politique de la part de leur auteur. Le seul bémol est lié aux rapports institutionnels qui se teintent parfois d'une connotation diplomatique afin de ne pas heurter les sensibilités étatiques³⁷⁴⁰. Outre l'objectif de sensibilisation, ces rapports assoient la visibilité de la Cour européenne sur la scène internationale, augmentant sa légitimité auprès des justiciables et des

³⁷³⁴ *Supra*, n° 727.

³⁷³⁵ P. CASSIA Une autre manière de dire le droit administratif : le fichage des décisions du Conseil d'État au Recueil Lebon, *RFDA*, 2011, p. 830.

³⁷³⁶ N. HERVIEU, La politique de priorisation de la Cour, *Lettre d'actualité droits-libertés du CREDOF*, 9 décembre 2010.

³⁷³⁷ Ainsi on notera par exemple que les arrêts mis en avant sur le site de la Cour concerne majoritairement le Royaume-Uni, la France, l'Azerbaïdjan, la Turquie et la Russie, touchant à des contentieux et les législations relatives au terrorisme et au droit des étrangers. Pour cela nous renvoyons au listing des arrêts récents publiés par la Cour [<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=fre>].

³⁷³⁸ Les communiqués de presse sont rédigés par le greffe de la Cour.

³⁷³⁹ L'incertitude liée à celui qui sélectionne et rédige les communiqués et rapports est une critique doctrinale récurrente à l'encontre des juridictions internes, voy. O. RENAUDIE, « Les communiqués de presse du Conseil d'État du Conseil d'État : outil pédagogique ou support de communication ? », *op. cit.*, p. 309 ; sur la Cour de cassation, voy. P. DEUMIER, « La pédagogie selon la Cour de cassation : anti-pédagogie des arrêts, pédagogie hors les arrêts. La pédagogie selon la Cour de cassation : anti-pédagogie des arrêts, pédagogie hors les arrêts », *op. cit.*, p. 403-419.

³⁷⁴⁰ Ce constat avait été souligné lors des analyses précédentes afférentes à l'exécution des arrêts de la Cour européenne, notamment sur les rapports annuels, voy. *supra*, n° 727 et suiv. L'aspect politique de ces rapports s'expliquent par leurs origines institutionnelles, ces derniers étant rédigés par le service de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, qui, comme on le sait, est rattaché au Conseil de l'Europe.

États parties, mais aussi auprès des autres juridictions du contentieux des droits fondamentaux³⁷⁴¹.

778. En dépit de ces éléments négatifs, « *il ne faut pas pour autant jeter l'opprobre sur les explications données hors l'arrêt : elles ont le mérite inestimable d'exister et de fournir, à l'occasion, de très précieuses informations, tout en permettant de comprendre plus rapidement et plus certainement l'arrêt qu'elles accompagnent* »³⁷⁴². Améliorant sans conteste la qualité de la norme conventionnelle, ces supports sont indispensables à la construction d'une œuvre jurisprudentielle accessible et acceptée. La densité de l'œuvre jurisprudentielle strasbourgeoise ne peut qu'inviter les services internes de la Cour à continuer à développer des supports concis et objectifs. Il est vrai, leur démultiplication nécessiterait sans doute quelques éclaircissements quant à leur implication réelle sur la jurisprudence de la Cour à l'avenir³⁷⁴³, et à des traductions linguistiques dans l'ensemble des langues des États parties à la Convention. Source à la fois de sécurité juridique *in globo*, d'efficacité et d'effectivité des droits conventionnels, ils doivent cependant être maniés avec prudence. Ces outils s'adressent principalement aux professionnels du droit et des universitaires plutôt qu'à l'ensemble de la société civile, réduisant l'accessibilité matérielle et intellectuelle du droit de la Convention. Surtout, la prudence se justifie par leur exposition à la politique jurisprudentielle du juge européen. Couplée à une promotion accrue et institutionnelle des droits, cette proximité peut conduire à une « désécurisation » de la norme conventionnelle. En effet, le juge pourrait alors se reposer sur ces supports, au détriment de la qualité de la motivation de ses arrêts³⁷⁴⁴. C'est pourquoi ces mécanismes ne peuvent en aucun cas se substituer ou remplacer une motivation lacunaire. Ils doivent impérativement rester accessoires et dépourvus de normativité. Ce n'est qu'à cette seule condition, qu'ils pourront révéler leurs potentialités et être envisagés comme des palliatifs indispensables à la sécurisation de sa jurisprudence.

³⁷⁴¹ « *La qualité du droit – facteur d'efficacité – n'est pas sans effets sur son attractivité* », G. HOUILLON, « Pédagogie et efficacité du droit », *op. cit.*, p. 355.

³⁷⁴² P. DEUMIER, « La pédagogie selon la Cour de cassation : anti-pédagogie des arrêts, pédagogie hors les arrêts. La pédagogie selon la Cour de cassation : anti-pédagogie des arrêts, pédagogie hors les arrêts », *op. cit.*, p. 415.

³⁷⁴³ Donnant lieu à une « *pédagogie graduée* », cette solution est l'une des pistes envisagées pour renforcer la motivation des arrêts de la Cour de cassation, *ibid.*, p. 405.

³⁷⁴⁴ « *Ces rattachements ne sauraient permettre [...] de contourner les procédures ou de modifier le sens ou la portée des décisions rendues. À certains égards d'ailleurs, plus que de simplifier la lecture des décisions, la multiplication des supports du discours juridique [...] nuit à l'unité de la décision qu'ils concurrencent. Cette réalité peut avoir pour conséquence la déformation voire l'inintelligibilité du message juridictionnel* », M. METHIVIER, Les communiqués de presse du Conseil constitutionnel, objets non identifiés du droit constitutionnel, *op. cit.*, p. 163.

2§) La théorisation du revirement comme traitement spécifique à l'insécurité des revirements

779. En réaction à la critique faite à l'encontre de ses revirements « *déguisés* »³⁷⁴⁵, la Cour mène depuis quelques années une politique jurisprudentielle axée sur la transparence. C'est dans cette dynamique que se forme les premières esquisses d'une théorie du revirement jurisprudentiel. La méthodologie ainsi développée améliore la conciliation de la dialectique entre sécurité juridique et mutabilité du droit. Elle démontre d'une part, que la solution s'imposait au juge en raison de motifs impérieux, et d'autre part, que cette même solution s'inscrit dans une décision prudente et avisée du juge dans la prise d'une telle décision³⁷⁴⁶. Des stratagèmes ingénieux ont ainsi vu le jour pour « catalyser » l'impact traumatique du revirement (A). Honorable, sa méthodologie présente encore de nombreuses aspérités (B).

A- La catalysation méthodique de l'insécurité juridique du revirement

780. Les mécanismes « *catalyseurs* »³⁷⁴⁷ ont pour finalité de temporiser l'effet indésirable occasionné par le revirement. Cela étant, ils conduisent à une « *insécurité juridique maîtrisée* »³⁷⁴⁸ qui s'exerce de deux manières. En premier lieu, le juge assure une catalysation immédiate grâce à la signalisation didactique de son revirement auprès de l'auditoire conventionnel (a). En second lieu, il procède à une catalysation prédictive en déployant des mécanismes « *annonciateurs* » de ses revirements *in futuro* (b).

1°) Une catalysation immédiate par une signalisation discursive du revirement

781. La Cour n'hésite plus à identifier formellement ses arrêts de revirement. Ainsi use-t-elle de formules solennelles qui marquent son choix de « *revirer* » auprès des États parties et

³⁷⁴⁵ F. MATSCHER, Quarante ans d'activité de la Cour européenne des droits de l'homme, *RCADI*, 1997, p. 237-298.

³⁷⁴⁶ Comme le souligne le Professeur Rostane MEDHI à l'égard de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne, « *elle permet d'abord d'assurer l'acceptabilité [des] arrêts en suscitant une adhésion raisonnée des justiciables et plus largement de l'ensemble des États parties prenantes au processus de construction communautaire à ceux-ci* », R. MEDHI, « Pédagogie et sécurité juridique », *op. cit.*, p. 78 ; voy. également F. PICOD, « Pédagogie et persuasion », in L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européens*, *op. cit.*, p. 49-65.

³⁷⁴⁷ K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 511.

³⁷⁴⁸ R. MEDHI, « Pédagogie et sécurité juridique », *op. cit.*, p. 102 et suiv.

des justiciables, faisant ainsi figure de « *motivation d'autorité* »³⁷⁴⁹. Pour preuve, elle affirme qu'il est « *temps de revoir sa jurisprudence* » en raison de l'inflation du nombre de requêtes individuelles devant la Cour³⁷⁵⁰, de « *clarifier sa jurisprudence* » sur les conséquences d'une procédure de réouverture sur la qualité de victime du requérant³⁷⁵¹, ou encore de « *reconnaître [...] que les droits garantis sous l'angle de l'article 8 peuvent être interprétés comme incluant pour une société le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels* »³⁷⁵². Cet effort est parallèlement accentué par l'ancrage de la solution nouvelle dans les arrêts succédant au revirement, ce qui a pour conséquence de l'inscrire comme précédent jurisprudentiel. La Cour rappelle dans l'arrêt *Simaskou contre Grèce*³⁷⁵³ qu'elle a eu « *récemment l'occasion de revoir sa jurisprudence relative à la question des plaintes avec partie civile* »³⁷⁵⁴ en se référant à l'arrêt *Pérez contre France*³⁷⁵⁵, tout comme dans l'arrêt *Savda* dans laquelle elle mentionne l'affaire *Bayatyan* relative aux objecteurs de conscience³⁷⁵⁶. En invitant les États parties à modifier leur droit interne pour se mettre en conformité avec la solution nouvellement dégagée, cette pratique se révèle bénéfique pour la sécurité juridique, car elle enrichit l'effet *erga omnes* de sa solution. En complément, le juge adjoint des mécanismes de signalisations prédictives pour attirer l'attention des parties sur ses revirements futurs.

2°) Une catalysation « à rebours » par une signalisation prédictive des revirements

782. Pour parvenir à une maîtrise accrue de la prévisibilité de ses revirements, le juge européen a consolidé sa méthodologie en distillant des « balises discursives » de part et d'autre de sa motivation afin d'annoncer les futures perturbations jurisprudentielles. Ces dernières ont pour but de catalyser l'effet toxique du revirement sur les sécurités juridiques en développant leur prédictibilité. Elles se matérialisent par la pratique fréquente de l'*obiter dictum* (a) par la pratique intermittente du revirement « blanc » (b).

³⁷⁴⁹ F. SUDRE, « La motivation et le style des décisions juridictionnelles. La CEDH. Le regard de la doctrine », *op. cit.*, p. 157.

³⁷⁵⁰ CEDH, Gde. Ch., 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96, Rec. 2000-XI, §148 (*GACEDH*, 2019, n° 39).

³⁷⁵¹ CEDH, Gde. Ch., 2 novembre 2010, *Sakniovski c. Russie*, req. n° 21272/03, §75.

³⁷⁵² CEDH, 16 avril 2002, *Stes Colas est et autres c. France*, req. n° 37971/97, §14 ; voy. également CEDH, Ch., 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, req. n° 17710/88, série A. 521-B, §30.

³⁷⁵³ CEDH, 30 mars 2006, *Simaskou c. Grèce*, req. n° 37270/02.

³⁷⁵⁴ *Ibid.*, §21.

³⁷⁵⁵ CEDH, Gde. Ch., 12 février 2004, *Pérez c. France*, req. n° 47287/99, Rec. 2004-I, §§56-72.

³⁷⁵⁶ CEDH, Gde. Ch., 7 juillet 2011, *Bayatyan c. Turquie*, req. n° 23459/03, §§103-111.

a- La pratique régulière des *obiter dicta*

783. Pourtant ancré dans les pratiques judiciaires³⁷⁵⁷, l'*obiter dictum* souffre d'une certaine opacité notionnelle³⁷⁵⁸. Dans son *Dictionnaire juridique*, le Doyen Gérard CORNU le présente comme une « *locution latine qui sert à désigner, dans un jugement, une opinion que le juge livre chemin faisant, une indication occasionnelle qui, à la différence des motifs, même surabondants, ne tend pas à justifier la décision qui la contient, mais seulement à faire connaître par avance, à toutes fins utiles, le sentiment du juge sur une question autre que celles que la solution du litige en cause exige de trancher* »³⁷⁵⁹. Cela étant, les *obiter dicta* disposent d'une autorité persuasive puisque la règle qu'ils énoncent dépasse le simple cas d'espèce³⁷⁶⁰. Ils se distinguent en conséquence de la *ratio decidendi* du juge, qui dispose d'une valeur contraignante et qui s'inscrit dans la motivation intrinsèque du litige³⁷⁶¹. Si certains se cantonnent à de simples affirmations discursives³⁷⁶², quelques *obiter dicta* comportent une dimension normative. Ces derniers contiennent subséquemment les prémices d'un revirement pour l'avenir³⁷⁶³. Ce constat n'est pas sans faire écho à la jurisprudence strasbourgeoise, dans laquelle ils se matérialisent sous forme d'indications exprimées soit à titre individuel dans une opinion séparée³⁷⁶⁴, soit à titre collectif dans l'arrêt de la Cour. Dans ce dernier cas, les *obiter dicta* disposent généralement d'une valeur normative, prenant la forme d'une « *déclaration revêtant une autorité hautement convaincante* »³⁷⁶⁵, voire contraignante pour l'État partie. Les recommandations dispensées par la Chambre à l'État belge dans l'arrêt *Marckx contre Belgique* quant aux effets postérieurs de son arrêt en constituent un exemple probant³⁷⁶⁶. Expression du

³⁷⁵⁷ S. TOURNAUX, *L'obiter dictum* de la Cour de cassation, *RTD Civ.*, 2011, p. 45 ; M. DEGUERGUE, « Les *obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil d'État », in P. RAIMBAULT (dir.), M. EHCQUARD-THÉRON (dir.), *La pédagogie au service du droit*, op. cit., p. 229-245.

³⁷⁵⁸ Sur ce point, voy. notamment S. TOURNAUX, *L'obiter dictum* de la Cour de cassation, *RTD Civ.*, 2011, p. 45.

³⁷⁵⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, coll. « Quadrige », 2017, 12^{ème} éd., p. 745.

³⁷⁶⁰ Ceci constitue respectivement les critères formels et matériels de l'*obiter dictum*, voy. S. TOURNAUX, *L'obiter dictum* de la Cour de cassation, op. cit., p. 45.

³⁷⁶¹ R. GUILLEN (dir.) et J. VINCENT (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 15^{ème} éd., 2005, p. 426.

³⁷⁶² Étymologiquement, *obiter dictum* signifie « *soit dit en passant* », A. VIDAL-NAQUET, « La pratique des *obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », in P. RAIMBAULT (dir.), M. EHCQUARD-THÉRON (dir.), *La pédagogie au service du droit*, op. cit., p. 247-259, spéc. p. 247.

³⁷⁶³ L. COUTRON, *Style des arrêts de la Cour de Justice et normativité de la jurisprudence communautaire*, *RTD Eur.*, 2009, p. 643.

³⁷⁶⁴ Voy. par ex. l'opinion dissidente du juge JAMBREK jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 18 décembre 1996, *Loizidou c. Turquie*, req. n° 15318/89, série A. 310, pt. 4.

³⁷⁶⁵ Voy. l'opinion en partie dissidente du juge SERGHIDES jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 15 décembre 2016, *Khlaifia et autres c. Italie*, req. n° 16483/12, pt. 73.

³⁷⁶⁶ « *Le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire, dispense l'État belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au*

pouvoir normatif du juge, cette pratique anglo-saxonne présente une double utilité pédagogique, car elle présente à la fois un aspect souvent didactique, en clarifiant le contenu de motivation et celui des obligations étatiques qui en découlent, et quelquefois un aspect « injonctif », en posant les conditions d'application de sa jurisprudence pour les instances en cours et futures ainsi que pour l'ensemble des Hautes parties contractantes³⁷⁶⁷. Ce constat met en lumière la fonction anticipatrice associée à cette pratique, qui, loin de se borner à une « *fantaisie rédactionnelle* »³⁷⁶⁸, se révèle précieuse pour endiguer l'insécurité juridique du revirement. En effet, l'*obiter dictum* constitue une façon « *élégante d'annoncer les évolutions à venir de la jurisprudence de la Cour de cassation, en glissant [...] au lecteur un message on ne peut plus clair sur le sens d'un possible changement prochain de doctrine de la haute juridiction* »³⁷⁶⁹. En préparant de la sorte les esprits aux futurs changements de jurisprudence, l'*obiter dictum* se rapproche de la pratique des arrêts « d'appel » évoqués dans le rapport MOLFESSIS³⁷⁷⁰, qui assurent une mission de sécurisation préventive en atténuant le caractère inopiné du revirement³⁷⁷¹. Cette tactique est largement usitée lorsque la Cour recourt à l'interprétation consensuelle. Si elle s'appuie de manière plus ou moins discrétionnaire sur l'absence de consensus ou de tendance internationale pour modifier sa jurisprudence antérieure, il arrive qu'elle distille des effets d'annonces laissant présager la survenance d'un revirement *in futuro*³⁷⁷². D'une part, cette technique lui permet de légitimer le revirement de jurisprudence en

prononcé du présent arrêt. Certains États contractants dotés d'une cour constitutionnelle connaissent d'ailleurs une solution analogue : leur droit public interne limite l'effet rétroactif des décisions de cette cour portant annulation d'une loi », CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §58 (GACEDH, 2019, n° 51).

³⁷⁶⁷ On pense notamment au *monitoring* pratiqué par la Cour européenne à l'égard des États dans le cadre de la procédure de l'arrêt pilote, voy. *supra*, n° 460 et suiv.

³⁷⁶⁸ A. VIDAL-NAQUET, « La pratique des *obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *op. cit.*, p. 247.

³⁷⁶⁹ F. ROME, Autres présidents, autre lettre, ..., *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1713.

³⁷⁷⁰ Les arrêts d'appel se définissent comme un « *arrêt dont l'examen révèle la présence d'une formule discursive incidente qui, à défaut de présenter un intérêt pour la résolution du cas d'espèce, augure isolément d'un revirement pour l'avenir à l'occasion d'un litige ultérieur soulevant un problème de droit analogue* » K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 345.

³⁷⁷¹ « *Ils révèlent que le juge a à l'esprit dans une autre affaire pendante devant lui, ou encore qu'il prévoit qu'une question juridictionnelle nouvelle se posera dans le prolongement de celle qu'il doit présentement trancher* », M. DEGUERGUE, « Les *obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil d'État », *op. cit.*, p. 242.

³⁷⁷² Par exemple dans l'arrêt *Stummer contre Autriche* (relatif à l'affiliation des détenus exerçant un travail au régime des penses de retraite à un « travail forcé ou obligatoire » au sens de l'article 4§2) à surveiller « *la question pour l'avenir* » en raison d'un consensus qui est en voie de consolidation, voy. CEDH, Gde. Ch., 7 juillet 2011, *Stummer c. Autriche*, req. n° 37452/02, Rec. 2011-V, §§124-134 et l'opinion en partie dissidente commune aux juges TULKENS, KOVLER, GYULUMYAN, SPIELMANN, POPOVIĆ, MALINVERNI et PARDALOS jointe à l'arrêt, pt. 12.

préparant « *psychologiquement* »³⁷⁷³ les parties. Dans l'arrêt *Rees*, le juge avait indiqué que la législation relative aux changements d'état civil des personnes transsexuelles « *doit donner lieu à un examen constant eu égard, notamment, à l'évolution de la science et de la société* »³⁷⁷⁴, examen qui aboutira à une réactualisation de l'affaire dans l'arrêt *Christine Goodwin* quelques années plus tard. D'autre part, l'*obiter dictum* vient conséquemment en diminuer l'impact sur l'ensemble des sécurités juridiques. Dans l'affaire *Nait-Liman*, si la Cour rejette tout consensus en faveur d'une compétence juridictionnelle universelle en matière de réparation des actes de torture à défaut de constituer une norme de *jus cogens*, elle prépare néanmoins le terrain pour un potentiel revirement. Le paragraphe 220 énonce en ce sens que « *la Cour n'exclut pas, s'agissant d'un domaine dynamique, qu'il puisse connaître des développements à l'avenir. Dès lors, et bien qu'elle conclue à la non-violation de l'article 6§1 en l'espèce, la Cour invite les États parties à la Convention à tenir compte dans leur ordre juridique de toute évolution favorisant la mise en œuvre effective du droit à réparation pour des actes de torture, tout en examinant avec vigilance toute requête de cette nature afin d'y déceler, le cas échéant, les éléments qui feraient obligation à leurs juridictions de se déclarer compétentes pour l'examiner* »³⁷⁷⁵. Ces effets d'annonce tempèrent la nocivité de ce renversement sur la sécurité juridique respective de chacun des acteurs de la Convention puisqu'ils peuvent d'ores et déjà faire œuvre d'anticipation et réadapter au besoin leurs prévisions juridiques. De surcroît, la procédure de l'avis consultatif pourrait également servir à prédire les revirements de jurisprudence. À défaut de consensus européen suffisamment consistant sur la reconnaissance juridique de la filiation entre un enfant né par GPA et l'un de ses parents d'intention et biologiques, la Cour considère cependant qu'elle « *pourrait être appelée à l'avenir à développer sa jurisprudence dans ce domaine* »³⁷⁷⁶, laissant le champ libre à un revirement *in futuro* sur ces questions.

784. Que ce soit par la pratique des arrêts d' « appel » et la distillation des effets d'annonce, ces formes d'*obiter dicta* concourent à accentuer la prévisibilité des revirements en consolidant leur prédictibilité. Mieux informées, les parties peuvent ainsi ménager en conséquence leurs

³⁷⁷³ K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 349.

³⁷⁷⁴ CEDH, Plén., 17 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, req. n° 9532/81, série A. 106, §47.

³⁷⁷⁵ CEDH, Gde. Ch., 15 mars 2018, *Nait-Liman c. Suisse*, req. n° 51357/07 (*JCP G*, 2018, 360, zoom L. MILANO ; *JCP G*, 2018, doct. 754, chron. F. SUDRE ; *JDI*, 2018, chron. 5, note S. TOUZE).

³⁷⁷⁶ Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française, Demande n°P16-2018-001, §36.

expectatives respectives. Ceci offre dans le même temps l'opportunité et la légitimité à la Cour de procéder à l'avenir au changement auguré³⁷⁷⁷. En complément, la sécurisation du revirement s'exprime par d'autres tactiques méthodologiques qui ont vocation à tempérer les effets nocifs inhérents au revirement.

b- La pratique intermittente des revirements « blancs »

785. Nommé aussi « *progressif* » ou de « *petit pas* »³⁷⁷⁸, ce type de revirement consiste à opérer un changement jurisprudentiel sans que la norme nouvellement établie ne vienne changer le sens de la décision adoptée en l'espèce. En bref, l'application de la règle nouvelle conduit à une solution identique à celle qui aurait été adoptée si le litige avait été placé sous l'empire de la solution ancienne. Par opposition à un « vrai » revirement de jurisprudence, ces arrêts ne disposent donc que d'un effet rétroactif limité. Ils s'apparentent davantage à des revirements « *déclaratoires* »³⁷⁷⁹. Comme l'explique un auteur, « *on voit l'aspect symbolique de cette pratique [...] puisque toutes les espèces qui seront semblables seront par la suite (et donc très peu de temps après l'arrêt de principe), sans que le juge puisse cette fois éviter, lorsqu'il y a lieu, de donner sa pleine mesure au caractère rétroactif du revirement* »³⁷⁸⁰.

786. La Cour montre une grande réserve dans la pratique des revirements blancs. Généralement, les revirements blancs procèdent à une « clarification » résolument évolutive d'un courant jurisprudentiel. Cependant, cette clarification ne s'appliquera pas *in casu*, et se soldera par un constat de non-violation, le requérant étant privé du bénéfice de la solution nouvelle. Par exemple, l'extension du champ d'applicabilité de l'article 6 1 au contentieux de la fonction publique reste sans effet sur l'issue du litige dans l'affaire *Pellegrin*, puisque la Cour en conclut que l'application du nouveau critère d'applicabilité ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce³⁷⁸¹. Si elle neutralise la solution pour le requérant en l'espèce, cette pratique n'est pas dénuée d'intérêt. Son point fort réside dans l'effet de sécurisation préventif qui l'accompagne,

³⁷⁷⁷ Les parties sont à l'initiative des revirements jurisprudentiels, voy. J-L. AUBERT, À propos du revirement de jurisprudence. Faut-il « moduler » dans le temps les revirements de jurisprudence ? ... J'en doute !, *RTD Civ.*, 2005, p. 300.

³⁷⁷⁸ L. CONDE, La prohibition des arrêts de règlements – Le mode juridictionnel, *Juris. civil*, 2014.

³⁷⁷⁹ C. MOULY, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de Cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, sous l'égide de l'Institut des hautes études sur la justice, La Documentation française, Paris, 1994, p. 123-148, spéc. p. 139.

³⁷⁸⁰ M. DELAMARRE, La sécurité juridique et le juge administratif français, *AJDA*, 2004, p. 186.

³⁷⁸¹ CEDH, Gde. Ch., 8 décembre 1999, *Pellegrin c. France*, req. n° 28541/95, Rec. 2001-VIII, §§68-71 (*RTDH*, 2000, 819, note P. WACHSMANN).

et ce même si « *sa survenance n'était pas raisonnablement prévisible* »³⁷⁸². Grâce à une neutralisation limitée au cas d'espèce, la Cour européenne prévient les instances en cours ainsi que les instances potentielles de son changement qui, pour elles, donneront lieu à une solution différente. L'intérêt du revirement blanc réside donc dans la mise en œuvre sorte de rétroactivité à « rebours », qui, elle, se révèle en principe suffisamment prévisible pour permettre aux justiciables et aux États parties de faire œuvre d'anticipation, dans une perspective de sécurisation *erga omnes* du droit de la Convention³⁷⁸³. Par voie de conséquence, la pratique des arrêts « blancs » – en recourant au besoin à un *obiter dictum* – d'accentue la prédictibilité des revirements en « *atténuant les effets potentiellement déstabilisants des infléchissements qu'elle imprime dans sa jurisprudence* »³⁷⁸⁴.

787. Faisant œuvre de transparence et de clarté synonyme de sécurité juridique, la Cour parvient à dégager une théorisation audacieuse de la technique du revirement qui améliore la sécurité préventive de sa jurisprudence. D'abord, l'identification claire et précise de ses revirements accentue la prévisibilité jurisprudentielle puisque la Cour envoie des signaux clairs pour sensibiliser l'ensemble des acteurs conventionnels sur la solution nouvellement dégagée, ainsi que sur les conséquences qui l'accompagnent. Par ailleurs, cette pratique didactique comble les éventuelles incertitudes patentes ou naissantes au sein de son œuvre jurisprudentielle. De même, elle améliore leur accessibilité intellectuelle auprès des parties *in casu* et *ex casu* en favorisant sa compréhensibilité et son acceptabilité³⁷⁸⁵. Bien que considérés comme des « *excroissances du pouvoir normatif* »³⁷⁸⁶, les *obiter dicta* présentent une utilité psychologique en permettant aux parties (notamment les États) de se préparer mentalement au revirement à venir. Entre-temps, ils permettent au juge de tâter les sensibilités étatiques sur cette clarification jurisprudentielle, en reportant au besoin la survenance du revirement dans un contexte plus propice. En démontrant que ce dernier n'est pas inopiné ou totalement imprévisible pour les parties, la Cour consolide l'effet persuasif rattaché à sa motivation. D'un côté, les parties au litige voient leur stabilité juridique conservée (à tort ou à raison) par la neutralisation *in concreto* de l'effet rétroactif du revirement. De l'autre côté, les parties futures

³⁷⁸² K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 339.

³⁷⁸³ *Supra*, n° 339.

³⁷⁸⁴ R. MEDHI, « Pédagogie et sécurité juridique », in L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européens*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de l'Union européenne », 2012, p. 67-107, spéc. p. 96.

³⁷⁸⁵ Sur les fonctions objectives et subjectives du principe, voy. *supra*, n°249 et suiv.

³⁷⁸⁶ M. DEGUERGUE, « Les *obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil d'État », *op. cit.*, p. 235.

ou potentielles pourront anticiper ses effets et rajuster en ce sens leurs prévisions juridiques. Contemporaine, cette méthodologie s'inscrit sans conteste dans l'ère actuelle de la sécurisation prédictive de la justice et du droit³⁷⁸⁷.

788. *Nonobstant* ses vertus, la consolidation d'une théorie du revirement ne saurait faire oublier que sa méthodologie reste tributaire des stratégies prétorienne du juge européen et des contraintes interprétatives qui caractérisent son office.

B- Une catalysation imparfaite de l'insécurité juridique

789. Les carences méthodologiques évoquées prennent racine dans les incertitudes conceptuelles des mécanismes catalyseurs (a), incertitudes qui rejaillissent sur leurs fonctionnalités (b).

1°) Les carences conceptuelles des mécanismes catalyseurs

790. Alors que l'*obiter dictum* est censé renforcer l'effort de pédagogie en clarifiant la jurisprudence ou en anticipant les revirements à venir, son utilisation génère paradoxalement une certaine dose d'insécurité juridique³⁷⁸⁸. Leur ambiguïté notionnelle rend difficile la détermination de leur valeur juridique. En ce sens, le Professeur Laurent COUTRON relève deux catégories d'*obiter dicta* au sein de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne : ceux qui sont « *inutiles* » et ceux qui sont « *utiles* ». Sa distinction repose sur leur degré de normativité dans la consolidation d'une ligne jurisprudentielle³⁷⁸⁹. Pour les justiciables et les États parties, cette confusion rend la distinction délicate entre les *obiter dicta* déclaratoires de ceux qui sont véritablement normatifs. Cette catégorisation est essentielle, car seuls ces derniers ont une fonction prédictive. En alourdissant de la sorte la motivation, les *obiter dicta* nuisent à la localisation du motif principal de la motivation jurisprudentielle, et, par conséquent, à son intelligibilité³⁷⁹⁰. Peu claire, peu convaincante, la motivation du changement perd en

³⁷⁸⁷ *Supra*, n°680 et suiv.

³⁷⁸⁸ M. DEGUERGUE, « Les *obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil d'État », *op. cit.*, p. 242.

³⁷⁸⁹ La doctrine est unanime sur cette critique, quel que soit la juridiction concernée, L. COUTRON, *Style des arrêts de la Cour de Justice et normativité de la jurisprudence communautaire*, *op. cit.*, p. 643 ; M. DEGUERGUE, « Les *obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil d'État », *op. cit.*, p. 229-245 ; A. VIDAL-NAQUET, « La pratique des *obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *op. cit.*, p. 247-259.

³⁷⁹⁰ L. COUTRON, « Pédagogie judiciaire », in L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européens*, *op. cit.*, p. 67-107, spéc. p. 69.

légitimité auprès des États parties, qui se montreront moins enclins à se conformer à la nouvelle ligne jurisprudentielle dégagée par la Cour. Quand bien même se montreraient-ils favorables au revirement, l'absence d'intelligibilité donne matière aux réceptions imparfaites ou erronées dans les législations internes³⁷⁹¹. L'État partie n'est pas en conformité avec ses obligations conventionnelles en dépit de sa bonne foi, augmentant par la même occasion le risque de violations potentielles. En somme, au lieu de cantonner l'insécurité juridique, la pratique décousue des *obiter dicta* finit par amplifier la toxicité du revirement sur l'ensemble des sécurités juridiques, occasionnant une double perte d'ineffectivité des droits et d'efficacité du système conventionnel.

2°) Les carences fonctionnelles des mécanismes catalyseurs

791. Si les effets d'annonce fournissent une aide précieuse pour prévoir la survenance des revirements *in futuro*, ils se montrent insuffisants en pratique pour contenir l'insécurité juridique. La faute en revient à trois causes principales : leur degré de prédictibilité juridique (a), leur éventuelle incompatibilité avec le mécanisme conventionnel (b) ainsi que la résurgence des revirements « furtifs » (c).

a- Une prédictibilité s'apparentant à une promesse de revirement

792. Bien qu'ils exercent des effets positifs sur la sécurité des revirements, ces mécanismes restent des promesses d'évolution jurisprudentielle. Ils n'annoncent pas un changement automatique lorsqu'une affaire analogue se présente postérieurement devant son prétoire. En matière de transsexualisme, l'effet d'annonce de l'arrêt *Rees*³⁷⁹² n'a pas donné lieu à un revirement pourtant attendu dans l'arrêt *Sheffield et Horsham*³⁷⁹³. En l'espèce, le juge adopte une position pour le moins ambiguë en refusant de prononcer un constat de violation pour défaut « d'évolution scientifique significative permettant d'aboutir à une conclusion ferme sur l'étiologie du transsexualisme », alors qu'il reconnaît concomitamment « une augmentation de l'acceptation sociale du phénomène et une reconnaissance croissante des problèmes auxquels ont à faire face les transsexuels opérés »³⁷⁹⁴. Faisant le choix d'une « clarification » prudente,

³⁷⁹¹ F. SUDRE, « La motivation et le style des décisions juridictionnelles. La CEDH. Regard de la doctrine », *op. cit.*, p. 102 et suiv.

³⁷⁹² CEDH, Plén., 17 janvier 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, req. n° 9532/81, série A. 106, §47.

³⁷⁹³ CEDH, Gde. Ch., 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham*, req. n° 22985/93 et 23390/94.

³⁷⁹⁴ *Ibid.*, §§58-60.

le juge réitère son effet d'annonce, reportant ainsi la survenance du revirement de jurisprudence à une date ultérieure³⁷⁹⁵. Cette solution emporte des effets ambivalents sur la sécurité juridique *in globo*. La clarification ne modifie nullement la jurisprudence antérieure et œuvre donc à la stabilisation jurisprudentielle. Par ailleurs, sa solution sous-entend que le revirement devrait avoir lieu dans l'hypothèse d'une évolution convergente entre le domaine social et scientifique en faveur de l'identité des transsexuels, revirement qu'elle fera dans l'arrêt *Christine Goodwin*³⁷⁹⁶. Pourtant, dans cette affaire, elle écarte toute considération à l'égard d'une évolution scientifique, se reposant exclusivement « sur une acceptation sociale du transsexualisme et une reconnaissance croissante des problèmes auxquels elle à faire pour réduire la marge nationale d'appréciation et sanctionner l'État »³⁷⁹⁷. Si le juge reste souverain dans le choix du moment adéquat pour revirer, laisser une période d'incertitude de près de vingt ans entre l'annonce du revirement et sa concrétisation fait planer le doute sur le maintien d'une telle insécurité juridique, d'autant plus que l'ensemble des éléments factuels et juridiques étaient réunis dès l'arrêt *Rees*³⁷⁹⁸. Évidemment, la sensibilité des domaines explique de telles hésitations prétoriques. Ainsi en est-il du mariage entre les couples de même sexe qui, même s'il est reconnu juridiquement dans la plupart des États parties, n'est toujours pas reconnu comme un droit aux yeux de la Cour européenne. Cependant, elle souligne une « évolution rapide » des mœurs et des systèmes juridiques qui pourrait laisser présager la survenance d'un revirement *in futuro*³⁷⁹⁹. Tributaires des évolutions sociales et scientifiques, les revirements annoncés pour d'autres domaines « en perpétuelle évolution » restent encore au stade de la survenance potentielle, bloquant subséquemment sa mutation en revirement effectif³⁸⁰⁰. Aussi,

³⁷⁹⁵ « Même si elle ne constate aucune violation de l'article 8 en l'espèce, la Cour réaffirme que cette question doit donner lieu à un examen permanent de la part des États contractants », *ibid.*, §60.

³⁷⁹⁶ La Cour fait d'ailleurs mention au paragraphe 60 de l'affaire *Sheffield*, CEDH, Gde. Ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, n° 28957/95, Rec. 2002-VI (GACEDH, 2019, n° 46).

³⁷⁹⁷ *Ibid.*, §92.

³⁷⁹⁸ Comme le relève l'opinion en partie dissidente jointe à l'arrêt *Sheffield et Horsham*, « nous avons la conviction que, dans la période de presque douze ans qui s'est écoulée depuis l'arrêt *Rees*, une évolution importante a eu lieu dans ce domaine. Or, nonobstant ces changements et les avertissements précités, le droit britannique n'a absolument pas changé. La situation juridique des transsexuels n'a pas été corrigée », voy. opinion en partie dissidente commune aux juges BERNHARDT, THÓR VILHJÁLMSÓN, SPIELMANN, PALM, WILDHABER, MAKARCZYK et VOICU. La Cour admet dans ce même arrêt que « ces possibilités [de revirement, ajouté par nous] existaient déjà à l'époque de l'affaire *Rees* », voy. CEDH, Gde. Ch., 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham*, req. n° 22985/93 et 23390/94, §60.

³⁷⁹⁹ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, Rec. 2010-IV, §§91-94 ; CEDH, Gde. Ch., Ch., 7 novembre 2013, *Vallianatos c. Grèce*, req. n° 29381/09 et 32684/09, Rec. 2013-VI, §73 (JCP G 2013, act. 1281, F. SUDRE) ; CEDH, Gde. Ch., 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, req. n° 37359/09, Rec. 2014-IV, §§72-89 (JCP G, 2014, act. 971, A. SCHAHMANECHE ; RTDH, 2015, p. 463, note C-A. CHASSIN).

³⁸⁰⁰ Voy. sa jurisprudence relative à la fécondation *in vitro* à des fins de recherche scientifique (CEDH, Gde. Ch., 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, req. n° 57813/00, §§96-97 ; CEDH, Gde. Ch., 27 août 2015, *Parillo*

une telle stagnation peut s'expliquer par des circonstances pragmatiques telles que l'absence de requête présentant un cas analogue qui lui offrirait l'opportunité de réaliser enfin son revirement³⁸⁰¹. Il n'empêche que l'effet d'annonce reste un outil discursif qui, s'il est mal employé, ajoute une dose supplémentaire d'insécurité juridique³⁸⁰². Si le juge demeure libre dans la gestion de sa jurisprudence, il doit manifester la plus grande prudence lorsqu'il en fait usage, et s'assurer que l'annonce de son revirement potentiel conduit, dans un avenir plus ou moins proche, à un véritable revirement *in futuro*. En toute hypothèse, il est difficile de prévoir avec exactitude leur survenance. Cette insécurité juridique se trouve être le revers de la prédictibilité. Par opposition à l'anticipation, qui vise, par tautologie, à « anticiper » les certitudes à venir, la prédictibilité consiste à « anticiper » les incertitudes du droit³⁸⁰³. Outre le retard occasionné sur le renforcement effectif des droits conventionnels, ces effets d'annonce « prédictibles » se conjuguent difficilement avec la sécurité juridique des États parties. Ne garantissant aucune évolution prévisible, ils laissent choir une période d'incertitude pour ces derniers quant aux contenus de leurs obligations conventionnelles au titre de leur devoir d'information jurisprudentielle. Par exemple, le revirement de l'arrêt *Mamatkoulov* sur la reconnaissance de la force obligatoire des mesures provisoires s'imposait aux États parties, et « *ce même si à l'époque [...] la force obligatoire des mesures [...] n'a pas été affirmée explicitement* »³⁸⁰⁴. Ainsi donc les effets d'annonce ne concourent pas, à eux seuls, à une catalysation performante de la sécurité juridique puisqu'ils demeurent, par leur objet et par leur usage, des instruments « divinatoires » qui agrainent l'imprévisibilité du revirement au lieu de l'enrayer. La pratique des arrêts blancs aboutit au même constat.

c. Italie, req. n° 46471/11, §171) ou sur le suicide assisté (CEDH, Gde. Ch., 5 juin 2015, *Lambert et autres c. France*, req. n° 46043/14, Rec. 2015-III, §§144-148 (*GACEDH*, 2019, n° 10).

³⁸⁰¹ Ou parce que l'effet d'annonciateur d'un examen continu sur cette question est relativement récent, voy. par ex. CEDH, Gde. Ch., 15 mars 2018, *Nait-Liman c. Suisse*, req. n° 51357/07, §220 (*JCP G*, 2018, 360, zoom L. MILANO ; *JCP G*, 2018, doct. 754, chron. F. SUDRE ; *JDI*, 2018, chron. 5, note S. TOUZE).

³⁸⁰² Ce risque s'accroît d'autant plus que l'annonce d'un revirement *in futuro* est corrélée à une interprétation consensuelle sujette à une instrumentalisation tant positive que négative, voy. *supra*, n° 653 et suiv.

³⁸⁰³ *Supra*, n° 584.

³⁸⁰⁴ CEDH, Gde. Ch., 4 février 2005, *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie*, req. n° 46827/99 et 46951/99, Rec. 2005-I, §128 (*RGDIP*, 2005, 421, obs. G. COHEN-JONATHAN).

b- La compatibilité contestable du revirement blanc avec le système de protection des droits de l'homme

793. Perçus comme des « *signes avant-coureurs du revirement* »³⁸⁰⁵, les revirements « blancs » mettent en œuvre une prévisibilité prédictive qui demeure largement tributaire du pouvoir discrétionnaire du juge. En outre, la neutralisation de la rétroactivité inhérente à ce revirement interroge sur sa compatibilité avec un système relatif à la protection des droits de l'homme. Si l'apport de la nouvelle ligne jurisprudentielle profite au requérant potentiel, l'application de l'arrêt blanc exclut le requérant *in casu* du bénéfice de cette évolution, à défaut d'application *in concreto*³⁸⁰⁶. Cette neutralisation botte en touche le plaideur à l'initiative du revirement, qui se retrouve « *réduit à l'état de cas clinique* »³⁸⁰⁷. S'il sort vainqueur du procès en obtenant le revirement qu'il demandait, il se retrouve privé du fruit de son audace. Si celle-ci reste couronnée de succès, la solution nouvelle se retrouve sans effet sur sa situation concrète³⁸⁰⁸. Son gain se réduit simplement à sa contribution à l'évolution du droit³⁸⁰⁹. Cette victoire à la « *Pyrrus* »³⁸¹⁰ laisse un goût doux-amer qui enclenche un typique de sentiments négatifs chez le plaideur. Celui de « *l'incompréhension* » d'abord, car son initiative lui permet d'obtenir gain de cause, mais pas d'obtenir l'application immédiate de la solution nouvelle, apprenant donc à son insu qu'il « *peut perdre en gagnant* »³⁸¹¹. Se succède ensuite un sentiment d'injustice, couplé d'iniquité, puisque son initiative profitera seulement aux requérants postérieurs³⁸¹². Enfin, un sentiment de « *frustration* » qui découragerait à l'avenir les plaideurs qui se présenteraient avec une proposition de revirement³⁸¹³. À cela s'ajoutent les dangers inhérents à

³⁸⁰⁵ L. COUTRON, « Pédagogie judiciaire », *op. cit.*, p. 107.

³⁸⁰⁶ Sur cette critique, voy. K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 345 et suiv.

³⁸⁰⁷ P. THERY, À propos d'un arrêt sur les revirements de jurisprudence ou comment faire une omelette sans casser les œufs, *RTD Civ.*, 2005, p. 176.

³⁸⁰⁸ « *Poussant à son paroxysme le souci de la sécurité juridique, [...] même le justiciable qui se trouve à l'origine du litige à l'occasion duquel cette énonciation a lieu ne pourra en obtenir le bénéfice* », F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK, « L'ombre de *Marckx*, pour un débat renouvelé sur les effets dans le temps des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'homme dans la société internationale. Mélanges en l'honneur du Professeur Paul TAVERNIER*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 1089-1118, spéc. p. 1093.

³⁸⁰⁹ J.-L. AUBERT, À propos du revirement de jurisprudence. Faut-il « moduler » dans le temps les revirements de jurisprudence ? ... J'en doute !, *op. cit.*, p. 300.

³⁸¹⁰ X. BACHELIER, M.-N. JOBBARD-BACHELIER, À propos de la rétroactivité de la jurisprudence, Les revirements de jurisprudence, *RTD Civ.*, 2005, p. 304.

³⁸¹¹ J.-L. AUBERT, à propos du revirement de jurisprudence. Faut-il « moduler » dans le temps les revirements de jurisprudence ? ... J'en doute !, *op. cit.*, p. 300.

³⁸¹² *Ibidem*.

³⁸¹³ « *Il y aurait un risque que les requérants se découragent, et que se tarisse ainsi une source essentielle du progrès juridiques* », F. OST, *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 131.

la prospectivité absolue sur la stabilité juridique des instances en cours et futurs³⁸¹⁴. On mesure aisément combien une telle neutralisation affecte la fiabilité et « *la confiance du citoyen dans l'appareil de la justice* » en érodant à la longue la sécurité juridique objective³⁸¹⁵.

c- La résurgence de la pratique des revirements « furtifs »

794. L'effort de théorisation didactique n'est pas parvenu à éclipser la résurgence de revirements « furtifs » ou « dissimulés ». Condamnés par la doctrine³⁸¹⁶, ces derniers surviennent lorsque la solution nouvellement adoptée par la Cour est susceptible de heurter les sensibilités étatiques. Sous prétexte de « clarification », l'arrêt vient alors enrichir, voire ériger, une obligation conventionnelle à la charge des États parties³⁸¹⁷. Il est vrai, l'interprétation de la Cour vise à « *clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et à contribuer de la sorte au respect, par les États, de leurs engagements* »³⁸¹⁸. Cependant, cette assimilation nous paraît hasardeuse. En effet, « *lorsqu'une instance juridictionnelle décide d'opérer un revirement, elle ne choisit pas d'ajuster les termes de l'un de ses précédents dans le sens d'un inflexionnement ou d'un durcissement. Elle choisit de s'écarter de leurs enseignements et ce, tant dans le cadre de l'instance que pro futuro* »³⁸¹⁹. Du point de vue de notre étude, le revirement présente une nocivité plus importante pour la sécurité jurisprudentielle qu'une simple « clarification ». On soulignera à titre illustratif la spectaculaire réécriture de l'article 10 réalisée dans l'arrêt *Magyar Helsinki*³⁸²⁰, dans lequel la Cour reconnaît une nouvelle obligation étatique en consacrant un droit d'accès aux informations détenues par l'État au prétexte d'une

³⁸¹⁴ Non seulement « *on parviendrait alors à cette situation assez étrange que le revirement annoncé n'a reçu aucune application* », mais cet abandon provoquerait davantage d'insécurité juridique en privant les justiciables futurs (soit en cours d'instance soit dans ceux dont la prévision en cours d'élaboration) de l'application de la norme nouvelle. L'atteinte aux sécurités juridiques subjectives atteindrait son zénith, J-L. AUBERT, À propos du revirement de jurisprudence. Faut-il « moduler » dans le temps les revirements de jurisprudence ? ... J'en doute !, *op. cit.*, p. 300.

³⁸¹⁵ CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie*, req. n° 13279/05, §55 (*JCP G*, 2012, doct. 87, F. SUDRE).

³⁸¹⁶ F. SUDRE, « La motivation et le style des décisions juridictionnelles. Regard de la doctrine », *op. cit.*, p. 102 et suiv.

³⁸¹⁷ Cela contraste avec les propos tenus par la Cour dans l'affaire *Austin* : « *la Cour ne saurait [...] en vue de répondre aux nécessités, conditions, vues ou normes actuelles, dégager des droits n'y ayant pas été insérés au départ à [...] retailler des droits existants ou créer des "exceptions" ou "justifications" non expressément reconnues dans la Convention* », CEDH, Gde. Ch., 15 mars 2012, *Austin et autres c. Royaume*, req. n° 39692/09, 40713/09 et 41008/09, Rec. 2012-II, §53 (*JCP G.*, 2012, n° 15, 455, obs. F. SUDRE).

³⁸¹⁸ CEDH, Plén., 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71, série A. 25, §154 (*JDI*, 1980, 449, obs. P. ROLLAND).

³⁸¹⁹ G. GONZALEZ (dir.), « Les sources internationales dans la jurisprudence de la CEDH », *Cahiers de l'IDEDH*, n° 11, 2007, p.307-466, spéc. p. 339.

³⁸²⁰ CEDH, Gde. Ch., 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, req. n° 18030/11 (*RTDH*, 2017, 623, note. H. SURREL).

« *clarification progressive* »³⁸²¹, ou encore celle de l'article 9 dans l'arrêt *Bayatyan* dans lequel la Cour affirme seulement « modifier » l'applicabilité de cette disposition alors qu'elle l'étend à l'objection de conscience³⁸²². Plus préoccupante, la clarification sert parfois de subterfuge pour justifier des revirements régressifs. Ainsi a-t-elle « clarifié » la portée de l'arrêt *Salduz*³⁸²³ dans l'affaire *Ibrahim*³⁸²⁴ pour effectuer une interprétation « régressive »³⁸²⁵. Si l'on peut comprendre le désir du juge d'orne une motivation audacieuse pour la protection des droits, le camouflage des revirements régressifs est difficilement compréhensible pour un prétoire censé assurer une protection continue et progressive des droits de l'homme. Partageant la remarque d'un commentateur, « *un tel positionnement de la Cour nous paraît extrêmement dangereux pour la garantie des droits de la défense* »³⁸²⁶, surtout dans un contexte de démantèlement démocratique.

*

* *

795. Comme le rappelle à juste titre le Professeur Rostane MEDHI, « *la sécurité juridique exige que soient garanties, autant que faire ce peu, la clarté et la prévisibilité telle qu'elle résulte de l'interprétation* »³⁸²⁷. Sans être parfaite, la motivation présente un niveau de clarté et d'intelligibilité satisfaisant à l'aune des objectifs de sécurisation jurisprudentielle, tant dans la structure du discours que sur le choix du style rédactionnel. Rationalisée, la motivation se fait plus explicite, sans doute un peu trop, mais toujours orientée vers la compréhensibilité et la

³⁸²¹ *Ibid.*, §127.

³⁸²² CEDH, Gde. Ch., 7 juillet 2011, *Bayatyan c. Turquie*, req. n° 23459/03, §§103-111.

³⁸²³ CEDH, Gde. Ch., 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, req. n° 36391/02, §55 (*GACEDH*, 2019, n°35). Dans cette affaire, la Cour avait « augmentée » les garanties procédurales relatives au droit à l'assistance à un avocat en imposant la présence d'un avocat dès les premiers interrogatoires du suspect par les autorités policières. Le droit à un procès équitable n'a pas vocation à être absolu, la Cour avait admis que les dérogations ne pouvaient être justifiées que par des « raisons impérieuses ». Leur existence avait cependant l'objet d'un durcissement jurisprudentiel axé sur l'atteinte irréparable sur le droit à un procès équitable occasionnés par de telles dérogations.

³⁸²⁴ CEDH, Gde. Ch. 16 décembre 2014, *Ibrahim c. Royaume-Uni*, req. n° 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09 (*JCP G*, 2016, act. 1010, obs. L. MILANO) ; voy. *supra*, n° 691 et suiv.

³⁸²⁵ L. MILANO, Le critère de « l'équité globale du procès », un critère régressif, *JCP G*, 2019, p. 253.

³⁸²⁶ L. MILANO, « La jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits de la défense, une jurisprudence en déconstruction », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 483-492.

³⁸²⁷ R. MEDHI, « Pédagogie et sécurité juridique », *op. cit.*, p. 102 et suiv.

persuasion de son auditoire³⁸²⁸. La portée éducative et didactique des supports parajuridictionnels optimise l'accessibilité matérielle et intellectuelle. Concomitamment, la recherche d'une théorisation du revirement ajoute un degré de sécurisation appréciable puisqu'elle est la source la plus importante d'insécurité juridique jurisprudentielle. Les mécanismes catalyseurs s'attaquent à toutes les dimensions temporelles de la sécurité juridique en ancrant le revirement dans le récit jurisprudentiel, et en diminuant ses répercussions sur les sécurités juridiques³⁸²⁹. Ils facilitent son repérage par les parties, le renfort du volet prédictif ménageant de la sorte les anticipations futures³⁸³⁰. Incapable de prévoir avec exactitude la survenance exacte d'un revirement, la catalysation accroît la sécurité préventive en promouvant une prévisibilité « raisonnable » des changements de cap. Ces palliatifs témoignent d'une véritable volonté prétorienne de tendre vers forme d'éthique jurisprudentielle à des fins d'auto-responsabilisation dans la bonne conduite de sa jurisprudence.

796. S'il est néanmoins « souhaitable que la Cour s'astreigne à un devoir de pédagogie judiciaire lorsqu'elle envisage de réorienter sa jurisprudence »³⁸³¹, encore faut-il qu'elle ne dérive vers « l'anti-pédagogie »³⁸³². Le professeur Pierre BRUNET mettait ainsi en garde contre le « risque d'une mauvaise motivation »³⁸³³. Protectrice, la motivation peut alors être perçue comme « comme un instrument qui apparaît ou disparaît au gré des convenances, politiques ou judiciaires, voire de politiques judiciaires »³⁸³⁴. De manière plus corrosive, le Professeur Christian ATIAS critique le couplage entre la pédagogie et l'impératif de sécurité juridique. Selon lui, « l'aspiration à la sécurité juridique s'accompagne du recul du raisonnement juridique qui est l'âme de la pédagogie du droit [...]. Le thème de la sécurité juridique est d'autant plus présent et bruyant que ce recul du raisonnement [...] entraîne une perte de prévisibilité et une insécurité juridique aggravée »³⁸³⁵. La pédagogie juridictionnelle n'est pas totalement immunisée contre les risques d'instrumentalisation et manipulation de celui

³⁸²⁸ F. TULKENS, « La motivation et le style des décisions juridictionnels. La CEDH. Le regard d'un juge », *op. cit.*, p. 128.

³⁸²⁹ Les mécanismes catalyseurs procurent un triple avantage : la sédimentation de l'œuvre jurisprudentielle (passée), l'accompagnement des parties dans la mise en œuvre des revirements immédiats (présent) et en renforçant l'anticipation juridique sur les revirements *in futuro* (futur).

³⁸³⁰ K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 349.

³⁸³¹ *Ibid.*, p. 96.

³⁸³² P. DEUMIER, « La pédagogie selon la Cour de cassation : anti-pédagogie des arrêts, pédagogie hors les arrêts. La pédagogie selon la Cour de cassation : anti-pédagogie des arrêts, pédagogie hors les arrêts », *op. cit.*, p. 403-419.

³⁸³³ P. BRUNET, « Humpty Dumpty à Babel ? Les juges et le vocabulaire juridique européen », *LPA*, 2008, p. 2.

³⁸³⁴ C. ALONSO, « La motivation didactique des décisions juridictionnelles du Conseil d'État », *op. cit.*, p. 172.

³⁸³⁵ C. ATIAS, « Quelques observations sur la pédagogie, servante du droit », *op. cit.*, p. 214.

qui l'exerce. C'est cette instrumentalisation qui donne naissance à une « pédagogie négative ». Le recours à la motivation compassionnelle en est significatif. Bien entendu, il est difficile pour le juge de trouver le compromis parfait entre la sécurité juridique et les contraintes que lui impose le droit de la Convention³⁸³⁶. Toutefois, « *la sécurité juridique exige que soient garanties, autant que faire se peut, la clarté et la prévisibilité telle qu'elle résulte de l'interprétation* »³⁸³⁷. À partir du moment où l'insécurité juridique provient des défaillances « normales » d'une jurisprudence, la rupture entre pédagogie et sécurité juridique est relativement faible. Malheureusement, ce lien demeure fragile à cause de la menace latente des dérives interprétatives de la Cour. C'est pourquoi il est nécessaire que le juge consolide les fondements de son éthique jurisprudentielle, surtout s'il souhaite sauvegarder sa légitimité et pérenniser l'efficacité et l'effectivité du mécanisme Convention.

797. « *Tenter d'évoquer la pédagogie du droit [...] est un exercice d'humilité salutaire ; il peut commencer par des aveux* »³⁸³⁸. Le seul aveu qui pourrait être formulé au crépuscule de ce développement est celui de l'insuffisance des mécanismes cherchant à résoudre les causes originelles d'insécurité *in globo*, puisque, par définition, les palliatifs freinent l'insécurité juridique, sans véritablement entraîner une résorption sur les maux qui la provoquent. Faut-il pourtant en conclure à la disparition de toute sécurité *in globo* ? La réponse est négative. Sans avoir pour ambition d'éradiquer définitivement toute insécurité juridique, la création d'un droit transitoire jurisprudentiel pourrait être un remède durable et prospectif à ce phénomène.

³⁸³⁶ F. TULKENS, « La motivation et le style des décisions juridictionnels. La CEDH. Le regard d'un juge », *op. cit.*, p. 134.

³⁸³⁷ R. MEDHI, « Pédagogie et sécurité juridique », *op. cit.*, p. 96.

³⁸³⁸ C. ATIAS, « Quelques observations sur la pédagogie, servante du droit », *op. cit.*, p. 214.

SECTION II : LE DROIT TRANSITOIRE JURISPRUDENTIEL COMME SOLUTION FUTURE CONTRE L'INSECURITE JURIDIQUE *IN GLOBO*

798. Dans son ouvrage de principe, Paul ROUBIER envisageait de transposer les principes qu'il dégagait en matière de résolution des conflits de lois pour « régler à l'avenir [ceux liés] aux jurisprudences successives »³⁸³⁹. Sans le savoir, ce dernier formulait les premiers jalons de ce qui allait advenir par suite la modulation jurisprudentielle. D'une manière générale, le droit transitoire se définit selon le *Dictionnaire juridique* du Doyen Gérard CORNU comme « l'ensemble des règles gouvernant l'application de la loi dans le temps qui détermine le domaine respectif de la loi ancienne et de la loi nouvelle »³⁸⁴⁰. Le droit transitoire jurisprudentiel s'entendra donc, dans le cadre de cette étude, comme l'ensemble des règles gouvernant l'application d'une solution jurisprudentielle dans le temps qui détermine les domaines respectifs des effets passés, actuels et futurs alloués à celui-ci. Chargé d'assurer la gestion de la rétroactivité et la prospectivité des arrêts, le droit transitoire jurisprudentiel se rapproche de la technique contemporaine de modulation des arrêts. Selon le Professeur Xavier MAGNON, la modulation dans le temps se définit comme la pratique contentieuse qui « vise à compenser ou à atténuer la rigueur et/ou l'inadaptation de l'alternative simple entre nullité et abrogation comme sanction de l'irrégularité d'une norme »³⁸⁴¹. Faisant figure de symbole de l'abandon d'un juge « bouche » de la loi au profit d'un juge « gestionnaire » dans l'élaboration de son récit jurisprudentiel, cette technique prétorienne traduit surtout le souhait de limiter l'insécurité juridique provenant de la rétroactivité jurisprudentielle. Portée par les travaux du Professeur Christian MOULY sur le revirement pour l'avenir³⁸⁴², une telle prérogative serait un

³⁸³⁹ P. ROUBIER, *Le droit transitoire. Les conflits de lois dans le temps*, Dalloz et Sirey, Paris, 1960, 2^{ème} éd., p. 26-27.

³⁸⁴⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, coll. « Quadrige Dicos Poche », 2018, 12^{ème} éd., p. 1037.

³⁸⁴¹ X. MAGNON, La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel, *AJJC*, 2012, p. 557-591, spéc. p. 557.

³⁸⁴² Le recours au revirement pour l'avenir fut largement promu par les écrits de Christian MOULY, Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ?, *LPA*, 1994, n° 33, p. 15 ; Le revirement pour l'avenir, *JCP G*, 1994, n° 27, doct. 3776 ; « Les revirements de jurisprudence de la Cour de Cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La Documentation française, Paris, 1994, p. 123-148 ; Pour quelques lectures complémentaires sur le revirement pour l'avenir, G. CANIVET, N. MOLFESSIS, Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ?, *JCP E*, 2004, n° 52, act. 292 ; P. MORVAN, Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon, *Recueil Dalloz*, 2005, p. 247 et du même auteur Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable, *Recueil Dalloz*, 2007, p. 835 ; F. MODERNE, « Les revirements prospectifs dans les contentieux administratifs et judiciaires : une problématique commune », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS*, Dalloz, Paris, 2008, p. 805-825.

atout précieux pour contrer de manière efficace et pérenne l'insécurité juridique du droit de la Convention. De même que le Rapport MOLFESSIS s'interrogeait sur la nécessité d'un droit transitoire des revirements de jurisprudence³⁸⁴³, il convient de s'interroger sur les bienfaits subséquents de l'introduction d'un droit transitoire jurisprudentiel strasbourgeois sur l'insécurité juridique *in globo*.

799. Au premier abord, le droit de la Convention laisse transparaître le rejet total de tout exercice de modulation jurisprudentielle. L'arrêt *Marckx* reste à ce jour le seul exemple de modulation jurisprudentielle explicite, pratiquée au nom d'un principe de sécurité juridique « *nécessairement inhérent* » au droit de la Convention³⁸⁴⁴. À y regarder de plus près, il appert que la Cour européenne s'adonne encore à cette pratique. Certains arrêts de revirements mettent en exergue une modulation sporadique des effets de sa jurisprudence, allant même jusqu'à moduler de manière inconsciente³⁸⁴⁵. Des bribes tacites de droit transitoire jurisprudentiel transparaissent donc dans la jurisprudence conventionnelle (**1§**). Si une telle prérogative présente des avantages incontestables en termes de sécurisation juridique, de nombreux obstacles juridiques et idéologiques inhérents au droit de la Convention contrarient sa réalisation future (**2§**).

1§) Une concrétisation tacite

800. Si la technique de la modulation a le vent en poupe auprès des juridictions nationales et européennes³⁸⁴⁶, la Cour européenne semble peu disposée à succomber à cette tendance. Ce désintérêt strasbourgeois est des plus déconcertants. D'une part, parce que la Cour européenne fut l'une des premières juridictions à moduler sa jurisprudence en Europe avec la célèbre affaire *Marckx contre Belgique*³⁸⁴⁷. D'autre part, parce que sa démarche herméneutique la préserve des éventuelles controverses corrélées à l'existence du pouvoir normatif du juge. « *Il n'apparaît [donc] pas alors très logique de lui demander d'élaborer sa jurisprudence, et en, même temps, de lui interdire de moduler dans le temps* »³⁸⁴⁸. À la vérité, la Cour n'est pas privée de l'exercice

³⁸⁴³ N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET, LexisNexis, Paris, coll.« Cour de Cassation », 2005, p. 7.

³⁸⁴⁴ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §58 (*GACEDH*, 2019, n° 51).

³⁸⁴⁵ À la condition que l'arrêt pilote soit assimilé à une pratique contentieuse de modulation.

³⁸⁴⁶ Comme le constate l'actuel vice-président du Conseil d'État, « *le principe de sécurité juridique a conduit les juges nationaux à attacher une plus grande importance aux effets concrets de leurs décisions* », B. LASSERRE, L'europanisation de l'office du juge : vers un *jus commune* procédural ?, *RUE*, 2019, p. 204.

³⁸⁴⁷ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31 (*GACEDH*, 2019, n° 51).

³⁸⁴⁸ J. BORE, Modulation dans le temps des revirements de jurisprudence, *Répertoire Dalloz*, 2018, pt. 148.

de cette compétence, qui survit de manière implicite dans sa jurisprudence. Loin d'être tombée dans l'oubli, la modulation strasbourgeoise perdure de façon erratique, mais certaine, au point d'inciter certains professeurs à ouvrir un « *débat renouvelé et décomplexé sur le droit transitoire jurisprudentiel strasbourgeois* »³⁸⁴⁹ (A). Si cette prérogative est encore limitée au stade embryonnaire, sa concrétisation se montre des plus bénéfiques dans la préservation congruente entre la sécurité juridique *in globo* et l'effectivité des droits en optimisant la conciliation entre les sécurités juridiques de la Convention (B).

A- L'éclosion d'une prérogative de modulation prétorienne

801. Une analyse approfondie de sa jurisprudence démontre que la modulation jurisprudentielle s'exerce de deux manières dans la jurisprudence de la Cour : d'abord de manière implicite (ou récusée) pour ce qui est des arrêts « *ordinaires* »³⁸⁵⁰ (1°) puis de manière innommée (ou ignorée) pour ce qui est des arrêts pilotes (2°).

1°) La modulation velléitaire des arrêts ordinaires

802. De façon audacieuse, la Cour a cédé aux sirènes de la modulation en s'octroyant elle-même cette prérogative au nom de l'impératif de la sécurité juridique dès 1979³⁸⁵¹, captant une compétence non prévue par le texte conventionnel (a). Alors que l'absence de réitération explicite dans sa jurisprudence postérieure pourrait laisser croire à une pratique tombée en désuétude, certains arrêts ordinaires mettent en lumière une survivance silencieuse de l'arrêt *Marckx* (b).

a- Une prérogative captée dans l'arrêt *Marckx*

803. De façon élogieuse, l'un des commentateurs affirmait que l'arrêt *Marckx* « *prendrait sans doute une place importante dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg* »³⁸⁵². Outre

³⁸⁴⁹ F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'ombre de *Marckx*, pour un débat renouvelé sur les effets dans le temps des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'homme dans la société internationale. Mélanges en l'honneur du Professeur Paul TAVERNIER*, Bruylant, Bruxelles 2013, p. 1089-1118, spéc. p. 1096.

³⁸⁵⁰ Par « arrêt ordinaire » cette étude entend les arrêts de principe ainsi que les arrêts de revirement.

³⁸⁵¹ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31 (*GACEDH*, 2019, n° 51).

³⁸⁵² M. BOSSUYT, L'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'homme, *RBDI*, 1980, p. 53-81, spéc. p. 62.

le renforcement évident et largement analysé de la protection des enfants adultérins en matière successorale au nom de l'effectivité *a maxima* des droits conventionnels, cet arrêt signe également le premier (et unique) recours explicite à la technique de modulation jurisprudentielle au nom du principe de sécurité juridique. Avant de se focaliser sur l'analyse de ce dernier point, un bref rappel des faits et du contexte juridique apparaît opportun. La requérante (Alexandre Marckx) est née en 1973 d'une mère journaliste, Paula Marckx. Elle fut reconnue puis adoptée légalement selon les règles instaurées par le Code civil belge. En vertu de ce même Code, l'enfant « naturel » reconnu « *jouit de droits successoraux inférieurs à ceux d'un enfant "légitime"* »³⁸⁵³. En dehors des hypothèses de légitimation et de légitimation par adoption – qui présupposent le mariage de la mère – l'enfant conserve ce statut. Cela a pour conséquence de le priver de toute vocation successorale *ab intestat*³⁸⁵⁴ ainsi que de toute libéralité³⁸⁵⁵. Saisissant la Commission en 1974, la requérante invoque une multitude de griefs³⁸⁵⁶ qui seront par suite analysés par la Chambre le 13 juin 1979. Délaissant l'analyse du rejet du moyen tiré de l'impossibilité pour la Cour d'effectuer un contrôle *in abstracto* ainsi que l'apport constructif de cette affaire sur l'égalité successorale entre enfants adultérins et enfants légitimes, notre propos s'attardera sur les causes et les conséquences relatives à la modulation des effets du constat de violation prononcé en l'espèce.

804. Au-delà du caractère éminemment sensible de l'affaire, la Cour est confrontée à un dilemme entre la sécurité juridique de son système juridique, celle de l'État partie et celle des justiciables. D'un côté, l'arrêt est l'occasion de poursuivre sur une dynamique jurisprudentielle amorcée depuis les premiers arrêts dans l'optique d'accroître le progrès des droits de l'homme en Europe³⁸⁵⁷. Indépendamment du frein préjudiciable qu'une non-violation engendrerait sur cette protection, elle laisserait la porte ouverte aux inexécutions étatiques, l'effet déclaratoire de son arrêt menaçant dangereusement l'effectivité des droits qu'elle protège. En effet, les arrêts de la Cour sont dépourvus d'effet direct, les États parties étant soumis à une obligation de « *self-executing* » conforme au droit international³⁸⁵⁸. Assujettis à une simple obligation de résultat en raison du principe de subsidiarité, ces derniers pourraient contrevenir à la bonne exécution

³⁸⁵³ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §17 (*GACEDH*, 2019, n° 51).

³⁸⁵⁴ Pour les successions établies hors testament.

³⁸⁵⁵ *Ibid.*, §19.

³⁸⁵⁶ Outre les articles 8, 14 et 1^{er} du Protocole n° 1, la requérante avait également invoqué l'article 3 sur la prohibition des traitements inhumains et dégradants, ainsi que l'article 12 consacrant le droit au mariage et de fonder une famille.

³⁸⁵⁷ M. BOSSUYT, L'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 53.

³⁸⁵⁸ *Ibid.*, p. 73.

de l'arrêt en arguant le respect du principe du *pacta sunt servanda* – dérivé de la sécurité juridique – et le non-respect de la prévisibilité juridique³⁸⁵⁹. Cela étant, ils refuseraient d'appliquer une obligation « hors Convention » dans la mesure où la Cour a clairement débordé du simple cadre fixé par les traités en procédant à une réinterprétation de l'article 8³⁸⁶⁰. D'un autre côté, le constat de violation embrasserait des effets néfastes sur la sécurité juridique en droit interne. Effectuant de prime abord une sorte de repentir en reconnaissant l'inconventionnalité potentielle de son régime successoral, le Gouvernement relève cependant que « *si la Cour constatait l'incompatibilité de certaines réformes de droit belge avec la Convention, il en découlerait selon lui qu'elles se heurteraient à cet instrument dès son entrée en vigueur à l'égard de la Belgique* ». Toujours selon l'État défendeur, « *l'unique manière d'échapper à une telle conséquence consisterait à admettre que les exigences de la Convention ont augmenté entre-temps et à indiquer la date précise du changement. À défaut l'arrêt aboutirait à rendre irréguliers de nombreux passages successoraux postérieurs* »³⁸⁶¹. En bref, l'État belge en appelle à la protection de la sécurité juridique objective de son ordre interne, et à celle des successions établies antérieurement au prononcé de l'arrêt (sécurité juridique subjective des tiers) pour inviter la Cour à moduler sa solution à une date précise en neutralisant toute rétroactivité.

805. La Cour se saisit avec prudence de cette invitation. Ainsi rappelle-t-elle à titre liminaire qu'elle « *ne saurait annuler ou abroger par elle-même les dispositions litigieuses : déclaratoire pour l'essentiel, elle laisse à l'État le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de son obligation conventionnelle* ». Dépourvue d'une telle compétence, elle n'en est pas moins tenue, à l'instar de la Cour de Justice des Communautés européennes, d'évaluer « *les conséquences pratiques de toute décision juridictionnelle [qui] doivent être pesées avec soin* »³⁸⁶². Cela étant, elle examine le cadre juridique global de la législation belge en matière de succession et de filiation pour en conclure que « *le principe de la sécurité juridique [...] dispense de mettre l'État belge de remettre en cause des actes ou les situations juridiques antérieures au prononcé du présent arrêt* »³⁸⁶³. Adoptant une solution compromissoire, la Cour constate l'inconventionnalité des dispositions litigieuses tout en

³⁸⁵⁹ Ceci rappelle l'argument « sécurité juridique » présenté par les États parties dans leur grief, voy. *supra*, n° 375 et suiv. Sur le lien conceptuel unissant sécurité juridique, principe de bonne foi et de *pacta sunt servanda*, voy. *supra*, n° 151 et n° 157.

³⁸⁶⁰ M. BOSSUYT, L'arrêt Marckx de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 74 et suiv.

³⁸⁶¹ *Ibid.*, §58.

³⁸⁶² *Ibidem.*

³⁸⁶³ *Ibidem.*

acceptant de « moduler » pour la première fois les effets de son arrêt, au nom du principe de sécurité juridique, qu'elle introduit dans sa jurisprudence à cette occasion³⁸⁶⁴. Faisant droit à l'argument de l'État, le juge annihile la rétroactivité de son revirement en limitant la portée de sa solution aux successions survenues après le prononcé de l'arrêt, soit le 13 juin 1979. L'interprétation conventionnelle vient au soutien de la violation, mais prive de toute rétroactivité sur les situations en cours, exception faite de celle d'Alexandra Marckx. Le juge fait donc le choix d'une prospectivité dite sélective ou limitée qui consiste à « *appliquer la règle prétorienne nouvellement formulée qu'aux faits et actes survenus ou posés après son énoncé, et non à ceux qui sont antérieurs à cette date, à l'exception de ceux qui ont fait l'objet, précisément, du litige dans le cadre duquel la règle prétorienne est énoncée* »³⁸⁶⁵. Les effets sont similaires à ceux de l'abrogation ou d'une annulation différée avec la préservation de l'effet utile – appelé également « prime du requérant » ou rétroactivité procédurale³⁸⁶⁶ – qui conserve la solution pour le requérant du litige³⁸⁶⁷. Résultant du « *fruit paradoxal d'une modération de politique judiciaire* »³⁸⁶⁸, celui-ci avait pu laisser place aux doutes quant aux « *conséquences terrifiantes* »³⁸⁶⁹ de l'arrêt sur la protection des droits fondamentaux. Ce choix fut pourtant maintenu par la Cour dans l'affaire *Vermeire contre Belgique*³⁸⁷⁰. En dehors de ces inquiétudes, force est de constater que la modulation adoptée se révèle être des plus prometteuses « *pour l'évolution du système de la Convention européenne et pour l'ordre juridique interne des États parties* »³⁸⁷¹. Malheureusement, les potentialités fécondes de ce futur droit transitoire jurisprudentiel ont laissé place ensuite à l'indifférence générale. La Cour elle-même semble dénier cette compétence en assimilant l'arrêt *Marckx* à un simple *obiter dictum*³⁸⁷². Néanmoins, les arrêts postérieurs témoignent d'une pratique plus refoulée qu'inexistante.

³⁸⁶⁴ Sur la naissance et les racines du principe de sécurité juridique en droit de la Convention, voy. *supra*, n° 69.

³⁸⁶⁵ *Ibid.*, §58.

³⁸⁶⁶ M. DISANT, Les effets dans le temps des décisions QPC. Le Conseil constitutionnel, « maître du temps » ? Le législateur, bouche du Conseil constitutionnel ?, *NCCC*, 2013, n° 40.

³⁸⁶⁷ La préservation de l'effet s'observe dans un arrêt non modulé, lorsque la Cour donne des indications, dans son dispositif, quant aux mesures individuelles appropriées devant être mis en place par l'État pour satisfaire à son obligation de réparation *in integrum*. On pense notamment à l'arrêt *Gençel contre Turquie*, dans laquelle la Cour a estimé que le « *redressement le plus approprié serait de faire rejurer le requérant en temps utile par un tribunal indépendant et impartial* », CEDH, 24 mars 2004, *Gençel c. Turquie*, req. n° 53431/99, §27.

³⁸⁶⁸ F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'ombre de *Marckx*, pour un débat renouvelé sur les effets dans le temps des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1104.

³⁸⁶⁹ F. RIGAUX, La loi condamnée. À propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'homme, *JT.*, 1979, p. 513-524, spéc. p. 523.

³⁸⁷⁰ CEDH, Ch., 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, req. n° 12849/87, série A. 214-C, §§21-28.

³⁸⁷¹ M. BOSSUYT, L'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 54.

³⁸⁷² CEDH, Ch., 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, req. n° 12849/87, série A. 214-C, §26.

b- Une prérogative silencieuse dans la jurisprudence ultérieure

806. Si elle n'a été usitée qu'une seule fois, la pratique de la modulation n'est pas pour autant tombée en désuétude. Deux éléments attestent de sa rémanence jurisprudentielle : le recours à une modulation silencieuse pour certains arrêts de revirement **(i)** ainsi que l'admissibilité récente de la conventionnalité des dispositions transitoires adoptées par les juges « modulateurs » nationaux **(ii)**.

i- Une modulation refoulée par la Cour européenne de ses propres arrêts

807. *Prima facie*, la Cour européenne fait montre d'une résistance exemplaire en se refusant catégoriquement à rouvrir les portes de la modulation « marcksienne », et ce malgré les exhortations des requérants ou des États parties à la Convention. Dans l'arrêt *UNEDIC contre France*³⁸⁷³, la Cour décline de manière plus ou moins subtile l'invitation à moduler par la requérante. Dans ses griefs, cette dernière suggérait en effet à la Cour de transposer le raisonnement applicable en matière de conflit de lois dans le temps à la gestion des effets de sa jurisprudence. En effet, elle considère que « *l'application rétroactive d'une jurisprudence nouvelle peut se trouver en contradiction avec les exigences de la Convention en matière d'accessibilité et de prévisibilité du droit* ». Cela étant, « *puisque la Cour reconnaît la violation des droits garantis par la Convention lorsqu'elle est confrontée à des textes produisant leurs effets sur des faits passés et modifiant les attentes légitimes des justiciables, elle pourrait aussi le faire lorsqu'elle constate que la modification des données jurisprudentielles emporte de facto les mêmes effets* »³⁸⁷⁴. Pragmatique, la requérante parvient à la conclusion que « *la reconnaissance d'un droit transitoire des revirements de jurisprudence* » serait à même de contrecarrer les atteintes au procès équitable, et s'inscrirait dans la continuité des politiques jurisprudentielles menées par les juridictions nationales et européennes³⁸⁷⁵. Audacieuse, la sollicitation de la requérante restera lettre morte dans la motivation du juge. Ce dernier décline également les invitations étatiques. Spécifiques au contentieux relatif à l'octroi de la satisfaction équitable au titre de l'article 41 de la Convention, quelques États aventureux ont pu demander la modulation du paiement des indemnités à accorder. Dans l'arrêt *Arvanitaki-Roboti*³⁸⁷⁶ le Gouvernement grec fait demande à la Cour de « *moduler l'application de l'article 41* » car les

³⁸⁷³ CEDH, 18 décembre 2008, *Unedic c. France*, req. n° 20153/04 (*JCP G*, 2009, I 143, obs. F. SUDRE).

³⁸⁷⁴ *Ibid.*, §61.

³⁸⁷⁵ *Ibid.*, §62.

³⁸⁷⁶ CEDH, Gde. Ch., 15 février 2008, *Arvanitaki-Roboti c. Grèce*, req. n° 27278/03.

« *frais d'une procédure et les intérêts légitimes en cause sont complètement différents selon que les justiciables ont saisi collectivement ou individuellement les tribunaux. Il en irait de même de la frustration éventuellement ressentie à cause du retard anormal d'une procédure judiciaire* »³⁸⁷⁷. Téméraire, l'invitation fut rejetée par la Cour.

808. Si le juge européen se montre sourd aux appels au droit transitoire jurisprudentiel, certains universitaires considèrent que cette réticence n'est en réalité qu'apparente³⁸⁷⁸. Quelques arrêts prouvent en effet l'existence de modulations implicites, tant sur le plan de la rétroactivité que sur celui de la prospectivité. Ordinairement, la rétroactivité de principe de la norme prétorienne a vocation à « *s'appliquer à l'ensemble des faits et actes survenus après ou avant son énoncé, à l'exception de ceux qui ont fait l'objet d'une décision de justice définitive* »³⁸⁷⁹. Or, l'application du revirement *Mamatkoulov*³⁸⁸⁰ dans l'affaire *Aoulmi*³⁸⁸¹ diffère de cette hypothèse. Certes, la rétroactivité du revirement est nécessairement d'effet immédiat. Cependant, l'imprécision entourant l'application de la solution nouvelle à l'ensemble des situations en cours – y compris définitives – laisse à penser que la Cour s'écarte de la rétroactivité ordinaire au profit de la rétroactivité absolue³⁸⁸². Cette impression est confirmée au point 75 de l'arrêt *Aoulmi* dans lequel elle affirme que « *la force obligatoire des mesures prises en application de l'article 39 [...] n'avait été pas affirmée explicitement, il n'en demeure pas moins que l'article 34 et les obligations en découlant s'imposaient déjà aux États contractants* », alors même que l'affaire avait été déposée devant le greffe avant la survenance du revirement. Au-delà des dommages générés sur la sécurité juridique de l'État défendeur³⁸⁸³, la solution adoptée s'apparente à une forme de modulation jurisprudentielle implicite en ce qu'elle s'écarte de la rétroactivité ordinaire assimilée à ses arrêts de revirements.

809. Des reliquats de prospectivité ont pu aussi être observés postérieurement à l'arrêt *Marckx*. Lors des analyses précédentes, il avait pu être constaté que le requérant *in casu* se trouvait privé de toute satisfaction équitable dans les revirements portant sur le transsexualisme³⁸⁸⁴. Indépendamment de la perte de sécurité juridique subjective, ce constat se

³⁸⁷⁷ *Ibid.*, §25.

³⁸⁷⁸ F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'ombre de *Marckx* pour un débat renouvelé sur les effets dans le temps des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1108.

³⁸⁷⁹ *Ibid.*, p. 1092-1093.

³⁸⁸⁰ CEDH, Gde. Ch., 4 février 2005, *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie*, req. n° 46827/99 et 46951/99, Rec. 2005-I (RGDIP, 2005, 421, obs. G. COHEN-JONATHAN).

³⁸⁸¹ CEDH, 17 janvier 2006, *Aoulmi c. France*, req. n° 50278/99, Rec. 2006-I (JCP G, 2007, n° 37, comm. K. LUCAS-ALBERNI ; *Dalloz*, 2006, 1151, note F. LAZEAUD).

³⁸⁸² La rétroactivité absolue s'applique aux affaires non constituées avant l'entrée en vigueur de solution nouvelle.

³⁸⁸³ *Supra*, n° 686.

³⁸⁸⁴ *Supra*, n° 696.

règle intéressant du point de vue de la modulation prospective. Dans l'affaire *Christine Goodwin*³⁸⁸⁵, la Cour opte pour une prospectivité absolue, car la solution dégagée en l'espèce ne vaut que pour l'avenir, ce qui a pour effet d'exclure le requérant *in casu*³⁸⁸⁶. L'affaire *Grant*³⁸⁸⁷ confirme par suite la solution « *Goodwin* »³⁸⁸⁸. La réserve de l'article 41 de la Convention, pour inviter les parties à trouver un accord au titre de la procédure du règlement amiable³⁸⁸⁹, constitue un autre exemple probant de modulation prospective³⁸⁹⁰. Dans son dispositif, la Cour considère que la « *question de l'application de l'article 41 ne trouve pas à s'appliquer en l'état* », réservant cette question dans l'éventualité d'un accord entre les parties³⁸⁹¹. Au surplus, le recours à l'objectivisation permet de préconiser à l'État défendeur des mesures individuelles et/ou générales de redressement pour accompagner celui-ci dans la résorption de l'inconventionnalité constatée³⁸⁹². Or, ces préconisations ressemblent peu ou prou aux législations provisoires élaborées par la Cour constitutionnelle allemande en cas d'abrogation différée³⁸⁹³ ou aux réserves transitoires émises par le Conseil Constitutionnel³⁸⁹⁴.

³⁸⁸⁵ CEDH, Gde. Ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n°28957/95, Rec. 2002-VI (GACEDH, 2019, n° 46).

³⁸⁸⁶ « *Les constats de violation, avec les conséquences qui en découlent pour l'avenir, peuvent, dans les circonstances, passer pour constituer une satisfaction équitable* », *ibid.*, §§119-120.

³⁸⁸⁷ CEDH, 23 mai 2006, *Grant c. Royaume-Uni*, req. n° 32570/0, Rec. 2006-VII.

³⁸⁸⁸ « *Dans ces conditions, la Cour ne peut souscrire à la thèse de la requérante selon laquelle celle-ci est victime des violations qu'elle dénonce depuis une période antérieure au prononcé de l'arrêt Christine Goodwin, notamment depuis la décision d'octobre 1997 par laquelle elle s'était vu refuser pour la première fois le bénéfice du droit à pension accordé aux femmes. Contrairement à ce que prétend l'intéressée, la Cour n'a pas dit dans l'arrêt Christine Goodwin que les droits conventionnels de Mme Goodwin avaient été violés du fait du refus de pension que celle-ci s'était vu opposer par le passé. Dans cette affaire, la Cour a évoqué les différences existantes entre les hommes et les femmes en matière d'âge de la retraite et de cotisation à l'assurance nationale dans le contexte de son examen des conséquences de la non-reconnaissance du transsexualisme sur le plan juridique. Après avoir rappelé qu'elle avait jugé dans des affaires antérieures que le Gouvernement n'avait pas excédé sa marge d'appréciation, la Cour a conclu à une violation de la Convention dans ledit arrêt en se référant expressément à la situation qui prévalait au moment de l'examen du fond de l'affaire* », *ibid.*, §42.

³⁸⁸⁹ En vertu de l'article 39 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *À tout moment de la procédure, la Cour peut se mettre à la disposition des intéressés en vue de parvenir à un règlement amiable de l'affaire s'inspirant du respect des droits de l'homme tels que les reconnaissent la Convention et ses protocoles* ». La procédure détaillée est indiquée à l'article 62 du Règlement de la Cour européenne.

³⁸⁹⁰ CEDH, Gde. Ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n° 16574/08, Rec. 2013-I (JCP G, 2013, act. 242, obs. F. SUDRE).

³⁸⁹¹ CEDH, Gde. Ch., 25 octobre 2012, *Vistiņš et Pērpjolkins c. Lettonie*, req. n° 71243/01, Rec. 2014-I, §140. La Cour détermine un délai préalable aux parties pour parvenir à un accord. Ce délai est généralement de trois mois.

³⁸⁹² *Supra*, n° 469 et suiv.

³⁸⁹³ X. MAGNON, La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel, *op. cit.*, p. 586.

³⁸⁹⁴ De consécration prétorienne, ces réserves ont pour objet de « *neutraliser les effets inconstitutionnels de la disposition en cause jusqu'à son remplacement par une loi nouvelle* ». Les effets dans le temps des décisions QPC, document d'information, disponible sur le site du Conseil constitutionnel [<https://www.conseilconstitutionnel.fr/node/360/pdf>.] Déterminant la marche à suivre par le législateur, le Conseil s'arroge un pouvoir audacieux mais controversé, ces réserves se rapprochant en pratique d'une réglementation provisoire plutôt que des réserves d'interprétation traditionnelles. Pour quelques lectures critiques, voy. P. PUIG, Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC, *RTD Civ.*, 2010, p. 517 ; N.

On remarquera d'ailleurs que la critique d'un « *accompagnement directif* » attentatoire à la souveraineté des États parties n'est pas sans faire écho aux controverses internes sur la légitimité d'un Conseil Constitutionnel s'imposant comme un « *législateur négatif* » lorsqu'il recourt lui-même à l'abrogation différée³⁸⁹⁵. De cette critique ressort une troisième similitude : celle d'une résorption de l'irrégularité par le législateur national ou conventionnel. La résorption de l'inconstitutionnalité ou de l'inconventionnalité constatée repose sur les épaules du législateur national. Dans le premier cas, seul le législateur français dispose de la possibilité d'adopter les mesures adéquates pour remédier à l'inconstitutionnalité constatée en vertu du principe de séparation des pouvoirs. Dans le second cas portant sur l'inconventionnalité, la réparation du préjudice subi ainsi que la résorption de l'inconventionnalité est à la charge de l'État en vertu du principe de subsidiarité³⁸⁹⁶.

810. En conséquence, des traces de modulation prospective et rétroactive surviennent de temps à autre, tant pour les arrêts de principe que pour les arrêts de revirement. Parallèlement, l'admission récente de la conventionnalité des pratiques de modulation exercées par les juridictions nationales témoignent d'une prérogative plus récusée qu'oubliée.

ii- Une modulation concédée pour les juridictions nationales

811. Puisque « *la Cour ne pouvait réaliser un tel emprunt sans affirmer du même coup [...] la conventionnalité de tels procédés* »³⁸⁹⁷, elle manifeste une certaine « *tolérance* »³⁸⁹⁸ vis-à-vis des prospectivités jurisprudentielles générées par les constats d'inconstitutionnalité prononcés par les cours constitutionnelles. Par exemple, dans la décision *J.R contre Allemagne*, la Commission a considéré que « *le principe de sécurité juridique [...] peut dispenser les États*

JACQUINOT, Regard critique sur la notion de réserve transitoire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *AJDA*, 2018, p. 2007. Ce mécanisme a mis en œuvre en matière fiscale, par ex., C.C, 6 juin 2014, *Société Orange SA* [Frais engagés pour la constitution des garanties de recouvrement des impôts contestés], n° 2014-400 QPC, pt. 11.

³⁸⁹⁵ « *Même si la volonté d'éviter un vide juridique [...] est louable, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de se substituer au Constituant dans la fixation des pouvoirs qui lui sont reconnus ni au législateur dans le choix des réformes à entreprendre, fussent-elles provisoires. Ce pouvoir qu'il semble vouloir s'arroger devra donc être exercé avec la plus grande circonspection. Il devra, dans cet exercice, se borner à tirer les conséquences juridiques de sa décision sans empiéter, même provisoirement, sur les prérogatives du Parlement* », P. PUIG, Le Conseil Constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC, *op. cit.*, ; p. 517. Lire également M. DISANT, Les effets dans le temps des décisions QPC. Le Conseil constitutionnel, « maître du temps » ? Le législateur, bouche du Conseil constitutionnel ?, *op. cit.* Voy. aussi L. DAYDIA, La détermination des effets des décisions QPC : illustration d'un usage perfectible de la Constitution, *RFDC*, 2018, n° 113, p. 33-52, spéc. p. 43 et suiv.

³⁸⁹⁶ *Supra*, n° 283.

³⁸⁹⁷ F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'ombre de *Marckx*, pour un débat renouvelé sur les effets dans le temps des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1108.

³⁸⁹⁸ *Ibid.*, p. 1109.

de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieures aux arrêts de la Cour [...]. Le même principe s'applique lorsqu'une Cour constitutionnelle annule une loi interne pour inconstitutionnalité »³⁸⁹⁹. En l'occurrence, la prospectivité limitée adoptée par la Cour constitutionnelle allemande pour moduler l'application d'une loi fiscale a été jugée conforme à l'article 1 du Protocole n° 1. La solution fut reprise ensuite par la Cour dans une affaire polonaise afférente à l'indépendance des assesseurs³⁹⁰⁰. La Cour constitutionnelle ayant motivé son refus de ne pas autoriser la réouverture des affaires jugées dans le passé sur le fondement du principe de la sécurité juridique, elle considère « *qu'aucun motif ne l'obligerait à ordonner la réouverture de l'affaire des requérants* »³⁹⁰¹. Le juge manifeste une souplesse perceptible à l'égard de la Cour suprême et la préservation de la bonne administration alors même que le manque d'indépendance des assesseurs était avéré³⁹⁰², ce qui n'est sans rappeler la conventionnalité bienveillante dont elle fait généralement preuve en matière de rétroactivité jurisprudentielle³⁹⁰³. Plus récemment, les juges du filtre ont manifesté la même mansuétude à l'encontre des effets différés d'une déclaration d'inconstitutionnalité dans la décision *Chessa contre France*³⁹⁰⁴. En l'occurrence, la question était de savoir si l'abrogation différée de certaines dispositions de la loi nationale était compatible avec le principe de sécurité juridique³⁹⁰⁵. De manière assez lapidaire, la Cour reconnaît que l'abrogation immédiate aurait généré davantage d'insécurité juridique. La modulation prospective n'étant pas entachée

³⁸⁹⁹ Com. EDH, Déc., 18 octobre 1995, *J.R c. Allemagne*, req. n° 22651/93. La Commission a adopté une solution identique concernant l'application prospective de l'amendement de la loi sur la pension de vieillesse au Lichtenstein (Com. EDH Déc., 18 mars 2000, *Walden c. Lichtenstein*, req. 33916/96) ainsi que l'application prospective limitée d'une imposition sur le revenu (Com. EDH, Déc., 26 juin 1996, *Mika c. Autriche*, req. n° 26560/95).

³⁹⁰⁰ CEDH, 30 novembre 2011, *Henryk Urban et Ryszard Urban c. Pologne*, req. n° 23614/18. En l'espèce, les requérants appelaient à la réouverture de leur de la procédure en raison d'un manque supposé de garanties garantissant l'indépendance des assesseurs polonais. Précisément, les assesseurs étaient des « juges stagiaires » nommés par le ministre de la Justice afin d'assister les juges dans les tribunaux de district. Outre le pouvoir de nomination, le ministère dispose également d'un pouvoir de révocation. Déclarée inconstitutionnelle en octobre 2007, cette fonction fut par la suite supprimée.

³⁹⁰¹ *Ibid.*, §46.

³⁹⁰² À l'exception faite de la proximité douteuse du pouvoir exécutif sur les assesseurs, le refus de procéder à la réouverture des procès antérieurs au constat d'inconstitutionnalité est justifié, dans la mesure où la suppression du rôle d'assesseur (qui représentait près de 25% du personnel des tribunaux) aurait entraîné « *un affaiblissement du droit à un tribunal et compromettrait la stabilité du droit et la sécurité juridique* », *ibid.*, §24. Toutefois, rien n'aurait empêché la Cour constitutionnelle d choisir une prospectivité limitée, en laissant cette possibilité pour les requérants en l'espèce : « *la Cour n'exclut pas qu'elle pourrait adopter une approche différente dans une affaire où, par exemple, les circonstances d'une affaire donnent lieu à des motifs légitimes de croire que le ministre avait ou pouvait raisonnablement être considéré comme ayant un intérêt dans la procédure* », *ibid.*, §56.

³⁹⁰³ *Supra*, n° 511.

³⁹⁰⁴ CEDH, Déc., 6 février 2018, *Chessa c. France*, req. n° 76186/11.

³⁹⁰⁵ Le juge national avait décidé de maintenir la disposition en vigueur après l'avoir annulée, jusqu'à ce que le législateur adopte une nouvelle législation.

d'arbitraire, et la nouvelle législation ayant été adoptée deux mois après le prononcé de cette décision, la requête fut déclarée irrecevable³⁹⁰⁶. Si ces affaires se soldent toutes par un constat d'irrecevabilité, la Cour n'accorde nullement un brevet automatique de conventionnalité aux effets modulés des juridictions constitutionnelles nationales, en particulier si celles-ci présentent un caractère arbitraire et injustifié contraire au principe de sécurité juridique³⁹⁰⁷.

812. La reconnaissance de la conventionnalité du mécanisme apparaît d'autant plus logique que le juge national module les effets de ses arrêts dans le cadre du contrôle de conventionnalité. L'atteinte au droit à un procès équitable en est un exemple récurrent. « *Cannibalisant* »³⁹⁰⁸ l'effet prospectif du revirement, l'atteinte aux droits au recours du plaideur constitue l'argument central venant limiter ou accroître l'effet prospectif. Dans un arrêt du 8 juillet 2004³⁹⁰⁹, la Cour de Cassation a accepté de moduler les effets de son annulation contentieuse, considérant que l'application immédiate de la solution aux instances en cours « *aboutirait à priver la victime d'un procès équitable au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne* »³⁹¹⁰. C'est donc bien au nom du principe de sécurité juridique que le juge accepte (ou refuse) de moduler les effets de son annulation pour protéger le droit d'accès au juge dans le cadre du contrôle de conventionnalité. Par voie de conséquence, il aurait été difficile pour la Cour de condamner la conventionnalité d'un mécanisme qui augmente le niveau d'effectivité des droits procéduraux.

813. À l'évidence, « *l'ombre de Marckx n'a jamais [...] cesser de planer sur la jurisprudence strasbourgeoise* »³⁹¹¹. Introduite de manière spectaculaire, la modulation jurisprudentielle est utilisée désormais avec la plus grande discrétion et parcimonie, sans pour autant avoir intégralement disparu du paysage conventionnel. Alors que pour les arrêts ordinaires la Cour gomme toute trace de l'existence d'une telle prérogative, elle exerce une forme de la modulation « innommée » dans le cadre de la procédure de l'arrêt pilote.

³⁹⁰⁶ *Ibid.*, §§31-33.

³⁹⁰⁷ T. LARROUTUROU, Premières décisions de la CEDH relatives aux effets des décisions du Conseil constitutionnel, *Constitutions*, 2018, p. 74.

³⁹⁰⁸ P. MEUNIER, *Jurisprudence, Répertoire de droit civil*, 2017.

³⁹⁰⁹ Cass., 2^{ème} civ, 8 juillet 2004 (*Daloz*, 2005, doct. P. MORVAN ; *RTD Civ.*, 2005, 176, obs. P. THERY).

³⁹¹⁰ P. MORVAN, Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon, *Recueil Dalloz*, 2005, p. 247.

³⁹¹¹ F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'ombre de *Marckx*, pour un débat renouvelé sur les effets dans le temps des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1111.

2°) L'arrêt pilote, une modulation ignorée ?

814. Malgré sa notoriété en droit de la Convention, la notion d'arrêt pilote n'a jamais fait l'objet d'une définition précise, tant pas la Cour européenne que par la doctrine. Comme le relève le Professeur Laurent SERMET, « *la notion [...] ne se laisse pas facilement appréhender et il n'est pas certain que la Cour, elle-même, en ait une conception très arrêtée* »³⁹¹². Alors que cet auteur se penche sur les critères d'identification de ces arrêts, notre étude consistera à analyser ses mécanismes sur le prisme de la modulation jurisprudentielle afin de déterminer s'il si elle pourrait entrer dans la catégorie des arrêts modulés.

815. De prime abord, l'assimilation entre l'arrêt pilote et les arrêts modulés apparaît quelque peu hasardeuse. Alors que les techniques de modulation ont pour objectif une permettre une meilleure gestion des effets de la jurisprudence, la procédure de l'arrêt pilote poursuit une logique « *rationalisée* » de gestion des requêtes³⁹¹³. En effet, elle permet au juge de mieux « *gérer sa charge de travail avec plus d'efficacité et de diligence en réduisant le nombre d'affaires analogues, d'ordinaire complexes, qui doivent faire l'objet d'un examen de détail* »³⁹¹⁴. Si ces techniques juridictionnelles ont un objet différencié, les effets produits par l'arrêt pilote empruntent pour beaucoup à ceux pratiqués classiquement par un arrêt « modulé ». En effet, l'arrêt pilote est doté d'un effet automatique différé³⁹¹⁵, puisque le juge a l'obligation de déterminer systématiquement « *le délai [...] pour l'adoption des mesures mentionnées* », et ce « *en tenant compte de la nature des mesures requises et de la rapidité avec laquelle il peut être remédié au niveau interne, au problème constaté par elle* »³⁹¹⁶. À la différence toutefois de la plupart des juridictions habilitées à moduler, l'État partie peut solliciter une prolongation du délai auprès du juge européen. Entre 2012 et 2013, le Gouvernement roumain avait ainsi demandé successivement une double prorogation de neuf mois et d'un mois pour exécuter

³⁹¹² L. SERMET, L'obscurité de la notion prétorienne d'arrêt pilote, *RDGIP*, 2007, p. 863-878, spéc. p. 864.

³⁹¹³ D. SZYMCZAK, 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, p. 1111.

³⁹¹⁴ Voy. la fiche relative à la procédure de l'arrêt pilote, disponible au lien suivant : [\[https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_FRA.pdf\]](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_FRA.pdf).

³⁹¹⁵ Pour rappel, l'effet différé consiste à reporter les effets de la norme censurée à une date ultérieure fixée par le juge, X. MAGNON, La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel, *op. cit.*, p. 562.

³⁹¹⁶ Article 61 Paragraphe 4 du Règlement intérieur de la Cour.

l'arrêt pilote *Maria Atanasiu*³⁹¹⁷. L'effet immédiat³⁹¹⁸ de l'arrêt pilote dénote en revanche par son originalité, en comparaison avec rapport les techniques de modulation traditionnelle. Dans le cadre de la modulation, le juge applique ou non la censure à l'ensemble des situations en cours, ou peut décider d'en réserver l'application aux situations *ex casu* ou *in casu* en fonction des inconvénients occasionnés sur leurs attentes légitimes. C'est pourquoi dans l'arrêt *Marckx*³⁹¹⁹ la Cour a dispensé l'État belge « *de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt* »³⁹²⁰. Sans être qualifié de modulation, le panel des solutions proposées par l'article 61 lui donne des prérogatives similaires. Si l'on se place du côté des requérants *ex casu*, ces derniers ne tirent pas le bénéfice du constat de violation de l'arrêt pilote. L'effet immédiat est suspendu automatiquement pour les instances en cours, exception faite en cas d'inexécution de l'arrêt pilote par l'État. Il s'agit non plus de moduler, mais de surseoir à statuer en attendant le traitement de l'inconventionnalité constatée en droit interne³⁹²¹. La prospectivité emportée par l'arrêt pilote est donc absolue. En revanche, l'effet immédiat de l'arrêt pilote au requérant *in casu* apparaît préservé ou, tout du moins, pris en considération. La Cour se réserve le droit de reporter l'octroi de la satisfaction équitable à la date d'expiration du délai. Dans l'affaire *Kurić*³⁹²², la satisfaction équitable sollicitée par les requérants a été reportée sur ce fondement, la Cour estimant que « *la question de l'application de l'article 41 devait être résolue non seulement compte tenu de la possibilité que les parties parviennent à un accord, mais aussi à la lumière de toute mesure à caractère individuel ou général que le Gouvernement pourrait prendre en exécution de l'arrêt au principal* »³⁹²³. Le requérant se retrouve ainsi privé temporairement des bénéfices de son recours devant la Cour, sous prétexte d'assurer un redressement plus rapide de la violation constatée³⁹²⁴. Fort

³⁹¹⁷ CEDH, 12 octobre 2010, *Maria Atanasiu et autres c. Roumanie*, req. n° 30767/05 et 33800/06230 (JDI, 2011, n° 4, p. 1373-1378, note E. DECAUX) ; voy. le communiqué de presse portant acceptation de la Cour de la demande du Gouvernement sur le report du délai de mise en place de mesure général [<https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-4314237-5163342%22%7D>].

³⁹¹⁸ Pour rappel, l'effet immédiat régit les situations en cours préconstituées, c'est-à-dire celles qui n'ont pas acquis un caractère définitif. Cela concerne à la fois la situation des parties *in casu* et *ex casu*.

³⁹¹⁹ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, (GACEDH, 2019, n° 51).

³⁹²⁰ *Ibid.*, §58.

³⁹²¹ Comme le précise le règlement de la Cour, « *l'ajournement de ces affaires, généralement pendant une période précise, peut être subordonné à la condition que l'État défendeur prenne rapidement des mesures effectives* », voy. note d'information du greffier de la procédure de l'arrêt pilote, pt. 5 [https://www.echr.coe.int/Documents/Pilot_judgment_procedure_FRA.pdf].

³⁹²² CEDH, Gde. Ch., 22 juin 2012, *Kurić autres c. Slovénie (satisfaction équitable)*, req. n° 26828/06, §§8-9.

³⁹²³ *Ibid.*, §9.

³⁹²⁴ « *Un autre but important poursuivi par la procédure d'arrêt pilote est d'offrir dans les meilleurs délais aux nombreuses personnes affectées par le problème structurel mis en lumière dans l'arrêt pilote un redressement au niveau national* » CEDH, Gde. Ch., 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne*, req. n° 31443/96, Rec. 1999-VII, §193 (GACEDH, 2019, n° 74).

heureusement, la procédure prévoit l'ajournement de la requête si la situation l'exige³⁹²⁵, ce qui évite cette difficulté en préservant les attentes légitimes du requérant d'espèce.

816. Si la procédure de l'arrêt pilote présente un arsenal juridique proche des juridictions dotées d'une prérogative de modulation, l'absence de pouvoir d'annulation du côté strasbourgeoise empêche une assimilation péremptoire de l'arrêt pilote à une technique jurisprudentielle de modulation. Comme le soulève le Professeur John-Alec STONE SWEET, « *au contraire de la plupart des cours constitutionnels, la Cour de Strasbourg n'a pas le pouvoir d'invalidier des normes juridiques qui sont incompatibles avec les droits fondamentaux* »³⁹²⁶. Alors que l'abrogation immédiate ou différée engendre irrémédiablement sa disparition subséquente dans l'ordre juridique, la norme nationale frappée d'inconventionnalité ne sera pas supprimée de l'ordre juridique suite au prononcé de la violation. Même dans l'hypothèse où son dispositif contient des mesures de redressement injonctives, le constat reste une invitation adressée au législateur national mais qui reste dépourvue de force contraignante. Les arrêts pilotes « *ne sont pas revêtus d'une autorité interprétative spéciale ni d'une force juridique distincte* »³⁹²⁷, à l'instar des arrêts ordinaires. Leur exécution repose en conséquence sur la bonne foi de l'État défendeur³⁹²⁸.

817. Enfin, la question d'une modulation ignorée se pose également pour les « *faux* »³⁹²⁹ arrêts pilotes ou les « *arrêts potentiellement pilotes* »³⁹³⁰, autrement les arrêts qui ne sont pas identifiés formellement comme tels mais qui en présentent toutes les caractéristiques matérielles, en particulier le pouvoir d'injonction³⁹³¹. Dans cette hypothèse, la Cour donne instructions à l'État partie dans la résorption de la violation pour l'avenir. Par exemple, dans l'affaire *Marcello Viola contre Italie (n° 2)*³⁹³², la Cour relève l'existence d'« *un problème*

³⁹²⁵ Conformément au paragraphe 4 de l'article 61 du Règlement de la Cour, « *la Cour peut à tout moment reprendre l'examen d'une affaire ajournée si l'intérêt de la justice l'exige, par exemple lorsqu'en raison de la situation particulière du requérant, il n'est ni juste ni raisonnable qu'il attende plus longtemps le redressement de ses griefs* », note d'information du greffier sur la procédure de l'arrêt pilote [https://www.echr.coe.int/Documents/Pilot_judgment_procedure_FRA.pdf].

³⁹²⁶ J-A. STONE SWEET, Sur la constitutionnalisation de la Convention européenne des droits de l'homme : cinquante ans après son installation, la Cour européenne des droits de l'homme conçue comme une Cour constitutionnelle, *RTDH*, 2009/80, p. 923-944, spéc. p. 933.

³⁹²⁷ Opinion en partie concordante, en partie dissidente du juge PINTO DE ALBUQUERQUE jointe à l'arrêt CEDH, Gde., Ch., 28 juin 2018, *G.I.E.M.S.R.L et autres c. Italie*, req. n° 1828/06, 34163/07 et 19029/1, pt. 40.

³⁹²⁸ Dévolue au Conseil des Ministres, la Cour européenne est incompétente pour connaître d'un recours portant sur une violation de l'article 46§1 causée par l'inexécution de l'un de ses arrêts.

³⁹²⁹ M. AFROUKH, La Cour européenne des droits de l'homme et l'exécution de ses arrêts, *RDLF*, 2012, chron. n° 05.

³⁹³⁰ L. SERMET, L'obscur clarté de la notion prétorienne d'arrêt pilote, *op. cit.*, p. 870.

³⁹³¹ *Ibid.*, p. 864.

³⁹³² CEDH, 13 juin 2019, *Marcello Viola contre Italie (n° 2)*, req. n° 77633/16.

structurel qui fait qu'un certain nombre de requêtes sont actuellement pendantes devant la Cour. En perspective, elle pourrait donner lieu à l'introduction de nombreuses autres requêtes portant sur la même problématique »³⁹³³. Ce faisant, elle dicte à l'État défendeur une législation type visant à instaurer une réforme législative de la réclusion à perpétuité conforme à l'article 3 de la Convention. Pour cela, elle rejette la présomption irréfragable de dangerosité et préconise à la place une procédure de réexamen, et ce pour permettre « *aux autorités de déterminer si, au cours de l'exécution de sa peine, le détenu a tellement évolué et progressé sur le chemin de l'amendement qu'aucun motif légitime d'ordre pénologique ne justifie plus son maintien en détention, et au condamné de bénéficier ainsi du droit de savoir ce qu'il doit faire pour que sa libération soit envisagée et ce que sont les conditions applicables* »³⁹³⁴. Cet exemple montre que la modulation n'est pas propre à la procédure de l'arrêt pilote et pourrait donc s'étendre plus largement aux arrêts établissant des législations-types³⁹³⁵ dans la détermination de la satisfaction équitable. En exerçant un pouvoir injonctif, la Cour exerce une forme de modulation jurisprudentielle. Bien qu'innommé, le déploiement de ces nouvelles formes d'arrêts pilotes nécessitent de procéder à la clarification prétorienne quant à leur nature, et de déterminer également l'étendue de cette prérogative pour éviter des modulations dispersées et dépourvues de tout encadrement quant à leur contenu et leurs conséquences juridiques.

818. La Cour européenne serait-elle un juge « modulateur » au même titre que la Cour de Cassation ou le Conseil Constitutionnel ? La réponse est positive. Pour les arrêts ordinaires, elle est un juge « modulateur » qui peine à s'assumer, préférant exercer sa compétence en catimini, mais qui admet la conventionnalité d'une pratique au niveau national. Pour les arrêts pilotes, elle est un juge « modulateur » qui s'ignore alors même que les instruments inhérents à cette procédure mettent en exergue un régime de modulation sophistiquée et adaptée à la résorption des violations systémiques et répétitives. Le débat relatif à l'instauration d'un « *droit transitoire jurisprudentiel strasbourgeois* » reste toujours d'actualité³⁹³⁶. Son plaidoyer est d'autant plus légitime que cette technique juridictionnelle présente de nombreuses potentialités pour résorber efficacement les causes d'insécurité juridique *in globo*.

³⁹³³ *Ibid.*, §141.

³⁹³⁴ *Ibid.*, §143.

³⁹³⁵ *Supra*, n° 461 et suiv.

³⁹³⁶ F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'ombre de *Marckx*, pour un débat renouvelé sur les effets dans le temps des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1114.

B- Une concrétisation salutaire pour les sécurités juridiques

819. En ce qu'elle est en charge de concilier une pluralité de sécurités juridiques, la modulation jurisprudentielle exige la plus grande habileté dans son exercice. Il faut parvenir à « garantir l'effet utile de la procédure entamée pour les droits et libertés des justiciables et portée par eux » et préserver « la sécurité juridique générale, ce qui requiert la plus grande précaution s'agissant de la remise en cause des effets juridiques passés dont la portée est parfois importante, ainsi que d'éventuelles créations de vides juridiques perturbateurs »³⁹³⁷. Dans le même temps, « la sécurité juridique implique également que le pouvoir soit encadré avec les standards inscrits avec les objectifs de lisibilité du droit et des standards inscrits dans la Convention européenne des droits de l'homme »³⁹³⁸. Malgré le fait qu'une modulation jurisprudentielle mal gérée puisse être une source intarissable d'insécurité juridique *in globo*, il est communément admis que la modulation apporte de nombreux bienfaits sur la sécurité juridique en ce qu'elle offre une « meilleure technique permettant de garantir et de parvenir à un équilibre adapté entre l'exigence de régularité de la norme et de celle de la sécurité juridique »³⁹³⁹. Pour cela, la Cour doit exercer synchroniquement une modulation *in concreto* et *in abstracto* pour parvenir à une conciliation optimale entre ces différents paramètres. Dans un premier temps, elle corrigerait, par une modulation *in concreto*, la toxicité de sa jurisprudence sur les sécurités juridiques individuelles et étatiques (1°). Dans un second temps, elle garantirait l'unité et la cohérence du droit de la Convention au titre de l'ordre public européen par la modulation *in abstracto* (2°).

1°) L'optimisation de la conciliation entre les intérêts antagonistes de sécurités juridiques par la modulation *in concreto*

820. Précédemment, cette étude a pu démontrer que la conciliation entre les intérêts antagonistes de sécurités juridiques était difficile. S'il est impossible de tendre vers une conciliation parfaite, la modulation *in concreto* optimise l'équilibre délicat entre la sécurité juridique des individus (a) et celles des États parties au litige (b).

³⁹³⁷ M. EYNARD, La modulation des effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité prononcées dans le cadre de questions prioritaires de constitutionnalité : typologie des solutions et perspectives, *RFDC*, 2018, p. 317-342, spéc. p. 320.

³⁹³⁸ *Ibidem*.

³⁹³⁹ X. MAGNON, La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel, *op. cit.*, p. 560.

**a- Des sécurités juridiques subjectives préservées dans la gestion de la prospective
jurisprudentielle**

821. Souvent sacrifiés au nom de l'intérêt général, les requérants sont les premières victimes des effets mal gérés d'une censure jurisprudentielle³⁹⁴⁰, en particulier dans un système en charge d'assurer la protection effective de leurs droits fondamentaux³⁹⁴¹. En soi, la critique de l'imprévisibilité subjective n'est pas neuve puisque le revirement met à mal, que l'effet soit rétroactif ou prospectif, les anticipations légitimes des requérants³⁹⁴². La modulation *in concreto* résout cette insécurité juridique, car elle permet d'évaluer les conséquences emportées par le constat d'inconventionnalité sur les attentes légitimes³⁹⁴³. Cependant, les bienfaits apportés par la modulation *in concreto* doivent être nuancés selon la technique jurisprudentielle choisie et la protection qu'elle confère au requérant.

822. Aux yeux des justiciables, l'effet immédiat se cristallise dans la réparation du préjudice subi au titre de la satisfaction équitable. Compte tenu des retards de paiement de la satisfaction équitable, le requérant bénéficie rarement de l'effet immédiat associé à l'arrêt définitif³⁹⁴⁴. Le choix de la prospective absolue entérine tout espoir de satisfaction équitable, puisque le requérant devra attendre une modification ultérieure de la norme frappée d'inconventionnalité par le législateur national pour que la réparation *in integrum* soit véritablement effective. La neutralisation de toute satisfaction équitable individuelle avait été réprimée par les juges dissidents dans l'arrêt *Marckx*³⁹⁴⁵. Selon eux, « l'évaluation du caractère équitable de la

³⁹⁴⁰ C'est d'ailleurs le nerf de la guerre des opposants au revirement, à laquelle se rallie partiellement les plus optimistes. Pour un résumé, voy. notamment P. DEUMIER, *Jurisprudence Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2017. Ce fut notamment l'une des critiques majeures du rapport MOLFESSIS, voy. sur ce point V. HEUZE, À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité, *JCP G*, 2005, n° 14, doct. 130.

³⁹⁴¹ Ce phénomène s'accroît lorsque le juge décide de revirer ou piloter sa jurisprudence. Comme l'argue le requérant dans l'affaire *UNEDIC*, « l'application rétroactive d'une jurisprudence nouvelle peut se trouver en contradiction avec les exigences de la Convention en matière d'accessibilité et de prévisibilité du droit. Puisque la Cour reconnaît la violation des droits garantis par la Convention lorsqu'elle est confrontée à des textes produisant leurs effets sur des faits passés et modifiant les attentes légitimes des justiciables, elle pourrait aussi le faire lorsqu'elle constate que la modification des données jurisprudentielles emporte de facto les mêmes effets », CEDH, 18 décembre 2008, *Unedic c. France*, req. n° 20153/04, §61 (*JCP G*, 2009, I 143, obs. F. SUDRE).

³⁹⁴² « La norme jurisprudentielle est une violence pour celui qui croyait légitimement dans un sens établi de la norme en vigueur au jour de l'acte en cause, comme l'on croit en l'apparence d'un phénomène que rien ne commande de contester », J. MONEGER, À propos de la rétroactivité de la jurisprudence, *RTD Civ.*, 2005, p. 323.

³⁹⁴³ « Cette foi prêtée à la jurisprudence d'alors va justifier qu'une exception puisse être faite fait à la rétroactivité, eu égard à la situation des parties et au respect des atteintes légitimes », in P. DEUMIER, Modulation de la jurisprudence : balances avantages inconvénients ou règle de conflit caché ?, *RTD Civ.*, 2017, p. 77.

³⁹⁴⁴ *Supra*, n° 732.

³⁹⁴⁵ En l'occurrence, la Cour avait refusé d'octroyer une satisfaction pécuniaire, jugeant qu'il n'y a pas lieu d'accorder aux requérantes « une satisfaction équitable autre que celle résultant de la constatation de plusieurs

satisfaction due à une partie lésée, sous la forme de la constatation de la violation de ses droits par la Cour, ne saurait être acquise par une décision de principe de portée générale seulement, et que l'appréciation du caractère équitable de la satisfaction accordée à la partie lésée et la forme qui lui est donnée doivent être déterminées par les faits et les situations propres à chaque affaire ». Partant, l'octroi de la satisfaction équitable « *due en compensation d'un dommage moral, doit conserver un caractère personnel adapté [...] ; elle est fondée [...] sur le dommage que [les requérantes] ont subi et sur l'intérêt qu'elles ont à être reconnues individuellement victimes de la situation juridique créée par l'État* »³⁹⁴⁶. *A priori*, la prospectivité absolue s'inscrit dans la conception de la réparation *in integrum* et la satisfaction équitable telle qu'interprétée par la Cour. Toutefois, l'absence de satisfaction pécuniaire pour le dommage moral subi empêche le requérant de tirer un gain personnel de cette saisine réussie, ce qui contraste avec l'image d'un prétoire orienté vers la protection de la justice individuelle. Une telle prospectivité altère conséquemment la fiabilité et « *la confiance du citoyen dans l'appareil de la justice* »³⁹⁴⁷ en érodant à la longue la sécurité juridique objective. Cela pourrait donner lieu à un effet dissuasif sur les futurs plaideurs qui se présenteraient avec une proposition de revirement ou de clarification jurisprudentielle. Comme l'affirme le Professeur François OST, l'initiative des plaideurs est une « *une source essentielle de progrès juridique* »³⁹⁴⁸. À cela s'ajoutent les dangers intrinsèques à une solution jurisprudentielle dont l'application est reportée à une date ultérieure, ce qui s'avèrent fatals pour la stabilité juridique des instances en cours et futures³⁹⁴⁹. En conséquence, la modulation peut tant servir les intérêts de sécurité juridique des justiciables que les anéantir. Aussi est-il impérieux que le juge puisse modérer

lésions de leurs droits », CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §68 (GACEDH, 2019, n° 51).

³⁹⁴⁶ Opinion dissidente commune aux juges BALLADORE PALLIERI, PEDERSEN, GANSHOF VAN DER MEERSCH, EVRIGENIS, PINHEIRO FARINHA et GARCIA DE ENTERRIA sur l'application de l'article 50, jointe à l'arrêt *Marckx*, *ibid*.

³⁹⁴⁷ CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie*, req. n° 13279/05, §55 (JCP G, 2012, doct. 87, F. SUDRE).

³⁹⁴⁸ F. OST, *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, *op. cit.*, p. 31-134, empruntée à K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit & Justice », 2009, p. 365.

³⁹⁴⁹ Il serait loisible d'y adjoindre le risque d'un sentiment d'arbitraire suscité par l'abandon pur et simple de la règle nouvelle posée par le revirement prospectif. Ceci porterait considérablement atteintes à la sécurité juridique extra partes mais aussi les situations juridiques préconstituées placée sous l'empire de la loi nouvelle. Non seulement « *on parviendrait alors à cette situation assez étrange que le revirement annoncé n'a reçu aucune application* », mais cet abandon provoquerait davantage d'insécurité juridique en privant les justiciables futurs (soit en cours d'instance soit dans ceux dont la prévision en cours d'élaboration) de l'application de la norme nouvelle. L'atteinte combinée des sécurités juridiques subjectives atteindrait son zénith, J-L. AUBERT, À propos du revirement de jurisprudence. Faut-il « moduler » dans le temps les revirements de jurisprudence ? ... J'en doute !, *RTD Civ.*, 2005, p. 300.

avec circonscription les effets de sa jurisprudence afin d'optimiser la protection de la sécurité juridique subjective.

823. La procédure de l'arrêt pilote présente à ce titre les instruments suffisants d'une modulation *in concreto* capable d'accomplir un tel dessein. Si l'atteinte à la sécurité juridique subjective du requérant n'est que temporaire, le paiement de sa satisfaction équitable est éventuellement suspendu, le temps que l'État défendeur rectifie la violation dans le délai imparti. La suspension n'est pas irréversible. L'article 61 prévoit que la Cour puisse « *ajourner une requête si l'intérêt d'une bonne administration de la justice l'exige* »³⁹⁵⁰. Le mécanisme laisse une marge de manœuvre au juge lui permettant de préserver l'effet utile de l'arrêt pilote dans la mesure où, « *en raison de la situation particulière du requérant, il n'est ni juste ni raisonnable qu'il attende plus longtemps le redressement de ses griefs* »³⁹⁵¹. Par ailleurs, l'octroi de mesures individuelles endigue les risques d'insécurité juridique pour le requérant en l'espèce. Dans l'arrêt *Hutten-Czapaska*³⁹⁵², si le juge reporte l'octroi de la satisfaction équitable en demandant au requérant de la tenir informée de « *tout accord auquel ils pourraient aboutir* », il assortit sa décision de mesures individuelles spécifiques : « *l'État défendeur devait garantir au moyen de mesures juridiques ou autres appropriées un montant raisonnable de loyer à la requérante et aux autres personnes se trouvant dans la même situation qu'elle, ou leur offrir un mécanisme atténuant les conséquences susmentionnées de l'encadrement par l'État des augmentations de loyer sur leur droit de propriété* »³⁹⁵³. La « modulation » pratiquée permet au juge d'optimiser la solution dégagée dans l'arrêt pilote, en assurant à la fois une réparation effective et spécifique pour le requérant dans l'intérêt de sa sécurité juridique, et dans l'intérêt de la sécurité juridique du droit de la Convention. L'application *in concreto* peut se révéler en contradiction avec les droits fondamentaux du plaideur. L'atteinte au droit à un procès équitable en est un exemple récurrent. L'atteinte aux droits au recours du plaideur constitue l'argument central venant limiter ou accroître l'effet prospectif au nom de la sécurité juridique du plaideur. La privation du « bénéfice » de la solution immédiate se révèle alors nettement préférable³⁹⁵⁴.

³⁹⁵⁰ Article 61, Alinéa 6 c), du Règlement intérieur de la Cour.

³⁹⁵¹ Note d'information du greffier sur la procédure de l'arrêt pilote, [https://www.echr.coe.int/Documents/Pilot_judgment_procedure_FRA.pdf].

³⁹⁵² CEDH, Gde. Ch. 19 juin 2006, *Hutten-Czapaska c. Pologne*, req. n° 35014/97.

³⁹⁵³ *Ibid.*, §6.

³⁹⁵⁴ Les juridictions administratives et judiciaires ont légitimé le report de la solution nouvelle dégagée en l'espèce au nom du procès équitable. Dans l'affaire *Société Tropic*, le Conseil d'État avait estimé que « *qu'il appartient en principe au juge d'appliquer les règles définies ci-dessus qui, prises dans leur ensemble, n'apportent pas de limitation au droit fondamental qu'est le droit au recours ; que toutefois, eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours et sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant la date de lecture de la présente décision,*

Sous l'angle de la satisfaction équitable, l'arrêt pilote démontre la pertinence d'un tel argument. Souvent, l'ampleur de la violation incite la Cour à suspendre l'octroi de la satisfaction équitable dans la mesure où l'État ne dispose pas de recours juridictionnel effectif permettant au requérant de faire valoir utilement ses droits devant le juge national. Il apparaît judicieux d'attendre que l'État rectifie la solution en instaurant *a posteriori* des voies de recours effectives pour permettre au requérant de bénéficier de la réparation du dommage subi, sauf circonstances particulières qui inciteraient la Cour à en préserver l'effet utile pour le seul requérant à l'origine de la saisine³⁹⁵⁵. Bien qu'un tel pragmatisme ne soit pas entièrement satisfaisant pour le requérant, il se justifie par la protection du mécanisme contre l'engorgement du prétoire résultant de ces violations, et la perte subséquente de la qualité de la justice conventionnelle qui en résulte.

b- Des sécurités juridiques étatiques reconsidérées dans la gestion de la rétroactivité jurisprudentielle

824. Sans chercher à défausser les États parties de leur part de responsabilité dans le respect du droit de la Convention³⁹⁵⁶, l'atteinte automatique et surtout indifférenciée de ses attentes légitimes par le changement de cap mériterait d'être repensée sous l'angle de modulation. À l'exception des constats de violation consécutifs à une mauvaise foi caractérisée de l'État partie, cette technique pourrait en revanche être appliquée lorsque le revirement ou la clarification jurisprudentielle portent atteinte de manière manifestement imprévisible à la sécurité juridique de l'État³⁹⁵⁷. En sus des problèmes d'interprétation liés au contenu de l'obligation conventionnelle nouvelle ou enrichie³⁹⁵⁸, la rétroactivité jurisprudentielle les place aussi dans une situation anxiogène quant à l'applicabilité temporelle précise de ladite obligation. Comme le relève le juge Vladimiro ZAGREBELSKY dans son opinion jointe à l'affaire *Demir et*

le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à cette date », CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic-Travaux-Signalisation-Guadeloupe*, req. n° 291545 (*AJDA*, 2007, not. F. MODERNE ; *LPA*, 2007, n° 208, comm. F. BUY) ; Pour la Cour de cassation : « *l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable* », Cass. 2^{ème} civ., 8 juillet 2004 (*Dalloz*, 2005, doct. P. MORVAN ; *RTD Civ.*, 2005, 176, obs. P. THERY).

³⁹⁵⁵ CEDH, Gde. Ch., 19 juin 2006, *Hutten-Czapaska c. Pologne*, req. n° 35014/97.

³⁹⁵⁶ *Supra*, n° 727 et suiv.

³⁹⁵⁷ Sur cette sécurité juridique, voy. *supra*, n° 682 et suiv.

³⁹⁵⁸ S. TOUZE, Deux facettes différentes de l'imprévisibilité sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme, *RDP*, 2016, n° 3, p. 847.

*Baykara*³⁹⁵⁹, « la nouvelle jurisprudence [...] impose une obligation nouvelle aux États, une rétroactivité automatique et non encadrée », qui est, selon lui, « difficilement compatible avec l'exigence de prévisibilité et de sécurité juridique »³⁹⁶⁰. Cette imprécision affecte autant l'État défendeur que les autres États parties à la Convention qui doivent assurer la protection de la garantie collective au nom de l'effet *erga omnes*³⁹⁶¹. La toxicité se révèle paroxystique lorsqu'il s'agit d'un revirement ou d'une clarification involutive qui bousculent une prévisibilité sédimentée dans l'acquis conventionnel, à l'image de la récente affaire *Beuze contre Belgique*³⁹⁶². Sans forcément conduire à une neutralisation systématique de la rétroactivité au profit d'un revirement *in futuro* (qui pour le coup, porterait gravement à la sécurité juridique du requérant en faveur de l'État, ce qui n'est pas non plus souhaité), la modulation jurisprudentielle se révèle bénéfique pour la sécurité juridique des États. En effet, elle accorde davantage de « poids » à leurs attentes et *in fine*, à la décision du juge européen, qui gagnerait en force persuasive et en autorité. Que la Cour aboutisse à une modulation ou non, la prise en compte du comportement attendu de l'État viendrait légitimer « psychologiquement » le constat de violation en favorisant son acceptabilité, tout en diminuant les revendications étatiques vis-à-vis de la jurisprudence européenne. Il est vrai, le succès de cette démarche n'est pas garanti. L'arrêt *Marckx* est en ce sens exemplaire³⁹⁶³. En se fondant sur la préservation des droits acquis et de la stabilité juridiques des successions antérieures à son arrêt, la Cour accepte de moduler la portée de sa solution « eu égard à l'ensemble de ces circonstances »³⁹⁶⁴. En protégeant les législations des États contractants, elle répond directement à l'argument « sécurité juridique » émis par l'État belge, ce qui ne la dispense pas de le sanctionner. Par voie de conséquence, la modulation s'exerce donc dans une conciliation optimale et « équilibrée » entre la sécurité juridique des États (parties et défendeurs), celle des successions légalement acquises et définitives, et l'effectivité maximale des droits conventionnels. Cependant, une telle démarche n'a pas permis d'éradiquer rapidement l'inconventionnalité, en atteste l'arrêt *Vermeire contre Belgique*³⁹⁶⁵.

³⁹⁵⁹ CEDH, Gde. Ch., 12 novembre 2006, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n° 34503/97, Rec. 2008-V (GACEDH, 2019, n° 64).

³⁹⁶⁰ Opinion séparée du juge ZAGREBELSKY jointe à l'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie*, *ibid.*, pt. 7.

³⁹⁶¹ Sur les lacunes inusuelles provoquées par l'absence de « dosage » des effets rétroactifs de ses revirements, voy. K. LUCAS-ALBERNI, La CEDH face à la gestion des effets de ses revirements de jurisprudence, *JCP G*, 2007, n° 37, comm. 10152.

³⁹⁶² CEDH, Gde. Ch., 9 nov. 2018, *Beuze c. Belgique*, n° 71409/10, §§49-77 (*JCP G*, 2018, n° 48, 1249, veille F. SUDRE ; *RTDH*, 2019, 118, obs. M-A. BEERNAERT). Sur cet arrêt, voy. *supra*, n° 691.

³⁹⁶³ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31 (GACEDH, 2019, n° 51).

³⁹⁶⁴ *Ibid.*, §58.

³⁹⁶⁵ CEDH, Ch., 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, req. n° 12849/87, série A. 214-C, §26.

825. Loin d'être circonscrits aux revirements et clarifications jurisprudentielles, des écrits doctrinaux font état de défaillances similaires en ce qui concerne la « modulation » implicite des arrêts pilotes. Impulsées souvent dans l'urgence, les mesures de redressement générales adressées aux États sont rarement bien « pesées » par la Cour européenne. Les hésitations du juge à exercer un réel pouvoir « directif » jouent sur le niveau de clarté des mesures préconisées. Outre l'insécurité juridique produite par le flou de sa base légale³⁹⁶⁶ ou la « banalisation » de cette pratique³⁹⁶⁷, c'est donc l'absence de prise en compte des conséquences prospectives générées par l'arrêt qui est problématique. D'une part, l'absence de clarté et de précision de certaines préconisations laisse potentiellement place soit à une mauvaise exécution, soit à une exécution partielle de l'arrêt³⁹⁶⁸. D'autre part, les mesures préconisées ne constituent pas systématiquement des remèdes adaptés pour résorber la violation³⁹⁶⁹. À notre sens, une modulation plus explicite et plus sophistiquée, axée sur un pouvoir d'injonction plus assumé en concordance avec l'objectif de « responsabilité partagée »³⁹⁷⁰, comblerait toute insécurité juridique du côté de l'État, en empêchant, dans une certaine mesure que ce dernier ne se dérobe du respect de ses obligations conventionnelles.

826. Efficace dans la conciliation des intérêts antagonistes de sécurités juridiques, la modulation *in concreto* doit nécessairement s'accompagner d'une modulation *in abstracto* afin d'assurer la stabilité globale du droit de la Convention.

2°) L'optimisation de la sécurité juridique *in globo* par la modulation *in abstracto*

827. Par définition, la modulation *in abstracto* s'attarde à protéger de manière « générale et abstraite les conséquences d'une jurisprudence sur l'ordre juridique ou la jurisprudence »³⁹⁷¹. Elle cherche à préserver l'équilibre entre l'exigence de régularité de l'ordre juridique et

³⁹⁶⁶ F. SUDRE, L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH*, 2008/76, p. 917-947, spéc. p. 992.

³⁹⁶⁷ Certains arrêts prennent l'aspect d'arrêts-pilotes sans qu'ils soient mentionnés comme tels. Ces « faux arrêts pilotes » dénotent la banalisation d'une pratique censée s'appliquer exclusivement aux cas de violation les plus graves. Pour une critique négative de cette pratique, voy. M. AFROUKH, La Cour européenne des droits de l'Homme et l'exécution de ses arrêts, *op. cit.*, chron. n° 05. Pour une critique positive des « quasi arrêts pilotes », voy. P. DUCOULOMBIER, « "Arrêts pilotes" et efficacité des nouveaux recours internes », in P. DOURNEAU-JOSETTE (dir.) et E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *Quels filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme ?*, Conseil de l'Europe, Hors collection, 2011, p. 255-292.

³⁹⁶⁸ P. DUCOULOMBIER, « "Arrêts pilotes" et efficacité des nouveaux recours internes », *op. cit.*, p. 268.

³⁹⁶⁹ D. SZYMCZAK, 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, p. 1111.

³⁹⁷⁰ P. DUCOULOMBIER, « "Arrêts pilotes" et efficacité des nouveaux recours internes », *op. cit.*, p. 269.

³⁹⁷¹ P. DEUMIER, Les différentes figures de la modulation de la jurisprudence, *RDP*, 2016, p. 815.

l'impératif de sécurité juridique³⁹⁷². Proche de la méthode législative³⁹⁷³, la modulation *in abstracto* conserve la bonne administration de la justice conventionnelle et les intérêts généraux du droit de la Convention³⁹⁷⁴. En ce qu'elle joue le rôle de gardienne de l'unité du droit³⁹⁷⁵, elle sauvegarde la cohérence de l'œuvre jurisprudentielle, revenant de la sorte à un niveau « normal » d'insécurité jurisprudentielle³⁹⁷⁶. Le recours à la modulation *in abstracto* impose au juge d'exposer plus longuement sa réflexion sur les conséquences générées par son revirement aux parties et nécessite de recourir aux préceptes du conséquentialisme (a). Afin d'éviter que cette technique ne s'opère au détriment des sécurités juridiques individuelles et étatiques, elle doit nécessairement s'accompagner en parallèle d'une modulation *in concreto* (b).

a- Une optimisation subordonnée par le développement du conséquentialisme jurisprudentiel

828. Selon une thèse de principe, l'approche conséquentialiste consiste à « *comprendre quels éléments [...] relatifs à l'évaluation des conséquences le juge a pris en considération* » et comment ce dernier « *les a mis en tension, les a confrontés, conciliés avec les arguments de logique juridique habituels pour parvenir au choix tel qu'il est exposé dans la décision* »³⁹⁷⁷. En sous-pesant les effets négatifs et positifs corrélés à un arrêt de principe ou à un arrêt de revirement, le juge sera à même d'évaluer l'impact concret de sa jurisprudence, ce qui renforcerait l'autorité persuasive rattachée à son arrêt, la sécurité juridique des parties et, à terme, la sécurité juridique *in globo*. Spécifiquement, cela permettrait au juge de la Convention de sécuriser de manière préventive et prospective sa jurisprudence, en rééquilibrant de manière immédiate les sécurités juridiques en présence, puis de manière médiate la sécurité juridique générée par l'effet de sa solution sur la cohérence du droit de la Convention. De cette façon, « *l'incertitude due aux nécessaires mouvements de sa jurisprudence [serait] "habillée" par la*

³⁹⁷² X. MAGNON, La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel, *op. cit.*, p. 575.

³⁹⁷³ P. DEUMIER, Les différentes figures de la modulation de la jurisprudence, *op. cit.*, p. 815.

³⁹⁷⁴ Dans l'arrêt *Marckx*, la Cour rappelle que « *les conséquences pratiques de toute décision juridictionnelle doivent être pesées avec soin, mais on ne saurait (...) aller jusqu'à infléchir l'objectivité du droit et compromettre son application future en raison des répercussions qu'une décision de justice peut entraîner pour le passé* », reprenant *mutadis mutandis* le considérant de principe de son homologue européenne dégagée dans l'arrêt *Defrenne contre Sabena*, CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §58 (GACEDH, 2019, n° 51) et CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne c. Sabena*, aff. 43/75, Rec. 1976, p. 00455, pt. 74.

³⁹⁷⁵ P. DEUMIER, Modulation de la jurisprudence : balances avantages inconvénients ou règle de conflit caché ?, *RTD Civ.*, 2017, p. 77.

³⁹⁷⁶ *Supra*, n° 706.

³⁹⁷⁷ S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Lextenso, Paris, 2016, t. 147, p. 19-20.

fiction d'une continuité »³⁹⁷⁸. La solution modulée gagne en pédagogie et en clarté, et donc en prévisibilité. La « motivation conséquentialiste » pourrait figurer dans une sous-partie spécifique de l'arrêt dans laquelle la Cour exposerait les raisons l'incitant à moduler sa jurisprudence et les effets subséquents qui y seront associés. En outre, l'approche conséquentialiste s'inscrit dans une conduite doublement responsable et responsabilisée, qui prend la forme d'une véritable « gouvernance » jurisprudentielle³⁹⁷⁹. En effet, elle donne l'impression d'un juge maîtrisant avec habileté les effets de sa jurisprudence, et qui agit avec continuité et logique. Le juge qui revire avec modulation est un juge stratège qui exerce sa prérogative en pleine conscience des conséquences anxiogènes occasionnées par le changement de jurisprudence. Cette transparence éluderait également les causes d'incohérences « anormales » jurisprudentielles résultant des différentes instrumentalisation stratégiques de la Cour. De notre point de vue, l'exposé de la balance des avantages et des inconvénients réduirait les dérives interprétatives de la Cour. Plus équilibrée, plus claire, sa motivation gagnerait en force persuasive. Le juge prouve qu'il a fait un choix pondéré, mais nécessaire, en sélectionnant la sécurité juridique de son système juridique, pour contrer une proposition de revirement ou pour opérer un changement progressiste.

829. En dehors de la modulation opérée dans l'arrêt *Marckx*³⁹⁸⁰, l'arrêt pilote se calque naturellement sur le volet abstrait de la modulation en tant que mécanisme phare de l'objectivisation du contentieux européen des droits de l'homme³⁹⁸¹. Si la procédure de l'article 61 sert à préserver l'effectivité des droits et l'efficacité du mécanisme conventionnel³⁹⁸², elle assoit dans le même temps la protection la légalité de la norme conventionnelle. Abordé sous l'angle du conséquentialisme, l'apport de la procédure sur la sécurité juridique *in globo* est fondamental. Ses bienfaits s'expriment tant à l'égard du comportement de l'État partie que celui du requérant, lui permettant d'écarter les intérêts de l'un ou de l'autre pour préserver les intérêts et la stabilité de son mécanisme. En complément du renforcement de la qualité de la norme conventionnelle nouvelle élaborée grâce au « partenariat législatif »³⁹⁸³, elle offre au juge un droit de regard continu sur l'efficacité de la loi nationale. Par opposition au revirement ou à la

³⁹⁷⁸ *Ibid.*, p. 141.

³⁹⁷⁹ *Ibid.*, p. 312.

³⁹⁸⁰ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §58 (*GACEDH*, 2019, n° 51).

³⁹⁸¹ *Supra*, n° 464.

³⁹⁸² « Le but de la procédure de l'arrêt pilote est, en effet, de résoudre des problèmes de grande ampleur qui mettent en danger non seulement la protection des droits de l'homme au niveau national, mais également le bon fonctionnement de la juridiction européenne », P. DUCOULOMBIER, « "Arrêts pilotes" et efficacité des nouveaux recours internes », *op. cit.*, p. 264.

³⁹⁸³ *Supra*, n° 470.

clarification, dans lesquelles l'insécurité juridique est rapidement éradiquée, la violation systémique et répétitive exige une résorption longue, mais surtout définitive. La Cour s'assure de l'irréversibilité du traitement de l'insécurité juridique en mettant à l'épreuve l'efficacité *in futuro* de la norme nationale. La modulation opérée emprunte largement à l'analyse conséquentialiste en ce qu'elle s'apparente à un « *contrôle de prévision* »³⁹⁸⁴ des effets de l'arrêt pilote. Devenant dès lors « *le gardien de la qualité de la loi et de l'effectivité de la norme dans le temps* »³⁹⁸⁵, le juge européen en vient à apprécier le « futur » de la loi nouvellement conventionnelle, et ce dans une logique de sécurisation prospective et pérenne du droit de la Convention. Il faut toutefois que la Cour se montre rigoureuse dans la validation de la conventionnalité du nouveau cadre législatif national, ce qui est rarement le cas dans la pratique³⁹⁸⁶.

830. Ce faisant, la Cour préserverait l'intérêt général de son système, tout en évitant de froisser les intérêts étatiques et de rompre avec le dialogue des juges. En prenant en considération les facteurs et les intérêts divers (économiques, politiques) de l'État défendeur, la Cour prononcera de manière « *apaisée* »³⁹⁸⁷, car mieux pondérée, l'inconventionnalité constatée. Alors libérée de ses hésitations, elle formulerait des mesures de redressement véritablement injonctives, mieux adaptées et plus précises, conduisant à des législations types similaires à celles émises dans la systématisation des obligations procédurales dans l'énoncé des principes généraux³⁹⁸⁸. Dans le même temps, la modulation *in abstracto* se montrerait bénéfique pour la sécurité juridique des autres États parties en ce qu'elle fortifierait leurs anticipations juridiques au nom de l'effet *erga omnes*. Le cadre fixé constituerait alors un « modèle-type » de mesures de redressement leur permettant de résorber par eux-mêmes et de manière autonome des insécurités juridiques similaires dans leurs droit interne. C'est dire si la sécurité juridique *in globo* s'en trouverait renforcée.

831. Finalement, le conséquentialisme se présente comme une mutation logique du contrôle de proportionnalité d'un juge qui entre dans l'« *âge de la balance* »³⁹⁸⁹. Néanmoins, il apparaît

³⁹⁸⁴ S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 288 et suiv.

³⁹⁸⁵ *Ibidem*.

³⁹⁸⁶ La Professeure Peggy DUCOULOMBIER regrettait « *la rapidité avec laquelle la Cour est parfois prête à déclarer les nouveaux recours efficaces. Dans plusieurs affaires, la Cour se contente de projets de loi, voire de simples engagements politiques, pour conclure que l'État a répondu aux recommandations de ses arrêts pilotes* », in P. DUCOULOMBIER, « "Arrêts pilotes" et efficacité des nouveaux recours internes », *op. cit.*, p. 280.

³⁹⁸⁷ S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 242.

³⁹⁸⁸ Voy. *supra*, n° 461 et suiv.

³⁹⁸⁹ T. MARZAL, *La Cour de cassation à l'âge de la balance*, *RTD Civ.*, 2017, p. 789.

indispensable que la modulation conventionnelle puisse inclure une modulation *in concreto* pour contrer ces dérapages.

b- Une optimisation conditionnée par l'exercice simultané de la modulation *in concreto*

832. Pour être réellement optimale, la modulation abstraite doit s'accompagner d'une modulation concrète. En modulant et en pondérant les intérêts, la Cour s'assure d'une modulation jurisprudentielle « équilibrée » dans la conciliation entre la régularité et la cohérence de système avec les intérêts subjectifs de sécurité juridique, et ce « *sans jamais à avoir renoncé à la première* »³⁹⁹⁰. Les causes d'insécurité juridique *in globo* qui ont trait à l'ineffectivité ou à la conduite de sa jurisprudence ne seront pas seulement endiguées, mais résorbées de manière pérenne. Parallèlement, l'acceptabilité de la décision « modulée » s'en trouve renforcée, ce qui augmente l'effectivité des droits conventionnels. Aussi, elle resterait un prétoire chargé d'assurer la protection des droits individuels, et pourrait limiter de la sorte l'impact négatif produit par la modulation *in abstracto* sur l'effectivité de la protection conventionnelle. Enfin, cette la modulation *in concreto* est un outil nécessaire pour intégrer dans la pondération des intérêts l'ensemble des sécurités juridiques, spécifiquement lorsque la Cour doit trancher des hypothèses de conflits intersubjectifs de sécurités juridiques³⁹⁹¹.

833. L'ensemble de ses éléments aboutit à l'existence d'une forme de droit transitoire jurisprudentiel européen, à la fois sophistiqué et adapté aux contraintes du mécanisme conventionnel, mais qui ne s'avoue pas. Il ne s'agit plus de « *poursuivre la réflexion sur le droit transitoire strasbourgeoise* »³⁹⁹², mais de s'interroger sur les raisons de cette absence de concrétisation. En vérité, cela est dû il manque de légitimité que d'une réelle incapacité à exercer un quelconque pouvoir de modulation. En effet, les hésitations de la Cour à « moduler » traduisent une certaine retenue prétorienne, en lien direct avec la crise de légitimité de son prétoire³⁹⁹³. Un droit transitoire jurisprudentiel explicite serait alors la solution idéale pour outrepasser cette crainte de l'illégitimité. Cependant, la multiplicité des enjeux portés par le pouvoir de modulation est susceptible de mettre un frein certain à une réalisation pourtant salutaire pour la sécurité juridique *in globo*.

³⁹⁹⁰ X. MAGNON, La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel, *op. cit.*, p. 571.

³⁹⁹¹ Voy. *supra*, n° 589.

³⁹⁹² *Ibid.*, p. 1118.

³⁹⁹³ N. LE BONNIEC, La Convention européenne des droits de l'homme et les ordres constitutionnels : une crise de légitimité indépassable ?, *Politeia*, 2017, n° 32, p. 357-375.

2§) Une réalisation contrariée

834. Incontestablement, la construction d'un droit transitoire jurisprudentiel est une épopée « *complexe, incertaine et conflictuelle* »³⁹⁹⁴. Les enjeux corrélés à l'existence d'un pouvoir de modulation sont nombreux. La possibilité de moduler la jurisprudence strasbourgeoise impose de résoudre au préalable des questions relatives à la forme ainsi qu'à la nature de cette prérogative. En sus des obstacles économiques et humains qu'impliquent cette réforme du droit transitoire jurisprudentielle³⁹⁹⁵, des contraintes juridiques et idéologiques viennent s'y adjoindre. La difficulté centrale de la réforme réside dans la recherche d'un dosage idéal pour permettre au juge d'effectuer un équilibre adéquat entre les objectifs de sécurisation jurisprudentielle et d'effectivité, tout en veillant, dans le même temps, à ne pas malmenager les intérêts étatiques. Ainsi donc, si les obstacles juridiques et idéologiques corrélés à l'instauration du régime ne sont pas indépassables (A), la détermination de la portée et du contenu de cette prérogative apparaît difficile à résoudre (B).

A- Les obstacles liés à l'adoption d'un régime de droit transitoire jurisprudentiel

835. L'un des premiers obstacles à l'introduction d'un régime de modulation jurisprudentielle est l'absence d'habilitation textuelle (1°). Comme le suggère le Rapport MOLFESSIS, « *un tel pouvoir ne pouvant être exécuté discrétionnairement, ni même discrètement, à l'ombre de tout débat et sans que les intéressés aient été mis en mesure de le discuter ou de peser ouvertement son exercice* »³⁹⁹⁶. Pour éviter que ceci ne tourne au procès de l'illégitimité, ce « nouveau » pouvoir devra faire l'objet d'une habilitation textuelle explicite, afin de recueillir l'acceptation des États parties et de s'exercer de manière légitime. La pléthore de débats qui a animé la modulation prétorienne en France conforte une telle habilitation³⁹⁹⁷. Comme pour tous les juges modulateurs, son instauration aboutira à une transformation de l'office du juge européen. Se dresse alors un obstacle idéologique sur la vision d'un office

³⁹⁹⁴ N. MOLFESSIS, La Cour de cassation face à la modulation dans le temps de ses revirements de jurisprudence, *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2567.

³⁹⁹⁵ Eu égard à l'objet de cette étude, l'analyse se cantonnera aux obstacles juridiques.

³⁹⁹⁶ N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET, LexisNexis, Paris, coll. « Cour de Cassation », 2005, p. 50

³⁹⁹⁷ Pour un résumé des controverses internes, P. DEUMIER, Évolution du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges, *RTD Civ.*, 2007, p. 76.

écartelé sa mission de protection des droits de l'homme et sa tendance à la constitutionnalisation de son office (2°).

1°) L'obstacle juridique : l'absence d'habilitation textuelle

836. *Prima facie*, l'octroi d'une habilitation textuelle n'est pas un préliminaire nécessaire à l'exercice d'un pouvoir de modulation. Bon nombre de juridictions se sont attribués cette compétence, à l'instar du Conseil d'État en 2004 dans le cadre d'une annulation contentieuse avec le célèbre arrêt *Association AC !*³⁹⁹⁸, suivi par la Cour de cassation deux ans plus tard³⁹⁹⁹. L'absence de disposition explicite dans le texte conventionnel n'a pas d'ailleurs réfréné la Cour européenne lorsqu'elle en a fait usage en 1979⁴⁰⁰⁰. Dans la plupart des États européens, c'est même la hardiesse du juge qui est à l'origine des travaux préparatoires sur l'encadrement de cette prérogative prétorienne⁴⁰⁰¹, voire de son introduction législative ou constitutionnelle dans l'ordre juridique⁴⁰⁰². L'existence d'une habilitation textuelle n'apparaît donc pas être un préliminaire obligatoire pour se transformer en « juge modulateur ». Toutefois, elle nous paraît indispensable pour que cette prérogative soit réellement effective et acceptée par l'ensemble des États parties.

837. Son officialisation répond à un besoin évident de clarification et de sécurité juridique et évite de maintenir une modulation obscure et silencieuse dans sa jurisprudence. En effet, il apparaît logique qu'une technique juridictionnelle « commandée »⁴⁰⁰³ par le principe de sécurité juridique se soumette elle-même à son respect. Par la même occasion, cette précaution encadrerait l'exercice de cette compétence par la Cour en clarifiant les cas soumis à modulation ainsi que les effets *ex tunc* et *ex nunc* associés à cette modulation. L'encadrement

³⁹⁹⁸ CE, Ass, 11 mai 2004, *Association AC !*, n° 255886 (*GAJA*, 2019, n° 103). La modulation serait étendue au revirement de jurisprudence, voy. CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic-Travaux-Signalisation-Guadeloupe*, n° 291545 ; J-H. STAHL, A. COURREGES, La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse, *RFDA*, 2004, p. 438 ; F. MODERNE, Sur la modulation des effets dans le temps des effets des revirements de jurisprudence, *RFDA*, 2007, p. 917 ; O. MAMOUDY, D'*AC !* en M6 en passant *Danthony*, *AJDA*, 2014, p. 501 ; A-C. BAZZINA, 2014-2014, les dix ans de la jurisprudence *AC !*, *RFDA*, 2014, p. 735.

³⁹⁹⁹ Cass. 2^{ème} civ., 8 juillet 2004, bull. civ. II, n° 387 (*RTD Civ.*, 2005, 176, obs. P. THERY).

⁴⁰⁰⁰ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §51 (*GACEDH*, 2019, n° 51).

⁴⁰⁰¹ Voy par ex. N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET, Litec, Lexis-Nexis, Paris, coll. « Cour de Cassation », 2005 ; pour des commentaires et des résumés des points essentiels du rapport, lire S. AMRANI MEKKI, C. ATIAS, J-L. AUBERT, X. BACHELLIER et M-N. JOBARD-BACHELLIER, M-A. FRISON-ROCHE, P. MALINVAUD, F. MELLERAY, J. MONEGER et Y-M. SERINET, À propos de la rétroactivité de la jurisprudence, *RTD Civ.*, 2005, p. 293.

⁴⁰⁰² C'est le cas notamment de l'Allemagne, de l'Espagne ou encore de l'Italie, voy. X. MAGNON, La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel, *op. cit.*, p. 572.

⁴⁰⁰³ H. LABAYLE, La Cour de Justice des Communautés européennes et la modulation des effets de jurisprudence : autres lieux ou autres mœurs ?, *RFDA*, 2004, p. 663.

responsabiliserait également le juge dans l'exercice de cette compétence. Il va de soi qu'un encadrement textuel n'empêchera d'éventuels égarements. Bien que codifiée à l'article 61 du Règlement, la procédure de l'arrêt pilote s'exporte en dehors du cadre textuel comme en atteste l'existence des faux arrêts pilotes⁴⁰⁰⁴. Toutefois, cette habilitation textuelle inciterait le juge à faire preuve de la plus grande sagesse lorsqu'il y recourt à des fins de sécurisation jurisprudentielle⁴⁰⁰⁵.

838. En outre, sa reconnaissance explicite augmenterait l'acceptabilité de ce mécanisme auprès des acteurs conventionnels en consolidant la légitimité de celui qui est appelé à l'exercer. En effet, « *l'habilitation textuelle est fondamentale car la consécration d'un tel pouvoir serait plus acceptable* »⁴⁰⁰⁶. Cette précaution nous paraît impérative pour ce qui est du droit de la Convention. La difficulté ne se pose pas tant sur le pouvoir interprétatif de la Cour, – puisqu'elle est reconnue comme l'interprète authentique de la Convention⁴⁰⁰⁷ – mais sur l'expansion des compétences non librement consentie par les États parties. Comme le rappelle le juge Sir Gerald FITZMAURICE, « *il existe une différence considérable entre une législation législative édictée dans l'exercice d'un pouvoir souverain et une législation fondée sur une Convention qui elle-même résulte d'une négociation, et limitée à ce qui a été accepté* »⁴⁰⁰⁸. En se reconnaissant une compétence aussi exorbitante, la Cour porterait atteinte au respect des obligations étatiques librement consenties au nom du principe de *pacta sunt servanda*⁴⁰⁰⁹. De ce fait, la consécration de cette prérogative dans le corpus conventionnel est inéluctable, non seulement pour officialiser l'exercice de sa compétence (et sa légitimité) mais aussi, pour garantir l'efficacité

⁴⁰⁰⁴ M. AFROUKH, La Cour européenne des droits de l'homme et l'exécution de ses arrêts, *op. cit.*, chron. n° 5.

⁴⁰⁰⁵ C'est l'objectif poursuivi par les rédacteur de l'article 264 du TFUE (Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne), ex-article 231 TCE (Traité des Communautés Européennes), qui se présente comme suit : « *Toutefois, la Cour indique, si elle l'estime nécessaire, ceux des effets de l'acte annulé qui doivent être considérés comme définitifs* », H. LABAYLE, La Cour de Justice des Communautés européennes et la modulation des effets de jurisprudence : autres lieux ou autres mœurs ?, *op. cit.*, p. 663 ; sur l'évolution de la rédaction de l'article au fil de la construction communautaire, H. CASSAGNABERE, Le juge du droit de l'Union et la modulation dans le temps, *NCCC*, 2017, n° 54.

⁴⁰⁰⁶ C'est le cas notamment de l'Allemagne, de l'Espagne ou encore de l'Italie, voy. X. MAGNON, La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel, *op. cit.*, p. 567.

⁴⁰⁰⁷ « *La compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles qui lui seront soumises dans les conditions prévues par les articles 33, 34, 46 et 47* ».

⁴⁰⁰⁸ À propos de l'extension du droit d'accès à un tribunal, le juge ajoutait qu'« *il est compréhensible, raisonnable et légitime d'estimer que l'accès aux juridictions est ou devrait être regardé comme un important Droit de l'homme. Il est cependant tout aussi défendable de dire que (surtout dans une convention fondée un accord interétatique et non sur un pouvoir législatif souverain) l'importance même de ce droit exige qu'il soit énoncé expressément, et non abandonné aux déductions et inférences* », opinion séparée du juge FITZMAURICE jointe à l'arrêt CEDH, Ch., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, série A. 18, pt. 32.

⁴⁰⁰⁹ À propos de l'arrêt *Marckx*, un commentaire écrivait que « *cet arrêt provoquerait un chaos et un imbroglio si le législateur belge n'adoptait pas bientôt une législation qui ne serait plus estimée contraire à la Convention européenne* », M. BOSSUYT, L'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 77.

du mécanisme et la sécurité juridique *in globo*. Après avoir fait le choix d'une habilitation textuelle, reste encore à déterminer la forme de cette future habilitation.

839. La solution la plus probable serait de codifier cette prérogative dans le Règlement de la Cour. Ceci pourrait donner naissance à un nouvel article sur la modulation qui fusionnerait avec l'article 61 relatif à la procédure de l'arrêt pilote, même si l'inscription dans un texte de rang normatif inférieur ne saurait compenser la légitimité découlant d'un ancrage explicite dans le texte même de la Convention⁴⁰¹⁰. Simplement, cette solution permettrait au juge de s'octroyer la légitimité nécessaire pour moduler et de passer enfin à une pratique plus assumée de cette compétence. Il est craint cependant qu'un tel « putsch » des compétences ne siérait guère aux États parties, qui y verraient une atteinte conséquente à la prévisibilité de leurs obligations conventionnelles.

840. Pour obtenir leur consentement, le régime de droit transitoire jurisprudentiel pourrait faire l'objet dans un protocole d'amendement comme pour les Protocoles n° 15 et 16⁴⁰¹¹. Comme le rappelle le juge FIDZMAURICE dans l'affaire *Golder*⁴⁰¹², « *il appartient aux États dont le consentement constitue la base de la Convention, et la seule source de sa force obligatoire, de combler la lacune ou réparer la faiblesse par un amendement, et non point à une juridiction de se substituer aux auteurs de la Convention et d'accomplir leur tâche à leur place* »⁴⁰¹³. En conséquence, ces derniers devraient être plus enclins à exécuter des arrêts « modulés » auxquels ils ont librement consenti. Toutefois, le projet d'un éventuel « Protocole n° 17 » paraît difficilement réalisable en pratique. Des obstacles procéduraux, inhérents à l'adoption des protocoles d'amendement, pourraient nuire à sa concrétisation. Souvent « conflictuelle »⁴⁰¹⁴, l'élaboration d'un régime de modulation jurisprudentielle s'accompagne de débats houleux. Nul doute que ce projet de protocole fera l'objet d'âpres négociations avant de satisfaire à l'ensemble des États parties lors de Conférence de Haut niveau. Les discussions imposeraient de trancher de nombreuses questions complexes et délicates portant sur l'ampleur

⁴⁰¹⁰ Les États européens ont habituellement recours à une habilitation supra-législative ou constitutionnelle, X. MAGNON, La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel, *op. cit.*, p. 566 et suiv.

⁴⁰¹¹ Pour rappel, il existe deux types d'amendement additionnel, ceux ayant pour objet d'élargir le catalogue des droits et libertés conventionnels, et ceux portant sur les dispositions relatives au système de contrôle de la Convention, F. SUDRE avec la collaboration de L. MILANO, H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, coll. « Droits fondamentaux », 2019, 14^{ème} éd., p. 131.

⁴⁰¹² CEDH, Plén., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, série A. 18, §34 (*GACEDH*, 2019, n° 27).

⁴⁰¹³ Opinion séparée du juge FIDZMAURICE jointe à l'arrêt, CEDH, Plén., *Golder c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, pt. 37.

⁴⁰¹⁴ N. MOLFESSIS, La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence, *op. cit.*, p. 2567.

du pouvoir octroyée à la Cour, sur le champ de sa modulation ainsi que sur ses effets. Si la plupart des États européens pratiquent volontiers la modulation en interne⁴⁰¹⁵, il n'est pas certain que tous se montrent favorables à la consécration d'un tel régime au niveau conventionnel à cause de sensibilités juridiques ou politiques divergentes⁴⁰¹⁶. Cette étape se révèle difficile à surmonter puisque chaque État partie dispose de la possibilité de s'y opposer⁴⁰¹⁷. De surcroît, les négociations diplomatiques aboutiraient à l'adoption d'un texte moins ambitieux que le projet initial, comme ce fut le cas pour les protocoles précédents⁴⁰¹⁸. Imagination que les États parviennent à s'accorder sur un projet commun, encore faut-il que le protocole soit ratifié par l'ensemble des États parties, le délai de ratification pouvant alors courir pendant de longues années⁴⁰¹⁹. Enfin, un tel protocole paraît malvenu dans un contexte de crise de légitimité. L'expérience des protocoles précédents fait craindre un « *recadrage* » des prérogatives de la Cour⁴⁰²⁰. Par mesure de prudence, il est préférable que le droit transitoire jurisprudentiel soit codifié dans le règlement de la Cour, d'autant plus qu'en « *cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide* »⁴⁰²¹. Encore faut-il que le projet parvienne à franchir ensuite les différents obstacles idéologiques inhérents à l'office du juge de la Convention.

2°) L'obstacle idéologique : la permutation potentielle de l'office de la Cour

841. L'octroi explicite d'un pouvoir de modulation jurisprudentielle inviterait inéluctablement à réfléchir sur les mutations subséquentes de l'office de la Cour portée par ce

⁴⁰¹⁵ B. LASSERRE, L'eupéanisation de l'office du juge : vers un *jus commune* procédural ?, *op. cit.*, p. 204.

⁴⁰¹⁶ *A contrario*, les États pourraient s'y montrer favorable, la connotation constitutionnelle de la modulation pouvant les inciter à voter en faveur de cette extension afin de parachever le processus de constitutionnalisation de l'office strasbourgeois, voy. *infra*, n° 845.

⁴⁰¹⁷ F. SUDRE avec la collaboration de L. MILANO, H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 135.

⁴⁰¹⁸ Ce fut le cas pour le Protocole n° 14 dont les mesures proposées furent jugées décevantes pour diminuer l'arriéré des requêtes pendantes devant la Cour, lire E. DREYER, L'entrée en vigueur du Protocole n° 14 de la Convention EDH. *Too late and too little...*, *JCP G*, 2010, n° 23, 616 ; P. DOURNEAU-JOSETTE, Le Protocole 14 à la CEDH amendant le système de contrôle de la Convention, *AJ Pénal*, 2004, p. 283.

⁴⁰¹⁹ Les délais de ratification se compte en années. Le protocole n° 14 est entrée en vigueur six ans après sa signature. Un protocole n° 14 bis fut même nécessaire pendant la période de ratification du Protocole 14, nécessitant l'adoption années d'un protocole 14 bis pour accélérer la procédure Voy. notamment L-A. SICILIANOS, Le protocole 14 bis à la Convention européenne des droits de l'homme : un instrument (heureusement) éphémère, *AFDI*, 2009, p. 529-742.

⁴⁰²⁰ F. SUDRE, « Le recadrage de l'office du juge européen », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant-Némésis, Bruxelles, 2014, p. 239-264 ; D. SZYMCAK, Putsch manqué ou marché de dupes ? Retour sur la conférence de Copenhague des 12 et 13 avril 2018, *RTDH*, 2018/116, p. 813-838.

⁴⁰²¹ Article 32, alinéa 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentales.

« nouvel » instrument. Les mutations dépendent alors de la pratique modulaire. Le recours à la modulation *in concreto* concorde avec office de juge « protecteur » des droits et libertés individuelles et n'appelle pas à ce titre une mutation profonde (a). Par contre, l'usage d'une modulation *in abstracto*, qui objectivise le contentieux au nom de l'intérêt général de la Convention, est quant à elle susceptible de raviver les débats afférents à la nature « constitutionnelle » de la Cour européenne (b).

a- Le maintien d'un office protecteur des droits fondamentaux

842. La première barrière à la reconnaissance d'un droit transitoire jurisprudentiel prend corps dans l'incompatibilité « naturelle » du mécanisme de la modulation avec l'office d'un juge en charge de la protection des droits fondamentaux. À l'origine, ce mécanisme a pris forme dans le contentieux économique et financier pour assurer les intérêts légitimes des opérateurs économiques. C'est à ce titre que la Cour de justice des Communautés européennes a ainsi préservé les intérêts économiques et financiers des parties pour la première fois dans l'affaire *Defrenne et Sabenne*⁴⁰²². Or, les aspects politiques et économiques se combinent difficilement avec les objectifs portés par le contentieux européen des droits de l'homme⁴⁰²³. La modulation jouit par conséquent d'une réputation négative quant au sacrifice qu'elle crée sur la protection des droits fondamentaux. En effet, une interprétation dynamique et extensive requiert l'effacement systématique dudit principe pour assurer le progrès des normes et non l'inverse. La sécurité juridique passe souvent au second plan dans la pondération des valeurs de l'ordre public européen⁴⁰²⁴. C'est pour cette raison que certains auteurs manifestent une certaine résistance à sa consécration. « *La protection des droits fondamentaux ne se [prêtant] à aucune intransigeance* »⁴⁰²⁵, ils ne peuvent, par essence, faire l'objet d'une quelconque modulation. Sans remettre en cause la pertinence cet argument, un bref regard sur le type de juridiction

⁴⁰²² CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne c. Sabena*, aff. 43/75, Rec. 1976, p. 00455, pt. 74. Le Conseil Constitutionnel assortit également l'abrogation de certaines dispositions fiscales d'un effet différé, voy. par ex. C.C, 12 octobre 2018, *Société Dom Com Invest* [Sanction de la délivrance irrégulière de documents permettant à un tiers d'obtenir un avantage fiscal], n° 2018-739 QPC, pts. 9-11. Pour plus de détails, lire S. AUSTRY, QPC fiscale et effets de la décision dans le temps, *NCCC*, 2011, n° 33.

⁴⁰²³ P. SARGOS, L'horreur économique dans la relation de droit, *Dr. soc.*, 2006, p. 123.

⁴⁰²⁴ « *N'y a-t-il pas en effet, dans la balance, une asymétrie de principe entre ces deux valeurs, d'une part, et les bénéfiques qui s'attachent à une extension temporelle maximale des légalités conventionnelles nouvellement établies, d'autre part ?* », in F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'ombre de *Marckx*, pour un débat renouvelé sur les effets dans le temps des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1112.

⁴⁰²⁵ K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 382.

détentrices d'un pouvoir de modulation dans les autres systèmes juridiques nationaux tempère cette inquiétude. En effet, la majeure partie des juridictions constitutionnelles chargées d'assurer la protection des droits fondamentaux modulent la portée de leurs arrêts. On observe d'ailleurs que leur pouvoir et les moyens qui sont liés à son exercice s'enrichissent au fur et à mesure qu'elles acquièrent une place centrale dans cette protection. Par exemple, la Cour constitutionnelle allemande dispose d'une habilitation élargie, avec un panel conséquent d'instruments modulateurs comme la possibilité d'émettre des législations transitoires pendant l'effet différé. Ceci tranche avec la vision extrêmement protectrice des droits fondamentaux en droit germanique⁴⁰²⁶. Similairement, l'accroissement du rôle du Conseil constitutionnel en tant que gardien des droits fondamentaux a incité les réformateurs à doter ce dernier d'un contrôle *a posteriori* avec une prérogative de modulation⁴⁰²⁷. Au vu de ces exemples, une telle habilitation semble aller de pair avec la protection des droits conventionnels.

843. Toujours selon les opposants, les modulations prospectives s'accommodent difficilement avec l'office de la Cour, et « *ce même afin de préserver à titre exceptionnel les attentes d'un État défendeur* »⁴⁰²⁸. Or, les analyses précédentes ont régulièrement montré l'importance de la prise en compte de la sécurité juridique des États parties pour garantir l'effectivité du droit de la Convention. En effet, si un tel prisme peut paraître choquant dans un système de protection des droits de l'homme, la prise en compte des intérêts étatiques cadre avec la pluralité intrinsèque de sécurités juridiques⁴⁰²⁹. De surcroît, les États parties forment les premiers récepteurs de la jurisprudence européenne. Son effectivité repose sur la bonne foi de l'État quant au respect de ses engagements conventionnels⁴⁰³⁰. Or, une rétroactivité mal gérée occasionne plus d'insécurité juridique et d'ineffectivité que la modulation des effets qui y sont associés comme l'ont illustré les arrêts *Aoulmi* et *O'Keefe contre Irlande*⁴⁰³¹. Au surplus, l'exclusion de toute prise en compte de la sécurité juridique étatique attise leurs revendications souverainistes. Au mieux, cela donne une réception erronée ou tardive de la nouvelle norme

⁴⁰²⁶ F. FERRAND, « La rétroactivité des revirements de jurisprudence et le droit allemand », N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET, LexisNexis, Paris, coll. « Cour de Cassation », 2005, p. 81-93 ; sur l'influence du droit allemand sur la conception européenne du principe de sécurité juridique, voy. *supra*, n° 74 et suiv.

⁴⁰²⁷ Article 62, alinéa 2 de la Constitution Française de la Vème République.

⁴⁰²⁸ K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 383.

⁴⁰²⁹ *Supra*, n° 411.

⁴⁰³⁰ *Supra*, n° 150, n° 157 et n° 386.

⁴⁰³¹ CEDH, 17 janvier 2006, *Aoulmi c. France*, req. n° 50278/99 Rec. 2006-I, (*JCP G*, 2007, n° 37, comm. K. LUCAS-ALBERNI ; *Dalloz*, 2006, 1151, note F. LAZEAUD) ; CEDH, Gde. Ch., 28 janvier 2014, *O'Keefe c. Irlande*, Rec. 2014-I, req. n° 35810/09 ; sur cet arrêt, voy. *supra*, n° 685.

jurisprudentielle en interne. Au pire, cela aboutit à l'inexécution totale de l'arrêt de revirement. L'insécurité juridique *in globo* serait alors maximale. La même conclusion s'impose du côté de la prospectivité jurisprudentielle. La prospectivité absolue présente un certain nombre de vertus, notamment celle de protéger la cohérence du droit de la Convention et l'ordre public européen. Fréquemment, le juge « modulateur » se décide à réserver l'application de la nouvelle norme jurisprudentielle aux instances en cours et futures en raison de « *considérations impérieuses de sécurité juridique* » et à la préservation de l'intérêt général, ce qui nécessite de dépasser les considérations individuelles⁴⁰³². Ce type de prospectivité se justifie d'autant plus que le requérant ne dispose d'aucun « *droit à une jurisprudence constante* »⁴⁰³³. Comme le soulignent certains auteurs, il est paradoxal que le plaideur invoque une atteinte à ses attentes alors que les parties sont en principe censées constituer leurs prévisions juridiques sur la norme antérieure, qui elle, reste toujours pertinente au moment du litige⁴⁰³⁴. Partant, « *il ne serait pas déraisonnable que le juge lui-même [...] s'en tienne, dans un litige antérieurement engagé, à sa position précédente* »⁴⁰³⁵. Dans cette situation, le requérant est finalement la victime du jeu naturel du procès. Si elle doit être exclue lorsqu'elle prive la réparation du préjudice au requérant alors qu'il n'existe aucun autre moyen de réparation dans un arrêt ordinaire, elle déploie toute son utilité dans l'hypothèse où « *la violation dénoncée présente un caractère continu et durable* » car « *le revirement, même assorti de prospectivité absolue, conserve un intérêt concret puisqu'il permet de mettre fin pour l'avenir à la situation dénoncée* »⁴⁰³⁶. La prospectivité absolue accompagnant la procédure de l'arrêt pilote se justifie sous ce prisme. Le redressement des mesures individuelles par l'État concourra à terme, à rectifier la situation de violation systématique et à réparer le dommage occasionné au requérant sur la protection de ses droits. Pareillement, l'obligation de changement législatif accompagnant le dispositif de l'arrêt *Goodwin*⁴⁰³⁷ permet au requérant de bénéficier *in futuro* d'un nouveau cadre législatif lui permettant de faire valoir effectivement son droit à la reconnaissance juridique de sa nouvelle

⁴⁰³² P. DEUMIER, Évolution du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges, *op. cit.*, p. 76.

⁴⁰³³ CEDH, 18 décembre 2008, *Unedic c. France*, req. n° 20153/04, §74 (*JCP G*, 2009, I 143, obs. F. SUDRE) ; voy. *supra*, n° 515 et suiv.

⁴⁰³⁴ C'est d'ailleurs l'observation faite dans le rapport MOLFESSIS : « *En admettant que la solution consacrée par le revirement ne doit pas être appliquée aux faits qui lui sont antérieurs et ce pour des raisons de sécurité juridique et de confiance légitime, il devra en être de même à l'égard de la partie qui aura obtenu le revirement* », N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, *op. cit.*, p. 42 et suiv.

⁴⁰³⁵ C. ATIAS, Sur les revirements de jurisprudence, *RTD Civ.*, 2005, p. 300.

⁴⁰³⁶ F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'ombre de *Marckx*, pour un débat renouvelé sur les effets dans le temps des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1115.

⁴⁰³⁷ CEDH, Gde. Ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n°28957/95, Rec. 2002-VI (*GACEDH*, 2019, n° 46).

identité sexuelle devant l'État britannique. La modulation *in abstracto* renforcera donc la sécurité juridique individuelle de l'ensemble des requérants pour l'avenir, et rectifiera à rebours la situation du requérant *in casu* une fois la nouvelle législation nationale instaurée, conformément aux exigences de la Cour européenne⁴⁰³⁸. Enfin, la nature progressiste qui irrigue le droit de la Convention appelle à la prospectivité jurisprudentielle dans la mesure où ce dernier est, par essence, orienté vers l'avenir⁴⁰³⁹. Comme chacun sait, la Convention est un « *instrument vivant* » qui doit s'interpréter non seulement « *à la lumière des conditions actuelles* »⁴⁰⁴⁰ mais aussi à « *l'aune de l'évolution des normes en matière de droits de l'homme* »⁴⁰⁴¹. L'interprétation consensuelle cristallise cette prospectivité en ce qu'elle permet à la Cour de mesurer l'évolution des droits pour faire évoluer sa ligne jurisprudentielle. En particulier, l'absence de pouvoir d'annulation dans le contentieux européen des droits de l'homme entérine cette portée prospective. Comme le relevait la Professeure Françoise TULKENS, « *un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas une fin en soi : il est la promesse d'un changement pour l'avenir, le début d'un processus qui doit permettre aux droits et libertés dans la voie de l'effectivité* »⁴⁰⁴². Le constat de violation prononcé dans le cadre d'un arrêt ordinaire ne vaut en réalité que pour l'avenir, à défaut de pouvoir obtenir une réparation immédiate. Si le constat s'applique rétroactivement à la situation du requérant, ce dernier n'en verra l'application concrète qu'à compter de la résorption effective de l'inconventionnalité étatique, ce qui prend quelques années eu égard aux délais moyens d'exécution des arrêts⁴⁰⁴³. Mêmement, les mesures de redressement inscrites dans le dispositif de l'arrêt pilote ne valent que pour l'avenir, comme l'illustre la suspension de la sécurité juridique des requérants par le gel des requêtes. L'ensemble de ces éléments atteste d'une compatibilité naturelle du droit de la Convention avec la modulation prospective jurisprudentielle, en ce qu'elle coïncide avec ses aspirations

⁴⁰³⁸ *Ibid.*, p. 1116.

⁴⁰³⁹ « *Si une loi rétroactive peut être jugée insupportable parce qu'elle impose arbitrairement un ordre nouveau qui n'existait pas à l'état latent dans la société, ce grief ne peut pas être adressé à la jurisprudence qui es au contraire le reflet de l'ordre social. La jurisprudence, contrairement à la loi, est toujours prévisible : il suffit de vivre avec son temps pour appréhender le sentiment du droit qui prévaut et qui ne manquera pas à terme d'être consacré par les juges [...]. Il n'y a donc pas véritablement de rétroactivité dans la jurisprudence* », F. ZENATI, *La jurisprudence*, Dalloz, Paris, 1990, p. 154.

⁴⁰⁴⁰ CEDH, Ch., 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, série A. 26, req. n° 5856/72, §31 (*JDI*, 1980, 457, obs. P. ROLLAND).

⁴⁰⁴¹ CEDH, Gde. Ch., 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, req. n° 18030/11, §90 (*RTDH*, 2017, 623, note. H. SURREL).

⁴⁰⁴² F. TULKENS, « L'exécution et les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Le rôle du juge judiciaire », in *La Cour européenne des droits de l'homme. Dialogues entre juges*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, p. 10-15, spéc. p. 12.

⁴⁰⁴³ *Supra*, n° 732.

progressistes et évolutives en faveur de l'effectivité des droits fondamentaux. Finalement, ce n'est pas tant la compatibilité du droit transitoire jurisprudentielle avec la protection des droits fondamentaux que l'extension des pouvoirs d'une juridiction qui se rapproche, à tort ou à raison, d'une « Cour constitutionnelle » chargée non plus de « faire le droit » mais de « dire la justice ».

b- Une mutation accentuée vers un office constitutionnalisé

844. La nature constitutionnelle de l'office de la Cour fait florès en doctrine au fur et à mesure que celle-ci se voit acculer des instruments nécessaires à la protection de l'ordre public européen et de la garantie collective⁴⁰⁴⁴. Indépendamment de la question relative à l'opportunité du passage à une justice constitutionnelle⁴⁰⁴⁵, nul doute que la consécration expresse d'une prérogative de modulation risque d'accentuer la « *constitutionnalisation* »⁴⁰⁴⁶ de son l'office. Les modulations implicites et ignorées empruntent pour beaucoup aux pratiques suivies dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. D'ailleurs, c'est en raison d'un consensus émergent sur le pouvoir de modulation des juridictions constitutionnelles européennes que la Cour décide de reporter les effets de sa décision en 1979⁴⁰⁴⁷. L'arrêt pilote répond à la même logique, certains juges allant jusqu'à admettre que ces arrêts constituent des « *instruments classiques de contrôle de constitutionnalité* »⁴⁰⁴⁸. Au surplus, l'adjonction d'une modulation *in abstracto* qui dépasserait le « fait de trancher des litiges » pour « dire le droit » au nom d'un intérêt général conventionnel, accentuerait inéluctablement cette tendance. En toute logique, sa consécration explicite achèverait le processus de « *constitutionnalisation* » amorcée depuis l'arrêt *Loizidou*

⁴⁰⁴⁴ C. MADELAINE, « La Cour européenne des droits de l'homme, une "cour constitutionnelle" protectrice des individus ? », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 413-422 ; J-A. STONE SWEET, Sur la constitutionnalisation de la Convention européenne des droits de l'homme : cinquante ans après son installation, la Cour européenne des droits de l'Homme conçue comme une Cour constitutionnelle, *RTDH*, 2009, p. 933 ; W. WILDHABER, « Un avenir constitutionnel pour la Cour européenne des droits de l'homme ? », *RUDH*, 2002, p. 1-6.

⁴⁰⁴⁵ J-F. FLAUSS, Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en juridiction constitutionnelle ?, *Dalloz*, 2003, p. 1638.

⁴⁰⁴⁶ J-A. STONE SWEET, Sur la constitutionnalisation de la Convention européenne des droits de l'homme : cinquante ans après son installation, la Cour européenne des droits de l'Homme conçue comme une Cour constitutionnelle, *op. cit.*, p. 933.

⁴⁰⁴⁷ « Certains États contractants dotés d'une cour constitutionnelle connaissent d'ailleurs une solution analogue : leur droit public interne limite l'effectif des décisions de cette cour portant annulation d'une loi », CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §51 (*GACEDH*, 2019, n° 51).

⁴⁰⁴⁸ Opinion en partie concordante, en partie dissidente du juge PINTO DE ALBUQUERQUE jointe à l'arrêt CEDH, Ch., 28 juin 2018, *G.I.E.M S.R.L et autres c. Italie*, req. n° 1828/06 et suiv., pt. 40. Le juge Georges RAVARNI relevait également que la sophistication du mécanisme étendait « l'effet normatif des arrêts de la Cour et modifie leur nature juridique, accentuant ainsi la fonction constitutionnelle de la Cour », in G. RAVARANI, Quelques réflexions sur la légitimité du juge de Strasbourg, *RTDH*, 2019, p. 260-296, spéc. p. 282.

*contre Turquie*⁴⁰⁴⁹. La juridiction prendrait la forme alors d'un « *tribunal constitutionnel* »⁴⁰⁵⁰ des droits fondamentaux dans l'espace juridique européen. Un tel « revirement » dans la conception de l'office interroge sur la légitimité de la Cour à exercer des fonctions constitutionnelles. De notre point de vue, l'adoption d'un droit transitoire jurisprudentiel n'impose pas une transmutation forcée de la Cour en Cour constitutionnelle. Celle-ci n'est pas un prélude indispensable à sa codification et n'entraîne pas, de notre point de vue, la remise en cause de son rôle de protecteur des droits fondamentaux. Le premier argument avancé en ce sens est lié à la généralisation de la modulation jurisprudentielle à l'ensemble des juridictions nationales. Nombreuses sont les juridictions spécialisées dans le contentieux de l'annulation qui sont habilitées à moduler les effets de leurs jurisprudences sans que la dimension constitutionnelle n'oppose de sérieuses difficultés⁴⁰⁵¹. Ainsi est-il de la Cour de cassation ou du Conseil d'État. La modulation n'est pas non plus réservée qu'au juge national, comme le prouve la Cour de justice de l'Union européenne. Il en va de même de l'approche conséquentialiste, qui est une caractéristique générale des juges modulateurs, et ce indépendamment de la nature de leur office⁴⁰⁵². De ce fait, la modulation jurisprudentielle n'est pas l'apanage des juges constitutionnels. Le recours à une telle approche résulterait simplement une évolution naturelle de la Cour dans la continuité de son office, sans pour autant en déduire sa transmutation irrémédiable en Cour constitutionnelle. Le second argument a trait aux potentielles contestations souverainistes qu'alimenterait une telle évolution. Cet argument n'est pas dénué d'intérêt au regard du recadrage effectué par le Royaume-Uni sur les compétences de la Cour en raison d'une dimension constitutionnelle dérangeante. Toutefois les revendications de quelques États ne parviennent pas à éluder un avis général plutôt favorable à la constitutionnalisation de l'office strasbourgeois. Selon Madame Colombine MADELEINE, l'« *éclosion* » de la Cour européenne en tant que Cour constitutionnelle est une « *réalité admise* » par les États parties et

⁴⁰⁴⁹ La Cour a qualifié la Convention « *d'instrument constitutionnel de l'ordre public européen* » CEDH, Gde. Ch., 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie (Exceptions préliminaires)*, req. n° 5318/89, §70 (*GACEDH*, 2019, n° 1). Depuis, la Cour n'a eu cesse d'affirmer que « *si le système mis en place par la Convention a pour objet fondamental d'offrir un recours aux particuliers, il a également pour but de trancher, dans l'intérêt général, des questions qui relèvent de l'ordre public, en élevant les normes de protection des droits de l'homme et en étendant la jurisprudence dans ce domaine à l'ensemble de la communauté des États parties à la Convention* », CEDH, Gde. Ch., 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, req. n° 30078/06, Rec. 2012-III, §89.

⁴⁰⁵⁰ J-P. COSTA, « La Cour européenne des droits est-elle une Cour constitutionnelle ? » in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean GICQUEL*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 145-156, spéc. p. 156.

⁴⁰⁵¹ L'épicentre des polémiques se situent davantage sur le pouvoir normatif du juge, voy. P. DEUMIER, *Évolution et modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges*, *op. cit.*, p. 72.

⁴⁰⁵² S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Lextenso, Paris, 2016, t. 147, p. 19-20.

qui s'intègre fréquemment dans les débats entourant l'adoption des protocoles successifs⁴⁰⁵³. L'objectivisation du contentieux concourt également à asseoir le rôle constitutionnel de la Cour, puisqu'elle va dans le sens d'une plus grande clarification de la norme conventionnelle au service de la prévisibilité des obligations conventionnelles des États, et ce au nom du principe de subsidiarité. Le troisième et dernier argument qui peut être avancé est le refus de basculer définitivement du côté de l'office constitutionnel en raison des dangers intrinsèques d'une objectivisation « *déconnectée de la situation individuelle du requérant* »⁴⁰⁵⁴, éclipant progressivement son rôle de gardien des droits fondamentaux et de leur effectivité au profit de l'effectivité du droit de la Convention.

845. S'il est indéniable que son office se teinte d'un « *rôle constitutionnel* » avec le Protocole n° 16⁴⁰⁵⁵, cette tendance ne traduit nullement un basculement irrémédiable vers un office de juge constitutionnel. Le président Dean SPIELMANN se montrait lui-même sceptique quant à la qualification de la Cour européenne comme une juridiction constitutionnelle. Selon lui, le passage à une « Cour constitutionnelle » importe peu à compter du moment où la Cour demeure « *une cour protectrice des droits individuels en continuant à rendre justice dans le cas particulier soumis* »⁴⁰⁵⁶. L'instauration d'un pouvoir de modulation mixte, à la fois *in concreto* et *in abstracto*, est nécessaire pour tempérer la primauté de l'office constitutionnel sur celui de protecteur.

846. En fin de compte, le dépassement des obstacles juridiques et politiques n'apparaît pas impossible en dépit des difficultés politiques ou juridiques susmentionnées. Si la possibilité de moduler n'est pas en soi problématique, c'est l'exercice de la modulation en elle-même qui constitue la principale pierre d'achoppement à l'efficacité du mécanisme.

⁴⁰⁵³ C. MADELAINE, « La Cour européenne des droits de l'homme, une "cour constitutionnelle" protectrice des individus ? », *op. cit.*, p. 415 et suiv.

⁴⁰⁵⁴ *Ibid.*, p. 419.

⁴⁰⁵⁵ F. SUDRE, A. GOUTTENOIRE, L'avis constructif de la CEDH à propos de la maternité d'intention, *JCP G*, 2019, n° 20, p. 5551.

⁴⁰⁵⁶ D. SPIELMANN, L'avenir à long terme de la Cour européenne des droits de l'homme. Le succès et les défis posés à la Cour, perçus de l'intérieur, discours prononcé à l'occasion de la Conférence d'Oslo du 7 avril 2014, disponible en ligne sur le lien suivant : [\[https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20140407_Spielmann_FRA.pdf\]](https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20140407_Spielmann_FRA.pdf).

B- Les obstacles liés à l'application du droit transitoire jurisprudentiel

847. À l'image de la procédure de l'arrêt pilote, qui encadre les pouvoirs du juge « pilote », le régime de droit transitoire devra déterminer précisément les modalités relatives à l'exercice *ex ante* du pouvoir de modulation du juge strasbourgeois. (1°). Cette entreprise repose essentiellement sur un savant mélange entre « *activisme judiciaire et prudence interprétative* »⁴⁰⁵⁷. En revanche, le suivi de l'exécution d'un arrêt définitif modulé et sur les modalités de contrôle *ex post* subséquente au prononcé de l'arrêt définitif modulé pose de sérieuses difficultés (2°).

1°) La délimitation adéquate de la compétence de modulation

848. Dans un premier temps, son office « *multidimensionnel* »⁴⁰⁵⁸ prescrit un appareil modulateur consistant et diversifié. La Cour doit être dotée d'une typologie diversifiée d'instruments juridiques pour trancher les différents intérêts de sécurité juridique (a). Dans un second temps, le risque de dissension entre les juges conventionnels (nationaux et strasbourgeois) nécessite de réserver l'exclusivité de cette prérogative à la Grande Chambre (b). Dans un dernier temps, les spécificités substantielles des droits et libertés conventionnels obligent à circonscrire le champ de la modulation jurisprudentielle à certains contentieux et dans des circonstances exceptionnelles (c).

a- Un appareillage diversifié

849. Le Professeur Pascal PUIG invite à « *la plus grande circonspection* »⁴⁰⁵⁹ dans la détermination du contenu et de la portée du pouvoir de modulation. D'un côté, une formulation stricte briderait la liberté du juge dans la gestion des effets rétroactifs et prospectifs de sa jurisprudence. La Cour serait alors privée de sa liberté interprétative, au point de rendre potentiellement ineffective sa prérogative de modulation. De l'autre, une formulation générale laisserait un pouvoir discrétionnaire trop important, en l'exposant à des risques de dérives

⁴⁰⁵⁷ G. CANIVET, « Activisme judiciaire et prudence interprétative », in P. AVRIL (dir.), *La création du droit par le juge*, Dalloz, Paris, coll. « Archives de philosophie du droit », 2007, p. 9-31

⁴⁰⁵⁸ M. EYNARD, La modulation des effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité prononcées dans le cadre de questions prioritaires de constitutionnalité : typologie des solutions et perspectives, *RFDC*, 2018, p. 317-342, spéc. p. 327.

⁴⁰⁵⁹ *Ibidem*.

interprétatives exercées au nom de la protection des droits fondamentaux⁴⁰⁶⁰. Le principe de sécurité juridique s'en retrouvait sacrifié au nom du progrès des normes, au-delà de toute considération à l'égard de la cohérence et de l'unité de la jurisprudence conventionnelle. Un pouvoir de modulation illimité emporterait donc les mêmes conséquences néfastes qu'un pouvoir mal encadré, son détenteur pouvant alors être tenté d'en abuser⁴⁰⁶¹. À dire vrai, le risque de dérives interprétatives reste assez faible dans la mesure où l'arrêt modulé devra, comme pour les arrêts ordinaires et autres décisions, se soumettre à l'obligation de motivation instaurée à l'article 45§1⁴⁰⁶². Le recours à l'approche conséquentialiste répondrait à cet impératif⁴⁰⁶³. Pour rester le maître légitime de la gestion des effets sa jurisprudence, « *le mode d'emploi* »⁴⁰⁶⁴ de la modulation strasbourgeoise doit conférer au juge une amplitude adaptée avec les buts poursuivis par l'arrêt modulé. En particulier, il doit pouvoir apprécier l'opportunité d'une modulation prétorienne au cas d'espèce, les mesures de redressement adaptées, ainsi que le terme de la période transitoire. En complément, les supports externes accentueraient l'impact de la motivation conséquentialiste dégagé dans l'arrêt modulé⁴⁰⁶⁵. Aussi, les méthodes de surveillances actuelles développées par le Comité des ministres en matière d'exécution pourraient être perfectionnées afin de mesurer la portée économique, juridique et matérielle des

⁴⁰⁶⁰ Les manipulations stratégiques des méthodes d'interprétation de la Cour européenne constituent l'un de germes les plus importants d'insécurité juridique *in globo*, voy. *supra*, n° 644 et suiv., et n° 710.

⁴⁰⁶¹ P. PUIG, Le Conseil Constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC, *op. cit.*, p. 517.

⁴⁰⁶² En vertu de l'article 45, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *Les arrêts, ainsi que les décisions déclarant des requêtes recevables ou irrecevables, sont motivés* ».

⁴⁰⁶³ L'absence de motivation des arrêts de modulation est souvent pointée par les plumes doctrinales pour illustrer l'insécurité juridique de cette pratique, notamment lorsque le juge recourt à l'annulation ou l'abrogation différée. Pour preuve, une étude récente invitait le Conseil Constitutionnel à « *développer une motivation plus explicite et plus fournie quant au choix du report d'abrogation d'un côté, et quant au choix du régime transitoire applicable de l'autre. Faire apparaître plus clairement et de façon plus argumentée son intention serait sans nul doute [...] un gage d'autorité et permettrait de limiter autant que possible les divergences dans la réception de ses décisions afin de tendre vers davantage d'égalité entre les justiciables* », F. TAP, L'abrogation différée d'une disposition législative par le Conseil Constitutionnel : que faire en cas de retard du législateur ? *RFDA*, 2017, p. 171.

⁴⁰⁶⁴ P. DEUMIER, Évolution du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges, *op. cit.*, p. 76.

⁴⁰⁶⁵ Les arrêts modulés pourront être recensés dans une fiche thématique comme pour les arrêts pilotes. L'annonce serait faite par des communiqués de presse.

effets emportés par l'arrêt modulé⁴⁰⁶⁶. Inspiré des méthodes de légistique⁴⁰⁶⁷, le développement des analyses portant sur l'impact occasionné par un arrêt de la Cour en droit interne irait dans la logique d'une bonne gouvernance jurisprudentielle en examinant l'impact réel des arrêts modulés sur l'effectivité des droits et du droit. Cela responsabilisera dans le même temps le juge européen à l'égard de sa prérogative de modulation. Si l'intensité du pouvoir de modulation doit être assez large pour permettre à la Cour de bénéficier de la latitude requise pour gérer de manière équilibrée et effective les effets de sa jurisprudence, l'étendue de son pouvoir doit en revanche être strictement délimitée à la Grande chambre.

b- Un appareillage réservé à la Grande chambre

850. En ce que la modulation atteinte, même temporairement, à la sécurité juridique jurisprudentielle, une telle précaution s'avère nécessaire pour éviter que ce nouvel instrument méthodologique ne soit aux prises avec les tactiques prétorienne du juge strasbourgeois. Ceci entrerait en contradiction avec l'objectif initial de sécurisation jurisprudentielle. Puisque la sécurité juridique repose sur un droit unifié et cohérent, seule la Grande Chambre doit être habilitée à faire et défaire le droit transitoire jurisprudentiel de la Convention. L'exercice d'un pouvoir de modulation par une autre formulation de jugement apparaît des plus dangereux compte tenu des éventuelles dissensions entre les juges sur les modulations jurisprudentielles qu'une telle situation serait susceptible d'engendrer⁴⁰⁶⁸. Il est loisible d'imaginer que la Chambre puisse revenir sur une modulation effectuée en amont par la Grande chambre, et décider conséquemment de reporter les effets du constat de violation, occasionnant une forte insécurité juridique pour les justiciables au détriment de la protection effective de leurs droits conventionnels. Pire, la Chambre pourrait se désolidariser de la solution de la Grande chambre

⁴⁰⁶⁶ Le placement sous surveillance donne lieu à une obligation d'échanges réciproque entre l'État partie et le Comité, centralisé par le Service de l'exécution des arrêts et le Secrétariat général du Conseil de l'Europe. Ces échanges prennent généralement la forme de plans et de bilans d'action. Ces derniers énumèrent l'ensemble des mesures prises par l'État pour résorber la violation en interne, ainsi que des informations relatives à leur avancées. Ils permettent également d'expliquer les obstacles éventuels à l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en y apportant d'y trouver des remèdes financiers et matériels. De plus, le Comité peut émettre de recommandations appelées résolutions intérimaires pour guider et accompagner l'État tout au long du processus. Des organisations internationales ainsi que des agences peuvent également soumettre des observations durant la durée du processus. Tous ces éléments amènent une évaluation constante sur le degré d'intronisation de la jurisprudence européenne en interne. Ceci les rapproche des techniques conséquentialistes traditionnels comme les études d'impact, les analyses statistiques,... Cette procédure est détaillée dans le document relatif aux règles du Comité des Ministre pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables en date du 10 mai 2006, CM/Del/Dec(2006)964/4.

⁴⁰⁶⁷ *Supra*, n° 286.

⁴⁰⁶⁸ Les dissensions interprétatives au sein de la Cour sont sources d'ineffectivité, voy. *supra*, n° 718 et suiv.

et refuser de faire application des conséquences d'un arrêt modulé au cas qui se présente à elle. Or, « *la Convention doit se lire comme un tout et s'interpréter de manière à promouvoir sa cohérence interne et l'harmonie entre ses diverses dispositions* »⁴⁰⁶⁹. Ces raisons expliquent notamment que cette compétence soit habituellement la chasse gardée des juridictions suprêmes. L'étendue de son pouvoir doit également être strictement délimitée à certains droits et libertés.

c- Un appareillage circonscrit à certains domaines

851. À première vue, la nature spécifique des droits intangibles les exclut du champ de la modulation. Appelés « droits indérogeables », ils s'associent à l'« *idée d'indisponibilité, d'immutabilité* » en ce qu'ils forment « *l'essence de la structure* » de l'identité constitutionnelle⁴⁰⁷⁰. En droit de la Convention, ils recourent l'ensemble des droits « *auxquels l'État partie ne peut porter atteinte et qu'il doit maintenir intacts* »⁴⁰⁷¹. En ce qu'ils bénéficient à « *toute personne, à tout lieu et à toute circonstance* », ils ne peuvent donc faire l'objet ni de restriction ou de limitation⁴⁰⁷², ni en toute logique d'une application modulée, à l'exception peut-être de certains contentieux dont l'applicabilité relève de l'article 3. Pour exemple, la résolution de la surpopulation carcérale donne régulièrement naissance à des arrêts pilotes⁴⁰⁷³. L'urgence pourrait aussi être une circonstance exceptionnelle dont l'intensité devra être déterminée, de façon avisée et prudente, par la Cour européenne.

852. Les droits conditionnels se prêtent davantage au droit transitoire jurisprudentiel grâce à la clause d'ordre public⁴⁰⁷⁴. La nature économique de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 entre aisément dans le champ des dispositions susceptibles d'être modulées. Il en va de même de l'article 6, compte tenu de son succès auprès du revirement pour l'avenir⁴⁰⁷⁵, ainsi que les

⁴⁰⁶⁹ CEDH, Gde. Ch., 29 août 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, req. n° 13229/03, Rec. 2008-I, §62.

⁴⁰⁷⁰ C. GREWE, Les droits intangibles, *AJJC*, 2011, p. 437-452.

⁴⁰⁷¹ F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2015, coll. « Que sais-je » ?, p. 30. Ces droits intangibles se sont relatifs au droit à la vie (art. 2 et Protocole n° 6 et 13), au droit à ne pas être torturé et à ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants (art. 3), au droit à ne pas être placé en esclavage et en servitude et à ne pas être astreint à un travail forcé (art. 4) ainsi que le droit à la non-rétroactivité de la loi pénale (art. 7) et du principe de *non bis in idem* (art. 4, Protocole n° 7).

⁴⁰⁷² *Ibidem*.

⁴⁰⁷³ CEDH, 15 janvier 2009, *Bourdiv c. Russie (n° 2)*, req. n° 33509/04, §§137-146 (*JDI*, 2010, n° 3, p. 972-974, note E. DECAUX et P. TAVERNIER ; *JCP A.*, 2009, n° 51, p. 2295, chron. D. SZYM CZAK) ; CEDH, 8 janvier 2013, *Torreggiani et autres c. Italie*, req. n° 43517/09.

⁴⁰⁷⁴ Pour rappel, la clause d'ordre public cristallise non seulement la préservation des intérêts étatiques au nom de l'intérêt général de sécurité juridique de leur ordonnancement juridique, mais également l'obligation étatique de légiférer selon les standards objectifs du principe de sécurité juridique, *supra*, n° 252.

⁴⁰⁷⁵ P. MORVAN, Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable, *Recueil Dalloz*, 2007, p. 835.

articles 5 et 8 à 11. Dans ces hypothèses, une justification impérieuse et exceptionnelle pourrait subordonner l'enclenchement de la modulation.

853. À l'évidence, la consécration d'un pouvoir explicite de modulation impose de déterminer au préalable l'étendue et l'intensité des instruments qui seront octroyés au juge. Pour assurer l'efficacité du mécanisme, l'octroi d'une habilitation élargie dans la gestion des effets rétroactifs et prospectifs de la jurisprudence confère à la Cour l'amplitude nécessaire pour moduler sa jurisprudence de manière à concilier les intérêts de sécurités juridiques avec la cohérence et l'unité de son droit. Néanmoins, la spécificité de la Convention et des droits qu'elle protège commande de restreindre le champ des dispositions conventionnelles soumises à modulation. Cette prérogative devra être conditionnée par des circonstances exceptionnelles ou, pour reprendre une terminologie propre aux juges modulateurs, « *à des circonstances impérieuses de sécurité juridique* ». Évidemment, ces circonstances devront être dûment motivées pour gagner en autorité et en légitimité. Si de nombreuses questions restent encore à régler quant au coût matériel, financier et humain que requiert la concrétisation du droit transitoire jurisprudentiel dans le système de la Convention, c'est surtout la question de l'exécution de l'arrêt modulé qui pourraient entériner sa concrétisation définitive.

2°) Un exercice compromis de la compétence de modulation

854. Bien que la modulation différée soit reconnue comme « *une technique contentieuse globalement efficace en vue d'obtenir une action rapide du législateur* »⁴⁰⁷⁶, de nombreuses zones d'ombre perdurent. L'exercice dual, au niveau européen et national, d'une prérogative de modulation, serait susceptible de créer des zones de collision entre la modulation effectuée par le juge strasbourgeois et celle du juge national. La modulation opérée au niveau national pourrait être en contradiction avec le droit de la Convention ou pour déroger aux obligations conventionnelles. Dans ce cas de figure, les sécurités juridiques subjectives s'en retrouveraient davantage malmenées que protégées (a). Dans le même temps, la mise en œuvre d'un droit transitoire jurisprudentiel est menacée par les carences intrinsèques au mécanisme conventionnel en matière d'exécution des arrêts définitifs rendus par la Cour, dont les conséquences négatives ont pu être de nouveau mises en lumière dans le récent arrêt

⁴⁰⁷⁶ F. TAP, L'abrogation différée d'une disposition législative par le Conseil Constitutionnel : que faire en cas de retard du législateur ? *op. cit.*, p. 171.

*Burmych*⁴⁰⁷⁷. Si l'exécution est loin de constituer une critique neuve, et s'applique à l'ensemble des arrêts définitifs indépendamment de leur nature (revirement, arrêt de principe, arrêt pilote), l'ampleur de la modulation sur les sécurités juridiques et l'effectivité appelle à la plus grande prudence, et commande d'adopter au préalable un contrôle juridique de l'exécution des arrêts avant l'instauration de tout régime de droit transitoire (b).

a- L'hypothèse des conflits de modulation entre les juges de la Convention

855. La majorité des juges nationaux sont habilités à moduler leur propre jurisprudence. De ce fait, l'articulation entre la modulation strasbourgeoise et la modulation nationale pourrait entrer générer un conflit entre les juges à propos de la protection de leur propre sécurité juridique objective. À cet égard, un maître des requêtes observait, à propos du droit de l'Union européenne, qu'il résultait une forme de paradoxe « *de voir un juge national bénéficier de nouveaux pouvoirs de modulation dans le temps [...], et en même temps de voir ces prérogatives elles-mêmes "modulées par la jurisprudence de la Cour de justice* »⁴⁰⁷⁸. Ce cumul de jurisprudences modulées donnerait lieu à un *imbroglio* de sécurités juridiques qui affecterait la protection effective des droits conventionnels et l'effectivité du mécanisme conventionnel. Fort heureusement, la concrétisation de cette hypothèse semble réduite en pratique grâce au Protocole n° 16. En effet, ce dernier diminue les risques d'enchevêtrement des modulations entre les juges de la Convention. Si un « doute impérieux » subsiste quant à l'opportunité ou le choix de la modulation, le juge national peut surseoir à statuer pour demander « conseil » auprès de la Cour européenne qui lui indiquerait dès lors la démarche à suivre pour moduler (ou revenir sur l'un de ses arrêts modulés) de façon à ce que cela se concilie avec la préservation de l'effectivité des droits conventionnels. Le volet préventif de la sécurité juridique *in globo* s'en trouve donc affermie grâce au dialogue des juges⁴⁰⁷⁹. Cela éviterait par la même occasion que

⁴⁰⁷⁷ CEDH, Gde. Ch., 12 décembre 2017, *Burmych et autres c. Ukraine (radiation)*, req. n° 46852/13, 47786/13, 54125/13 et suiv (*JCP G*, 2018, doct. 34, chron. F. SUDRE).

⁴⁰⁷⁸ « *L'effet contradictoire est inhérent à la dialectique plus générale du double mouvement parallèle d'altération de la compétence juridictionnelle sous l'effet du droit de l'Union : mouvement d'extension pour permettre un contrôle effectif des droits* », H. CASSAGNABERE, Le juge du droit de l'Union et la modulation dans le temps, *op. cit.*

⁴⁰⁷⁹ Pour des analyses approfondies, voy. *supra* n° 472 et *contra* n° 722.

⁴⁰⁷⁹ Le 5 octobre 2018, la Cour de cassation (Cass. Ass. plén., 5 octobre 2018, n° 10-19.053) a formulé la première d'avis consultatif près de la Cour européenne sur une question relative à la gestion pour autrui dans le cadre d'une procédure de réexamen de l'arrêt *Mennesson*. La Cour européenne a rendu un avis en date du 10 avril 2019 relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention. L'avis est disponible en ligne : [\https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%22%2F000%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22OPINIONS%22%5D,%22ite

le juge de la Convention ne soit tenté de procéder à des « modulations sur modulations » en guise de rappel à l'ordre et pour contrer son impuissance politique face à un État rétif⁴⁰⁸⁰. Ceci engendrerait un millefeuille d'insécurité juridique. La Cour reviendrait sur son précédent jurisprudentiel, empêchant le principe de sécurité juridique de jouer son rôle de verrou au profit de la stabilité des relations juridiques. La saisine pour avis demeure toutefois facultative et tributaire de l'« *audace* »⁴⁰⁸¹ du juge national. La Cour ne peut se saisir d'office et ne disposant d'aucun moyen de contrainte juridique en cas de manquement à ses obligations conventionnelles, contrairement à sa consœur luxembourgeoise⁴⁰⁸². La coopération du juge national est donc plus que vitale pour éviter ce genre de dérives.

856. Au surplus, l'exercice d'un droit transitoire jurisprudentiel est menacé par les carences intrinsèques au mécanisme conventionnel en matière d'exécution des arrêts définitifs rendus par la Cour.

b- L'hypothèse de l'inexécution de l'arrêt « modulé »

857. Comme on le sait, les articles 3 du statut du Conseil de l'Europe⁴⁰⁸³ et 46§1 de la Convention⁴⁰⁸⁴ imposent aux États parties de se conformer respectivement aux valeurs défendues de l'organisation, ainsi qu'aux arrêts définitifs en raison de leur force obligatoire. Grâce à leur autonomie législative, derniers restent donc libres de fixer les mesures générales et individuelles de redressement. Outre l'absence de prérogative d'annulation, le juge européen est dépourvu de toute compétence sur le contrôle de l'exécution de ses arrêts définitifs. Tout comme la surveillance des règlements amiables⁴⁰⁸⁵, cette compétence est dévolue au Conseil

[mid%22:\[%22003-6380431-8364345%22\]}](#). Pour plus de détails, F. SUDRE et A. GOUTTENOIRE, L'avis constructif de la CEDH à propos de la maternité d'intention, *op. cit.*, p. 5551.

⁴⁰⁸⁰ L. USUMIER et P. DEUMIER, Le re-virement de jurisprudence, source tumultueuse du droit, *RTD Civ.*, 2018, p. 353.

⁴⁰⁸¹ A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE, L'avis constructif de la CEDH à propos de la maternité d'intention, *op. cit.*, p. 5551.

⁴⁰⁸² Récemment, la Cour de justice a condamné le Conseil d'État pour manquement au droit de l'Union, ce dernier ayant omis de la saisir à titre préjudiciel alors que la solution retenue par le juge administratif en l'espèce ne s'imposait pas « *avec une telle évidence qu'elle ne laissait place à aucun doute raisonnable* » sur la conventionalité de la disposition litigieuse, en l'espèce, CJUE, 4 octobre 2018, *Commission européenne c. République Française*, aff. C-416/17, pts. 110-114.

⁴⁰⁸³ « *Tout Membre du Conseil de l'Europe reconnaît le principe de la prééminence du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il s'engage à collaborer sincèrement et activement à la poursuite du but défini au chapitre I^{er}* ».

⁴⁰⁸⁴ « *Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties* ».

⁴⁰⁸⁵ En vertu de l'article 39, alinéa 4 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *Cette décision est transmise au Comité des Ministres qui surveille l'exécution des termes du règlement amiable tels qu'ils figurent dans la décision* ».

des ministres et est donc placée sous contrôle politique⁴⁰⁸⁶. Si le processus de surveillance s'est considérablement amélioré au fil des années⁴⁰⁸⁷, il présente encore de nombreuses failles en pratique.

858. Même s'il s'agit d'un problème notoire en droit de la Convention, l'arrêt modulé est tout autant exposé au risque d'inexécution que les arrêts ordinaires. L'affaire *Burmych*, afférent à l'inapplication répétée d'un arrêt pilote⁴⁰⁸⁸ est en ce sens significatif. Pour rappel, l'arrêt pilote *Ivanov* n° 2⁴⁰⁸⁹ a été instauré en 2009 afin de résorber les violations systémiques provenant de la non-exécution ou d'exécution tardive de décisions judiciaires en droit interne. L'affaire n'étant toujours pas exécutée en raison d'obstacles financiers et matériels, la Cour est amenée dans un premier temps à réexaminer les mesures préconisées dans l'affaire *Ivanov*. Se saisissant de l'occasion pour préciser à nouveau les contours de sa compétence, elle finit par rejeter toute modification éventuelle desdites mesures. En l'occurrence, elle considère que « *la non-exécution prolongée de décisions de justice en Ukraine a déjà été résolue par la Cour dans l'arrêt pilote Ivanov. La Cour s'est ainsi acquittée de sa mission définie à l'article 19 de la Convention. En particulier, elle a identifié la défaillance systémique, déclaré que celle-ci emportait violation de la Convention, et donné des orientations quant aux mesures générales à adopter en vertu de l'article 46 pour une exécution satisfaisante de l'arrêt pilote de manière à assurer une réparation et un redressement à toutes les victimes – passées, actuelles et futures – de la violation systémique relevée* »⁴⁰⁹⁰. Cela étant, elle se déclare incompétente pour contrôler l'exécution des arrêts pilotes dont elle est pourtant à l'origine. Puisqu'il ne lui appartient d'« *être transformée en organe qui surveille l'exécution de ses propres arrêts* »⁴⁰⁹¹, elle renvoie subséquemment la responsabilité aux acteurs compétents, autrement dit le Comité

⁴⁰⁸⁶ En vertu l'article 42, alinéa 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *L'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des ministres qui en surveille l'exécution* ».

⁴⁰⁸⁷ J-F. FLAUSS, L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : du politique au juridique et vice-versa, *RTDH*, 2009/77, p. 27-72 ; S. ALCEGA SERGIO, Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme suite au processus d'Interlaken : l'évolution technique d'un mécanisme politique, *RQDI*, 2014, p. 99-117 ; G. COHEN-JONATHAN, Garantir l'efficacité à long terme de la Cour européenne des droits de l'homme : quelques observations des derniers travaux du Comité directeur pour les droits de l'homme, *RTDH*, 2003/56, p. 1125-1156 ; K. BLAY-GRABARCZYK, M. AFROUKH, A. SCHAHMANECHE, Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *RFDA*, 2014, p. 935.

⁴⁰⁸⁸ CEDH, Gde. Ch., 12 décembre 2017, *Burmych et autres c. Ukraine (radiation)*, req. n° 46852/13, 47786/13, 54125/13 et suiv. (*JCP G*, 2018, doct. 34, chron. F. SUDRE).

⁴⁰⁸⁹ CEDH, 15 octobre 2009, *Yuriy Nikolayevich Ivanov c. Ukraine*, req. n° 40450/04.

⁴⁰⁹⁰ *Ibid.*, §197 (souligné par nous).

⁴⁰⁹¹ *Ibid.*, §193.

des ministres⁴⁰⁹² ainsi qu'à l'État ukrainien⁴⁰⁹³. Cet arrêt n'a pas manqué de nombreuses critiques tant chez les juges de la Cour⁴⁰⁹⁴ que chez les universitaires⁴⁰⁹⁵. Pourtant le fléau de l'inexécution n'est ni inédit, ni spécifique à l'arrêt modulé. Seule la portée de l'atteinte à l'effectivité des droits diffère. L'arrêt modulé touche un plus grand nombre de sécurités juridiques subjectives et, en conséquence, un plus grand nombre de requérants. L'inexécution emporte de lourdes conséquences sur le respect effectif de leurs droits fondamentaux lorsque la modulation s'accompagne d'un effet différé ou limité dans le temps. Dans l'arrêt *Marckx*, la Cour avait exclu les « *situations juridiques antérieures au prononcé du présent arrêt de l'application de sa solution* », les privant d'une jurisprudence positive pour les enfants naturels. Alors que l'on aurait pu penser que la clémence de la Cour allait inciter l'État à se mettre au diapason de sa nouvelle jurisprudence, la Belgique a fait l'objet d'une seconde condamnation dans l'arrêt *Vermeire contre Belgique*⁴⁰⁹⁶. Récemment, c'est la France qui a fait l'objet d'une condamnation sur l'application de dispositions transitoires et de la rétroactivité de la loi de 2001 régissant le partage d'une indivision successorale entre enfants légitimes et adultérins⁴⁰⁹⁷. Or, le prolongement de l'inexécution met en péril la sécurité et les droits non seulement du requérant du litige, mais aussi les situations en cours en ce qu'elles sont privées du bénéfice de l'interprétation progressive, ainsi que les requérants futurs qui restent toujours victimes des effets discriminatoires de la disposition nationale in conventionnelle. C'est pourquoi le droit transitoire jurisprudentiel impose, de notre point de vue, de disposer au préalable d'un contrôle juridique de l'exécution pour se prémunir des dégâts produits par l'inexécution d'un arrêt modulé, car c'est à cette seule et unique condition que l'exercice de cette prérogative garantira à la fois : la sécurité juridique *in globo*, l'efficacité du mécanisme conventionnel et l'effectivité des droits qu'il protège.

⁴⁰⁹² Elle lui rappelle de la sorte qu'en « *sa qualité d'organe ayant dans le système de la Convention* », il a « *la responsabilité de veiller à ce que toutes les personnes touchées par le problème systémique constaté dans un arrêt pilote obtiennent justice et réparation* », *ibid.*, §198.

⁴⁰⁹³ Selon la Cour, l'Ukraine se révèle pleinement responsable de sa situation pour manquement à son obligation d'exécution, martelant tout au long de sa motivation que c'est à l'État qu'il convient d'exécuter les arrêts-pilotes au nom de la « *responsabilité collective partagée dans le cadre de la Convention* » conformément au principe de subsidiarité, *ibid.*, §185.

⁴⁰⁹⁴ Voy. les deux opinions dissidentes jointes à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 12 décembre 2017, *Burmych et autres c. Ukraine* : l'opinion dissidente commune aux juges YUDKIVSKA, SAJÓ, BIANKU, KARAKAS, DE GAETANO, LAFFRANQUE et MOTOC, ainsi que l'opinion dissidente du juge SAJÓ.

⁴⁰⁹⁵ Voy. en particulier J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, La première saisine de la CEDH par le Comité des ministres au titre de l'article 46§4 de la Convention, *Gaz. Pal.*, 2018, n° 9, p. 32.

⁴⁰⁹⁶ CEDH, Ch., 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, req. n° 12849/87, série A. 214-C.

⁴⁰⁹⁷ CEDH, 14 mars 2019, *Quilichini c. France*, req. n° 38299/15.

*
* *

859. Le terme de ces analyses aboutit à une aporie. Pour garantir la sécurité juridique *in globo* de manière durable et de concert avec l'effectivité de la protection conventionnelle, cette étude invite le droit de la Convention à doter explicitement la Cour européenne d'un pouvoir de modulation jurisprudentielle, qui est potentiellement la technique contentieuse la plus délétère pour la sécurité juridique. Cependant, il appert que ce n'est pas tant la modulation en elle-même qu'une modulation mal gérée qui constitue la véritable source d'insécurité juridique. En ce qu'elle assure une conciliation pérenne entre les sécurités juridiques et l'effectivité, cette étude propose de parachever l'évolution débutée il y a de cela près de quarante ans avec l'arrêt *Marckx* en élaborant un régime de droit transitoire jurisprudentiel. Si les obstacles portant sur son adoption peuvent être résolus, l'exercice de son pouvoir pose trois difficultés majeures. Premièrement, il nécessite de trouver le « curseur »⁴⁰⁹⁸ idéal entre liberté prétorienne et délimitation de cette compétence pour éviter que son caractère discrétionnaire ne devienne source d'arbitraire. Deuxièmement, cet exercice raviverait de vives polémiques sur la légitimité de la Cour à faire usage d'un pouvoir aussi novateur, notamment au regard de son rôle de protecteur des droits fondamentaux. « *Il ne s'agit pas de savoir s'ils ont le droit d'assurer cette protection, mais s'ils se situent en deçà ou au-delà de ce qui est attendu dans un cas donné* »⁴⁰⁹⁹. Contrairement à la modulation *in concreto*, l'application d'une modulation *in abstracto* entrerait, dans une certaine mesure, en conflit avec l'office régulateur des droits fondamentaux. Sa connotation constitutionnelle réactiverait de la sorte les débats sur le « rôle constitutionnel »⁴¹⁰⁰ de la Cour européenne. Indéniablement, l'établissement d'un régime de droit transitoire nécessitera de s'interroger sur la perception de l'office du juge européen pour l'avenir, notamment sur sa mutation éventuelle en « juge des conséquences ». Là encore, le développement d'un office conséquentialiste demanderait de nombreuses réformes

⁴⁰⁹⁸ Idéalement, il faudrait instaurer des garde-fous efficaces pour éviter que le juge utilise à mauvaise escient la modulation à des fins de stratégies prétorienne, mais qui seraient suffisamment souples pour éviter de le brider dans la détermination de la gestion des rétroactifs et prospectifs de sa jurisprudence, en concordance avec l'effectivité des droits.

⁴⁰⁹⁹ G. RAVARANI, Quelques réflexions sur la légitimité du juge de Strasbourg, *RTDH*, 2019/118, p. 260-296, spéc. p. 283.

⁴¹⁰⁰ F. SUDRE, A. GOUTTENOIRE, L'avis constructif de la CEDH à propos de la maternité d'intention, *op. cit.*, p. 5551.

institutionnelles pour en assurer l'effectivité. Aussi, si le conséquentialisme constitue une évolution naturelle du contrôle de proportionnalité⁴¹⁰¹, le virage économique que semble prendre ce contrôle s'avère difficilement compatible avec le contentieux européen des droits de l'homme⁴¹⁰². Le juge devra donc faire preuve de la plus prudence en ne modulant qu'à titre exceptionnel. Dernièrement, les carences notoires du mécanisme de contrôle de l'exécution des arrêts définitifs constituent une barrière importante à sa réalisation pour éviter une insécurité juridique et une ineffectivité maximales. Si la Cour aspire à redevenir un « juge des conséquences », il faut impérativement que l'appareil conventionnel se dote d'un véritable « *droit de l'exécution* »⁴¹⁰³ pour disposer, enfin, des instruments à la hauteur de cette ambition.

⁴¹⁰¹ T. MARZAL, La Cour de cassation à l'âge de la balance, *RTD Civ.*, 2017, p. 789.

⁴¹⁰² La modulation jurisprudentielle amène une prise de conscience juridictionnelle du « coût » de la décision modulée sur les finances publiques, le juge devant alors mesurer les conséquences économiques de sa jurisprudence. Le conséquentialisme se pare de considérations économiques et budgétaires qui, dans un contexte d'austérité et de droits économiques, se concilient non sans avec la question des droits fondamentaux. Sur ces questions, lire S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, LGDJ, Paris, 2016, t. 147, p. 377 et suiv.

⁴¹⁰³ P. DEUMIER, Les effets dans le temps des décisions QPC : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles, *NCCC*, 2015, n° 47.

CONCLUSION DU CHAPITRE

860. L'analyse des remèdes actuels ne peut faire qu'espérer le bien pour lutter contre l'insécurité juridique *in globo*. La Cour européenne témoigne d'une pédagogie judiciaire remarquable. La structure et le style rédactionnel ont globalement contribué à augmenter la lisibilité et la compréhensibilité de l'arrêt. Le recours à la motivation externe grâce à la diffusion de supports parajuridictionnels procède à une finalité identique. Mieux accepté et donc mieux réceptionné, son récit jurisprudentiel gagne en force et en effectivité. Cette aspiration à l'auto responsabilisation prend corps dans la théorisation du revirement développée par la Cour ces dernières années. Consciente des effets délétères qu'emportent ses changements jurisprudentiels sur les sécurités juridiques, la Cour distille des indicateurs discursifs qui exercent une fonction bipartite de catalysation de l'insécurité juridique médiate et de fortification des anticipations juridiques. Dès lors les justiciables peuvent « *organiser leurs intérêts dans la perspective de cette consécration future pour ne pas souffrir de sa survenance* »⁴¹⁰⁴. Bien que bénéfiques, ces remèdes n'en présentent pas moins des défaillances qui nuisent à leur efficacité. La surdose de motivation exhibe des dérives interprétatives continues qui ternissent à terme la crédibilité de la pédagogie menée par la Cour. En raison de carences intrinsèques, ces mécanismes prennent parfois les allures d'instruments divinatoires. Si la survenance d'un revirement est impossible à prévoir avec exactitude, sa théorisation engendre une forme de probabilité juridique parfois impropre à la résorption de l'insécurité juridique du revirement ainsi qu'au contentieux des droits de l'homme⁴¹⁰⁵. Cet appel à la transparence et la prédictibilité jurisprudentielles est symptomatique d'une Cour qui ne cherche plus seulement à instruire comme tout pédagogue, mais qui a pris conscience des failles et les enjeux liés à sa pédagogie. Par conséquent, la Cour est passée de la figure du « *juge responsable* » à celle de « *juge responsabilisé* ». Cependant, l'écart entre les aspirations de la Cour et la réalité de sa jurisprudence montre que le chemin est encore loin d'être atteint. Elle doit impérativement perfectionner ses remèdes si elle souhaite parvenir à une sécurisation « éthique » de sa jurisprudence sur laquelle repose sa légitimité et sa crédibilité sur la scène européenne.

⁴¹⁰⁴ T. MARZAL, La Cour de cassation à l'âge de la balance, *RTD Civ.*, 2017, p. 789.

⁴¹⁰⁵ F. HOFFMANN, Probabilité et droit de la concurrence, *RFDA*, 2011, p. 531.

861. De surcroît, ce manque d'efficacité provient de l'absence de responsabilisation du juge à la phase de l'« *après-jugement* »⁴¹⁰⁶. Le développement d'un « *droit transitoire jurisprudentiel strasbourgeois* »⁴¹⁰⁷, en complément des remèdes existants, constituerait alors une solution salubre pour la sécurisation *in globo*. La modulation jurisprudentielle parachèverait la figure du « juge responsabilisé ». Dans ses conclusions, le Rapport MOLFESSIS affirmait qu'« *en incitant le juge à rendre compte de ses choix, à prendre en considérations les intérêts qui sont au cœur du lige, à éviter les injustices et les désordres que ses décisions pourraient entraîner, n'accroît pas son pouvoir, mais contribue à sa maîtrise* »⁴¹⁰⁸. Avec le concours du Conseil de l'Europe, la Cour pourrait raviver la « modulation marcksienne » en disposant d'instruments adéquats pour la gestion des effets prospectifs et rétroactifs de ses arrêts. Bien évidemment, de nombreux obstacles idéologiques et juridiques nuisent à la faisabilité d'un tel projet. En particulier, la réforme du mécanisme du contrôle de l'exécution des arrêts définitifs apparaît un prélude indispensable, au risque de rendre le remède pire que le mal. Il n'empêche que cette solution permettrait au juge de devenir un « juge gestionnaire » des effets associés à sa jurisprudence. Contrairement aux idées préconçues, la modulation jurisprudentielle se révèle donc des plus avantageux pour la sécurité juridique *in globo*. Elle fournirait au juge un instrument moderne lui permettant de concilier optimalement une pluralité d'exigences et de contraintes intrinsèques au droit de la Convention : la stabilité jurisprudentielle, le progrès, l'efficacité, l'effectivité, la cohérence et l'unité, et la pluralité de sécurités juridiques. « *Assumer les tensions [...] plutôt que de les aplanir* »⁴¹⁰⁹, telle serait la recette idéale d'une modulation jurisprudentielle à « la strasbourgeoise ».

⁴¹⁰⁶ F. ZENATI, *La jurisprudence*, Dalloz, Paris, 1990, p. 154.

⁴¹⁰⁷ F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'ombre de *Marckx*, pour un débat renouvelé sur les effets dans le temps des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'homme dans la société internationale. Mélanges en l'honneur du Professeur Paul TAVERNIER*, Bruylant, Bruxelles 2013, p. 1089-1118, spéc. p. 1118.

⁴¹⁰⁸ H. CASSAGNABERE, *Le juge du droit de l'Union et la modulation dans le temps*, NCCC, 2017, n° 54.

⁴¹⁰⁹ T. SACHS, *Quand la sécurité juridique se perd dans l'analyse économique*, *Dr. soc.*, 2015, p. 1019.

CONCLUSION DU TITRE II

862. « *L'insécurité juridique est créée par le pouvoir. La fiabilité du droit, appelée sécurité juridique, n'est autre qu'une protection contre le pouvoir, demandée au pouvoir lui-même* »⁴¹¹⁰. En droit de la Convention, cette protection s'érige contre les dérives de la stratégie jurisprudentielle de la Cour européenne. Avant de les retracer, il convient de « démystifier » au préalable le discours de l'insécurité juridique. La jurisprudence strasbourgeoise nécessite une part d'insécurité juridique qui est vitale pour la réalisation des objectifs d'effectivité du droit et des droits conventionnels⁴¹¹¹. Les revirements de jurisprudence, les clarifications, les dissensions entre les juges de la Convention et les inexécutions appartiennent à la vie certes animée mais habituelle d'un prétoire. Ces éléments sont souvent source d'émulation et de réflexion sur la manière d'envisager et de perfectionner un office juridictionnel. Dans cette perspective, la conciliation entre sécurité juridique *in globo* et effectivité du droit doit admettre cette part d'insécurité juridique pour permettre au juge de la Convention de tendre vers l'effectivité des droits.

863. Cependant, cette conciliation se révèle insuffisante dans la mesure où elle ne concorde plus avec l'effectivité des droits, ni même avec celle du droit. La sécurité juridique devient alors la « *valeur sacrifiée des sociétés post-modernes* »⁴¹¹². À force de délaisser « *l'intérêt de la sécurité juridique, la prévisibilité du droit et l'égalité devant la loi* »⁴¹¹³ dans la pondération de ses intérêts et dans la construction de son récit jurisprudentiel, la Cour développe des niches d'insécurité juridique qui amenuisent, à terme, la protection effective des droits et libertés conventionnels et à l'effectivité de son droit. Celles-ci créent des distorsions jurisprudentielles « *profondes et persistantes* »⁴¹¹⁴ – pour reprendre les propos de la Cour européenne – qui se révèlent alors dangereuses pour la sécurisation *in globo*. Il en va ainsi des revirements furtifs, de la manipulation des précédents et des interprétations consensuelles, de l'effet d'annonce d'un revirement qui tarde à se concrétiser et dont l'attente place les parties dans l'incertitude, ou

⁴¹¹⁰ L. FRANÇOIS, « La fiabilité du droit, dite sécurité juridique », in *La Sécurité juridique*, Actes du colloque organisé par la conférence du jeune barreau de Liège, 14 mai 1993, éd. du jeune barreau de Liège, 1993, p. 8-20, spéc. p. 12.

⁴¹¹¹ « *Une évolution de la jurisprudence n'est pas en elle-même contraire à la bonne administration de la justice lorsque l'absence d'une approche dynamique et évolutive risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration* », CEDH, 23 mai 2019, *Sine Tsaggarakis A.E.E. c. Grèce*, req. n° 17257/13, §48.

⁴¹¹² P. MARTENS, « La sécurité juridique : rapport de synthèse », in *La Sécurité juridique, op. cit.*, p. 257-265, spéc. p. 258.

⁴¹¹³ CEDH, Gde. Ch., 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, req. n° 46295/99, Rec. 2002-IV, §68.

⁴¹¹⁴ CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie*, req. n° 13279/0, §§53-58.

encore d'une rétroactivité ou d'une prospectivité mal gérées qui se répercutent négativement sur les sécurités juridiques étatiques et individuelles. Plus alarmants, les revirements involutifs démontrent que la combinaison est non seulement insuffisante, mais délétère dans la mesure où elle n'engendre qu'insécurité juridique (*in globo* et des parties) et ineffectivité (des droits et du droit de la Convention).

864. Pour renouer avec un niveau normal et suffisant de sécurité juridique *in globo*, des remèdes ont été proposés pour combattre l'insécurité juridique émanant de sa jurisprudence. La Cour a ainsi développé des mécanismes juridiques et discursifs pour renouer avec cette « *vertu oubliée* »⁴¹¹⁵ et réinstaurer un climat de confiance avec les acteurs conventionnels. Œuvrant à une plus grande pédagogie formelle et matérielle de ses arrêts, ses arrêts concourent à renforcer la sécurité juridique de manière immédiate par le développement d'une théorie du revirement, par la clarté et la lisibilité de sa jurisprudence, par le développement de supports parajuridictionnels et du Protocole n° 16. Parallèlement, des moyens prédictifs ont été mis en œuvre pour renforcer la sécurité juridique préventive des revirements *in futuro*. Bien que ces remèdes aient porté leurs fruits en sécurisant davantage la jurisprudence, ils n'offrent pas, à notre sens, une conciliation optimale entre les différentes sécurités juridiques et les objectifs d'effectivité du droit et des droits de la Convention. Ils ne procurent qu'une résorption immédiate de l'insécurité juridique sans intégrer toutes les dimensions de l'impératif de sécurité juridique, notamment ses volets prospectifs et préventifs. En particulier, ils ne permettent pas de contrer l'insécurité juridique résultant des effets de sa jurisprudence. C'est pourquoi l'introduction d'un droit transitoire jurisprudentiel strasbourgeois nous paraît être la clé du renouement entre la pluralité de sécurités juridiques (individuelles, étatiques, conventionnels, préventive, prospective, médiate et immédiate) avec les objectifs d'effectivité du droit et des droits. D'abord, elle permet une pondération équilibrée entre ces intérêts. Ensuite, elle permettrait de mieux réguler la sécurité post jurisprudentielle et donc de combattre l'une des sources les plus néfastes pour la sécurité juridique. Enfin, elle rétablirait la confiance des acteurs conventionnels dans la justice conventionnelle dans la mesure où leurs intérêts respectifs seraient mieux pondérés et mieux appréhendés par la Cour. Les sécurités *inter partes et organes* du droit de la Convention seraient donc garanties.

865. Bien entendu, il est impossible d'ignorer le contexte de démantèlement démocratique et de remise en cause de la légitimité de la Cour. Aussi, la tendance au revirement régressif

⁴¹¹⁵ P. MARTENS, « La sécurité juridique : rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 258.

interroge la capacité de la Cour à gérer les effets de sa jurisprudence. Enfin, le droit transitoire jurisprudentiel pourrait entraîner le déclin de la qualité de la jurisprudence⁴¹¹⁶.

866. Pourtant, l'octroi d'un pouvoir de modulation pourrait donner l'impulsion et les moyens nécessaires au juge de la Convention pour fournir le « *travail actif* »⁴¹¹⁷ qui parachèverait ce processus d'auto responsabilisation. En devenant le gardien « des » sécurités juridiques, elle déploierait une méthodologie interprétative plus « *saine* »⁴¹¹⁸ en revenant à un niveau normal et acceptable d'insécurité juridique jurisprudentielle. De ce fait, le droit transitoire jurisprudentiel serait à même de sécuriser efficacement et durablement le droit de la Convention dans le respect des sécurités juridiques et de l'effectivité de la protection conventionnelle.

⁴¹¹⁶ F. OST, *Temps et droit. le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 91-134.

⁴¹¹⁷ N. MOLFESSIS, (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET, LexisNexis, Paris, coll. « Cour de Cassation », 2005, p. 50.

⁴¹¹⁸ Sous l'arrêt *Golder*, le Juge FITZAMAURICE faisait état de la tournure « malsaine » que prenait la jurisprudence de la Cour européenne : « *Ma propre conclusion sera différente, [de celle de la Cour] en partie parce qu'une optique différente me paraît s'imposer, mais en partie aussi parce qu'à mon avis la Cour s'est appuyée sur des méthodes d'interprétation contraires, selon moi, à une saine doctrine et, en outre, n'a pas attaché assez d'importance à certains aspects de l'affaire très difficiles à concilier avec la conclusion à laquelle elle arrive* », opinion séparée du juge FIDZMAURICE jointe à l'arrêt CEDH, Plén., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, série A. 18, pt. 24. Voy. aussi M. BOSSUYT, L'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'homme, *RBDI*, 1980, p. 53-81, spéc. p. 64 et suiv.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

867. La portée ambivalente du principe appelle à un bilan naturellement ambivalent au regard des objectifs d'effectivité. Le principe de sécurité juridique a produit des effets bénéfiques pour la protection des droits conventionnels. Considérée originellement comme antagoniste à l'effectivité, la sécurité juridique y est désormais pleinement intégrée, grâce à la promotion d'une approche souple et individuelle. Cependant, cette flexibilité nuit en parallèle à l'effectivité des droits. Elle fragmente la protection des droits fondamentaux en raison de standards qui, par leur nature, sont vecteurs d'indétermination et d'imprévisibilité dans leur mise en œuvre. Par ailleurs, le contrôle casuistique contrarie la cohérence de sa jurisprudence et à l'application harmonisée de la norme conventionnelle, que ce soit entre les catégories de requérants qu'entre les États parties. Le recours à l'objectivisation s'effectue souvent au détriment de la protection des droits individuels alors même qu'il devrait être complémentaire au contrôle *in concreto*. Ceci explique qu'il fasse généralement figure de méthodologie régressive pour la protection des droits individuels. Au surplus, l'amélioration rédactionnelle des arrêts que la signalisation des revirements *in futuro* restent encore perfectibles à maints égards.

868. En réalité, le nerf de l'insécurité juridique se situe dans l'usage du principe par la Cour européenne. Généralement, « *l'insécurité juridique apparaît comme une insécurité structurelle, cohérente au système juridique, car impliquée par les déficiences [...] intrinsèques à ce système* »⁴¹¹⁹. Les dérives des méthodes d'interprétation – la manipulation de la règle du précédent ou du consensus entre autres – nuisent à la clarté de sa jurisprudence car elles engendrent une sécurité juridique artificielle. Le principe perd alors peu à peu son rôle de cliquet dans la régulation de sa jurisprudence, laissant la porte ouverte à l'arbitraire et à l'imprévisible. Pareillement, la négation de certaines sécurités juridiques individuelles au profit des valeurs de la Convention ou encore les revirements involutifs constituent d'autres exemples d'une insécurité juridique anormale. Si « *l'insécurité juridique est la règle qui se dérobe* »⁴¹²⁰ selon le Professeur Nicolas MOLFESSIS, en droit de la Convention elle est surtout celle de la règle qui est manipulée à des fins stratégiques.

⁴¹¹⁹ N.-J. MAZEN, *L'insécurité inhérente au système juridique*, thèse dactyl., Université de Dijon, 1979, p. 82.

⁴¹²⁰ N. MOLFESSIS, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », in *La sécurité juridique et la complexité du droit*, Rapport annuel du Conseil d'État, La Documentation française, Paris, 2006, p. 391-406 spéc. p. 391.

869. La mise en lumière des causes de l'insécurité juridique permet alors de trouver les remèdes adéquats à sa résorption. Consciente de l'insécurité produite par sa jurisprudence, la Cour déploie des mécanismes pédagogiques pour accroître le niveau de sécurité jurisprudentielle. Sa motivation se veut plus explicite afin de consolider la force persuasive de ses arrêts. Ses revirements se font plus transparents, plus prévisibles. Sa jurisprudence se diffuse auprès de la société civile européenne pour sensibiliser les acteurs sur le respect du droit de la Convention. De cette logique interactionnelle dans la lutte contre l'insécurité juridique *in globo* émerge la portée « responsabilisante » du principe, et de la « valeur sécurité juridique » qu'il incarne. En priorité, elle s'applique à la Cour européenne, qui développe une forme d'éthique jurisprudentielle. Cette politique jurisprudentielle se manifeste par une plus grande transparence dans la construction de la norme conventionnelle, et par un accompagnement de l'État partie dans la résorption de la violation, au nom de la responsabilité partagée et du partenariat législatif. Cette politique témoigne d'une responsabilisation jurisprudentielle essentielle pour garantir la légitimité et l'autorité de son prétoire. Cette sécurité juridique « responsabilisante » ne s'applique pas seulement au prétoire strasbourgeois. Elle touche également l'ensemble acteurs de la Convention dans l'établissement de leurs prévisions juridiques dans le respect du droit conventionnel. Si le versant subjectif de la sécurité juridique protège les intérêts étatiques et individuels au nom de la confiance qu'ils placent dans la justice conventionnelle, il œuvre paradoxalement à une confiance inversée de la Cour européenne dans ses sujets de droit, qui doivent en conséquence respecter le droit de la Convention. Comme le souligne une thèse sur la sécurité juridique en droit de l'Union européenne, « *si le principe de sécurité juridique a d'abord vocation à protéger les sujets de droit, cela ne signifie pas que ceux-ci pourraient se prévaloir de cette protection sans obligation dans leur chef. Au contraire, chaque sujet de droit est, en partie, responsable de sa sécurité juridique [...]. Les États peuvent attendre des destinataires des règles en vigueur qu'ils en prennent connaissance et, globalement, qu'ils les respectent* ». C'est sur ce fondement qu'« *il est aussi envisageable de conditionner dans une certaine mesure la protection juridique des attentes au fait qu'elles soient "légitimes", ce qui peut notamment requérir une certaine bonne foi de la part des intéressés* »⁴¹²¹. Il en va de même pour ce qui est du droit de la Convention. Le développement d'un contrôle objectif, porté par l'arrêt pilote et les législations-types permettent à l'État partie d'anticiper une éventuelle violation de ses obligations conventionnelles par une meilleure

⁴¹²¹ J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, PUSL, Bruxelles, 2014, p. 574.

connaissance de ces mêmes obligations. Le développement d'une obligation de diligence et de loyauté procédurale responsabilise les requérants dans la saisine de la Cour européenne et de la protection de leurs droits fondamentaux, en limitant l'engorgement du prétoire qui l'assaille. Ainsi, la lutte contre l'insécurité juridique in globo ne repose plus exclusivement sur les épaules de la Cour européenne, mais sur la bonne foi des acteurs qui participent à son élaboration. La « responsabilité partagée » et le « partenariat législatif » qui en découle, tout comme la diffusion de sa jurisprudence par le biais des supports parajudictionnels traduisent la volonté de la Cour de démocratiser et de sensibiliser les États parties et les requérants sur le respect de la sécurité juridique pour protéger l'effectivité et la fiabilité du droit de la Convention. Cette confiance réciproque conditionnera à l'avenir à l'instauration d'un droit transitoire jurisprudentiel strasbourgeois. États parties, requérants et Cour européenne deviendront alors les gardiens des sécurités juridiques du droit de la Convention.

CONCLUSION GENERALE

*“ That is the paradox of wisdom: in so far as we become mindful that life is more dangerous than we had naively supposed in childhood, we help ourselves to approach nearer to actual security... by abandoning an infantile hope of absolute legal certainty ”*⁴¹²²

870. Le terme de cette aventure scientifique portant sur le principe de sécurité juridique en droit de la Convention confirme en partie le postulat initial de recherche. Bien qu'étant un principe complexe et ambigu en droit de la Convention, **il n'en reste pas moins un principe « au sens » de qui se caractérise par une pluralité d'intérêts de sécurités juridiques inhérente au droit de la Convention. Cette transmutation multidimensionnelle témoigne de sa réadaptation aux objectifs du droit de la Convention, à savoir l'effectivité du droit et des droits.**

871. En raison de son acculturation juridique⁴¹²³, le principe « au sens » du droit de la Convention présente des défauts communes aux autres conceptions européennes de la sécurité juridique. Ses nombreuses carences définitionnelles le rendent difficile à cerner. Par ailleurs, son utilisation décousue, couplée à son caractère protéiforme⁴¹²⁴ dans la jurisprudence de la Cour, est topique d'un principe conceptuellement nébuleux et fonctionnellement complexe. S'il ne parvient pas à échapper à ces vicissitudes, il n'en est pas pour autant un « *mystère que l'on n'est pas capable de comprendre* »⁴¹²⁵. En outrepassant le postulat général de son insaisissabilité, et acceptant ses lacunes intrinsèques, sa complexité caractéristique se dissipe alors pour dévoiler un principe aux potentialités fécondes.

872. Sur le plan conceptuel, le principe s'illustre par une omniscience reconnue par la Cour elle-même en l'identifiant comme « *principe inhérent à l'ensemble des articles de la*

⁴¹²² J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, Anchor Books, New York, 1963, p. 159.

⁴¹²³ *Supra*, n° 21 et n° 69 et suiv.

⁴¹²⁴ *Supra*, n° 244.

⁴¹²⁵ J. CARBONNIER, « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », in J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Paris, 2001, 10^{ème} éd., p. 189.

Convention »⁴¹²⁶. Constituant un rempart contre l'arbitraire, le principe de sécurité juridique prend naturellement racine dans la prééminence du droit et l'État de droit⁴¹²⁷. Ses multiples ramifications, sous forme de déclinaisons objectives et subjectives, témoignent d'une double autonomisation, à la fois conceptuelle et matérielle, par rapport à ses principes-socles. En effet, si ses dérivés alimentent à sa réputation de principe « *fourre-tout* »⁴¹²⁸, ils constituent des outils interprétatifs essentiels dans la concrétisation jurisprudentielle du principe. En outre, et bien qu'il soit entendu comme un « *principe général* » du droit de la Convention⁴¹²⁹ par la Cour et par cette étude, sa conceptualisation ne parvient pas à éluder les doutes liés à sa nature principielle. Toutefois, si sa normativité graduelle témoigne d'un usage aléatoire devant inciter le juge à faire montre sans doute de plus de rigueur dans son utilisation, elle atteste néanmoins de sa capacité adaptative, offrant à ce même juge un instrument malléable au service de son interprétation jurisprudentielle. Cette flexibilité conceptuelle explique en conséquence qu'il puisse entrer dans une multitude de catégories de principe. Au surplus, le principe représente l'une des « *valeurs fondamentales sous-jacentes à la Convention* »⁴¹³⁰. Cela étant, il est doté d'une dimension axiologique corroborée par son rattachement à l'ordre public européen⁴¹³¹. Il est également un principe fondamental puisqu'il a vocation à encadrer l'élaboration et la réception de la norme jurisprudentielle pour assurer la stabilité du mécanisme conventionnel. Enfin, il est un principe interprétatif guidant le juge de la Convention dans l'exercice de son contrôle de proportionnalité⁴¹³². Cela étant, la classification retenue est adaptée à la « *pluri catégorisation* » dudit principe⁴¹³³ dont l'originalité en fait un principe *sui generis*.

873. Sur le plan fonctionnel, le principe est marqué par une bivalence naturelle qui prend racine dans ses facettes objectives et subjectives, et qui se trouve être à l'origine de sa pluri fonctionnalité. Dans son versant objectif, il est un principe d'encadrement et de stabilisation du mécanisme conventionnel. Sur le plan national, la clause d'ordre public offre la possibilité à l'État de restreindre ou de limiter la portée de certains droits fondamentaux, à condition qu'ils

⁴¹²⁶ CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, Rec. 1996-III, req. n° 19776/92, §50.

⁴¹²⁷ *Supra*, n° 117.

⁴¹²⁸ F. OST, *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 151.

⁴¹²⁹ CEDH, 16 avril 2019, *Alparslan Altan c. Turquie*, req. n° 12778/17, §101.

⁴¹³⁰ CEDH, Gde. Ch., 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, req. n° 53080/13, §89.

⁴¹³¹ *Supra*, n° 244.

⁴¹³² *Supra*, n°234-235.

⁴¹³³ Comme l'affirme Monsieur le Vice-président Jean-Marc SAUVE, « *la sécurité juridique est ainsi pour le juriste, à la fois un principe directeur et régulateur [...] et se conçoit et s'exerce comme le pendant dialectique du principe de la légalité* », J-M. SAUVE, « Allocution d'ouverture », in B. FAUVARQUE-COSSON (dir.) et J-L. DEWOST (dir.), *L'entreprise et la sécurité juridique*, Actes du colloque du 21 novembre 2014, Société de législation comparée, Paris, coll. « Colloques », 2015, vol. 25, p. 7-24, spéc. p. 7.

satisfassent aux standards de prévisibilité et d'accessibilité tels qu'interprétés par la Cour⁴¹³⁴. Sur le plan européen, il objectivise le contentieux des droits de l'homme au nom de la cohérence et de l'unité jurisprudentielles. En outre, cette sécurisation passe par l'encadrement temporel du mécanisme au moment de la recevabilité des requêtes, ou lors de l'examen de la conventionnalité de la rétroactivité législative ou jurisprudentielle. Sur le plan subjectif, il concourt à une subjectivisation juridique et discursive des intérêts individuels et étatiques afin de répondre à leur besoin respectif de sécurité juridique⁴¹³⁵.

874. Ce faisant, la dichotomie familière entre le versant objectif et subjectif donne lieu à un pullulement de sous-fonctionnalités qui met en lumière l'existence d'un principe « des » sécurités juridiques. La première, déjà évoquée en amont, est celle liant la légalité conventionnelle matérielle avec la légalité conventionnelle temporelle, autrement dit l'exigence de mutabilité juridique avec la stabilité des relations juridiques. Cependant, c'est surtout la conciliation entre les intérêts divergents de sécurités juridiques qui se dessine en filigrane de cet antagonisme. Au centre se trouve naturellement la sécurité juridique subjective des individus⁴¹³⁶. Souvent assimilé au respect de la stabilité des situations juridiques ou à celui d'une jurisprudence prévisible et cohérente, cet intérêt subjectif a subi une double évolution. La première est celle de la juridictionnalisation des sentiments d'insécurité juridique par les dérivés subjectifs. Le second est celui de l'incorporation renouvelée du principe de sécurité juridique dans la thématique des droits fondamentaux, donnant naissance à un nouvel équilibre entre ces éléments. L'appel à la sécurité juridique des requérants se greffe sur une violation de leurs droits fondamentaux, en particulier sous l'angle de l'article 6 relatif aux règles du procès équitable. Il peut aussi servir à faire évoluer la protection de leurs droits conventionnels en invoquant un revirement jurisprudentiel en faveur du progrès des normes. À l'opposé se situe la sécurité juridique des États parties, marquée par une ambivalence originale. À l'origine, leur sécurité juridique était de nature purement objective en ce qu'ils doivent garantir la stabilité de leur ordonnancement juridique conformément aux exigences européennes relatives à la légalité conventionnelle. Ils doivent également assurer la garantie collective des droits fondamentaux et donc respecter leurs obligations conventionnelles. Or, l'imprécision du contenu et de la portée des dites obligations engendrent une instabilité progressive qui affecte leur réception par les États parties. C'est ainsi qu'émerge progressivement un intérêt subjectif de sécurité

⁴¹³⁴ *Supra*, n° 252.

⁴¹³⁵ *Supra*, n° 342 et suiv.

⁴¹³⁶ Cette catégorie recoupe à la fois les requérants justiciables (*in casu*, en cours d'instance, ou tiers à l'instance), ainsi que les requérants futurs et/ou potentiels.

juridique étatique, qui prend les allures d'intérêts revendicatifs d'un « droit à » la sécurité juridique à l'encontre d'une jurisprudence jugée imprévisible et intrusive. La montée de ce « sentiment » étatique favorise les cas répétés d'inexécution des arrêts de la Cour ainsi que les réceptions imparfaites de la norme conventionnelle dans les ordres juridiques nationaux. Elle menace donc le troisième intérêt de sécurité juridique de la Convention qu'est la sécurité juridique *in globo*, autrement dit la sécurité juridique du droit de la Convention. Ainsi, la Cour doit non seulement concilier les intérêts étatiques et individuels de sécurité juridique, mais aussi tenir compte de la sécurisation de son propre système juridique par la préservation de sa cohérence jurisprudentielle et de l'unité de l'ordre public européen. C'est peu dire que la combinaison entre ces sécurités juridiques est source de polémiques et de conflits entre les acteurs conventionnels.

875. En parvenant – non sans mal – à lever le voile sur ces incertitudes initiales, notre analyse parvient, paradoxalement, à la certitude d'un principe « *pluri identitaire* »⁴¹³⁷, disposant en ce sens d'une malléabilité et d'une sophistication remarquables. Sa pluralité multidimensionnelle est exemplaire des transformations successives qu'a subies le principe depuis l'arrêt *Marckx*⁴¹³⁸ pour s'ajuster aux exigences du mécanisme conventionnel, et mieux servir à l'effectivité de la protection des droits fondamentaux et, plus largement, du droit de la Convention.

876. Dans le sens de cette étude, l'effectivité a été définie comme « le degré de réception concrète de la norme conventionnelle dans les ordres juridiques internes aux fins d'une meilleure protection des droits fondamentaux »⁴¹³⁹. Prima facie, la poursuite de cet objectif se heurte au principe de sécurité juridique. Alors que celui-ci est synonyme de stabilité et d'immutabilité des relations juridiques, la protection des droits fondamentaux renvoie au progrès, à la vitalité juridique, à la mutabilité, en somme à tout ce qui œuvre à l'insécurité juridique. En intégrant l'effectivité des droits fondamentaux dans le patrimoine génétique du principe, la Cour conforte l'idée d'une conciliation renouvelée entre les deux en démontrant que « protéger les droits, c'est bien assurer la sécurité juridique »⁴¹⁴⁰ (I). En vérité, la conciliation reste largement tributaire de l'interprétation du juge. Si le principe de sécurité juridique ne saurait échoir à une interprétation évolutive et progressive, son recul dans la

⁴¹³⁷ C. SALVIEJO, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, thèse dactyl., Université de Montpellier I, 2003, p. 144.

⁴¹³⁸ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, série A. 31, req. n° 6833/74, §58 (GACEDH, 2019, n° 51).

⁴¹³⁹ *Supra*, n° 58 et n° 152.

⁴¹⁴⁰ F. LUCHAIRE, *La sécurité juridique en droit constitutionnel français*, CCC, Le principe de sécurité juridique, 2001, n° 11.

balance des intérêts génère une forte insécurité juridique. Ce phénomène s'aggrave lorsque la Cour poursuit une politique jurisprudentielle de revalorisation de son office, car les dérives et autres instrumentalisation conduisent à une perte d'efficacité du principe. Faisant initialement figure de « gardien » des sécurités juridiques, le juge strasbourgeois en constitue aujourd'hui la plus grande menace en opérant une « déconciliation » emprunte d'ambivalence entre ces deux impératifs (II). Si le diagnostic de l'insécurité juridique est alarmant (surtout dans un contexte de démantèlement démocratique et de remise en cause de la légitimité de la Cour), il est l'occasion d'effectuer une réflexion d'ensemble sur les voies potentiellement ouvertes en faveur d'une réconciliation pérenne et harmonieuse entre l'objectif d'effectivité et celui de sécurité juridique (III).

I- UNE CONCILIATION RENOUVELEE ENTRE SECURITES JURIDIQUES ET EFFECTIVITE

877. Tautologiquement, le principe de sécurité juridique a pour finalité d'assurer la sécurité juridique du droit en offrant « *la protection nécessaire pour assurer, sans surprise, la bonne exécution des obligations et la certitude du droit* »⁴¹⁴¹. La réalisation de cet objectif repose en conséquence sur sa capacité à produire un environnement normatif fiable par le biais d'une légalité temporelle et matérielle qui œuvre à une sécurité juridique objective du droit de la Convention. Grâce à sa malléabilité intrinsèque, la Cour utilise le principe et ses déclinaisons objectives (accessibilité et prévisibilité) pour standardiser les exigences nationales relatives à la légalité, notamment sur l'aspect qualitatif des lois nationales chargées de réceptionner la norme conventionnelle⁴¹⁴². Par suite, la légalité conventionnelle se voit enrichie par des mécanismes de légistique élaborés en concordance avec la promotion du « *partenariat législatif* »⁴¹⁴³. Le contrôle de légalité va également se déplacer sur la qualité procédurale de la loi, en corrélation avec la procéduralisation des droits fondamentaux. De plus, la Cour va objectiviser son contrôle pour accompagner – voire diriger – les États parties dans la réception de la norme conventionnelle dans une forme de « monitoring » prétorien, ce qui n'est pas sans

⁴¹⁴¹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, coll. « *Quadrige Dicos poche* », 2018, 12^{ème}, p. 935.

⁴¹⁴² *Supra*, n° 256.

⁴¹⁴³ Déclaration de Brighton sur la responsabilité partagée, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme du 20 avril 2012 ; Déclaration de Bruxelles sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, une responsabilité partagée, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 mars 2015. Voy aussi *supra*, n° 470.

alimenter les controverses eu égard au principe de subsidiarité et l'autonomie législative qui en découle pour les Hautes parties contractantes⁴¹⁴⁴. Sans aller jusqu'à un contrôle aussi poussé que celui de la légalité matérielle, les mécanismes nationaux de sécurisation temporelle s'harmonisent également afin d'offrir une sécurité juridique procédurale en adéquation avec la protection des droits fondamentaux⁴¹⁴⁵.

878. En plus de sa fonctionnalité directrice, la malléabilité du principe lui confère une adaptabilité remarquable pour concilier les conflits de sécurités juridiques, c'est-à-dire entre la sécurité juridique objective des États parties, et celle subjective des individus. C'est ainsi qu'il s'érige progressivement comme une véritable « *composante méthodologique d'interprétation* »⁴¹⁴⁶. Grâce à ses dérivés, il constitue une sorte de boîte à outils permettant de mesurer le niveau de sécurité juridique objective mis en œuvre par l'État partie au nom de ses obligations conventionnelles, et de mettre en exergue, le cas échéant, une atteinte disproportionnée à la sécurité juridique subjective du requérant et à ses droits fondamentaux. Le contrôle de légalité s'opère alors de façon exogène et endogène. La légalité conventionnelle s'exerce de manière graduelle en fonction du domaine et du contexte du litige⁴¹⁴⁷, mais aussi selon la qualité du requérant⁴¹⁴⁸. Les impératifs de sécurité juridique ne sont plus dissociés de l'effectivité, mais incorporés dans la balance des intérêts de l'espèce. Cette imbrication engendre concomitamment une subjectivisation progressive en faveur de la protection de la sécurité juridique individuelle⁴¹⁴⁹. Cela se traduit par l'individualisation de la règle de droit national au cas spécifique du requérant lors de l'examen par la Cour du contrôle de conventionnalité effectué par le juge national. Les principes de confiance légitime et d'espérance légitime vont alors exercer un effet « tutélaire » sur l'individualisation pour protéger les droits du requérant, tandis que les dérivés objectifs vont exercer un effet « correctif » en cas de défaillance nationale dans la protection de la sécurité juridique individuelle⁴¹⁵⁰.

⁴¹⁴⁴ *Supra*, n° 283.

⁴¹⁴⁵ *Supra*, n° 484 et suiv., *contra* n° 585 et suiv.

⁴¹⁴⁶ J-L. BOULOUIS, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amoricum Pierre PESCATORE*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, Berlin, 1987, p. 53-63, spéc. p. 53.

⁴¹⁴⁷ La Cour pratique une modulation contextuelle. Les domaines à fort risque d'arbitraire exigeront une sécurité juridique *a maxima*, avec un renforcement des exigences de la légalité, tandis que d'autres requièrent une approche *a minima* en raison de leurs spécificités ou de leur besoin d'adaptabilité comme le contentieux économique, voy. *supra*, n° 442 et suiv.

⁴¹⁴⁸ La catégorisation fonctionnelle du requérant (*lambda* ou professionnel) et sa catégorisation contextuelle et ponctuelle (détenu, vulnérable, abusif, terroriste, ...) influent sur le niveau de sécurité juridique objective, *supra*, n° 446.

⁴¹⁴⁹ *Supra*, n° 346, n° 451, et *contra* n° 540 et suiv.

⁴¹⁵⁰ *Supra*, n° 451 et suiv.

879. Le recours à un contrôle abstrait et concret de la légalité conventionnelle offre une flexibilité positive sur la qualité du contrôle de conventionnalité. En effet, il rééquilibre les intérêts objectifs et subjectifs de sécurité juridique avec l'effectivité des droits. Cependant l'essor de la subjectivisation et de l'objectivisation peuvent *a contrario* conduire à une perte d'effectivité. D'un côté, l'objectivisation dénature le contrôle de conventionnalité qui est par essence un contrôle *in concreto*. L'examen de la légalité étatique et la poursuite d'objectifs liés à la préservation de l'intérêt général de la Convention conduisent parfois à une sorte de « *désobjectivisation* »⁴¹⁵¹ – ou une subjectivisation négative – qui occulte l'examen de l'effectivité de la protection des droits du requérant. De l'autre côté, la « sur-subjectivisation » entraîne une fragmentation dans les niveaux de protection de sécurité juridique subjective, la Cour se montrant tantôt indulgente, tantôt sévère dans des affaires analogues. Elle entraîne également une surcharge de sécurisation juridique à la charge des requérants justiciables. Ce phénomène se cristallise au travers d'une obligation de diligence et de bonne conduite dans l'établissement de leurs prévisions juridiques⁴¹⁵². Pour éviter de telles dérives, la Cour doit donc continuer d'exercer concomitamment les deux contrôles (concret et abstrait) car les effets positifs de l'un permettent d'éviter les dérives de l'autre. Toutefois, leur hybridité s'avère insuffisante pour contrer la politisation des intérêts subjectifs de sécurité juridique par la subjectivisation. Certes, cette étude démontre que la sécurité juridique subjective se rapprocherait en réalité d'une sécurité juridique objective subjectivée⁴¹⁵³ qui, bien qu'elle puisse bousculer l'idée préconçue selon laquelle la jurisprudence de la Cour consacrerait une forme de « droit à » la sécurité juridique au profit des requérants, n'est pas dépourvue de fondements juridiques⁴¹⁵⁴. Cependant, la subjectivisation se cantonne souvent à une fonction discursive qui vise à légitimer l'office du juge strasbourgeois, et accroître la confiance et la fiabilité juridiques⁴¹⁵⁵. L'objectif est donc de répondre à l'appel à la sécurité juridique formulé par les parties⁴¹⁵⁶. Dans cette perspective, la subjectivisation du principe prend des allures de revendications politiques lorsque les États parties invoquent à leur compte le respect d'un intérêt subjectif de sécurité juridique, soit indirectement pour appuyer un but légitime orienté vers la sauvegarde de la sécurité juridique des tiers⁴¹⁵⁷, soit directement pour dénoncer une

⁴¹⁵¹ F. KRENC, « " Dire le droit", " Rendre la justice". Quelle Cour européenne des droits de l'homme ? », *RTDH*, 2018/114, p. 311-345, spéc. p. 343.

⁴¹⁵² *Supra*, n° 563 et suiv.

⁴¹⁵³ *Supra*, n° 408.

⁴¹⁵⁴ *Supra*, n° 175.

⁴¹⁵⁵ P. RAIMBAULT, La sécurité juridique, nouvelle ressource argumentative, *Revue du notariat*, 2008, n° 2, p. 517-543.

⁴¹⁵⁶ *Supra*, n° 380 et n° 342 et suiv.

⁴¹⁵⁷ *Supra*, n° 371.

imprévisibilité jurisprudentielle⁴¹⁵⁸. De notre point de vue, cette subjectivisation des intérêts étatiques est une résurgence des racines internationales du principe de sécurité juridique que sont le principe de la bonne foi et du *pacta sunt servanda*⁴¹⁵⁹, pour contrer une jurisprudence « imprévisible », mais surtout largement extensive en leur défaveur⁴¹⁶⁰.

880. En tout état de cause, la promotion de l'argument sécurité juridique met en évidence « *l'expression d'un mal* »⁴¹⁶¹ : celui de la dissociation entre sécurité juridique et effectivité. En réalité, ces analyses démontrent que le « mal » ne prend pas racine dans la conciliation des intérêts antagonistes de sécurités juridiques, mais dans l'interprétation de celui qui en charge de cette conciliation. Cela se solde par une « déconciliation » ambivalente entre sécurité juridique *in globo* et effectivité.

II- LA « DECONCILIATION » AMBIVALENTE ENTRE SECURITE JURIDIQUE ET EFFECTIVITE

881. Bien qu'elle soit considérée comme une « *valeur fondamentale sous-jacente* »⁴¹⁶² du droit de la Convention, la sécurité juridique n'a pas vocation à être impératif « *absolu* »⁴¹⁶³. En effet, « *il y a une forme de tension qui oppose la sécurité juridique, une valeur parmi d'autres, et d'autres valeurs concurrentes non moins importantes auxquelles la Cour se montre sensible* »⁴¹⁶⁴. Le recul de la sécurité juridique sera alors nécessaire pour assurer l'effectivité des droits individuels. Parmi ces contraintes, se trouve aux premières loges l'impératif de flexibilité juridique⁴¹⁶⁵. Elle laissera ainsi la possibilité au législateur se justifiant d'un « *motif impérieux d'intérêt général* » de faire rétroagir une loi⁴¹⁶⁶, ou au juge national de revirer sa propre jurisprudence, sous réserve que cela ne porte pas atteinte de manière « *disproportionnée* » aux droits et libertés protégés par la Convention⁴¹⁶⁷. Au surplus, « *la*

⁴¹⁵⁸ *Supra*, n° 376.

⁴¹⁵⁹ *Supra*, n° 151.

⁴¹⁶⁰ *Supra*, n° 377.

⁴¹⁶¹ N. MOLFESSIS, Les « avancées » de la sécurité juridique, *RTD Civ.*, 2000, n° 3, p. 660.

⁴¹⁶² « *Ainsi le veulent la sécurité juridique et la prééminence du droit, qui font partie des valeurs fondamentales sous-jacentes à la Convention* », CEDH, Gde. Ch., 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, req. n° 53080/13, §89.

⁴¹⁶³ F. TULKENS, « La motivation et le style des décisions juridictionnels. La Cour EDH. Le regard d'un juge », in L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application du droit communautaire et européens*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 125-134, p. 134.

⁴¹⁶⁴ CEDH, 20 juillet 2004, *Nikitine c. Russie*, req. n° 50178/99, Rec. 2004-VIII, §56.

⁴¹⁶⁵ F. POLLAUD-DULIAN, À propos de la sécurité juridique, *RTD Civ.*, 2001, p. 491.

⁴¹⁶⁶ *Supra*, n° 485.

⁴¹⁶⁷ *Supra*, n° 512.

jurisprudence n'étant pas immuable mais au contraire évolutive par essence », la Cour estime qu'une « *évolution de la jurisprudence n'est pas en elle-même contraire à la bonne administration de la justice lorsque l'absence d'une approche dynamique et évolutive risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration* »⁴¹⁶⁸. La survenance d'une « *évolution de la situation dans les États contractants et réagir, par exemple, au consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre* »⁴¹⁶⁹, légitime l'effacement de sa stabilité jurisprudentielle au profit d'une mutation allant dans le sens d'une interprétation évolutive et progressive. Mêmement, la sauvegarde de la vitalité du droit de la Convention commande la non-reconnaissance d'un « *droit acquis à une jurisprudence constante* »⁴¹⁷⁰. Se dessine alors une forme de hiérarchisation entre l'impératif de sécurité juridique et l'effectivité, la seconde primant sur la première⁴¹⁷¹.

882. À partir du moment où l'insécurité juridique est justifiée par le progrès des normes, la « *déconciliation* » s'effectue de manière positive pour l'effectivité⁴¹⁷². Néanmoins, la flexibilité du principe ne saurait camoufler des stratégies prétoriennes qui, sous prétexte d'effectivité et de protection des individus, concourent à la protection d'autres intérêts. L'intérêt le plus apparent est celui des États parties. La « *déconciliation* » s'exprime au travers d'une neutralisation « *légitime* » de l'effectivité, par exemple, pour protéger la sécurité juridique objective de l'ordonnement juridique national, ou d'une neutralisation « *stratégique* » pour préserver un particularisme juridique national ou maintenir le dialogue des juges⁴¹⁷³. L'intérêt le moins apparent est celui du droit de la Convention. La préservation de la garantie collective ou des valeurs de l'ordre public européen a pu également justifier le recul de la sécurité juridique individuelle⁴¹⁷⁴. C'est ainsi que des neutralisations « *dangereuses* » surviennent de

⁴¹⁶⁸ CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et Perihan* req. n° 13279/05, §§51-56 (*JCP G*, 2012, doct. 87, F. SUDRE). Pour une application récente, CEDH, 23 mai 2019, *Sine Tsaggarakis A.E.E. c. Grèce*, req. n° 17257/13, §48.

⁴¹⁶⁹ CEDH, Gde. Ch., 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, req. n° 46295/99, Rec. 2002-IV, §68.

⁴¹⁷⁰ CEDH, 18 décembre 2008, *Unedic c. France*, req. n° 20153/04, §74 (*JCP G*, 2009, I 143, obs. F. SUDRE).

⁴¹⁷¹ « *Si la sécurité juridique constitue un facteur dont il importe de tenir compte notamment pour cerner la nature des obligations pesant sur les États, elle ne peut faire échec à une interprétation flexible de la Convention, certes parfois peut prévisible mais qui cadre avec les objectifs fondamentaux poursuivis par le texte* », « La motivation et le style des décisions juridictionnels. La Cour EDH. Le regard d'un juge », in L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application du droit communautaire et européens*, op. cit., p. 125-134, spéc. p. 134.

⁴¹⁷² Comme le souligne le Professeur Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « *ce progrès continu se paye occasionnellement, d'un revirement de jurisprudence quelque peu traumatisant pour la sécurité juridique : on s'en accommode un peu plus* », S. VAN DROOGHENBROECK, « Retour sur l'interprétation "involutive" de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Le droit malgré tout. Hommage à François OST*, PUSL, Bruxelles 2018, p. 417-439, spéc. p. 429.

⁴¹⁷³ *Supra*, n° 554 et suiv.

⁴¹⁷⁴ On pense notamment au contentieux relatif à l'imprescriptibilité des crimes de guerres et de crime contre l'humanité qui justifie la levée de toute sécurité juridique pour le requérant *in casu*, contrevenant pourtant au principe fondamental de la non rétroactivité de la loi pénale, *supra*, n° 595.

temps à autre pour sauvegarder d'autres objectifs que celui de l'effectivité des droits. L'efficacité du mécanisme conventionnel est ainsi invoquée pour lutter contre l'engorgement constant de son prétoire⁴¹⁷⁵, objectif qui n'est pas sans affecter le droit au recours individuel. Dans la même optique, l'invocation du principe de subsidiarité soutient parfois des régressions jurisprudentielles qui ne peuvent être raisonnablement motivées par un souci d'effectivité⁴¹⁷⁶. La « déconciliation » est alors gravissime. L'insécurité juridique laisse place à l'ineffectivité des droits, dénaturant au passage la finalité génétique du principe qu'est de protéger les individus contre l'arbitraire et l'incertitude dans la réalisation du droit. Le droit de la Convention perd non seulement en sécurité juridique, mais aussi en fiabilité. L'usage instrumentalisé du principe « *sape* »⁴¹⁷⁷ petit à petit la confiance des États parties et des individus dans l'appareil conventionnel, et alimente la montée des intérêts subjectifs de sécurité juridique. Or, cette relation de confiance est la colonne vertébrale de son fonctionnement. C'est sur la confiance des justiciables dans la bonne administration de la justice conventionnelle que les requérants se saisissent du prétoire de Strasbourg pour faire valoir la protection effective de leurs droits et participent, par leur saisine, au progrès des normes et au renforcement de la protection conventionnelle⁴¹⁷⁸. Sans compter que l'incertitude jurisprudentielle les plonge également « *dans l'incertitude sur l'étendue de leurs droits* »⁴¹⁷⁹. Par ailleurs, c'est sur cette relation de confiance que repose l'exécution des arrêts définitifs de la Cour par les Hautes parties contractantes et assure en conséquence la bonne réception de la norme conventionnelle en droit national. Les va-et-vient jurisprudentiels diminuent le niveau de prévisibilité des obligations conventionnelles pourtant librement consenties au moment de la ratification par les États parties⁴¹⁸⁰. Pour les États « bons élèves », l'imprévisibilité rend difficile la bonne

⁴¹⁷⁵ CEDH, Gde. Ch., 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96, Rec. 2000-XI (GACEDH, 2019, n° 39). Voy. *supra*, n° 679.

⁴¹⁷⁶ On pense notamment au revirement involutif. Non sans humour, un Professeur avait dénoncé cette neutralisation stratégique : « *l'interprétation involutive et ses revirements in malam partem deviennent les caches sexes commodes d'une capitulation de la Cour face aux frondes grognements étatiques suscités par ses arrêts* », S. VAN DROOGHENBROECK, « Retour sur l'interprétation "involutive" de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 429.

⁴¹⁷⁷ La Cour n'hésite pas d'ailleurs à sanctionner les divergences de jurisprudence du juge national si elles présentent un caractère arbitraire ou déraisonnablement prévisible qui génèrent « *une situation d'insécurité juridique* » de nature « *à saper la confiance du public dans le système judiciaire et [à porter] atteinte au principe de la sécurité juridique* », CEDH, 31 mars 2015, *S.C. Uzinexport S.A. c. Roumanie*, req. n° 43807/06, §30.

⁴¹⁷⁸ F. OST, « L'heure du jugement », in *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 31-34.

⁴¹⁷⁹ G. RIPERT, *Le déclin du droit - Étude sur la législation contemporaine*, LGDJ, Paris, coll. « Reprint », 1949, p. 163.

⁴¹⁸⁰ Dans son opinion dissidente, le juge WOJTYCZEK relevait que la remise en cause de l'acquis conventionnel ou l'application rétroactive de la jurisprudence nuisant à la relation de confiance liant les États parties au mécanisme de la Convention : « *la protection efficace des droits de l'homme en Europe exige un minimum de confiance dans les relations entre les États et les organismes internationaux chargés de mettre en œuvre les traités dans ce domaine [...]. L'attribution jurisprudentielle d'un effet rétroactif à un traité, après plusieurs décennies de*

réception de sa jurisprudence dans leur législation interne, notamment lorsque la Cour étend la portée des obligations, en façonne de nouvelles ou, de façon plus alarmante, modifie un acquis conventionnel par un revirement involutif. Ceci entraîne des réceptions partiellement ou intégralement inconventionnelle de la norme interprétée par la Cour, laissant proliférer de la sorte des niches d'insécurité juridique et d'ineffectivité pour l'avenir. Pour les États les plus réfractaires, l'incohérence jurisprudentielle devient le symbole de revendications politiques et polémiques. L'« argument sécurité juridique » est alors utilisé soit pour déroger au respect de leurs obligations conventionnelles, soit pour briguer l'extension de ses compétences au nom du principe de subsidiarité⁴¹⁸¹. « *Imprévisible, précaire, la norme cesse d'être une source de cohésion sociale dès lors qu'elle est en discussion permanente* »⁴¹⁸². Le sentiment d'incertitude juridique naît alors « *d'un système juridique aux normes malheureusement trop changeantes et mouvantes, et pas toujours proprement intelligibles* »⁴¹⁸³. L'interprétation de la Cour cesse d'être source de confiance et de crédibilité, ce qui fragilise l'autorité de sa jurisprudence. Si l'insécurité juridique présente des « *figures innombrables* »⁴¹⁸⁴, celle du droit de la Convention voit émerger celle de son interprète qui, en poursuivant la quête de l'effectivité des droits, en oublie celles de la sécurité jurisprudentielle et de l'effectivité du droit de la Convention.

883. Bien évidemment, la sécurité juridique demeure un idéal. Un universitaire avisé invitait d'ailleurs à prendre quelques précautions pour éviter de se « *perdre dans un rêve de sécurité* », au risque de « *faire reculer le raisonnement juridique* »⁴¹⁸⁵. L'abandon d'une sécurité juridique « parfaite » est d'autant plus inéluctable que l'insécurité juridique est intégrée dans le patrimoine générique de la Convention à cause de son caractère « *vivant* »⁴¹⁸⁶. S'il convient

jurisprudence, bien établie [...] peut saper la confiance nécessaire au fonctionnement efficace de cet instrument international. [...] Une telle approche n'incite pas les États au respect du droit international », opinion partiellement dissidente du juge WOJTYCZEK jointe à l'arrêt CEDH, Gde. Ch., 17 septembre 2014, *Mocanu et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 10865/09, Rec. 2014-V, pt. 7.

⁴¹⁸¹ Pour mémoire, « *la Conférence note avec satisfaction que la Cour a reconnu de longue date que, par souci de sécurité juridique, de prévisibilité et d'égalité devant la loi, elle ne devrait pas s'écarter sans raison valable de ses propres précédents ; invite en particulier la Cour à garder à l'esprit l'importance de la cohérence lorsque les arrêts ont trait à différents aspects d'une même question, afin que leur effet cumulé continue d'offrir aux États parties une marge d'appréciation appropriée* », Déclaration de Brighton sur la responsabilité partagée, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme du 20 avril 2012, pt. 25, c). L'argument de la cohérence jurisprudentielle a également été présentés par les États parties dans l'avant-projet de la Conférence de Copenhague pour s'immiscer dans l'exercice et l'étendue de son contrôle afin d'en restreindre la portée, D. SZYMCAK, « Putsch manqué ou marché de dupes ? Retour sur la conférence de Copenhague des 12 et 13 avril 2018 », *RTDH*, 2018/116, p. 813-838, spéc. p. 828-836.

⁴¹⁸² G. RIPERT, *Le déclin du droit - Étude sur la législation contemporaine*, op. cit., p. 160.

⁴¹⁸³ B. PACTEAU, La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?, *AJDA*, 1995, n° H.S., p. 151.

⁴¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 156.

⁴¹⁸⁵ C. ATIAS, « Quelques observations sur la pédagogie, servante du droit », P. RAIMBAULT (dir.), M. EHCQUARD-THÉRON (dir.), *La pédagogie au service du droit*, op. cit., p. 213-224, spéc. p. 214.

⁴¹⁸⁶ Comme chacun sait, la Convention est un « *instrument vivant* » qui doit s'interpréter non seulement « *à la lumière des conditions actuelles* », ainsi qu'à « *l'aune de l'évolution des normes en matière de droits de*

d’embrasser une approche décomplexée de ce phénomène, il ne faudrait pas oublier que « *la sécurité juridique est le résultat de la prudence éclairée des juges qui l’invoque et qui l’interprète* »⁴¹⁸⁷. Or, les dérèglements interprétatifs causés par la manipulation malencontreuse des méthodologies interprétatives témoignent d’un manque de prudence qui, s’il reste bien évidemment non intentionnel, génère une insécurité juridique « anormale ». Cette politique jurisprudentielle discrédite la Cour européenne. Elle véhicule l’image d’une jurisprudence déséquilibrée et instable⁴¹⁸⁸ qui ne rend pas justice ni à la qualité de la norme conventionnelle élaborée par ses soins, ni aux efforts constamment déployés par celle-ci pour la sécuriser et la rendre plus pédagogique, ni d’ailleurs à la réalité d’une insécurité juridique qui reste finalement assez résiduelle dans son récit jurisprudentiel. Cependant, force est de reconnaître que les rares cas d’insécurité juridique jurisprudentielle se révèlent délétères pour l’effectivité des droits et du droit de la Convention. Puisque c’est l’interprétation de la Cour qui rend le droit de la Convention anxiogène, c’est logiquement du côté de son office que des voies de réconciliation peuvent être envisagées.

III- QUELLES PERSPECTIVES POUR LA RECONCILIATION ENTRE SECURITE(S) JURIDIQUE(S) ET EFFECTIVITE ?

884. Puisque « *le principe de sécurité juridique ne progresse en effet qu’en raison des atteintes portées à la sécurité juridique elle-même* »⁴¹⁸⁹, les multiples remises en cause dont il fait l’objet sont l’occasion d’apporter quelques pistes de réflexion sur la « *redécouverte d’un bon droit* »⁴¹⁹⁰ conventionnel, c’est-à-dire d’un droit qui serait de nouveau à même de concilier les finalités de sécurisation juridique et d’effectivité. Les différents éléments développés dans notre analyse convergent vers un abandon progressif de l’impératif de sécurité juridique en droit de la Convention au nom d’une protection pas toujours effective des droits fondamentaux. Pour reprendre le propos du Professeure Françoise TULKENS, si « *la sécurité juridique est un idéal à reconsidérer* »⁴¹⁹¹, elle ne doit pas être non plus un idéal à « *déconsidérer* ». De notre point

l’homme », CEDH, Ch., 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, série A. 26, req. n° 5856/72, §31 (JDI, 1980, 457, obs. P. ROLLAND) et CEDH, Gde. Ch., 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, req. n° 18030/11, §90 (RTDH, 2017, 623, note. H. SURREL).

⁴¹⁸⁷ H. HUGLO, La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique, CCC, 2001, n° 11.

⁴¹⁸⁸ P. MALAURIE, Grands arrêts, petits arrêts et mauvais arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme, LPA, 2006, n° 166, p. 4.

⁴¹⁸⁹ N. MOLFESSIS, Les « avancées » de la sécurité juridique, RTD Civ., 2000, n° 3, p. 660.

⁴¹⁹⁰ B. PACTEAU, La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?, *op. cit.*

⁴¹⁹¹ F. TULKENS, La sécurité juridique, un idéal à reconsidérer, RIEJ, 1990, n° 24, p. 25-42, spéc. p. 28.

de vue, il convient de revaloriser cet impératif dans la pesée des intérêts inhérents à la Convention, et ce afin que le principe redevienne un objectif adjacent à celui de l'effectivité. Si les solutions cherchent à résoudre les causes médiate et immédiate d'insécurité juridique *in globo*, cette étude n'a pas vocation à résoudre de manière absolue et définitive l'incertitude juridique. Cette ambition serait non seulement démesurée, mais surtout impossible à satisfaire. Le droit de la Convention étant un « *instrument vivant* »⁴¹⁹², il est naturellement porteur d'une dose d'insécurité juridique. Son objectif se limitera donc à proposer des solutions tendant à optimiser et à pérenniser au mieux la liaison entre sécurité juridique et effectivité.

885. Selon un auteur, « *la sécurité juridique s'inscrit dans l'exigence d'un développement continu et maîtrisé des normes juridiques* »⁴¹⁹³. Pour revenir à un niveau « acceptable » d'insécurité juridique⁴¹⁹⁴, il est donc nécessaire de promouvoir une méthodologie interprétative axée sur une politique globale (médiate et immédiate) de sécurisation jurisprudentielle. S'il est vrai que la Cour a redoublé d'efforts pour assurer une grande prévisibilité et intelligibilité de ses arrêts et décisions⁴¹⁹⁵, ils se révèlent insuffisants pour garantir une sécurisation pérenne de sa jurisprudence. La Cour a tendance à élaborer des traitements de sécurisation jurisprudentielle « au coup par coup » pour résorber une insécurité juridique immédiate, sans parvenir toutefois à envisager à une résorption sur le long terme. D'abord, elle occasionne une sécurisation ponctuelle qui favorise les dérives interprétatives de la Cour⁴¹⁹⁶. En voulant tempérer les revirements de jurisprudence, la Cour adapte ses méthodes d'interprétation ainsi que sa motivation pour le cas d'espèce, au détriment de l'unité et de la cohérence de son œuvre jurisprudentielle. Son autorité s'en trouve diminuée, tout comme l'effectivité du droit de la Convention qui s'en suit⁴¹⁹⁷. Ce phénomène devient des plus funestes lorsque l'instrumentalisation concourt à sécuriser artificiellement des revirements régressifs qui « désécurisent » le droit de la Convention tout en contrevenant à l'effectivité des droits et du droit⁴¹⁹⁸. Cela étant, à force d'envisager une sécurisation jurisprudentielle à court terme, le principe de sécurité juridique est dénaturé de sa fonctionnalité originelle de « *cliquet anti-*

⁴¹⁹² CEDH, Ch., 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, série A. 26, req. n° 5856/72, §31 (JDI, 1980, 457, obs. P. ROLLAND).

⁴¹⁹³ J-M. SAUVE, « Allocution d'ouverture », B. FAUVARQUE-COSSON (dir.) et J-L. DEWOST (dir.), *L'entreprise et la sécurité juridique*, op. cit., p. 8.

⁴¹⁹⁴ Sur la différence entre les incohérences « normales » et « anormales », voy. *supra*, n° 705 et suiv.

⁴¹⁹⁵ Déclaration de Copenhague, Conférence à haut niveau du 13 avril 2018, pt. 29.

⁴¹⁹⁶ *Supra*, n° 644 et suiv.

⁴¹⁹⁷ « *La qualité et en particulier la clarté et la cohérence des arrêts de la Cour sont importantes pour l'autorité et l'effectivité du système de la Convention.* », la Déclaration de Copenhague, op. cit., pt. 27.

⁴¹⁹⁸ *Supra*, n° 689.

retour »⁴¹⁹⁹, c'est-à-dire en tant que garant d'une bonne administration de la justice conventionnelle. L'acquis conventionnel devenant obscur, l'insécurité juridique ouvre alors la porte à des situations conflictuelles avec les États parties dans un contexte déjà propices aux « *désaccords courtois* »⁴²⁰⁰. Ce choix de sécurisation favorise de la sorte la prolifération de niches d'insécurité juridique *in globo* qui ébranlent la fiabilité du droit de la Convention.

886. Finalement, « ce n'est pas tant la clarté de la norme jurisprudentielle, mais celle de la clarté de la constance de la norme écrite elle-même »⁴²⁰¹ qui forge la sécurité juridique *in globo* et épure les défaillances de l'interprétation jurisprudentielle. C'est pourquoi la sécurisation immédiate doit impérativement s'accompagner d'une sécurisation médiate de sa jurisprudence pour gagner en « permanence jurisprudentielle ». Pour ce faire, il suffit de greffer des moyens juridiques et discursifs de sécurisation médiate à ceux de sécurisation immédiate pour fortifier le volet préventif de la sécurité juridique *in globo*. À dire vrai, on assiste depuis quelques années à une affluence croissante de mécanismes chargés d'assurer une sécurisation préventive sur toutes les étapes de fabrication de la norme jurisprudentielle, donnant naissance à une forme de « juridique ». On citera notamment le Protocole n° 16, qui prévient les insécurités juridiques et les violations potentielles en droit interne par la voie du dialogue des juges⁴²⁰², et qui alerte aussi la Cour sur une éventuelle incohérence dans sa jurisprudence⁴²⁰³ ; le renforcement des outils de pédagogie juridictionnelle sur la motivation interne et externe de ses arrêts⁴²⁰⁴ ; l'effort de théorisation du revirement jurisprudentiel, porté par des mécanismes catalyseurs discursifs qui fournissent une sorte de « carte météorologique » sur les changements jurisprudentiels à venir, et augmentent de ce fait la certitude des prévisions juridiques⁴²⁰⁵ ; le recours à des techniques sophistiquées de légistique afin d'améliorer la qualité de la norme conventionnelle grâce à la standardisation des exigences de prévisibilité et d'accessibilité⁴²⁰⁶ ; enfin, l'utilisation des arrêts pilotes, afin de résorber l'insécurité juridique provenant des violations systémiques

⁴¹⁹⁹ F. LUCHAIRE, La sécurité juridique en droit constitutionnel français, CCC, 2001, n° 11. La sécurité juridique *in globo* s'assimile à une clause de *stand still*, qui se traduit par un principe de non régression jurisprudentielle, voy. sur ce point S. VAN DROOGHENBROECK, « Retour sur l'interprétation "involutive" de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 420 et suiv.

⁴²⁰⁰ CEDH, Gde. Ch., 10 décembre 2013, *Murray c. Royaume-Uni*, req. n° 10511/10, §50 (, 2017, n° 34).

⁴²⁰¹ H. HUGLO, La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique, *op. cit.*

⁴²⁰² V. BERGER, Le Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme ou l'institutionnalisation du « dialogue des juges », *Gaz. Pal.*, 2015, p. 8 ; F. SUDRE, A. GOUTTENOIRE, L'avis constructif de la CEDH à propos de la maternité d'intention, *JCP G*, 2019, n° 20, p. 5551.

⁴²⁰³ P. DEUMIER, H. FULCHIRON, Première demande d'avis à la CEDH : vers une jurisprudence "augmentée"?, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 228.

⁴²⁰⁴ *Supra*, n° 746 et suiv.

⁴²⁰⁵ *Supra*, n° 779 et suiv.

⁴²⁰⁶ *Supra*, n° 254 et suiv., et n° 437 et suiv.

et/ou répétitives à l'aide de mesures de redressement prodiguées à titre individuel ou collectif aux États parties⁴²⁰⁷.

887. *Nonobstant* leurs bienfaits, ces différents mécanismes présentent des défaillances intrinsèques ou extrinsèques qui ne permettent pas de résoudre durablement les causes originelles d'insécurité juridique *in globo*⁴²⁰⁸. La construction d'un « *droit transitoire jurisprudentiel strasbourgeois* »⁴²⁰⁹ – laissée en friche depuis l'arrêt *Marckx contre Belgique*⁴²¹⁰ – s'impose alors comme la voie salvatrice de la réconciliation. Bien que de nombreux obstacles idéologiques et juridiques questionnent sur sa faisabilité⁴²¹¹, l'octroi d'un mécanisme mixte de modulation jurisprudentielle, à la fois *in concerto* et *abstracto*, pourrait bien être la solution adéquate pour restaurer une permanence juridique en concordance avec l'effectivité du droit et des droits conventionnels. En premier lieu, elle assurerait une conciliation optimale ou, tout du moins, plus équilibrée des intérêts antagonistes de sécurités juridiques. De surcroît, elle conférerait au juge une « *insécurité juridique maîtrisée* »⁴²¹² des effets passés, présent, et futurs de ses arrêts, ce qui l'obligerait à porter son regard sur « *les conséquences de sa jurisprudence* »⁴²¹³ à l'égard de la cohérence et l'unité du droit de la Convention, ainsi qu'à l'égard de la protection de l'acquis conventionnel dans lequel se trouve la garantie collective des droits fondamentaux. Évidemment, l'office de la Cour s'en trouverait sans doute quelque peu changé. Outre l'aspect constitutionnel de ce mécanisme, le droit transitoire jurisprudentiel lui attribuerait l'image d'un juge responsable et responsabilisé dans l'interprétation du droit de la Convention⁴²¹⁴. Contribuant à une forme d'éthique jurisprudentielle, le juge verrait son autorité raffermie auprès des États parties et des justiciables. Par conséquent, il renouerait avec la confiance des acteurs dans la qualité de la

⁴²⁰⁷ Pour rappel, l'objectivisation est « *un mouvement qui conduit, dans le contentieux, au dépassement de la défense d'un intérêt ou d'un droit subjectif pour juger au nom de l'ordre juridique et de l'intérêt général* » J. ARLETTAZ, « La signification de l'objectivation du contentieux constitutionnel des droits et des libertés », in J. ARLETTAZ (dir.), J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et des libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, Actes du colloque du 12 décembre 2014, Pedone, Paris, 2015, p. 127-150, spéc. p. 128-129 ; sur des développements sur la définition, *supra*, n° 404-405 ; sur sa mise en oeuvre sous le prisme de l'effectivité des droits et du contrôle *in abstracto*, *supra*, n° 458.

⁴²⁰⁸ *Supra*, n° 643 et suiv.

⁴²⁰⁹ F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'ombre de *Marckx*, pour un débat renouvelé sur les effets dans le temps des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'homme dans la société internationale. Mélanges en l'honneur du Professeur Paul TAVERNIER*, Bruylant, Bruxelles 2013, p. 1094-1118, spéc. p. 1118.

⁴²¹⁰ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, série A. 31, req. n° 6833/74 (*GACEDH*, 2019, n° 51).

⁴²¹¹ *Supra*, n° 835 et suiv.

⁴²¹² R. MEDHI, « Pédagogie et sécurité juridique », in L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européens*, *op. cit.*, p. 67-107, spéc. p. 96.

⁴²¹³ S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, LGDJ, Lextenso, Paris, 2016, t. 147, p. 664.

⁴²¹⁴ Cette responsabilisation s'inscrirait dans la continuité de celle pratiquée à l'égard du juge national dans la gestion de sa rétroactivité jurisprudentielle, *supra*, n° 523 et suiv.

justice conventionnelle, confiance qui est la clé de la fiabilité et la viabilité du droit de la Convention. Comme le soulignait William SAUER dans l'un des premiers écrits consacrés à l'objet de notre étude, « *c'est dans les pays avec une grande stabilité que se forme un ethos juridique uniforme. Car la sécurité juridique engendre non seulement cette stabilité et cette uniformité, mais aussi la stabilité du comportement de la population, l'unité ordonnée et mesurée des évolutions juridiques et étatiques, ainsi que la confiance dans la juridiction et dès lors la croyance dans la réalisation de la justice dans la vie, la propreté et la probité de la vie humaine* »⁴²¹⁵. C'est donc dans le respect d'une sécurité juridique stable et cohérente qu'une société peut valablement et durablement s'épanouir.

888. Bien que notre étude prône la revalorisation de la sécurité juridique dans la balance des intérêts conventionnels, la transmutation subséquente qu'elle engendre sur ce principe laisse poindre quelques doutes sur l'avenir de cette réconciliation. La sécurité juridique se dote actuellement d'une dimension *in futuro* qui s'attelle à corriger les incertitudes à venir ou probables du droit⁴²¹⁶. Si elle concorde avec le souhait d'une sécurité juridique graduelle et flexible⁴²¹⁷, cette nouvelle facette de la sécurité juridique semble tendre vers une sécurité de l'anticipation, voire de la prédictibilité juridique. Faisant polémique en France à l'aune des débats relatifs à la justice prédictive ou prévisionnelle⁴²¹⁸, cette évolution suscite deux inquiétudes pour ce qui est du droit de la Convention. La première porte sur les effets pervers d'une responsabilisation accrue des acteurs conventionnels. La subjectivisation de la sécurité juridique engendre une « *responsabilisation-anticipation* »⁴²¹⁹ des prévisions juridiques, qui s'accompagne souvent d'une détérioration de l'effectivité des droits procéduraux. La récente affaire *Allègre contre France*⁴²²⁰ est tristement significative de cette tendance. Elle amenuise

⁴²¹⁵ W. SAUER, « Sécurité juridique et justice », in *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Édouard LAMBERT*, LGDJ, Paris, 1938, t. 3, p. 34-43, spéc. p. 32.

⁴²¹⁶ Dans l'affaire *Maria Atanasiu*, la Cour a eu l'occasion d'affirmer que les manquements constituaient « *non seulement un facteur aggravant quant à la responsabilité de l'État au regard de la Convention à raison d'une situation passée ou actuelles, mais également une menace pour l'effectivité à l'avenir du dispositif de contrôle mis en place par la Convention* ». Le développement de la sécurité juridique prospective est corrélée à l'évolution prospective de l'effectivité des droits, voy. H. RASPAIL, « Effectivité des droits de l'homme et extension des obligations internationales », in E. DUBOUT (dir.), S. TOUZE (dir.), *Refonder les droits de l'homme. Des critiques aux pratiques*, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire », 2019, p. 117-150, spéc. p. 137.

⁴²¹⁷ F. TULKENS, *La sécurité juridique, un idéal à reconsidérer*, *op. cit.*, p. 39 et suiv.

⁴²¹⁸ *Supra*, n° 583-584.

⁴²¹⁹ *Supra*, n° 561 et suiv.

⁴²²⁰ CEDH, 12 juillet 2018, *Allègre c. France*, req. n° 22008/12, §§60-65. En l'occurrence, cette affaire concernait les effets et les modalités d'exercice ultérieurs d'une citation directe par la partie civile d'une ordonnance de non-lieu. L'interprétation de la Cour de Cassation avait eu pour objectif de d'ouvrir les bénéficiaires du non-lieu et non de restreindre leur liberté d'agir. Constatant dans un premier temps que la jurisprudence du juge judiciaire est « hésitante », la Cour conclut dans un second temps que cette décision s'apparentait davantage à une « *clarification jurisprudentielle* » qui ne peut être *de facto* assimilée à un revirement de jurisprudence. La Cour retoque donc

aussi la protection de la sécurité juridique des États parties dans la prévention des violations conventionnelles. Bien que la Cour admette ne pas leur imposer de fardeau excessif ou insurmontable, force est de constater que le contrôle d'adéquation⁴²²¹, effectué dans le cadre de la légalité conventionnelle, aboutit parfois à une obligation excessive de vigilance. L'État partie se retrouverait dès lors condamné pour ne pas avoir prévu un comportement humain difficilement prévisible, voyant au passage son obligation conventionnelle « augmentée » par l'interprétation de la Cour⁴²²². Pareillement, il sera systématiquement condamné pour ne pas avoir anticipé, au nom de la garantie collective des droits fondamentaux et de l'effet *erga omnes*, un revirement de jurisprudence dont la survenance en l'espèce était pourtant discutable⁴²²³. La seconde inquiétude concerne les mésusages potentiels de la modulation jurisprudentielle, si ce mécanisme advenait un jour à se développer. Si le droit transitoire apparaît toujours comme la solution idéale pour la réconciliation, la Cour devra rester vigilante en évitant d'une part, de privilégier les effets prospectifs au détriment du temps présent de sa jurisprudence et de la protection du requérant *in casu* et, d'autre part, en évitant que son approche conséquentialiste ne se teinte de considérations économiques, la recherche d'un droit performatif se faisant alors se faire au détriment de l'effectivité des droits fondamentaux⁴²²⁴. La question reste encore de savoir jusqu'à quel point « nous préférons sacrifier une part de ces libertés [...] pour nous procurer un surcroît de sécurité juridique »⁴²²⁵.

889. Sans être devin, la conciliation entre cette sécurité juridique du futur et l'effectivité sera certainement l'un des chevaux de bataille du droit de la Convention sur ces prochaines années. La recherche d'une maîtrise absolue du futur juridique ne serait-elle alors pas un autre idéal illusoire de la sécurité juridique ? Après tout, « l'intérêt des humains à connaître leur avenir

l'argument de la requérante relatif à la méconnaissance du principe de la sécurité juridique et de la protection de la confiance légitime des justiciables, voy. *supra*, n° 531 et suiv.

⁴²²¹ *Supra*, n° 280 et suiv.

⁴²²² S. TOUZE, Deux facettes différentes de l'imprévisibilité sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme, *RDP*, 2016, n° 3, p. 847.

⁴²²³ Évidemment, les États parties ont un devoir d'information juridique continu afin de respecter leurs obligations conventionnelles. Toutefois, il peut s'avérer difficile pour un législateur national d'anticiper et de réceptionner de manière automatique et immédiate les évolutions constantes de la Cour, en raison de circonstances économiques (coût de la modification législative, ...) ou politiques (changement de gouvernement, ...). Il est aussi difficile de prévoir la survenance d'un revirement lorsque celle-ci se révèle tardive ou impromptue, voy. *supra*, n° 682.

⁴²²⁴ Quelques études énoncent que l'approche économique et de la performativité juridique sont deux conséquences de l'approche conséquentialiste, T. MARZAL, La Cour de cassation à l'âge de la balance, *RTD Civ.*, 2017, p. 789 ; F. HOFFMANN, Probabilité et droit de la concurrence, *RFDA*, 2011, p. 531 ; S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 321 et suiv.

⁴²²⁵ J-M. PONTIER, De la sécurité, *AJDA*, 2006, n° 19, p. 1009.

est souvent beaucoup moins grand qu'ils ne le croient. Les [vrais] sages ne cherchent pas trop à savoir ce qui les attend »⁴²²⁶.

⁴²²⁶ L. FRANÇOIS, « La fiabilité du droit, dite sécurité juridique », in *La Sécurité juridique*, Actes du colloque organisé par la conférence du jeune barreau de Liège, *op. cit.*, p. 8-20, spéc. p. 13.

BIBLIOGRAPHIE GENERALE

(classement par ordre alphabétique)

I- OUVRAGES.....	710
A- Dictionnaires	710
B- Ouvrages généraux, traités, manuels.....	710
C- Ouvrages spécialisés	714
D- Ouvrages collectifs : actes de colloques, journée d'étude et séminaires.....	717
1°) Ouvrages dirigés	718
2°) Autres	723
E- Mélanges	723
F- Thèses et mémoires	726
II- ARTICLES ET CONTRIBUTIONS.....	732
A- Articles de revues.....	732
B- Contributions issues de Mélanges.....	759
C- Contributions issues de colloques, séminaires et autres ouvrages collectifs.....	767
III- CHRONIQUES, OBSERVATIONS ET NOTES DE JURISPRUDENCE.....	783
A- Chroniques de jurisprudence.....	783
1°) Générales.....	783
2°) Spécifiques	784
B- Observations et notes de jurisprudence.....	785
IV- AUTRES.....	787
A- Rapports	787
B- Publications du Conseil de l'Europe	787
1°) Rapports et déclarations	787
2°) Recommandations	788
3°) Divers	788
C- Discours, allocutions, interventions	789
D- Webographie sommaire	790

I- OUVRAGES

A- Dictionnaires

- ALLAND (D.), RIALS (S.)** (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, coll. « Quadrige-Dicos Poche », 2003
- ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.)** (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2008
- ARNAUD (A-J.)** (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1993, 2^{ème} éd.
- BASDEVANT (J.)**, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960
- CABRILLAC (R.)**, *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2020*, LexisNexis, Paris, coll. « Objectif droit », 2019, 11^{ème} éd.
- CHAGNOLLAUD (D.), DRAGO (G.)**, *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2010, 2^{ème} éd.,
- CORNU (G.)** (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, coll. « Quadrige dicos poche », 12^{ème} éd., 2018
- GUILLEN (R.)** (dir.), **VINCENT (J.)** (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 15^{ème} éd., 2005
- GUINCHARD (S.)** (dir.), **DEBARD (T.)** (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, Paris, 24^{ème} éd., 2016.
- LALANDE (A.)**, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Paris, 1997, vol. 2
- SALMON (J.)**, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001

B- Ouvrages généraux, traités, manuels

A

- ALEXY (R.)**, *Theorie der Grundrechte*, SrhurkrampVerlagGmbH, Berlin, Allemagne, 1994

AUTEXIER (C.), *Introduction au droit public allemand*, PUF, Paris, coll. « Droit fondamental », 1997

B

BÄRH (O.), *Der Rechtsstaat*, Eine Publizisticsche Skizze, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Berlin, Allemagne, 1864

BATTIFOL (H.), *La Philosophie du droit*, PUF, Paris, coll. « Que sais-je », 1960

BERGEL (J-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, coll. « Méthodes du droit », 5^{ème} éd., 2012

BLUMANN (C.), **DUBOIS (L.)**, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, Paris, 2017

BOBBIO (N.), *Contributi ad un dizinarioguiridico*, Giapichelli, Turin, 1994

C

CABRILLAC (R.), **FRISON-ROCHE (M-A.)**, **REVEL (T.)** (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz-Sirey, Paris, 2019, 25^{ème} éd.

CARBONNIER (J.) :

- *Le procès et le jugement. Cours de sociologie juridique*, Association corporative des étudiants en droit, Paris, 1962
- *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Paris, 1995, 8^e éd.
- *Essais sur les lois*, Defrénois, Paris, 1995, 2^{ème} éd.

CARREAU (D.), *Droit international*, Pedone, Paris, coll. « Études internationales », 10^{ème} éd. 2010

CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, Paris, 1920

CHEVALLIER (J.) :

- *Science administrative*, PUF, Paris, coll. « Thémis », 1995, 2^{ème} éd.,
- *L'État de droit*, Montchrestien, Paris, 2010, 5^{ème} éd.

CONSTANT (B.), *Des réactions politiques*, BNF Hachette, Paris, 1796

D

DABIN (J.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 1969, 3^{ème} éd.

DAILLIER (P.), **FORTEAU (M.)**, **QUOC DINH (N.)**, **PELLET (A.)**, *Droit international public*, LGDJ, Paris, coll. « Traités », 8^{ème} éd.

DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Éd. A. Rousseau, Paris, 1911

DE VISSCHER (C.), *Théories et réalités en droit international public*, Pedone, Paris, 1970, 4^{ème} éd.

DICEY (V.), *Introduction to the study of the law of the Constitution*, Mac Millan, Londres, 1973

DUPUY (P-M.) :

- *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2010, 10^{ème} éd.
- L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public, Académie du droit international de la HAYE, 2000, vol. 297

DWORKING (R.), *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Paris, 1995

F

FAUCHILLE (P.), *Traité de droit international public*, Rousseau & Cie, Paris, 1922

FAUVARQUE-COSSON (B.) (dir), *La confiance légitime et l'estoppel*, Société de législation comparée, Paris, coll. « Droit comparé et européen », 2007

FAVOREAU (L.), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Paris, 2015, 7^{ème} éd

FAVOREU (L.), **GAÏA (P.)**, **GHEVONTIAN (R.)**, **MESTRE (J-L.)**, **ROUX (A.)**, **PFERSMANN (O.)**, **SCOFFONI (G.)**, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2009

FROMONT (M.), *Droit administratif des États européens*, PUF, Paris, 2006

FROMONT (M.), **RIEG (A.)**, *Introduction au droit allemand (République Fédérale)*, Éd. Cujas, Paris, 1977

H

HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, Dalloz, Paris, 2010

I

JACQUÉ (J-P.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 2018, 9^{ème} éd.

K

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Sirey, Paris, 1962

L

- LAFFERIERE (E.)**, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Éd. Berger-Levrault et cie, Paris, 1887
- LAURENT (F.)**, *Principes de droit civil*, Bruylant-Christophe, Bruxelles, 1869.
- LE FUR (L.)**, *Précis de droit international public*, Dalloz, Paris, 1933, 4^{ème} éd.

M

- MAYER (O.)**, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, Allemagne, 1924

P

- PECES-BARBA MARTINEZ (G.)**, *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, Paris, 2004
- PELLET (A.)**, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 1987
- PETTITI (L-E.)**, **DECAUX (E.)**, **IMBERT (P-H.)** (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1999, 2^{ème} éd.

R

- RENUCCI (J-F.)**, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, 2019, 9^{ème} éd.
- RIDEAU (J.)**, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LGDJ, 2010, 6^{ème} éd.
- ROUBIER (P.)** :
- *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz, Paris, 2005, 2^{ème} éd.
 - *Le droit transitoire. Les conflits de lois dans le temps*, Dalloz et Sirey, Paris, 1960, 2^{ème} éd.

S

- SCELLE (G.)**, *Manuel de droit international public*, Domat-Monchrestien, Paris, 1948
- SCHWARZE (J.)**, *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, « coll. Droit administratif », 2009, 2^{ème} éd.
- SUDRE (F.)**, *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUF, Paris, coll. « Que sais-je » ?, 2015

SUDRE (F.) avec la collaboration de MILANO (L.), SURREL (H.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, coll. « Droits fondamentaux », 2019, 14^{ème} éd.

T

TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, Paris, 2006

TROPER (M.), *La philosophie du droit*, PUF, Paris, coll. « Que sais-je ? », 2014

TRUCHET (D.), *Les principes du droit public*, PUF, Paris, coll. « Que sais-je ? », 2018, 4^{ème} éd.

V

VELLAS (P.), *Droit international public*, LGDJ, Paris, 1967

VERPEAUX (M.), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, Paris, 2002

W

WEIL (P.), *Écrits de droit international. Théorie générale du droit international, droit des espaces, droit des investissements privés internationaux*, PUF, Paris, 2000

WOLFF (C.), *Principes du droit de la nature et des gens*, Marc Michel Rey, Amsterdam, 1758

C- Ouvrages spécialisés

A

ALBERTINI (P.), *La crise de la loi, déclin ou mutation ?*, LexisNexis, Paris, coll. « Essais », 2015

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque (trad. par J. TRICOT)*, Éd. Les Échos du Marquis, Paris, 2014

ATIAS (C.), *Épistémologie juridique*, PUF, Paris, coll. « Droit fondamental », 1985

B

BARRAUD (B.), *La Recherche juridique. Sciences et pensées du droit*, L'Harmattan, Paris, coll. « Logiques juridiques », 2016

BEBIN (X.), *Quand la justice crée l'insécurité*, Fayard, Paris, 2013

BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, Paris, 2014, 3^{ème} éd.

BON (P.), **MAUS (D.)**, *Les grandes décisions des Cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, Paris, 2008

BOULOUIS (J.), **CHEVALLIER (R-M.)**, *Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes, Caractère généraux du droit communautaire, droit institutionnel, contrôle juridictionnel*, Dalloz, Paris, 1994, 6^{ème} éd.

BURGOGUE-LARSEN (L.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, 2012

D

DE BECHILLON (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Éd. Odile Jacob, Paris, 1997

DELMAS-MARTY (M.) :

- Raisonner la raison d'État. Vers une Europe des droits de l'homme, PUF, Paris, coll. « Les Voies du droit », 1989
- *Pour un droit commun*, Le Seuil, Lonrai, 1994

F

FRANK (J.), *Law and the Modern Mind*, Anchor Books, New York, 1963

H

HART (H-L-A.), *Le concept de droit*, FUSL, Bruxelles, 2^{ème} éd, 2005

K

KOLB (R.), *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, PUF, Paris, 2000

L

LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVE (P.), GENEVOIS (B.), *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 2019, 22^{ème} éd.

M

MARGUENAUD (J-P.), *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Paris, 2012, 6^{ème} éd.

MOLINIER (J.), *Les principes fondateurs de l'Union Européenne*, PUF, Paris, coll. « Droit & Justice », 2005

MORAND (A.), *Légistique formelle et matérielle*, PUAM, Aix-en-Provence, 1999

N

NIKLAS (L.), *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, Economica, Paris, coll. « Études sociologiques », 2006

O

OST (F.) :

- Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?, Bruylant, Bruxelles, 1998
- *Dire le droit, faire la justice*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Penser le droit », 2004

OST(F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Paris, coll. « Les voies du droit », 1988

P

PEDAMON (M.), *Le droit allemand*, PUF, Paris, « coll. Que sais-je ? », 1985, n° 2206

R

RIGAUX (F.), *La loi des juges*, Éd. Odile Jacob, 1997

RIPERT (G.), *Le déclin du droit - Étude sur la législation contemporaine*, LGDJ, Paris, coll. « Reprint », 1949

ROMMEL (G.), *La sagesse du juge. Au-delà de Montesquieu*, La Chartre, Bruges, 2013

ROCHE (S.) :

- *Le sentiment d'insécurité*, PUF, Paris, coll. « Sociologie d'aujourd'hui », 1993
- *Insécurité et Libertés*, Seuil, Paris, coll. « L'épreuve des faits », 1994

POUND (P.), *An Introduction of the Philosophy of Law*, Presse Universitaire de Yale, New Haven, 1922

S

SIGRON (M.), *Legitimate expectations under article 1 of Protocole n° 1 to the European convention of human rights*, Intersentia, Antwerpen, 2014

SUDRE (F.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GONZALEZ (G.), GOUTTENOIRE (A.), MARCHADIER (F.), MILANO (L.), SCHAHMNECHE (A.), SURREL (H.), SZYMCZAK (D.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 2019, 9^{ème} éd.

T

TEITGEN (P-H.), *Aux sources de la Cour et de la Convention européenne des droits de l'homme*, Éd. Confluences, Paris, coll. « Voix de la cité », 2000

V

VERNANT (J-P), *Mythe et pensée chez les Grecs. Études de psychologie historique*, La Découverte, Paris, coll. « Poches sciences », 2005

VON GNEIST (R.), *Der Rechtsstaat*, Julius Springer, Berlin, Allemagne, 1879, 2^{ème} éd.

VON MOHL (R.), *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats*, Tübingen, Allemagne, 1866, 3^{ème} éd.

W

WITZ (C.), *Le droit allemand*, Dalloz, Paris, coll. « Connaissance du droit », 2001

Z

ZENATI (F.), *La jurisprudence*, Dalloz, Paris, 1990

D- Ouvrages collectifs : actes de colloques, journée d'étude et séminaires

1°) Ouvrages dirigés

A

AMSELEK (P.) (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.) (dir.), **BURGOGUE-LARSEN (L.)** (dir.), **TOUZE (S.)** (dir.), *La protection des droits de l'homme par les cours supranationales*, Actes du colloque des 8 et 9 octobre 2015, Pedone, Paris, 2016

ARLETTAZ (J.) (dir.), **BONNET (J.)** (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et des libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, Actes du colloque du 12 décembre 2014, Pedone, Paris, 2015

AUVERGNON (P.) (dir.), *L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions ?*, Actes du séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale, PUB, Bordeaux, 2008

AVRIL (P.) (dir.), *La création du droit par le juge*, Dalloz, Paris, coll. « Archives de philosophie du droit », 2007

B

BARBATO (J-C.) (dir.), **MOUTON (J-D.)** (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Actes du colloque du 21 septembre 2007 et 3 avril 2009, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de l'Union européenne », 2010

BEATSON (J.), **TRIDIMAS (T.)** (éd.), *New Directions in European Public Law*, Hart publishing, Oxford, Royaume-Uni, 1998

BERGEL (J-L.) (dir.), *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, PUAM, Aix-Marseille, coll. « Cahiers de méthodologie juridique », 1988

BERTRAND (B.) (dir.), **COUTRON (L.)** (dir.), **IDOUX (P.)** (dir.), *L'ambivalence de la bonne administration de la justice*, actes du colloque des 22 et 23 octobre 2015, Éd. du CREAM, Montpellier, 2017

BONIS (E.) (dir.), **MALABAT (V.)** (dir.), *La qualité de la norme. L'élaboration de la norme*, Mare & Martin, Paris, coll. « Droit & Science politique », 2016

BOULAD-AYOUB (J.), **MALVEVIK (B.)**, **ROBERT (P.)** (dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Presses Universitaires de Laval, L'Harmattan, Paris, 1996

BOY (L.), RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.) (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, Bruxelles, 2008

BROYER (A.) (dir.), **SCHMITT (S.)** (dir.), *La sécurité juridique et le contribuable*, PUAM, Aix-Marseillais, 2016

BURGORGUE-LARSEN (L.) (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014

C

CARPANO (E.) (dir.), *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruylant, Bruxelles, 2012

CAUDAL (S.), *Les principes en droit*, Economica, Paris, coll. « Études juridiques », 2008, n° 30

CHAMPEIL-DESPLATS (V.) (dir.), **LOCHAK (D.)** (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris Ouest, Paris, 2008

COURBE (P.), *Les désordres de la prescription*, Publications de l'Université de Rouen et du Havre, Havre, 2000

COUTRON (L.) (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européens*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de l'Union européenne », 2012

D

DONIER (V.) (dir.), **LAPEROU-SCHENEIDER (B.)** (dir.), *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruylant, Bruxelles, 2013

DOURNEAU-JOSETTE (P.) (dir.), **LAMBERT-ABDELGAWAD (E.)** (dir.), *Quels filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme ?*, Conseil de l'Europe, Hors collection, 2011

DUBOUT (E.) (dir.), **TOUZE (S.)** (dir.), *Refonder les droits de l'homme. Des critiques aux pratiques*, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire », 2019

F

FATIN-ROUGE STEFANINI (M.) (dir.), **GAY (L.)** (dir.), **PINI (J.)** (dir.), *Autour de la qualité des normes*, Bruylant, Bruxelles, coll. « À la croisée des droits », 2010

FATIN-ROUGE STEFANINI (M.) (dir.) **GAY (L.)** (dir.), **VIDAL-NAQUET (A.)** (dir.), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité*, Bruylant, Bruxelles, coll. « À la croisée des droits », 2012

FAUVARQUE-COSSON (B.) (dir.), **DEWOST (J-L.)** (dir.), *L'entreprise et la sécurité juridique*, Actes du colloque du 21 novembre 2014, Société de législation comparée, Paris, coll. « Colloques », 2015, vol. 25

FLAUSS (J-F.), **LAMBERT-ABDELGAWAD (E.)**, *La pratique indemnitaire par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011

FLEURY-LEGROS (P.) (dir.), *Le temps et le droit*, Actes du colloque des 4 et 15 mai 2008, LexisNexis, Paris, 2009

FONTAINE (L.) (dir.), *Droit et légitimité*, Bruylant-Nemesis, Bruxelles, coll. « Droit & Justice », 2009, n° 96

FROMONT (M.), *Les cinquante ans de la République Fédérale d'Allemagne. Journée Internationale*, Publications de la Sorbonne, Paris, coll. « De republica », 2000, n° 4

G

GERARD (P.), **OST (F.)**, **VAN DE KERCHOVE (M.)**, *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987

GONZALEZ (G.) (dir.), *Les sources internationales dans la jurisprudence de la Cour EDH*, Cahiers de l'IDEDH, n° 11, 2007

H

HOURQUEBIE (F.) (dir.), **PONTHOREAU (M-C.)**, *La motivation des décisions des cours suprêmes et des cours constitutionnelles*, Bruylant, Bruxelles, 2012

J

JESTAZ (P.), *Autour du droit civil. Écrits dispersés, idées convergentes*, Dalloz, Paris, 2005

JEULAND (E.) (dir.), **BOILOT (C.)**, *La qualité dans la performance judiciaire : une notion objective et relationnelle ?*, IRJS, Paris, 2015.

L

LE DOLLEY (E.) (dir.), *Les concepts émergents*, LGDJ, Paris, coll. « Droit et économie », 2010

LICHERE (F.), POTVIN-SOLIS (L.), RAYNOUAR (A.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit & Justice », 2004, n° 53

LOCHAK (D.), CHAMPEIL-DESPLATS (V.) (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Ouest, Paris, coll. « Sciences juridiques et politiques », 2012

M

MARTEAU-LAMARCHE (M.) (dir.), *Le désordre normatif et la qualité de la norme*, Actes du colloque du 20 mars 2013, Mission de recherche Droit et justice, Paris, 2014

MICHEL (V.) (dir.), *Le droit, les institutions, et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, PUS, Strasbourg, 2009

MOLFESSIS (N.) (dir.) :

- *Les mots de la loi*, Economica, Paris, coll. « Études juridiques », 1999, t. 5
- *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET, LexisNexis, Paris, coll. « Cour de Cassation », 2005

N

NICOD (N.), *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ?*, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, LGDJ, Paris, 2008

P

PERALDI-LENEUF (F.), *La légistique dans le système de l'Union européenne. Quelle nouvelle approche ?*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Colloques », 2012

PERALDI-LENEUF (F.) (dir.), **DE LA ROSA (S.)** (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Pedone, Paris, coll. « Cahiers européens », 2013, n° 5

PERELMAN (C.), FORIERS (P.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Travaux du Centre national de recherches de logique », 1978

PERELMAN (C.), VAN DER ELST (R.), *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du Central national de Recherches de Logique, Bruxelles, 1984

PICHERAL (C.), *La vulnérabilité en droit européen des droits de l'homme. Conception(s) et fonction(s)*, Bruylant-Nemesis, Bruxelles, coll. « Droit & Justice », 2019.

PICHERAL (C.), COUTRON (L.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Actes de la journée d'études du 21 octobre

2011, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2012

R

RUIZ-FABRI (H.), SOREL (J-M.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Pedone, Paris, coll. « Contentieux international », 2008

RAIMBAULT (P.) (dir.), EHCQUARD-THÉRON (M.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses Universitaires de l'Université de Toulouse 1 Capitole, LGDJ, Lextenso Éditions, Paris, coll. « Actes de colloques de l'IFR », 2011

ROUSSEAU (D.), SUDRE (F.) (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, STH, Paris, 1990

S

SEILLER (B.) (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Economica, Paris, coll. « Études juridiques », 2007

SUDRE (F.) (dir.) :

- L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant-Nemesis, Bruxelles, 1998, n° 21
- Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant-Nemesis, Bruxelles, 2014, n° 108
- *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la CEDH*, Nemesis-Anthémis, Bruxelles, coll. « Droit & Justice », 2014, n° 109

SUDRE (F.) (dir.), LABAYLE (H.) (dir.), *Réalités et Perspectives des droits fondamentaux*, Actes du colloque de l'Université de Montpellier I des 4 et 5 novembre 1999, Anthémis-Nemesis, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit & justice », 2000

T

TAVERNIER (P.) (dir.), *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)*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Organisation internationales et relations internationales », 1996

THERON (S.) (dir.), *Le raisonnable en droit administratif*, Actes du colloque de Toulouse du 20 mars 2015, Éd. L'Épitoge, Paris, coll. « L'Unité du droit », 2016

THIBIERGE (C.) (dir.) :

- La force normative : naissance d'un concept, LGDJ, Paris, 2009
- La densification normative : découverte d'un processus, Mare & Martin, 2013

TOUZE (S.), *La Cour européenne des droits de l'homme : une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire », 2016

TRONQUOY (P.) (dir.), *Le droit dans la société*, La documentation Française, Paris, n° 288

V

VERDUSSEN (M.) (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, Bruxelles, 2000

VON BOGANDY (A.), **VENKE (I.)**, *International judicial lawmaking: on public authority and democratic legislation in global governance*, Springer, Berlin, 2012

2°) Autres

Constitution et sécurité juridique, XV^{ème} Table Ronde Internationale, *AIJC*, XV, 1999

La Sécurité juridique, Actes du colloque organisé par la conférence du jeune barreau de Liège, 14 mai 1993, éd. du jeune barreau de Liège, 1993

Le Temps et le droit. Journées nationales, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Dalloz, Paris, 2014.

L'image doctrinale de la Cour de cassation, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, sous l'égide de l'Institut des hautes études sur la justice, La Documentation française, 1994

Journées juridiques franco-polonaises. Le jeu des influences croisées du droit français, du droit européen et du droit des autres pays européens, Mare & Martin, Paris, coll. « Droit public », 2013

E- Mélanges

Mélanges en l'honneur de Elie ALFANRANDI. Drôle(s) de droit(s), Dalloz, Paris, 2000

Mélanges Philippe ARDANT. Droit et politique à la croisée des cultures, LGDJ, Paris, 1999

- Mélanges Claude BLUMANN. L'identité du droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2015
- Mélanges en l'honneur de Jacques BORE. La création du droit jurisprudentiel*, Dalloz, Paris, 2007
- Mélanges en l'honneur de Marco BORGHI à l'occasion de son 65^{ème} anniversaire, L'homme et son droit*, Zürich, Schulthess, 2011
- Mélanges Guy BRAIBANT. L'État de droit*, Dalloz, Paris, 1996
- Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN. Liberté, justice, tolérance*, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. I-II
- Mélanges en l'honneur de Jean Paul COSTA. La conscience des droits*, Dalloz, Paris, 2011
- En hommage à Francis DELPEREE. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant, Bruxelles, 2008
- Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS. Au carrefour des droits*, Dalloz, Paris, 2002
- Liber Amoricum Marc-André EISSEN*, Bruylant, Bruxelles, 1995
- Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN*, Éd. Cujas, Paris, 1975
- Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU, Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2007
- En hommage au Professeur Jean-François FLAUSS. L'homme et le droit*, Pedone, Paris, coll. « Mélanges », 2014
- Mélanges Patrice GÉLARD. Droit constitutionnel*, LGDJ, Paris, 1999
- Mélanges en l'honneur du Président Bruno GENEVOIS. Le dialogue des juges*, Dalloz, Paris, 2008
- Les sources générales des systèmes juridiques actuels. Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GENY*, Sirey, Paris, 1934, t. II
- Mélanges en l'honneur de Jean GICQUEL. Constitutions et pouvoirs*, Paris, Montchrestien, 2008
- Mélanges Raymond GOY. Du droit interne au droit international : le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme*, Publications de l'Université de Rouen, Rouen, 1998
- Mélanges en hommage à Paul GUGGENHEIM*, Éd. Faculté de droit de l'université de Genève, Genève, 1968
- Études offertes à Pierre KAYSER*, PUAM, Aix-Marseille, 1979, t. 2
- Mélanges en l'honneur de Jean-François LACHAUME. Le droit administratif : permanences et convergences*, Dalloz, Paris, 2007

- Mélanges en hommage à Pierre LAMBERT. Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, Bruxelles, 2000
- Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE. Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, Paris, 2007
- Billets d'humeur en l'hommage à Danièle LOCHAK. Frontières du droit, critiques des droits*, LGDJ, Paris, coll. « Droit et société », 2007
- Liber amoricum Michel MAHIEU. Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l'homme*, Larcier, Bruxelles 2008
- Mélanges Philippe MALAURIE. Liber amoricum*, Défrénois, Paris, 2005
- Hommage à François OST. Le droit malgré tout*, PUSL, Bruxelles, 2018
- Mélanges en hommage à Louis Edmond PETTITI*, Bruylant, Bruxelles, 1998
- Liber Amoricum Pierre PESCATORE. Du droit international au droit de l'intégration*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, Berlin, 1987
- Liber Amoricum en l'honneur de Jean RAUX. Le droit de l'Union Européenne en principes*, Éd. Apogée, Rennes, 2006
- Études à la mémoire du Professeur Alfred RIEG. Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Bruylant, Bruxelles, 2000
- Études offertes à Georges RIPERT. Le droit privé au milieu du XXème siècle*, LGDJ, Paris, 1950, t. 1, n° 5
- Mélanges en l'honneur de Christos L. ROZAKIS. La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant*, Bruylant, Bruxelles, 2011
- Recueil d'études à la mémoire de Jacques SCHWOB. Le droit des organisations internationales*, Bruylant, Bruxelles, 1997
- Études à la mémoire de Wolfgang STRASSER. Trente ans de droit européen des droits de l'homme*, Bruylant-Nemesis, Bruxelles, coll. « Droit & Justice », 2007, n° 74
- Mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE. Les droits de l'homme à la croisée des droits*, LexisNexis, Paris, 2018
- Mélanges en l'honneur du Professeur Paul TAVERNIER. L'homme dans la société internationale*, Bruylant, Bruxelles, 2013
- Études en l'honneur de Gérard TIMSIT*, Bruylant, Bruxelles, 2004
- Mélanges en hommage à François TERRE, L'avenir du droit*, Dalloz, Paris, Éd. Du jurisqueuseur, 1999
- Mélanges en l'honneur de Michel TROPER. L'architecture du droit*, Economica, Paris, 2006

Mélanges en l'honneur de Nicolas VALTICOS, Pedone, Paris, 1999

Hommage au Recteur Michel VAN DE KERKOVE. Traductions et droits européens : enjeux d'une rencontre, FUSL, Bruxelles, 2010

Mélanges André VITU. Droit pénal contemporain, Cujas, 1984

Mélanges Jean WALINE. Gouverner, administrer, juger, Dalloz, Paris, 2002

Mélanges Marcel WALLINE, LGDJ, Paris, 1974

Mélanges en l'honneur de Gérard J. WIARDA. Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Köln, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, Berlin, 1990

F- Thèses et mémoires

A

AFROUKH (M.), *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque de droit public », 1998

ARROYO (J.), *La renonciation aux droits fondamentaux : étude de droit français*, Pedone, Paris, 2016

AUDOUY (L.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse. dactyl., Université de Montpellier, 2015

B

BALLOT (E.), *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, Mare & Martin, Paris, coll. « Bibliothèque des thèses », 2014

BEN MERZOUK (E.), *La sécurité juridique en droit positif*, thèse dactyl., Université Paris II, 2003

BERNARD (E.), *La spécificité du standard en droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Thèses », 2010

- BLANC-FILY (C.),** *Valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Essai critique sur l'interprétation axiologique du juge européen*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme - Thèses », 2016
- BOUMGHAR (M.),** *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, Pedone, Paris, coll. « Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme » (FMDH), 2010
- BRUNET (F.),** *La normativité en droit*, Mare & Martin, coll. « Droit public », 2012

C

- CALMES (S.),** *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Dalloz, Paris, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèse », 2001
- CAPITANT (D.),** *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, Paris,
- CARPANO (E.),** *États de droit et droits européens : l'évolution du modèle de l'État de droit dans le cadre de l'eupéanisation des systèmes juridiques*, L'Harmattan, Paris, coll. Logiques juridiques, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2001, t. 87
- CHAMPEIL-DEPLATS (V.),** *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, PUAM, Economica, Paris, 2001
- CLAUDE (V.),** *L'interprétation consensuelle de la Convention européenne des droits de l'homme*, Mémoire de DEA, Université de Montpellier I, IDEDH, 1998
- COUVEINHES-MATSUMOTO (F.),** *L'effectivité en droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2014

D

- DE BECHILLON (M.),** *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, Aix-Marseille, 1998
- DEBET (A.),** *L'influence de la CEDH sur le droit civil*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, Paris, 2002
- DELANSSAYS (T.),** *La motivation des décisions juridictionnelles du Conseil d'État*, thèse dactyl., Université de Lille, 2019
- DEZANGLES (B.),** *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, coll. « Thèses », 2009

DOUET (E.), *Contribution à l'étude de la sécurité juridique en droit fiscal interne français*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1997, t. 280

DROUOT (G.), *La rétroactivité de la jurisprudence. Recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit civil*, LGDJ, Paris, 2016

E

ETOA (S.), *Le passage des « libertés publiques » aux droits fondamentaux. Analyse des discours juridiques français*, Mare & Martin, Paris, 2017

F

FOURNOL (I.), *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et en droit administratif français*, thèse dactyl., Université Paris II, 1999

G

GRABARCZYK (K.), *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUAM, Aix-Marseille, 2008

GRABIAS (F.), *La tolérance administrative*, LGDJ, Paris, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2018

H

HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtstaat, Rule of Law*, Dalloz, Paris, 2002

HUSSON-ROCHCONGAR (C.), *Droit international des droits de l'homme et valeurs. Le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2012

J

JAQUEMOT (F.), *Le standard européen de société démocratique*, Université de Montpellier I, coll. « Thèse », 2006

JAULNEAU (E.), *La subjectivisation du droit, étude de droit privé*, thèse dactyl., Université d'Orléans, 2007

JEANNEAU (B.), *Les principes généraux dans la jurisprudence administrative*, Sirey, Paris, 1954

K

KASTANAS (E.), *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne*, Bruylant, Bruxelles, 1996

L

LAFOURCADE (M.), *La réouverture des procédures juridictionnelles consécutives à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. L'éclairage français*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque sciences criminelles », 2014, t. 60

LAMBERT ABDELGAWAD (E.), *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, Bruxelles, 1999

LE BONNIEC (N.), *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme. Réflexion sur le contrôle juridictionnel du respect des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2017

LETURCQ (S.), *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2005

LUCAS-ALBERNI (K.), *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit & Justice », 2009, n° 79

M

MADELAINE (C.), *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Paris, coll. « Nouvelles bibliothèque de thèses », 2003, vol. 26

MAETZ (O.), *Les droits fondamentaux des personnes publiques*, Publication de l'Institut Universitaire Varenne, LGDJ, Paris, 2011

MARTIN (A.), *L'Estoppel en droit international public : précédé d'un aperçu de la théorie de l'estoppel en droit anglais*, Pedone, Paris, 1979

MAURER (B.), *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Documentation française, Paris, 1999

MAZEN (N-J.), *L'insécurité inhérente au système juridique*, thèse dactyl., Université de Dijon, 1979

MILANO (L.), *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, 2006

MORVAN (P.), *Le principe en droit privé*, Éd. Panthéon-Assas, Paris, coll. « Droit privé », 1999

P

PALANCO (A.), *Le précédent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse dactyl., Université de Montpellier, 2017

PANAGOULIAS (K-I.), *La procéduralisation des droits substantiels garanti par la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis Bruylant, Bruxelles, 2012

PAPADOPOULOU (R-E.), *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation*, Bruylant, Bruxelles, 1996

PIAZZON (T.), *La sécurité juridique*, Defrénois, Paris, coll. « Doctorat & Notariat », 2009, t. 35

PICHERAL (C.), *L'ordre public européen. Droit communautaire droit européen des droits de l'homme*, La Documentation Française, Paris, coll. « Monde européen et international », 2001

PREVEDOUROU (E.), *Le principe de confiance légitime en droit public français*, Sakkoulas, Athènes, 1998

R

RAIMBAULT (P.), *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 2009

REDOR (M-J.), *De L'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1870-1914)*, Economica, Paris, 1992

RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque de droit public », 1980

RIVIERE (F.), *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2004.

RRAPI (P.), *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel. Étude du discours sur la « qualité de la loi »*, Dalloz, Paris, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèse », 2014

RUMER (P.), *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit international », 2001

S

SALLES (S.), *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, LGDJ, Lextenso, Paris, 2016, t. 147

SALVIEJO (C.), *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, thèse dactyl., Université de Montpellier I, 2003

SAUVAGE (N.), *Le principe de sécurité juridique en droit international privé*, thèse dactyl., Université de Rouen, 2011

SCHAHMANECHE (A.), *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Pedone, Paris, 2014

SOUVIGNET (X.), *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2012

T

TAVERNIER (P.), *Recherche sur l'application dans le temps des actes et des règles de droit international public (Problème de droit intemporel et de droit transitoire)*, LGDJ, Paris, 1970

TEWELET (S.), *Le droit d'agir devant la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse dactyl., Université de Bordeaux, 2017

V

VALEMBOIS (A-L), *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, Paris, coll. « Thèses », 2005

VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001

VAN MEERBEECK (J.), *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, PUSL, Bruxelles, 2014

W

WALTER (J-B.), *L'espérance légitime*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque des thèses », 2011

WEIZBERG (G.), *Le raisonnable en droit du commerce international*, thèse. dactyl., Paris II, 2003

Y

YANNAKOPOULOS (C.), *La notion de droits acquis en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 1997

II- ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

A- Articles de revues

A

ADAMN-FERREIRA (B.), « La renonciation est-elle compatible avec la protection des droits fondamentaux ? La renonciation aux droits procéduraux dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2007, p. 744

ADER (H.), **IDOT (L.)**, **URBINO-SOULIER (F.)**, « L'insécurité dans le droit communautaire », *Semaine Juridique-Edition entreprise*, 1990, n° 48, p. 34

AFROUK (M.) :

- « L'émergence d'un droit à la sécurité des personnes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ? », *RDP*, 2015, n° 1, p. 139
- « L'identification d'une tendance récente à l'objectivisation du contentieux dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2015, n° 5, p. 1357

ALCEGA SERGIO (S.), « Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme suite au processus d'Interlaken : l'évolution technique d'un mécanisme politique », *RQDI*, 2014, vol. 27-2, p. 99-117

AMRANI MEKKI (S.), **ATIAS (C.)**, **AUBERT (J-L.)**, **BACHELLIER (X.)**, **JOBARD-BACHELLIER (M-N.)**, **FRISON-ROCHE (M-A.)**, **MALINVAUD (P.)**, **MELLERAY (F.)**, **MONÉGER (J.)** et **SERINET (Y-M.)**, À propos de la rétroactivité de la jurisprudence, *RTD Civ.*, 2005, p. 293-328

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.) :

- « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l’homme » *RAE*, 1998, p. 28-47
- « Savoir n’est rien, imaginer est tout », *Dalloz*, 2001, p. 2611
- « Délai raisonnable du procès, recours effectif ou déni de justice ? », *RFDA*, 2003, p. 85
- « La Cour européenne des droits de l’homme, cour éminente des droits de l’homme dans la construction européenne. Quelques réflexions sur les Protocoles n° 15 et n° 16 à la Convention européenne des droits de l’homme », *LPA*, 2014, n° 49, p. 6
- « La première saisine de la CEDH par le Comité des ministres au titre de l'article 46§4 de la Convention », *Gaz. Pal.*, 2018, n° 9, p. 32

APCHAIN (H.), « Retour sur la notion de bonne administration de la justice », *AJDA*, 2012, p. 587

ASCENSIO (H.), « Principes généraux du droit », *Répertoire de droit international Dalloz*, 2004, n° 3 et 32

ASSIMOPOULOS (C.), « La nature de la responsabilité des professions réglementées pour manquement au devoir de conseil », *AJ contrat*, 2018, p. 61

ATIAS (C.) :

- « Nul ne peut prétendre au maintien d’une jurisprudence constante, même s’il a agi avant son abandon », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 593
- « Les paradoxes de l’office du juge et de la sécurité juridique », *Recueil Dalloz*, 2003, p. 513
- « Sur les revirements de jurisprudence », *RTD Civ.*, 2005, p. 300

AUBERT (J-L.), « À propos du revirement de jurisprudence. Faut-il « moduler » dans le temps les revirements de jurisprudence ? ... J’en doute ! », *RTD Civ.*, 2005, p. 300

AUSTRY (S.), « QPC fiscale et effets de la décision dans le temps », *NCCC*, 2011, n° 33

AVRIL (Y.), La compétence de l’avocat et les revirements de jurisprudence, *Gaz. Pal.*, 2009, n° 246, p. 9

B

BAILLEUL (D.), « De l’espérance légitime d’obtenir un avantage à l’espérance légale de conserver un droit », *AJDA*, 2010, n° 32, p. 1828

BALAT (N.), « Forclusion et prescription », *RTD Civ.*, 2016, p. 751

BARANES (W.), « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *Recueil Dalloz*, 2000, n° 23, p. 361-368

BARRAUD (B.) :

- « L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique (première partie : présentation) », *Archives de philosophie du droit*, 2013, p. 365-415
- « La science et la doctrine juridiques à l'épreuve de la polysémie des concepts », *RIEJ*, 2016/1, vol. 76, p. 5-47

BEAUVAIS (P.), « Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des cours européennes », *APC*, 2007/1, n° 29, p. 3-18

BEERNAERT (M-A.), « Droit d'accès à un avocat et relativité toujours plus grande des garanties du droit à un procès équitable », *RTDH*, 2019/118, p. 520-528

BENHAMOU (Y.), « Cursives remarques sur la sécurité juridique », *LPA*, 1996, n° 54, p. 19

BENICHOU (M.), « L'avocat-conseil entre prévision, divination et information », *Gaz. Pal.*, 2007, n° 41, p. 2

BEN MERZOUK (E.), « La fausse consécration du "principe" de sécurité juridique », *Dalloz*, 2003, p. 2722

BERGER (V.) :

- « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et le droit fiscal », *Droit fiscal*, 2010, n° 24, p. 367
- « Le Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme ou l'institutionnalisation du " dialogue des juges" », *Gaz. Pal.*, 2015, p. 8

BERLAUD (C.), « L'obligation de diligence d'un assuré dommages ouvrages », *Gaz. Pal.*, 2018, n° 315, p. 37

BEZZINA (A-C.) :

- « 2014-2014, les dix ans de la jurisprudence AC ! », *RFDA*, 2014, p. 735
- « À propos du nouveau recours pour excès de pouvoir contre le rescrit : retour sur les paradoxes de la subjectivisation du droit fiscal », *RFFP*, 2017, n° 138, p. 277

BLANC-FILY (C.), « La notion conventionnelle d'espérance légitime : convergences et divergences entre appréhensions prétoriennes nationale et européenne », *RFDA*, 2015, p. 527

BLAY-GRABARCZYK (K.), « Le bilan intermédiaire des résultats obtenus dans le domaine de l'exécution des arrêts de la CEDH. À propos du 10^{ème} rapport annuel du Comité des ministres du Conseil de l'Europe », *JCP G*, 2017, n° 21, p. 551

- BLAY-GRABARCZYK (K.), AFROUKH (M.), SCHAHMANECHE (A.),** « Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour EDH. Aspects européens : acteurs politiques et acteurs juridictionnels », *RFDA*, 2014, n° 5, p. 939
- BLECKMANN (A.),** « L'État de droit dans la Constitution de la République fédérale d'Allemagne », *Pouvoirs*, 1982, n° 22, p. 5-28
- BLIN-FRANCHOMME (M-P.),** « Revirement jurisprudentiel et responsabilité notariale », *LPA*, 1998, n° 122, p. 7
- BOISSARD (S.),** « Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité administrative de tous moyen d'action et sans transiger sur le respect du principe de l'égalité ? Le difficile dilemme du juge administratif », *CCC*, 2001, n° 11
- BONNEAU (T.),** « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirements », *Dalloz*, 1995, p. 24
- BONNET (B.),** « L'analyse des rapports entre administration et administrés au travers du prisme des principes de sécurité juridique et de confiance légitime », *RFDA*, 2013, n° 4, p. 718
- BORE (L.),** « Modulation dans le temps des revirements de jurisprudence », *La cassation en matière pénale, Répertoire Dalloz*, 2018, p. 148
- BORGHETTI (J-S.),** « La conformité aux droits fondamentaux des délais de prescription des actions en responsabilité civile », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 209
- BORZEIX (V.),** « La QPC, quelle confiance légitime, quelle sécurité juridique ? », *Revue de droit public et de sciences politiques en France et à l'étranger*, 2010, n° 4, p. 981-1002
- BOUTEILLE-BRIGANT (M.),** « Intelligence artificielle et droit : entre tentation d'une personne juridique du troisième type et avènement d'un transjuridisme », *LPA*, 2018, p. 7
- BOYER-MERENTIER (C.),** « Quelques réflexions sur l'utilisation du communiqué de presse pour modifier le régime de la TVA », *RFDA*, 2002, p. 405
- BRAIBANT (G.),** « Qui fait la loi ? », *Pouvoirs*, 1993, n° 64, p. 43-46
- BRANNAN (J.),** « Le rôle du traducteur à la Cour européenne des droits de l'homme », *Traduire*, 2009, p. 24-35
- BRIGHT (C.),** « Le devoir de diligence des sociétés mère dans la jurisprudence anglaise », *Dr. soc.*, 2017, p. 828
- BROYELLE (C.),** « Confiance légitime et responsabilité publiques », *RDP*, 2009, n° 2, p. 321
- BRUCK (V.), LARCHE (M.),** « La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJJC*, 2012, p. 65-73

BRUNESSEN (B.), « Retour sur un classique. Quelques remarques sur la catégorie des principes généraux du droit de l'Union européenne », *RFDA*, 2013, p. 1217

BRUNET (P.), « Humpty Dumpty à Babel ? Les juges et le vocabulaire juridique européen », *LPA*, 2008, p. 2

C

CANIVET (G.), « Le point de vue du juge judiciaire et du juge administratif : l'expérience de la Cour de cassation française », *LPA*, 2006, n° spé. 254, p. 23

CANIVET (G.), **MOLFESSIS (N.)**, « Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ? », *JCP E*, 2004, n° 52, act. 292

CARBONNIER (J.), « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'Année sociologique*, LVII, 1958, p. 4-17

CARCASSONE (G.), « Le principe de sécurité juridique », *Le Point*, 1999, n° 1374, p. 14

CASSAGNABERE (H.), « Le juge du droit de l'Union et la modulation dans le temps », *NCCC*, 2017, n° 54

CASSIA (P.) :

- « Une autre manière de dire le droit administratif : le fichage des décisions du Conseil d'État au Recueil Lebon », *RFDA*, 2011, p. 830
- « La sécurité juridique, un " nouveau " principe général du droit aux multiples facettes », *Recueil Dalloz*, 2006, n° 18, p. 1190

CASSUTO (T.), « La justice à l'épreuve de sa prédictibilité », *AJ Pénal*, 2017, p. 334

CASTILLO-WYSZOGRODZKA (S.), « La motivation des décisions de justice : perspective comparatiste », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1838

CEYHAN (A.), « Analyser la sécurité : Dillon, Waever, Williams et les autres », *Cultures & Conflits*, p. 31-32

CHALTIEL (F.), « Le principe de sécurité juridique et l'office du juge », *LPA*, 2007, n° 2, p. 3

CHAMPEIL-DESPLATS (V.) :

- « La notion de droit " fondamental " et le droit constitutionnel français », *Dalloz*, 1995, p. 323
- « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *CCC*, 2007, n° 21

- « L'affirmation des droits fondamentaux : quelles significations ? Quelles conséquences ? », in *Les Cahiers français : document d'actualité*, La Documentation française, Paris, 2010, p. 19-23
- « Production et sens des principes : relecture analytique », *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2011, n° 11, p. 38-58
- « La théorie générale de l'État est aussi une théorie des droits libertés fondamentales », *Jus politicum*, n° 8, 2012, en ligne : [<http://juspoliticum.com/article/La-theorie-generale-de-l-Etat-est-aussi-une-theorie-des-libertes-fondamentales-537.html>]

CHAPUS (R.) :

- « De la valeur juridique des principes généraux du droit et de autres règles jurisprudentielles en droit administratif », *Dalloz*, 1966, p. 9
- « George Vedel et l'actualité d'une " notion fonctionnelle " : l'intérêt d'une bonne administration de la justice », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2003, n° 1, p. 3-18

CHEVALLIER (J.) :

- « La dimension symbolique du principe de légalité », *RDP*, 1990, n° 2, p. 1673
- « Présentation », *CCC*, 2007, n° 21
- « De nouveaux horizons pour le contrôle de conventionnalité à la Cour de cassation ? », *Constitutions*, 2014, p. 350

COHEN-JONATHAN (G.) :

- « Garantir l'efficacité à long terme de la Cour européenne des droits de l'homme : quelques observations des derniers travaux du Comité directeur pour les droits de l'homme », *RTDH*, 2003/56, p. 1125-1156
- « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général », *AFDI*, 2000, vol. 46, p. 779-796

COLLET (M.), « Sécurité juridique et rétroactivité de la loi fiscal », *RFFP*, 2015, n° 130, p. 107

COMBACAU (J.), « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *APD*, 1986, vol. 31, p. 58-105

COMBREXELLE (J-D.), « Sur l'actualité du dialogue des juges », *AJDA*, 2018, p. 1929

CONDE (L.), « La prohibition des arrêts de règlements – Le mode juridictionnel », *Juris. civil*, 2014, Fasc. 330

CORTEN (O.), « L'interprétation du "raisonnable" par les juridictions internationales : au-delà du positivisme juridique ? », *RGDIP*, 1998, n° 1, p. 6-44

COSTA (J.-P.) :

- « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *RTDH*, 2004/57, p. 101-110
- « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1364

COUTRON (L.), « Style des arrêts de la Cour de Justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTD Eur.*, 2009, p. 643

CRISTEAU (A.), « L'exigence de sécurité juridique », *Recueil Dalloz*, 2002, p. 2814

CROUY-CHANEL DE (E.) :

- « Le Conseil constitutionnel mobilise-t-il d'autres principes constitutionnels que l'égalité en matière fiscale ? », *NCCC*, 2011, n° 33
- « Le consentement à l'impôt », *Pouvoirs*, 2014, n° 151, p. 192

D

D'ASPERMONT (J.), « Hart et le positivisme en droit international », *RGDIP*, 2009-3, p. 1-21

DAUDET (Y.), « Travaux de la Commission du droit international », *AFDI*, 1998, vol. 44., p. 494-510

DAYDIA (L.), « La détermination des effets des décisions QPC : illustration d'un usage perfectible de la Constitution », *RFDC*, 2018, n° 113, p. 33-52

DECAUX (E.), « Déclarations et Conventions en droit international », *CCC*, 2007, n° 21

DEGUERGUE (M.), « Jurisprudence », *Droits*, 2001/2, n° 34, p. 95-104

DELAMARRE, (M.), « La sécurité juridique et le juge administratif français », *AJDA*, 2004, p. 186

DELAUNAY (B.), « La confiance légitime entre discrètement au Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2014, p. 649

DELMAS-MARTY (M.), **SUPIOT (A.)**, « L'internationalisation du droit : dégradation ou recomposition ? », *Esprit*, 012/11, p. 35-51

DE SALVIA (M.), « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *CCC*, 2001, n° 11

DEUMIER (P.) :

- « Les qualités de la loi », *RTD Civ.*, 2005, p. 93
- « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTD Civ.*, 2006, p. 510
- « Évolution du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges », *RTD Civ.*, 2007, p. 76
- « Les effets dans le temps des décisions QPC : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », *NCCC*, 2015, n° 47
- « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 2022
- « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD Civ.*, 2016, p. 578.
- « Les différentes figures de la modulation de la jurisprudence », *RDP*, 2016, n° 3, p. 815
- « Jurisprudence », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2017
- « Motivation enrichie : bilan et perspectives », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1783
- « Modulation de la jurisprudence : balances avantages inconvénients ou règle de conflit caché ? », *RTD Civ.*, 2017, p. 77
- « La jurisprudence d'aujourd'hui et de demain », *RTD Civ.*, 2017, p. 600
- « Quand la Cour de cassation assume ses revirements », *RTD Civ.*, 2018, p. 493

DEUMIER (P.), FULCHIRON (H.), « Première demande d'avis à la CEDH : vers une jurisprudence " augmentée" ? », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 228.

DI MANNO (T.), « Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel. Présentation », *CCC*, 2006, n° 20

DISANT (M.)

- « Les effets dans le temps des décisions QPC », *NCCC*, 2013, n° 40
- « La confiance légitime fait son entrée dans le contentieux constitutionnel français », *LPA*, 2015, n° 65, p. 9

DOS-REIS (E.), « Sécurité juridique, autorité de la chose jugée et droits fondamentaux », *LPA*, 2017, n° 203, p. 16

DOURNEAU-JOSETTE (P.), « Le Protocole 14 à la CEDH amendant le système de contrôle de la Convention », *AJ Pénal*, 2004, p. 283.

- DUBOUT (E.)**, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l’homme », *RTDH*, 2007/70, p. 265-300
- DREYER (E.)**, « L’entrée en vigueur du Protocole n° 14 de la Convention EDH. *Too late and too little...* », *JCP G*, 2010, n° 23, p. 616
- DUCOULOMBIER (P.)**, « Contrôle de conventionnalité et Cour de cassation : de la méthode avant toute chose », *Dalloz*, 2017, p. 1778
- DROSS (W.)**, « La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ? », *Dalloz*, 2006, p. 472
- DUPARC-PORTIER (P.), MASSON (P.)**, « La question des langues en Europe : entre paradoxes et divergences juridiques », *RTDH*, 2007/72, p. 1051-108
- DUPUY (R-J.)**, « La Commission européenne des droits de l’homme », *AFDI*, 1957, vol. 3, p. 449-447
- DUTHILLET DE LAMOTHE (L.)**, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », *AJDA*, 2016, p. 1398
- DWORKIN (R.)** :
- « Political judges and The Rule of law », *Matter of principal*, 1985, p. 4-33
 - « La chaîne du droit », *Droit et société*, 1985, p. 51-79

E

- EDELMAN (B.)**, « La Cour européenne des droits de l’homme : une juridiction tyrannique ? », *Dalloz*, 2008, n° 28, p. 1946
- ELLUL (J.)**, « Sur l’artificialité du droit et le droit d’exception », *APD*, 1965, p. 191-207
- EYNARD (M.)**, « La modulation des effets dans le temps des déclarations d’inconstitutionnalité prononcées dans le cadre de questions prioritaires de constitutionnalité : typologie des solutions et perspectives », *RFDC*, 2018, p. 317-342
- EWALD (V-F.)**, « Une expérience foucauldienne : les principes généraux du droit », *Critique*, 1986, p. 788-793

F

- FERRARI (S.)**, « Les critères d’identification de la situation protégée de l’imprévisibilité de la règle de droit », *RDP*, 2015, n° 3, p. 859.
- FLAMENT (L.)**, « Le raisonnable en droit du travail », *Dr. soc.*, 2007, p. 16.
- FLAUSS (J-F.)** :

- « Le droit à un recours effectif au secours du délai de raisonnable, un revirement de jurisprudence historique », *RTDH*, 2002/49, p. 261-292
- « Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en juridiction constitutionnelle ? », *Dalloz*, 2003, p. 1638
- « Réquisitoire contre la mercantilisation excessive du contentieux de la réparation devant la CEDH », *Dalloz*, 2003, p. 227
- « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : du politique au juridique et vice-versa », *RTDH*, 2009/77, p. 27-72

FLAUSS (J -F.), COHEN-JONATHAN (G.), « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international », *AFDI*, 2009, n° 55, p. 529-546

FLÜCKIGER (A.), « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *CCC*, 2007, n° 21

FOESSEL (M.), « Kant ou les vertus de l'autonomie », *Études*, 3/2011, t. 414, p. 341-351

FORSYTH (C-F.), "The provenance and protection of legitimate expectations", *The Cambridge Law Journal*, 1988, vol. 47, n° 2, p. 238-260

FOUQUET (O.), « La sécurité fiscale en question », *RFFP*, 2016, n° 133, p. 137

FRAISSEIX (P.) :

- « La "subjectivisation" du droit administratif », *LPA*, 2004, n° 207, p. 12
- « La notion de confiance légitime dans la jurisprudence administrative française », *RRJ*, 1999, p. 405

FRISON-ROCHE (M-A.), BARANES (W.), « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 361

FROMONT (M.) :

- « République Fédérale d'Allemagne. L'État de droit », *RDP*, 1990, n° 5, p. 1212
- « Le constitutionnalisme allemand », *Pouvoirs*, 1993, n° 66, p. 5-20
- « Le principe de sécurité juridique », *AJDA*, 1996, n° spé, p. 178
- « La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand », *RDP*, 2007, n° 1, p. 89

FROUVILLE DE (O.), « Une conception démocratique du droit international », *Revue européenne de sciences sociales*, 2001, n° 120, p. 101-144

FRUMER (P.), « La réparation des atteintes aux droits de l'homme internationalement protégés. Quelques données comparatives », *RTDH*, 1996/27, n° 329-352

FULCHIRON (H.), « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 1084

G

GARAPON (A.) :

- « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G*, 2017, n° 1-2, p. 31
- « Où va le droit ? Le devenir systémique du droit », *JCP G*, 2018, n° 21, doct. 587.

GARIN (A.), « *Non bis in idem* et Convention européenne des droits de l'homme. Du nébuleux au clair-obscur : état des lieux d'un principe ambivalente », *RTDH*, 2016/106, p. 395-432

GAUTHIER (P-Y.), « La prescription sur le billot du contrôle de proportionnalité », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 64

GERARD (P.), « Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit », *Déviante et société*, 1988, n° 1, p. 75-90

GENEVOIS (B.) :

- « La Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : complémentarité ou concurrence ? », *RFDA*, 2010, p. 437
- « Principes généraux du droit », *Répertoire de contentieux administratifs*, 2010

GIANOPOULOS (C-L.), « Jurisprudence constitutionnelle russe. Désobéir pour servir une cause. Considérations sur la première application de la nouvelle compétence de la Cour constitutionnelle russe pour filtrer l'exécution des décisions de la Cour EDH », *RFDC*, 2017/1, n° 109, p. 255-268.

GIDEL (G.), « Droits et devoirs des nations, théorie classique des droits fondamentaux des États », *RCADI*, 1925, n° 10, p. 546-592.

GONZALEZ (G.) :

- « Du bon usage de la synergie des sources dans la construction, par la Cour européenne des droits de l'homme, du droit à la liberté syndicale », *RTDH*, 2015/103, n° 103, p. 589-602
- « Béni soit la subsidiarité ! À propos du rapport d'activités 2017 de la Cour EDH », *JCP G*, 2018, n° 7, 169

GRANGER (M-A.), « Existe-il un « droit fondamental à la sécurité » ? », *RSC*, 2009, p. 273-296

GRECH (F.), « Le principe de sécurité juridique dans l'ordre constitutionnel français », *RFDC*, 2015/2, n° 102, p. 405

GREWE (C.) :

- « Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français : le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RUDH*, 2004, p. 26-32
- « Les droits intangibles », *AIJC*, 2011, p. 437-452

GRIDEL (J-P.), « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *Recueil Dalloz*, 2002, p. 228

GROPPI (T.), « Nouveaux défis pour l'État constitutionnel de droit en Europe : quel rôle pour le "dialogue des juges" ? », *Constitutions*, 2018

GUATSINI (R.), « Sui principî di diritto », *Diritto e società*, Padova, 1986, n° 4, p. 601

GUIOMARD (F.), « Sur les communiqués de presse de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *RDT*, 2006, p. 222

H

HAFTEL (B.), « La Cour de cassation, la cohérence et la sécurité juridique », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 541.

HAÏM (V.), « Faut-il supprimer la Cour européenne des droits de l'homme ? », *Recueil Dalloz*, 2001

HARAVON (M.), « Le rapport Doing Business et la Banque mondiale : mythes et réalités sans nuances », *JCP G*, 2005, p. 1680

HAUSER (J.), « Le juge et la loi », *Pouvoirs*, 2005, n° 114, p. 139-153

HEERS (M.), « La sécurité juridique en droit administratif français : vers une consécration du principe de confiance légitime ? », *RFDA*, 1995, n° 5, p. 963

HENNETTE-VAUCHEZ (S.), « Droits de l'homme et tyrannie : de l'importance de la distinction entre esprit critique et esprit de critique », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 238

HERVIEU (N.), « La politique de priorisation de la Cour », *Lettre d'actualité droits-libertés du CREDOF*, 2010

HEUZE (V.), « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP G*, 2005, n° 14, doct. 130

HOFFMANN (F.), « Probabilité et droit de la concurrence », *RFDA*, 2011, p. 531

HOSTIOU (R.), « CEDH : violation du droit au respect des biens et satisfaction équitable-
quid de la "*restitutio in intergrum*" ? », *RDI*, 2018, p. 269

HUBEAU (F.), « Le principe de la protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de
 la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1983, p. 143

HUGLO (J-G.), « La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique », *CCC*, 2001, n°
 11.

HUSSON RONCHONGAR (C.), « La redéfinition permanente de l'État de droit par la Cour
 européenne des droits de l'homme », *Civitas Europa*, 2016/2, n° 37, p. 183-220

I

IL (L.), « Le principe de confiance légitime serait-il entré en droit public interne ? », *LPA*,
 2017, n° 3, p. 6.

IWEINS (D.), « La justice prédictive, nouvel allié des professionnels du droit? », *Gaz. Pal.*,
 2017, n° 1, p. 5.

J

JACQUINOT (N.), « Regard critique sur la notion de réserve transitoire dans la jurisprudence
 du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2018, p. 2007

JALUZOT (B.), « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *RIDC*, 2005-1, p.
 29-48

JANNEQUIN (A.), « L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil
 constitutionnel et du Conseil d'État », *RFDA*, 2009, p. 913

JAUFFRET-SPINOSI (C.), « Comment juge le juge anglais ? », *Droits*, 1989, n° 9, p. 57.

JOANNARD-LARDANT (E.), « Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime
 en droit fiscal », *RDF*, 2014, n° 10, p. 17

JEAMMAUD (A.) :

- « La règle de droit comme modèle », *Recueil Dalloz*, 1990, p. 199
- « Les principes dans le droit français du travail », *Dr. soc.*, 1982, p. 618-629

JEAN (J-P.), PAULIAT (H.), « L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa
 qualité », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 598

JESTAZ (P.) :

- « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre », *RTD Civ.*, 1996, p. 299

- « Sources délicieuses, Remarques en cascades sur les sources du droit », *RTD Civ.*, 1993, p. 73

JOUANJAN (O.), « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, n° spé., 1998, p. 44

JOURDAIN (P.), « La responsabilité de l'avocat et les revirements de jurisprudence », *RTD Civ.*, 2009, p. 725

K

KHAIRALLAH (G.), « Le "raisonnable" en droit privé français. Développements récents », *RTD Civ.*, 1984, p. 439

KLEITZ (C.), « LA CEDH tient bon... Pour le moment », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 117, p. 3

KOLB (R.), « La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques », *African Yearbook of International Law*, 2002, p. 103-142

KOVLER (A.), « La Cour européenne des droits de l'homme face à la souveraineté d'État », *L'Europe en Formation*, 2013/2, n° 138, p. 209-222.

KRENC (F.), « "Dire le droit", "Rendre la justice". Quelle Cour européenne des droits de l'homme ? », *RTDH*, 2018/114, p. 311-345

L

LABAYLE (H.), « La Cour de Justice des Communautés européennes et la modulation des effets de jurisprudence : autres lieux ou autres mœurs ? », *RFDA*, 2004, p. 663

LAMBERT (P.) :

- « La Cour européenne des droits de l'homme à l'épreuve de quelques critiques... au fil du temps (en marge du cinquantième anniversaire de son installation) », *RTDH*, 2010/93, p. 5-18
- Une justice décriée est-elle encore crédible ?, *RTDH*, 2013/93, p. 5-16.

LAMBERT-ABDELGAWAD (E.), « L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ Pénal*, 2010, p. 67

LAMY DE (B.), « Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *CCC*, 2009, n° 26

LARRALDE (J.-M.), « Intelligibilité de la loi et accès au droit », *LPA*, 2002, n° 231, p. 12

LARROUTUROU (T.), « Premières décisions de la CEDH relatives aux effets des décisions du Conseil constitutionnel », *Constitutions*, 2018, p. 74.

- LASCOUMES (P.), SERVERIN (E.),** « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, 1986, n° 2, p. 101-124
- LASSERRE (B.),** « L'eupéanisation de l'office du juge : vers un *jus commune* procédural ? », *RUE*, 2019, p. 204.
- LASSERRE (V.),** « Légistique ou science du droit », *Répertoire Dalloz de droit civil*, 2016, p. 136
- LASSERRE-KIESOW (V.),** « Le renouvellement des sources du droit », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2279
- LAVAL (N.),** « La bonne administration de la justice », *LPA*, 1999, n° 160, p. 12
- LE BARS (T.),** « Menaces sur la cassation à la française : des propositions de réforme consternantes », *Gaz. Pal.*, 2018, p. 12
- LE BONNIEC (N.) :**
- « La Convention européenne des droits de l'homme et les ordres constitutionnels : une crise de légitimité indépassable ? », *Politeia*, 2017, n° 32, p. 357-375
 - « L'anonymat du don de gamètes en France : un possible terrain d'inconventionnalité ? », *RDSS*, 2017, p. 281
- LECUYER (Y.),** Les critiques ataviques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme, *RDLF*, 2019, chron. n° 53
- LE ROY (E.),** « Le tripode juridique. Variation anthropologique sur un thème de flexible droit », in *L'année sociologique*, 2007, vol. 57, p. 341-351
- LEROY (Y.),** « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, 2001, n° 79, p. 715-732
- LEROYER (M.),** « Les délais de prescription en matière de filiation au prisme de la proportionnalité ou la nécessité d'une réforme », *RTD Civ.*, 2019. p. 87.
- LUCAS-ABERNI (K.) :**
- « La Cour EDH face à la gestion des effets de ses revirements de jurisprudence », *JCP G*, 2007, n° 37, comm. 10152.
 - « La possible contribution du revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *CDE*, 2007, n° 3-4, p. 479- 523
- LUCHAIRE (F.),** « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *CCC*, 2001, n° 11.
- LUNICA (J.) BOUCHER (J.),** « Le recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des effets des changements de jurisprudence. "Never say never" », *AJDA*, 2007, p. 1577

M

MAGNON (X.), « La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel », *AJJC*, 2012, p. 557-591

MALAURIE (P.) :

- « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, 2005, n° 114, p. 131-137
- « Grands arrêts, petits arrêts et mauvais arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *LPA*, 2006, n° 166, p. 4
- « Sur la motivation des arrêts de la Cour. Contre leur alourdissement, pour leur sobriété », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 668

MALINVERNI (G.), « Le Protocole n° 15 à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2015/101, p. 51-63

MAMOUDY (O.), « D'AC ! en M6 en passant *Danthony* », *AJDA*, 2014, p. 501

MATHIEU (P.) :

- « Liberté contractuelle et sécurité juridique : les oracles ambigus des sages de la rue de Montpensier », *LPA*, 1997, n° 29, p. 7
- « Rétroactivité des lois fiscales et sécurité juridique : l'application concrète d'un principe implicite », *RFDA*, 1999, p. 89
- « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel, mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle », *RFDA*, 2000, p. 291
- « Réflexion en guise de réflexion sur le principe de sécurité juridique », *CCC*, 2001, n° 11
- « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *CCC*, 2007, n° 21

MARCHADIER (F.), « Délai absolu, délai de péremption et délai butoir à l'épreuve du droit d'accès au juge », *RDC*, 2014, n° 110, p. 506

MARECHAL (C.), « L'estoppel à la française consacrée par la Cour de cassation comme principe général du droit », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 167

MARZAL (T.), « La Cour de cassation à l'âge de la balance », *RTD Civ.*, 2017, p. 789

MATSCHER (F.) :

- « Quarante ans d'activité de la Cour européenne des droits de l'homme », *RCADI*, 1997, p. 237-298
- « La Cour européenne des droits de l'homme hier, aujourd'hui et demain, au lendemain de son cinquantième anniversaire », *RTDH*, 2009/80, p. 901-921

MAUGER-VIELPEAU (L.), « La filiation paternelle à l'épreuve du contrôle de proportionnalité », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 207

MAUPIN (E.), « La Cour de cassation change de style », *AJDA*, 2019, p. 784

MAZEAUD (A.), « La sécurité juridique et les décisions du juge », *Dr. soc.*, 2006, n° 7, p. 744

MELLERAY (F.) :

- « L'exorbitance du droit administratif français », *AJDA*, 2003, n° 37, p. 1962
- « La revanche d'Emmanuel Levy ? L'introduction du principe de protection de la confiance légitime en droit public français », *Droit et Société*, 2004, n° 56-57, p. 147
- « La justice administrative doit-elle craindre la " justice prédictive " », *AJDA*, 2017, p. 193

MENGOZZI (P.), « Les principes fondamentaux du droit communautaire et les droits des États membres », *RDUE*, 2002/3, p. 435-460

METHIVIER (M.), « Les communiqués de presse du Conseil Constitutionnel, objet non identifié du Conseil Constitutionnel », *RFDA*, 2018, p. 163

MEUNIER (P.), « Jurisprudence », *Répertoire de droit civil*, 2017

MICHEL (V.), « Brèves observations sur l'application des principes de sécurité juridique et de confiance légitime », *Gaz. Pal.*, 12 février 2009, n° 43, p. 43

MILANO (L.) :

- « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », *RFDA*, 2006, p. 447
- « Le critère de "l'équité globale du procès", un critère régressif », *JCP G*, 2019, p. 253

MILLARD (E.) :

- « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *CCC*, 2007, n° 21
- « Précision et effectivité des droits de l'homme », *RevDH*, 2015, n° 7, en ligne au lien suivant : [<https://journals.openedition.org/revdh/1215>]

MILLEVILLE (S.), Le délai-butoir évincé sans procès : à propos de Cass. soc., 3 avril 2019, pourvoi n° 17-15568, *RDLF*, 2019, chron. n° 56

MODERNE (F.) :

- « Principes fondamentaux, principes généraux », *RFDA*, 1998, p. 595
- « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA*, 1999, p. 728
- « Les principes : entre permanence et nouveauté », *RFDA*, 1999, p. 723
- « Sur la modulation des effets dans le temps des effets des revirements de jurisprudence », *RFDA*, 2007, p. 917

MOLFESSIS (N.) :

- « La portée des revirements de jurisprudence », *RTD Civ.*, 1998, n° 1, p. 210
- « La sécurité juridique et l'accès aux règles de droit », *RTD Civ.*, 2000, n° 3, p. 662
- « Les "avancées" de la sécurité juridique », *RTD Civ.*, 2000, n° 3, p. 660
- « Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ? », *JCP E*, 2004, n° 52, act. 292
- « Droit fondamental. Un label incontrôlé », *JCP G*, 2009, p. 32
- « La Cour de cassation face à la modulation dans le temps de ses revirements de jurisprudence », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2567
- Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique, *RTD Civ.*, p. 186

MONEGER (J.), « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *RTD Civ.*, 2005, p. 323

MONHAUPT (H.), « L'État de droit en Allemagne. Histoire, Notion, fonction », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, 1993, n° 24, p. 84

MONTALIVER DE (P.) :

- « La juridicisation de la légistique. À propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », in *Cahiers des sciences morales et politiques*, 2005, n° 23, p. 99
- « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *CCC*, 2006, n° 20

MORIN (J-Y.), « L'État de droit : émergence d'un principe du droit international », *RCADI*, 1995, t. 254, p. 9-122.

MORVAN (P.) :

- « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 247
- « Les visas de principes dans la jurisprudence de la Cour de cassation : inventaire d'un droit "hors la loi" », *LPA*, 2005, n° 113, p. 5
- « Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ? », *Dr. soc.*, 2006, n° 7/8, p. 70
- « Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 835

MOULY (C.) :

- « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *LPA*, 1994, n° 33, p. 15
- « Le revirement pour l'avenir », *JCP G*, 1994, n° 27, doct. 3776

MOULY-GUILLEMAUD (C.), « L'obligation d'information des professionnels du droit, obligation d'anticiper l'imprévisible », *LPA*, n° 78, p. 3

MOUZOURAKI (P.), « Le principe de la confiance légitime en droit administratif hellénique », *RFDA*, 2005, p. 143

MUZNY (P.) :

- « La prévisibilité normative : une notion absolument relative », *RRJ- Droit prospectif*, 2006-I, p. 31-40
- « Quelques considérations en faveur d'une meilleure prévisibilité de la loi », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2224
- « Une culture de la transparence », *JCP G*, 2011, p. 981

N

NEUHAUS (P-H.), "Legal certainty versus equity in the conflict of laws", *Law and Contemporary Problems*, 1963, p. 795-803

NICOLAS-VULLIERME (L.), « Le "délai raisonnable" ou la mesure du temps », *LPA*, 2005, p. 3.

NUNES DE ALMEIDA (L.), « Table ronde internationale : Constitution et sécurité juridique-Portugal », *AIJC*, 1995, p. 197-221

O

OUEDROGO (A.) :

- « La *due diligence* en droit international : de la règle de la neutralité au principe général », *RGDIP*, 2012, n° 42, p. 461-463
- « Standard et standardisation : la normativité variable en droit international », *RQDI*, 2013, vol. 26, n° 1, p. 155-186

OST (F.), « Le temps, quatrième dimension des droits de l'homme », *JT*, 1999, p. 1-17

P

PACTEAU (B.), « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA*, 1995, n° H.S, p. 151

PARENT (B.), « Propos informels sur la sécurité juridique et fiscale », *RFFP*, 2016, n° 133, p. 203

PASTRE-BELDA (B.)

- « L'effectivité des garanties procédurales de l'occupant sans titre du domaine public », *AJDA*, 2011, p. 2325
 - « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *RTDH*, 2013/94, p. 251-273
 - « Et si la Cour EDH renonçait à l'interprétation consensuelle ? », *RTDH*, 2015/101, p. 89-113
- PAVIA (M-L.)**, « Éléments de réflexion sur la notion de droit fondamental », *LPA*, 1994, n° 54, p. 9
- PELLET (A.)**, « L'adaptation du droit international aux besoins changeant de la société internationale », *RCADI*, 2007, vol. 329, p. 9-47
- PELLISIER (G.)**, « Développements récents de l'impératif de sécurité juridique », *LPA*, 1998, n° 22, p. 6
- PERALDI-LENEUF (F.)**, « L'élaboration du droit de l'Union européenne au regard des exigences de légistique. Simplification, sophistication et légitimation », *RUE*, 2018, p. 34
- PERELMAN (C.)**, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique », *Revue belge de philosophie et d'histoire*, 1988, p. 927-928
- PERROT (R.)**, « La nouveauté du moyen et la Cour européenne des droits de l'homme », *RTD Civ.*, 2000, p. 635
- PFERSMANN (O.) :**
- « Regards externes sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand », *RFDA*, 2000, p. 236.
 - « Prolégomènes pour une théorie normativiste de "l'État de droit" », *Ius Gentium*, 2016, n° 1, p. 72-104
- PHILIPPE (C.)**, « Le juge de Strasbourg, la lettre de la *soft law* et l'interprétation », *RTDH*, 2019/119, p. 579-598, spéc. p. 580
- PICARD (E.)**, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n° spéc., p. 6
- PICOD (F.)**, « La normativité du droit communautaire », *CCC*, 2007, n° 21
- PIGNARRE (L-F.)**, « Regard prospectif : le risque de développement en matière juridique (La responsabilité des notaires et des avocats face à l'évolution du droit) », *LPA*, 2001, n° 248, p. 4
- PIRIS (J-C.)**, « Union européenne : comment rédiger une législation de qualité dans 20 langues et pour 25 États membres », *RDP*, 2005, n° 2, p. 475

PIZORUSSO (A), PASSAGLIA (P.), « Table ronde internationale : Constitution et sécurité juridique- Italie », *AJJC*, 1995, p. 199-255

PLANCHON (M-H.), « Le principe de la confiance légitime devant la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1983, p. 143

PLESSIX (B.), « Sécurité juridique et confiance légitime », *RDP*, 2016, n° 3, p. 799

POLLAUD-DULIAN (F.) :

- « À propos de la sécurité juridique », *RTD Civ.*, 2001, p. 491
- « Hébergeurs. Responsabilité limitée. Obligation de diligence », *RTD Com.*, 2008, p. 308

POMMIER (J.), « Conditions de la responsabilité sans faute de l'État du fait de règlements pris pour l'application d'une loi », *AJDA*, 1995, p. 555

PONTIER (J-M.), « De la sécurité », *AJDA*, 2006, p. 1009

PONTHOREAU (M-C.), « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, 2005, n° 1, p. 7-27

POPELIER (P.), "Five Paradoxes on Legal Certainty and the Lawmaker", *Legisprudence. International Journal for the study of legislation*, 2008, n° 2, p. 47-66

POULET (F.), « Sécurité juridique et fermeture du prétoire », *AJDA*, 2019, p. 1088

PRÉTOT (X.), « Les validations législatives. De la Constitution à la Convention européenne des droits de l'homme », *RDP*, 1998, n° 4, p. 13

PROTIERE (G.), « Les principes généraux dans la jurisprudence internationale : éléments d'une différenciation fonctionnelle », *RDP*, 2008, n° 1, p. 259

PUIG (P.) :

- « Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC », *RTD Civ.*, 2010, p. 517
- « L'excès de proportionnalité », *RTD Civ.*, 2016, p. 70

PUISSOCHET (J-P.), LEGAL (H.), « Le principe de la sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *CCC*, 2001, n° 11

R

RADBRUCH (G.), « La sécurité du droit d'après la théorie anglaise », *ADP*, 1936, p. 988

RADE (C.), « La Cour de cassation et la théorie de l'évolution », *Dr. soc.*, 2018, p. 213

RAIMBAULT (P.), « La sécurité juridique, nouvelle ressource argumentative », *Revue du notariat*, 2008, n° 2, p. 517-543

- RAVARANI (G.)**, « Quelques réflexions sur la légitimité du juge de Strasbourg », *RTDH*, 2019/118, p. 260-296
- RAYNOUARD (A.), KERHUEL (A-J.)**, « L'évaluation des systèmes juridiques au cœur de la tourmente », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2928
- REDOR (M-J.)**, « Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux », *Cahier de la recherche en droit fondamental*, 2002, n° 1, p. 92
- RIVERO (J.)**, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968, p. 15
- ROBERT (J.)**, « La bonne administration de la justice », *AJDA*, 1995, n° spéc., 117-118
- ROETS (D.)** :
- « L'application de la loi pénale dans le temps et la Convention européenne des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1991
 - « La non-rétroactivité de la jurisprudence pénale *in malam partem* consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 124
- ROMAINVILLE (C.)**, La protection de l'État de droit par la Convention européenne des droits de l'homme et l'exigence de légalité, *RDLF*, 2019, chron. n° 33
- ROME (F.)**, « Autres présidents, autre lettre ... », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1713
- ROSOUX (G.)**, « Offensive de la Russie contre l'autorité de la jurisprudence européenne relative au droit de vote des détenus : la Cour constitutionnelle russe et le contrôle du caractère « exécutoire » d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2017/109, p. 53- 88
- ROUMELIAN (O.)**, « Lois fiscales rétroactives et Cour européenne des droits de l'homme : des motifs d'espérance ? », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 271, p. 6
- ROUVIÈRE (F.)** :
- « Apologie de la casuistique juridique », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 118
 - « La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal », *RTD Civ.*, 2017, p. 527
 - « La Cour de cassation doit-elle avouer ses motifs politiques ? », *RTD Civ.*, 2018, p. 526
- ROUVILLOIS (F.)**, « L'efficacité des normes. Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », *Working Paper, Fondations pour l'innovation politique*, 2006, en ligne [http://www.fondapol.org/wpcontent/uploads/pdf/documents/Etude_Efficacite_des_normes.pdf]
- RUET (C.)** :

- « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », *RTDH*, 2015/102, p. 317-340
- « Sentiments et droits de l’homme. Philosophie des sentiments moraux et jurisprudence dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », *RTDH*, 2016/106, p. 351-380

RUNAVOT (M.-C.), « La "bonne administration" : consolidation d’un droit sous influence européenne », *RFDA*, 2010, p. 395

S

SACHS (T.), « Quand la sécurité juridique se perd dans l’analyse économique », *Dr. soc.*, 2015, p. 1019

SANDRAS (C.), « Les lois de validation, le procès en cours et l’article 6§1 de la Convention européenne des droits de l’homme », *RTDH*, 2002/51, p. 629-657

SARGOS (P.) :

- « L’horreur économique dans la relation de droit », *Dr. soc.*, 2006, p. 123
- « Les sept piliers de la sagesse du droit », *JCP G*, 2015, n° 1-2, p. 34

SAULIER (M.), « La preuve de la paternité face au refus de l’expertise génétique par l’enfant », *AJ Famille*, 2018, p. 398

SAUVAGE (N.) :

- « La dangereuse notion de "prévisibilité raisonnable" et l’exigence de sécurité juridique », *RUE*, 2012, p. 516
- « L’argument de sécurité juridique dans les instruments européens de droit international privé », *RUE*, 2013, p. 83

SCHÖNBERGER (C.), « "Mi-attendu, mi-dissertation". Le style des décisions de la Cour de justice de l’Union européenne », *Droit et société*, 2015/3, p. 505-515

SEFTON-GREEN (R.), **GUIGUE (A.)**, « Introduction Générale au système juridique, Royaume-Uni : Angleterre et Pays de Galles », *JCP Juris.*, 2015, n° 1

SEILLIER (B.), « Sécurité juridique et office du juge administratif », *RDP*, 2016, n° 3, p. 765.

SERMET (L.), « L’obscur clarté de la notion prétorienne d’arrêt pilote », *RDGIP*, 2007, p. 863-878

SICILIANOS (L.-A.) :

- « L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2014/97, p. 9-29
- « Le protocole 14 bis à la Convention européenne des droits de l'homme : un instrument (heureusement) éphémère », *AFDI*, 2009, p. 529-742

SIMON (A.), « Convention européenne des droits de l'homme et dispositions transitoires. Le point sur le régime et les effets d'un contrôle de conformité intransigeant », *RTD Eur.*, 2014, p. 581-592

SIMON (D.) :

- « Des influences réciproques entre CJUE et CEDH : "je t'aime, moi non plus" ? », *Pouvoirs*, 2001, n° 96, p. 31-49
- « Y-a-t-il des principes généraux du droit communautaires ? », *Droits*, 1991, p. 73

SIRINELLI (J.), « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA*, 2016, p. 529

SOULAS DE RUSSEL (D.), « Aspects dogmatiques et critiques des droits fondamentaux constitutionnels de la République Fédérale d'Allemagne », *RDP*, 1980, n° 3, p. 743

SOULAS DE RUSSEL (D.), **RAIMBAULT (P.)**, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », *RIDC*, 2003, p. 85-103

STAHL (J-H.), **COURREGES (A.)**, « La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse », *RFDA*, 2004, p. 438

STARCK (C.), « Droits fondamentaux, État de droit et principe démocratique en tant que fondement de la procédure administrative non contentieuse », *RDP*, 1993, n° 2, p. 6

STONE SWEET (J-A.), « Sur la constitutionnalisation de la Convention européenne des droits de l'homme : cinquante ans après son installation, la Cour européenne des droits de l'homme conçue comme une Cour constitutionnelle », *RTDH*, 2009/80, p. 923-944

SOUVIGNET (X.), « Le modèle politique de la Cour européenne des droits de l'homme : du pouvoir du peuple à la souveraineté du sujet », *Jurisdoctrina*, 2010, n° 5, p. 41-58

SUDRE (F.) :

- « La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme : le Protocole n° 11 additionnel à la Convention », *JCP G*, 1995, n° 21, doct. 3849
- « Le principe de la légalité et la jurisprudence de la CEDH », *RDP*, 2001, p. 335-356

- « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2001, n° 28, p. 1365
- « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2008/76, p. 917-947
- « Le mystère des "apparences" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 79/2009, p. 633-650
- « La subsidiarité "nouvelle frontière" de la Cour EDH. À propos des protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCP G*, 2013, n° 42, doct. 1086, p. 1912
- « La mystification du "consensus" européen », *JCP G*, 2015, n° 50, doct. 1369
- « Ratification de la France et entrée en vigueur du Protocole n° 16 - Une embellie pour la Convention EDH ? », *JCP G*, 2018, n° 17, p. 473

SUDRE (F.), GOUTTENOIRE (A.), « L'avis constructif de la Cour EDH à propos de la maternité d'intention », *JCP G*, 2019, n° 20, p. 5551

SURREL (H.), « L'extension audacieuse de la compétence *ratione temporis* de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des droits procéduraux garantis par les articles 2 et 3 de la Convention », *RTDH*, n° 2012/90, p. 271-296

SZYMCZAK (D.) :

- « 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, p. 1111
- « Putsch manqué ou marché de dupes ? Retour sur la conférence de Copenhague des 12 et 13 avril 2018 », *RTDH*, 2018/116, p. 813-838
- « Répondre et rassurer : quelques enseignements à propos du premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2019/120, p. 955-978

T

TAP (F.), « L'abrogation différée d'une disposition législative par le Conseil Constitutionnel : que faire en cas de retard du législateur ? », *RFDA*, 2017, p. 171

TAVERNIER (P.), « La contribution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit de la responsabilité internationale en matière de réparation – une remise en cause nécessaire », *RTDH*, 2007/72, p. 945-966

TCHEN (V.), « L'introuvable principe de sécurité juridique », *Recueil Dalloz*, 1996, p. 433

TERRE (F.), « Jurisimprudence ? La jurisprudence aujourd'hui : libres propos sur une institution controversée », *RTD Civ.*, 1992, p. 354

TESOKA (L.), « Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français », *AJDA*, 2006, p. 2214

TESTARD (C.), « L'anticipation, principe ou défi de l'action administrative ? », *RFDA*, 2017, p. 303

TOUFFAIT (A.), TUNC (A.), « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment celles de la Cour de cassation », *RTD Civ.*, 1974, p. 488

TOURNAUX (S.), *L'obiter dictum* de la Cour de cassation, *RTD Civ.*, 2011, p. 45

TOUZE (S.) :

- « Pour une lecture “anzilottienne” de la Convention européenne des droits de l'homme. À travers la subsidiarité, un dualisme oublié ? », *Droits*, 2012/2, n° 56, p. 255-276
- « Deux facettes différentes de l'imprévisibilité sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2016, n° 3, p. 847
- « “Le droit européen des droits de l'homme sera international ou ne sera pas...” ». Pour une approche autopoïétique du droit international », *RGDIP*, 2018, n° 1, vol. 122, p. 5-22

TRIANTAFYLLOU (D.), « La confiance légitime en tant qu'instrument de cohésion en droit communautaire », *RFDA*, 2000, p. 246

TROIANIELLO (A.), « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? », *Le Débat*, 2003/2, n° 124, p. 58-72

TULKENS (F.) : « La sécurité juridique, un idéal à reconsidérer », *RIEJ*, 1990, n° 24, p. 25-42.

TULKENS (F.), VAN DROOGHENBROECK (S.), KRENC (F.), « Le soft law et la Cour européenne des droits de l'homme : questions de légitimité et de méthode », *RTDH*, 2012/91, p. 4434-489

U

USUMIER (L.), DEUMIER (P.), « Le re-revirement de jurisprudence, source tumultueuse du droit », *RTD Civ.*, 2018, p. 353

URVOAS (J-J.), « *L'aggiornamento* nécessaire de la Cour de cassation », *Dalloz*, 2018, p. 1087

V

- VALEMBLOIS (A-L.)**, « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », *CCC*, 2005, n° 7
- VAN DEN ABEELE (E.)**, « L'agenda "Mieux légiférer" de l'Union européenne », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2009/23, p. 5-79
- VAN MEERBEECK (J.)**, « Penser par cas... Et par principes », *RIEJ*, 2014, n°2, p. 77-97
- VAPAILLE (L.)**, « Le principe de sécurité juridique : réalité et avenir en droit administratif français », *LPA*, 1999, n° 158, p. 18.
- VIGEAU (V.)**, « Le passé ne manque pas d'avenir. Libres propos d'un juge sur la justice prédictive », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 1095
- VINEY (F.)**, « L'expansion du raisonnable dans la réforme du droit des obligations : un usage déraisonnable ? », *Dalloz*, 2016, p. 1940
- VERDROSS (A.)**, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale », *RCADI*, 1935-II, vol. 52., p. 195-251
- VOIRIN (P.)**, « Les revirements de jurisprudence et ses conséquences », *JCP*, 1959, n° 1, I, 1467

W

WACHSMANN (P.) :

- « La volonté de l'interprète », *Droits*, 1990, n° 28, p. 29-45
- « L'importation en France de la notion des "droits fondamentaux" », *RUDH*, 2004, p. 40-49

WACHSMANN (P.), **MARIENBURG-WACHSMANN (A.)**, « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme », *RTDH*, 2003/56, p. 1157-1183

WAHL (R.), « Aux origines du droit public allemand contemporain », *RDP*, 2007, n° 3, p. 817

WALTER (J-B.), *Immortelle espérance ?*, *Dr. soc.*, 2011, p. 155

WEILLER (L.), « Principes directeurs du procès », *Répertoire de procédure civile*, 2015

WILDHABER (L.), « Un avenir constitutionnel pour la Cour européenne des droits de l'homme ? », *RUDH*, 2002, p. 1-6

WOEHLING (M.), « L'élaboration du droit dans l'action administrative », *RFAP*, 1983, n° 26, p. 134

B- Contributions issues de Mélanges**A**

- AL-SANHOURY (A.)**, « Le standard juridique », in *Les sources générales des systèmes juridiques actuels. Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GENY*, Sirey, Paris, 1934, t. II, p. 144-156
- ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.)**, « La « confiance du public » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 11-20
- AUBERT (J-L.)**, « Finances publiques et droits fondamentaux », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 1-10.

B

- BESSON (S.)**, « L'effectivité des droits de l'homme : du devoir être, du pouvoir être et de l'être en matière de droits de l'homme », in *L'homme et son droit. Mélanges en l'honneur de Marco BORGHI à l'occasion de son 65^{ème} anniversaire*, Zürich, Schulthess, 2011, p. 53-83
- BON (P.)**, « L'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », in *Itinéraires d'un constitutionnaliste. En hommage à Francis DELPEREE*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 175-176
- BONBLED (N.)**, **RINGELHEIM (J.)**, « La tradition des discours éthiques dans la jurisprudence de la Cour EDH », in *Traductions et droits européens : enjeux d'une rencontre. Hommage au Recteur M. VAN DE KERKOVE*, FUSL, Bruxelles, 2010, p. 387-441
- BONNET (B.)**, « Le dialogue des juges : un non-concept », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 81-88
- BOULANGER (J.)**, « Principes généraux et droit positif », in *Le droit privé au milieu du XX^{ème} siècle. Études offertes à Georges RIPERT*, LGDJ, Paris, 1950, n° 5, t. 1, p. 51-74
- BOULOUIS (J-L.)**, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amoricum Pierre PESCATORE*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, p. 53-63

BRUNET (P.) :

- « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel TROPER*, Economica, Paris, 2006, p. 207-221
- « La sécurité juridique, nouvel opium des juges ? », in *Frontières du droit, critiques des droits. Billets d'humeur en l'hommage à Danièle LOCHAK*, LGDJ, Paris, coll. « Droit et société », 2007, p. 247-250

BURGOGUE-LARSEN (L.) :

- « De l'art de changer de cap, libres propos sur les nouveaux revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN. Liberté, justice, tolérance*, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. I, p. 335-350
- « “Nothing is perfect”. Libres propos sur la méthodologie interprétative de la Cour européenne des droits de l'homme » in *L'homme et le droit. Mélanges en hommages au Professeur Jean-François FLAUSS*, Pedone, Paris, 2014, p. 129-143

C

CALLWAERT (J.), « La Convention européenne des droits de l'homme, entre effectivité et prévisibilité », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre LAMBERT*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 94-108

CANIVET (G.), « La politique jurisprudentielle », in *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques BORÉ*, Dalloz, Paris, 2007, p. 79-97

CHEVALLIER (J.), « La mondialisation de l'État de droit », in *Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant*, LGDJ, Paris, 1999, p. 325-337.

COHEN (D.), « Le Droit à ... », in *L'avenir du droit. Mélange en hommage à François TERRE*, Dalloz, Paris, Éd. Du juriscasseur, 1999, p. 394-400

COHEN-JONATHAN (G.), « Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond PETTITI*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 165-196

COSTA (J-P.) :

- « La Cour européenne des droits de l'homme, un juge qui gouverne ? », in *Études en l'honneur de Gérard TIMIST*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 67-88

- « La Cour européenne des droits est-elle une Cour constitutionnelle ? » in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean GICQUEL*, Montchrestien, Paris, 2008, p. 145-156
- « Le dialogue du juge avec lui-même », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur de Bruno GENEVOIS*, Dalloz, Paris, 2009, p. 209-215

CROZE (H.), « Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation », in *Liber amoricum. Mélanges Philippe MALAURIE*, Défrénois, Paris, 2005, p. 181-198

D

DELMAS-MARTY (M.), « Légalité pénale et prééminence du droit selon la CEDH », in *Droit pénal contemporain. Mélanges André VITU*, Cujas, Paris, 1984, p. 150-167

DE SALVIA (M.), « La satisfaction équitable au titre des mesures individuelles et la pratique des organes de la Convention européenne des droits de l'homme, qu'en est-il du principe de sécurité juridique ? », in *Trente ans de droit européen des droits de l'homme. Études à la mémoire de Wolfgang STRASSER*, Bruylant-Nemesis, Bruxelles, coll. « Droit & Justice », 2007, n° 74, p. 45-53

DUBOIS (L.), « Le droit à cheval sur les principes généraux » in *Drôle(s) de droit(s). Mélanges en l'honneur de Elie ALFANRANDI*, Dalloz, Paris, 2000, p. 251-268

F

FROMONT (M.) :

- « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne », in *Recueil d'étude en hommage à Charles Eisenmann*, Éd. Cujas, 1975, p. 49-64
- « Le renforcement des garanties de bonne administration et de bonne justice administrative en Europe », in *Itinéraires d'un constitutionnaliste. En hommage à Francis DELPEREE*, Bruylant, Bruxelles, 2008 p. 547-588

G

GARRIGOU LAGRANGE (J.-M.), « L'obligation de légiférer », in *Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe ARADANT*, LGDJ, Paris, 1999, p. 305-321

GAUTRON (J-C.), « Le principe de protection de la confiance légitime », in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amoricum en l'honneur de Jean RAUX*, Éd. Apogée, Rennes, 2006, p. 199-217

GOESEL-LE BIHAN (V.), « Le consensus européen : une tentative de démystification », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 277-285

GÖLCÜKLÜ (J-F.), « Le droit à la vie dans la jurisprudence de la Cour eur. D.H. », in *Mélanges en hommage à Louis-Edmond PETTITI*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 415-435

GUYOMAR (M.), « Contrôle *in concreto* : Beaucoup de bruit pour rien de nouveau », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 323-334

H

HEBRAUD (P.), « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », in *Études offertes à Pierre KAYSER*, PUAM, Aix-Marseille, 1979, t. 2, p. 1-58

K

KOERING-JOULIN (R.), « Pour un retour à une conception stricte... du principe de la légalité criminelle (à propos de l'article 7, 1^o) de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Liber Amoricum Marc-André EISSEN*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 247-254

KOVLER (A.), « Opinions séparées des juges de la Cour européenne des droits de l'homme et la création des droits nouveaux », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 277-285

L

LABETOULLE (D.), « Principe de légalité et sécurité juridique », in *Mélanges Guy BRAIBANT*, Dalloz, Paris, 1996, p. 403-410

LECUCQ (O.), « Existe-t-il un droit fondamental au séjour des étrangers ? », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Dalloz, Paris, 2007, 1637-1650

LE FUR (L.), « La coutume et les principes généraux de droit comme sources du droit international public », *Les sources générales des systèmes juridiques actuels. Recueil d'études*

sur les sources du droit en l'honneur de François GENY, Sirey, Paris, 1934, t. III, p. 362-373

LEINSER (W.), « L'État de droit, une contradiction ? », in *Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN*, Éd. Cujas, Paris, 1975, p. 65-79.

LUCAS-DUBLANCHE (K.), « La contribution de la Cour européenne à la résilience de la Cour du système paneuropéen des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 395-401

M

MADELAINÉ (C.), « La Cour européenne des droits de l'homme, une "Cour constitutionnelle" protectrice des individus » ?, in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE*, LexisNexis, 2018, p. 413-422

MARGUENAUD (J-P.), « Le rayonnement interprétatif de la version française de la CEDH », in *L'homme et le droit. En hommage au Professeur Jean-François FLAUSS*, Pedone, Paris, coll. « Mélanges », 2014, p. 555-570

MATHIEU (B.), « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in *Mélanges Patrice GÉLARD. Droit constitutionnel*, LGDJ, Paris, 1999, p. 301-305

MEDHI (R.), « Variation sur le principe de sécurité juridique », in *Le droit de l'Union Européenne en principes. Liber Amoricum en l'honneur de Jean RAUX*, Éd. Apogée, Rennes, 2006, p. 177-198

MELCHIOR (M.), « Notions "vagues" ou "indéterminées" et "lacunes" dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. WIARDA*, Köln, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, Berlin, 1990, p. 411-419

MEUNIER (J.), « Les principes non écrits dans la jurisprudence constitutionnelle et administrative, éléments de cartographie », in *Du droit interne au droit international : le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme. Mélanges Raymond GOY*, Publications de l'Université de Rouen, Rouen, 1998, p. 119-130

MILANO (L.), « La jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits de la défense, une jurisprudence en déconstruction », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE*, LexisNexis, 2018, p. 483-492

MODERNE (F.)

- « À la recherche d'un fondement constitutionnel au principe de protection de la confiance légitime », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS*, Dalloz, Paris, 2002, p. 595-617
- « Les revirements prospectifs dans les contentieux administratifs et judiciaires : une problématique commune », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS*, Dalloz, Paris, 2008, p. 805-825

MOOR (P.), « "Droit subjectif" et "sujet de droit", dans une théorie du droit comme processus », in *Études en l'honneur de Gérard TIMSIT*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 141-167

P

PACTEAU (B.), « La rétroactivité jurisprudentielle insupportable », in *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François LACHAUME*, Dalloz, Paris, 2007, p. 807-822

PARARAS (P-J.), « Le droit à la sécurité », in *Mélanges en hommage au Professeur Paul TAVERNIER. L'homme dans la société internationale*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 889-898

PUISSOCHET (J-P.), « Vous avez dit confiance légitime ? », in *L'État de droit. Mélanges Guy BRAIBANT*, Dalloz, Paris, 1996, p. 581-596

S

SAUER (W.), « Sécurité juridique et justice », in *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Édouard LAMBERT.*, LGDJ, Paris, 1938, t. 3, p. 34-43

SEILLER (B.), « La modulation des effets dans le temps de la règle prétorienne, tentative iconoclaste de systématisation », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS*, Dalloz, Paris, 2008, p. 977-991

SIMON (D.), « La confiance légitime en droit communautaire, vers un principe de la volonté de l'auteur de l'acte ? », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du Professeur Alfred RIEG*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 733-753

SUDRE (F.) :

- « Les aléas de la notion de "vie privée" dans la jurisprudence de la Cour EDH », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond PETTITI*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 687-705
 - « Les ambiguïtés du contrôle du « critère de la protection équivalente » par la Cour européenne des droits de l'homme », *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges Claude BLUMANN*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 517-530
- TAVERNIER (P.)**, « Réflexions critiques à propos de la transparence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'homme et le droit. En hommage au Professeur Jean-François FLAUSS*, Pedone, Paris, coll. « Mélanges », 2014, p. 743-753
- TULKENS (F.)**, « Le droit à la vie et le champ des obligations des États dans la jurisprudence récente de la Cour eur. D.H. », in *Liberté, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. II, p. 1605-1619
- TULKENS (F.), VAN DROOGHENBROECK (S.) :**
- « Le soft law des droits de l'homme est-il vraiment si soft ? », in *Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l'homme. Liber amicorum Michel MAHIEU*, Larcier, Bruxelles 2008, p. 505-526
 - « L'ombre de *Marckx*, pour un débat renouvelé sur les effets dans le temps des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'homme dans la société internationale. Mélanges en l'honneur du Professeur Paul TAVERNIER*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 1089-1118
- VAN DROOGHENBROECK (S.)**, « Retour sur l'interprétation "involutive" de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Le droit malgré tout. Hommage à François OST*, PUSL, Bruxelles, 2018, p. 417-439
- VAN (J.)**, « Quelques réflexions sur le rôle de l'intuition et des émotions dans la fonction de juger », in *Le droit malgré tout. Hommage à François OST*, PUSL, Bruxelles 2018, p. 385-416
- VEDEL (G.)**, « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », in *Mélanges Marcel WALLINE*, LGDJ, Paris, 1974, t. II, p. 777-794
- VERDROSS (A.)**, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale. Les principes généraux de droit dans le système des sources du droit international public », in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM*, Éd. Faculté de droit de l'université de Genève, Genève, 1968, p. 521-530

VIGOUROUX (C.), « L'expression au "sens de" ou le juge linguiste sans être encyclopédique », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE*, Dalloz, Paris, 2007, p. 847-857

VIRALLY (M.), « Le rôle des "principes" dans le développement du droit international », in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM*, Éd. Faculté de droit de l'université de Genève, Genève, 1968, p. 531-554

VOYATZIS (P.), « Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans le temps juridique. Les cas du revirement de jurisprudence et de la violation potentielle », in *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant. Mélanges en l'honneur de Christos L. ROZAKIS*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 705-740

W

WACHSMANN (P.) :

- « La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le droit des organisations internationales. Recueil d'études à la mémoire de Jacques SCHWOB*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 282-285
- « De la qualité de la loi à la qualité du système juridique », in *Libertés, Justice, Tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. II, p. 1687-1705
- « Réflexions sur l'interprétation "globalisante" de la Convention européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Dalloz, Paris, 2011, p. 667-676

WILDHABER (L.) :

- « Opinions dissidentes et concordantes de juges individuels à la Cour EDH », in *Mélanges en l'honneur de Nicolas VALTICOS*, Pedone, Paris, 1999, p. 529-535
- « La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean Paul COSTA*, Dalloz, Paris, 2011, p. 687-702

WOEHLING (J-M.), « La France peut-elle se passer du principe de la confiance légitime ? », *Gouverner, administrer, juger. Mélanges Jean WALINE*, Dalloz, Paris, 2002, p. 749-764

C- Contributions issues de colloques, séminaires et autres ouvrages collectifs

A

AFROUKH (M.):

- « L'objectivisation du contrôle juridictionnel », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.) (dir.), BURGOGUE-LARSEN (L.) (dir.), TOUZE (S.) (dir.), *La protection des droits de l'homme par les cours supranationales*, Pedone, Paris, 2016, p. 107-132
- « Le contrôle de la norme nationale par la Cour européenne des droits de l'homme », in BONIS (E.) (dir.) et MALABAT (V.) (dir.), *La qualité de la norme. L'élaboration de la norme*, Mare & Martin, Paris, coll. « Droit & Science politique », 2016, p. 299-312

ALONSO (C.), « La motivation didactique des décisions juridictionnelles du Conseil d'État », in RAIMBAULT (P.) (dir.), EHCQUARD-THÉRON (M.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses Universitaires de l'Université de Toulouse 1 Capitole, LGDJ, Paris, coll. « Actes de colloques de l'IFR », 2011, p. 161-184

ARLETTAZ (J.), « La signification de l'objectivation du contentieux constitutionnel des droits et des libertés », in ARLETTAZ (J.) (dir.), BONNET (J.) (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et des libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, Actes du colloque du 12 décembre 2014, Pedone, Paris, 2015, p.127-150

ATIAS (C.) :

- « La Cour de Cassation, gardienne de l'unité du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La Documentation française, 1994, p. 73-83
- « Quelques observations sur la pédagogie, servante du droit », RAIMBAULT (P.) (dir.), EHCQUARD-THÉRON (M.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses Universitaires de l'Université de Toulouse 1 Capitole, LGDJ, Paris, coll. « Actes de colloques de l'IFR », 2011, p. 213-224

B

BARBOU DES PLACES (S.), « Conclusion. Les droits fondamentaux des États membres de l'Union européenne : enjeux et limites d'une proposition doctrinale », in BARBATO (J-C.) (dir.), MOUTON (J-D) (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Actes du colloque du 21 septembre 2007 et 3 avril 2009, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de l'Union européenne », 2010. p. 289-326.

BELL (J.), “Mechanisms for Cross-fertilization of Administrative Law in Europe”, in BEATSON (J.) et TRIDIMAS (T.) (éd.), *New Directions in European Public Law*, Hart publishing, Oxford, 1998, p. 147-167.

BELRHALI-BERNARD (H.), « Les rapports publics annuels du Conseil d’État, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes », in RAIMBAULT (P.) (dir.), EHCQUARD-THÉRON (M.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses Universitaires de l’Université de Toulouse 1 Capitole, LGDJ, Lextenso Éditions, Paris, coll. « Actes de colloques de l’IFR », 2011, p. 275-291

BESSON (S.) :

- « L’évolution du contrôle européen : vers une subsidiarité toujours plus subsidiaire », in TOUZE (S.), *La Cour européenne des droits de l’homme : une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l’homme et le droit humanitaire », 2016, p. 57-82
- « La vulnérabilité et la structure des droits de l’homme. L’exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », in BURGORGUE-LARSEN (L.) (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, p. 59-85

BIELUS BINZARU (L.), « Compétence *ratione temporis* », in DORNEAU-JOSETTE (P.), LAMBERT ABDELGAWAD (E.) (dir.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l’homme?*, Éd. du Conseil de l’Europe, 2011, p. 152-160.

BIOY (X.) :

- « Le juge, gardien des intérêts objectifs du droit : une rupture dans l’histoire des droits et libertés fondamentaux ? », in ARLETTAZ (J.) (dir.), BONNET (J.) (dir.), *L’objectivation du contentieux des droits et des libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, Pedone, Paris, 2015, p. 153-175
- « L’individualisme dans le contentieux des droits de l’homme », E. DUBOUT (dir.), S. TOUZE (dir.), *Refonder les droits de l’homme. Des critiques aux pratiques*, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l’homme et le droit humanitaire », 2019, p. 153-179

BONNET (J.), « La QPC et l’intérêt du justiciable », in BONNET (J.) (dir.), ARLETTAZ (J.) (dir.), *L’objectivation du contentieux des droits et des libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, Pedone, Paris, 2015, p. 9-22

BORDES (E.), « Radioscopie jurisprudentielle du principe de sécurité juridique. Analyse des évolutions possible à la lumière de la QPC », in VIII^{ème} congrès national de AFDC, Nancy,

16, 17 et 18 juin 2011, en ligne :
[\[http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN7/bordesTD7.pdf\]](http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN7/bordesTD7.pdf)

BOTTEGHI (D.), « L'ambition pédagogique du juge administratif », in RAIMBAULT (P.) (dir.), EHCQUARD-THÉRON (M.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses Universitaires de l'Université de Toulouse 1 Capitole, LGDJ, Lextenso Éditions, Paris, coll. « Actes de colloques de l'IFR », 2011, p. 153-160

BROSSET (E.), « Le discours juridictionnel et les rapports entre ordres juridiques », in MICHEL (V.) (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, PUS, Strasbourg, 2009, p. 243-270

BRUNET (P.), « À quoi sert la "théorie" des principes généraux du droit ? », in CAUDAL (S.), *Les principes en droit*, Economica, Paris, coll. « Études juridiques », 2008, n° 30, p. 175-187

C

CANIVET (G.), « Activisme judiciaire et prudence interprétative », in AVRIL (P.) (dir.), *La création du droit par le juge*, Dalloz, Paris, coll. « Archives de philosophie du droit », 2007, p. 9-31

CALLEWAERT (J.), « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle », in VERDUSSEN (M.) (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, Bruxelles, 2000 p. 13-61

CAPELLI (F.), « *Rapport italien* », 12^{ème} congrès de la FIDE, Paris, 1986, p. 183-208

CAUDAL (S.), « Rapport introductif », in CAUDAL (S.) (dir.), *Les principes en droit*, Economica, Paris, coll. « Études juridiques », 2008, n° 30, p. 1-19

CHAMPEIL-DESPLATS (V.) :

- « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.) (dir.) et LOCHAK (D.) (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris Ouest, Paris, 2008, p. 11-16
- « Synthèse », in ARLETTAZ (J.) (dir.), BONNET (J.) (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et des libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit*, Pedone, Paris, 2015, p. 191-200

CHARTIER (Y.), « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La Documentation française, Paris, 1994, p. 149-158

- CHEVALLIER (J.)**, « L'État de droit et ses transformations. Les doctrines de l'État de droit », in TRONQUOY (P.) (dir.), *Le droit dans la société*, La documentation Française, Paris, n° 288, p. 3-8
- CORNU (G.)**, « Rapport de synthèse », in MOLFESSIS (N.) (dir.), *Les mots de la loi*, Economica, Paris, coll. « Études juridiques », 1999, t. 5, p. 99-117
- COSTA (J-P.)**, « La Cour européenne des droits de l'homme et les principes », in CAUDAL (S.) (dir.), *Les principes en droit*, Economica, Paris, coll. « Études juridiques », 2008, n° 30, p. 369-375
- COUSTON (M.)**, « Les principes en droit international », in CAUDAL (S.), *Les principes en droit*, Economica, Paris, coll. « Études juridiques », 2008, n° 30, p. 305-319
- COUTRON (L.)**, « Pédagogie judiciaire », in COUTRON (L.) (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européens*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de l'Union européenne », 2012, p. 67-107

D

- DE ALBUQUERQUE (P.)**, « Réflexions sur le renforcement de l'obligation d'exécution des arrêts de la Cour européenne », in TOUZE (S.), *La Cour européenne des droits de l'homme : une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire », 2016, p. 219-226
- DEGUERGUE (M.)**, « Les *obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil d'État », in RAIMBAULT (P.) (dir.), EHCQUARD-THÉRON (M.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses Universitaires de l'Université de Toulouse 1 Capitole, LGDJ, Lextenso Éditions, Paris, coll. « Actes de colloques de l'IFR », 2011, p. 229-245
- DELAPORTE (V.)**, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, sous l'égide de l'Institut des hautes études sur la justice, La Documentation française, 1994, p. 159-170
- DE SALVIA (M.)**, « Le principe de l'octroi subsidiaire des dommages-intérêts : d'une morale des droits de l'homme à une morale simplement indemnitaire », in FLAUSS (J-F.), LAMBERT-ABDELGAWAD (E.), *La pratique indemnitaire par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 8-17

DE SCHUTTER (O.), « La subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme : la dimension procédurale », in VERDUSSEN (M.) (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 63-130

DEUMIER (P.) :

- « La pédagogie selon la Cour de cassation : anti-pédagogie des arrêts, pédagogie hors les arrêts. La pédagogie selon la Cour de cassation : anti-pédagogie des arrêts, pédagogie hors les arrêts », in RAIMBAULT (P.) (dir.), EHCQUARD-THÉRON (M.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses Universitaires de l'Université de Toulouse 1 Capitole, LGDJ, Lextenso Éditions, Paris, coll. « Actes de colloques de l'IFR », 2011, p. 403-419
- « Le revirement de jurisprudence en question », in CARPANO (E.) (dir.), *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 49-68

DEUMIER (P.), RÉVET (T.), « Sources du droit (Problématique générale) », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, coll. « Quadrige-Dicos Poche », 2003, p. 1431-1434

DEZANGLES (B.) :

- « Effectivité, efficacité et efficience dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.) (dir.) et LOCHAK (D.) (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris Ouest, Paris, 2008, p. 41-57
- « Variation des relations entre le système européen de protection des droits de l'homme et les systèmes nationaux : l'inconstance du principe de subsidiarité », in *Journées juridiques franco-polonaises. Le jeu des influences croisées du droit français, du droit européen et du droit des autres pays européens*, Mare & Martin, Paris, coll. « Droit public », 2013, p. 147-175

DISANT (M.), « La "doctrine" du juge, entre pédagogie et source du droit », in RAIMBAULT (dir.) (P.), EHCQUARD-THÉRON (M.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses Universitaires de l'Université de Toulouse 1 Capitole, LGDJ, Lextenso Éditions, Paris, coll. « Actes de colloques de l'IFR », 2011, p. 125-152

DUCOULOMBIER (P.), « "Arrêts pilotes" et efficacité des nouveaux recours internes », in DOURNEAU-JOSETTE (P.) (dir.) et LAMBERT-ABDELGAWAD (E.) (dir.), *Quels filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme ?*, Conseil de l'Europe, Hors collection, 2011, p. 255-292

- DUONG (L.)**, « La sécurité juridique et les standards du droit économique : la notion de raisonnable », in BOY (L.), RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.) (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, Bruxelles, 2008, p. 207-233
- DUPRAT (J.-P.)**, « Genèse et développement de la légistique », in DRAGO (R.) (dir.), *La confection de la loi*, PUF, Paris, coll. « Cahiers des sciences morales et politiques », 2005, p. 9-52
- DUPRE DE BOULOIS (X.)**, « Le contentieux administratif entre identité objective et conversion subjective », in ARLETTAZ (J.) (dir.), BONNET (J.) (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et des libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, Actes du colloque du 12 décembre 2014, Pedone, Paris, 2015, p. 9-22

F

- FERRAND (F.)**, « La rétroactivité des revirements de jurisprudence et le droit allemand », N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET, LexisNexis, Paris, coll. « Cour de Cassation », 2005, p. 81-93
- FLEURY-LEGROS (P.)**, « Les techniques d'application de la loi et de la jurisprudence dans le temps, : unité ou diversité ? », in FLEURY-LEGROS (P.) (dir.), *Le temps et le droit*, LexisNexis, Paris, 2009, p. 35-42
- FRANÇOIS (L.)**, « La fiabilité du droit, dite sécurité juridique », in *La Sécurité juridique*, Actes du colloque organisé par la conférence du jeune barreau de Liège, 14 mai 1993, éd. du jeune barreau de Liège, 1993, p. 8-20
- FRICERO (N.)**, « *Non bis in idem* », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), DAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.) et SUDRE (F.) (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, Paris, 1^{ère} éd., 2008, p. 558-560
- FULCHIRON (H.)**, « La lisibilité et la compréhension interne de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in TOUZE (S.), *La Cour européenne des droits de l'homme : une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire », 2016, p. 141-156
- FYRNYS (M.)**, « Expanding Competences by Judicial Lawmaking: the Pilot Judgment Procedure of ECHR », in VON BOGANDY (A.) et VENKE (I.), *International judicial lawmaking: on public authority and democratic legislation in global governance*, Springer, Berlin, 2012, p. 331-332

G**GENEVOIS (B.) :**

- « Le Conseil d'État et les principes », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Economica, Paris, coll. « Études juridiques », 2008, n° 30, p. 325-341
- « Remarques d'un praticien du contentieux administratif », in RUIZ-FABRI (H.), SOREL (J-M.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Pedone, Paris, coll. « Contentieux international », 2008, p. 225-236

GONZALEZ (G.), « Le jeu de l'interprétation consensuelle », in SUDRE (F.) (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la CEDH*, Némésis-Anthémis, coll. « Droit & Justice », n° 108, 2014, p. 117-140

GUASTINI (R.), « Les principes de droit en tant que source de perplexité », in CAUDAL (S.) (dir.), *Les principes en droit*, Economica, Paris, coll. « Études juridiques », 2008, n° 30, p. 113-123

GUTIERREZ-RAMIREZ (L-M.), « L'effectivité des arrêts des cours supranationales des droits de l'homme », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.) (dir.), BURGOGUE-LARSEN (L.) (dir.), TOUZE (S.) (dir.), *La protection des droits de l'homme par les cours supranationales*, Actes du colloque des 8 et 9 octobre 2015, Pedone, Paris, p. 177-194

GUTMAN (D.) « Droit subjectif », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF-Lamy, Paris, coll. « Quadrige dicos poche », 2003, p. 529-533

H

HERDEGEN (M.), **PFERSMANN (O.)**, « La protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale », in FROMONT (M.), *Les cinquante ans de la République Fédérale d'Allemagne, Journée Internationale*, Publications de la Sorbonne, Paris, coll. « De republica », 2000, n° 4, p. 115-147

HEUSCHLING (L.), « "Effectivité", "efficacité", "efficience" et "qualité" d'une norme par un droit, analyse des mots et concepts », in FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), GAY (L.), VIDAL-NAQUET (A.), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité*, Bruylant, Bruxelles, coll. « À la croisée des droits », 2012, p. 89-117

HOUILLOIN (G.), « Pédagogie et efficacité du droit », in RAIMBAULT (P.) (dir.), EHCQUARD-THÉRON (M.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses

Universitaires de l'Université de Toulouse 1 Capitole, LGDJ, Paris, coll. « Actes de colloques de l'IFR », 2011, p. 327-355

HUSSON (L.), « Les trois dimensions de la motivation judiciaire », in PERELMAN (C.), FORIERS (P.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Travaux du Centre national de recherches de logique », 1978, p. 69-109

J

JACQUE (P.), « Conclusions générales », in MICHEL (V.) (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, PUS, Strasbourg, 2009, p. 429-436

JAUFFRET-SPINOSI (C.), « Observations conclusives », in *Le Temps et le droit, Journées nationales, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Dalloz, Paris, 2014, p. 106-127

JACOT-GUILLARMOD (O.), « Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1998, 2^{ème} éd., p. 41-63

JEAMMAUD (A.), « Le concept d'effectivité du droit », in P. AUVERGNON (dir.), *L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions ?*, PUB, Bordeaux, 2008, p. 34-51

JESTAZ (P.), « Principes généraux, adages et sources du droit en droit français », in JESTAZ (P.), *Autour du droit civil. Écrits dispersés, idées convergentes*, Dalloz, Paris, 2005, p. 223-259

JOURDAIN (P.), « Existe-il un droit subjectif à la sécurité ? » in NICOD (N.), *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ?*, Presses universitaire des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2008, n° 7, p. 77-83.

K

KOVAR (R.), « Éloge tempéré de l'incohérence », in MICHEL (V.) (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, PUS, Strasbourg, 2009, p. 41-46

L

- LAMBRECHT (S.)**, "Criticism of the European Convention on Human Rights system: Tracing its origins, contents and degrees", in E. DUBOUT (dir.) S. TOUZE (dir.), *Refonder les droits de l'homme. Des critiques aux pratiques*, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire », 2019, p. 45-75
- LEROYER (A-M.)**, « Légistique », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF-Lamy, Paris, coll. « Quadrige-Dicos Poche », 2003, p. 922-924
- LOCHAK (D.)**, « Le juge administratif auteur de/du droit », in FONTAINE (L.) (dir.), *Droit et légitimité*, Bruylant-Nemesis, Bruxelles, coll. « Droit & Justice », 2009, p. 161-189
- LUCAS-ALBERNI (K.)**, « La pratique contemporaine du changement de cap jurisprudentiel par la Cour européenne des droits de l'homme », in CARPANO (E.) (dir.), *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 295-318.

M

- MAGNON (X.)**, « Qu'est-ce que le droit peut faire du "raisonnable" ? », in THÉRON (S.) (dir.), *Le raisonnable en droit administratif*, Éd. L'Épitoge, Paris, coll. « L'Unité du droit », 2016, p. 23-33
- MAINGUY (D.)**, « Le "raisonnable" en droit des affaires », in LE DOLLEY (E.) (dir.). *Les concepts émergents*, LGDJ, Paris, coll. « Droit et économie », 2010, p. 307-337
- MARINESE (V.)**, « Légistique et effectivité », in LOCHAK (D.) et CHAMPEIL-DESPLATS (V.) (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Ouest, Paris, coll. « Sciences juridiques et politiques », 2012, p. 89-117.
- MARTEAU-LAMARCHE (M.)**, « Propos introductif », in MARTEAU-LAMARCHE (M.) (dir.), *Le désordre normatif et la qualité de la norme*, Mission de recherche Droit et justice, Paris, 2014, p. 9-15
- MARTENS (P.) :**
- « La sécurité juridique : rapport de synthèse », in *La Sécurité juridique*, éd. du jeune barreau de Liège, 1993, p. 257-265
 - « Les désarrois du juge national face aux caprices du consensus européen », in *Dialogues entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, 2008, p. 56-67, disponible en ligne : [https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2008_FRA.pdf].
- MATSCHER (F.)**, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle, les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in SUDRE (F.) (dir.), *L'interprétation de la*

- Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant-Nemesis, Bruxelles, 1998, p. 15-40
- MAULIN (E.)**, « L'invention des principes », in CAUDAL (S.) (dir.), *Les principes en droit*, Economica, Paris, coll. « Études juridiques », 2008, n° 30, p. 23-47
- MAULIN (D.)**, « Cohérence et ordre juridique », in MICHEL (V.) (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, PUS, Strasbourg, 2009, p. 9-24
- MAURIN (L.)**, « Le droit privé échappe-t-il au mouvement d'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux ? », ARLETTAZ (J.) (dir.), BONNET (J.) (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et des libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, Pedone, Paris, 2015, p. 43-60
- MAZERE (J-A.)**, « Propos introductifs. Les voies possibles d'une pédagogie du droit », in RAIMBAULT (P.) (dir.), EHCQUARD-THÉRON (M.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, LGDJ, Lextenso Éditions, Paris, coll « Actes de colloques de l'IFR », 2011, p. 19-36
- MAZZONE (J-C.)**, « Le regard du psychiatre », in NICOD (N.), *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ?*, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, LGDJ, Paris, 2008, p. 11-15
- MEDHI (R.) :**
- « Pédagogie et sécurité juridique », in COUTRON (L.) (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de l'Union européenne », 2012, p. 67-107
 - « L'efficacité de la norme en droit de l'Union européenne », in FATIN-ROUGE STEFANINI (M.) (dir.), GAY (L.) (dir.), VIDAL-NAQUET (A.) (dir.), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité*, Bruylant, Bruxelles, coll. « À la croisée des droits », 2012, p. 297-330
- MILANO (L.), TOUARD (H.)**, « L'accès au juge européen », in DONIER (V.) (dir.) et LAPEROU-SCHENEIDER (B.) (dir.), *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 654-671
- MILLARD (E.)**, « Effectivité des droits de l'homme », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), DAUDIN (H.), MARGUENAUD (J-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2008, 1^{ère} éd., p. 349-352

- MODERNE (F.)**, « La notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des États membres de l'Union européenne », in SUDRE (F.) (dir.), LABAYLE (H.) (dir.) *Réalités et Perspectives des droits fondamentaux*, Anthémis-Némésis, Bruylant, Bruxelles, « coll.. Droit & justice » 2000, p. 35-84
- MOLFESSIS (N.)**, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », in *La sécurité juridique et la complexité du droit*, Rapport annuel du Conseil d'État, La Documentation française, Paris, 2006, p. 391-406
- MORVAN (P.)**, « Principes », in ALLAND (D.), RIALS (D.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Lamy, éd. « Quadrige-Dicos Poche », 2003, p. 1201-1205
- MOULY (C.)**, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de Cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La Documentation française, 1994, p. 123-148
- MOUTON (J-D.)**, « Introduction : Présentation d'une proposition doctrinale », in BARBATO (dir.) (J-C.), MOUTON (J-D.) (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Actes du colloque du 21 septembre 2007 et 3 avril 2009, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de l'Union européenne », 2010, p. 1-17

N

- NAOME (C.)**, « La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *La sécurité juridique*, éd. du jeune barreau de Liège, 1993 p. 69-108

O

OST (F.) :

- « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour EDH », in DELMAS-MARTY (M.), *Raisonner la raison d'État*, PUF, Paris, 1989, p. 405-463
- « L'amour de la loi parfaite », in BOULAD-AYOUB (J.), MALVEVIK (B.) et ROBERT (P.) (dir), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, L'Harmattan, Paris, 1996, p. 53 et suiv.
- « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », in *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, GERARD (P.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), FUSL, Bruxelles, p. 163-230

OST (F.), VAN DE KERKOVE (M.), « Les colonnes d’Hermès : à propos des directives d’interprétation en droit », in AMSELEK (P.) (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 135-153

P

PACTEAU (B.) :

- « Sécurité juridique », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), DAUDIN (H.), MARGUENAUD (J-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.), *Dictionnaire des droits de l’homme*, PUF, Paris, 1^{ère} éd., 2008, p. 709-712
- « Comment aménager la rétroactivité de la justice ? Sécurité juridique, sécurité juridictionnelle, sécurité jurisprudentielle », in SEILLER (B.) (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Economica, Paris, coll. « Études juridiques », 2007, p. 113-125

PERELMAN (C.), « Les motivation des décisions de justice, essai de synthèse », in PERELMAN (C.), FORIERS (P.) (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruxelles, 1978, p. 415-426

PFERSMANN (O.), « Norme », ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, coll. « Quadrige-Dicos Poche », 2003, p. 1080

PESCATORE (P.), *Les principes généraux du droit en tant que source du droit communautaire. « Rapport communautaire »*, 12^{ème} congrès de la FIDE, n° 186, p. 25-49

PETTITI (L-E.), « Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention. De l’idéal de 1950 à l’humble réalité d’aujourd’hui », in PETTITI (L-E.), DECAUX (E.) et IMBERT (P-H.) (dir.), *La Convention européenne des droits de l’homme : commentaire article par article*, Economica, Paris, 1999, p. 27-40

PICHERAL (C.) :

- « La légitimité du juge européen », in FONTAINE (L.) (dir.), *Droit et légitimité*, Bruylant-Nemesis, Bruxelles, coll. « Droit & Justice », 2009, p. 113-147
- « L’expression jurisprudentielle de la subsidiarité, par la marge nationale d’appréciation », in SUDRE (F.) *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruylant-Nemesis, Bruxelles, 2014, n° 108, p. 87-116

POIRAT (F.), « Les droits fondamentaux des États en droit international public », in BARBATO (J-C.) (dir.), MOUTON (J-D.) (dir.), *Vers la reconnaissance de droits*

fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de l'Union européenne », 2010, p. 237-266

R

RABAULT (H.), « Droit et axiologie : la question de la place des valeurs dans le système juridique », Congrès français de droit constitutionnel organisé par l'Association française de droit constitutionnel à Nancy du 16 au 18 juin 2011, en ligne : [<http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN5/rabaultTD5.pdf>]

RASPAIL (H.), « Effectivité des droits de l'homme et extension des obligations internationales », in E. DUBOUT (dir.), S. TOUZE (dir.), *Refonder les droits de l'homme. Des critiques aux pratiques*, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire », 2019, p. 117-150

ROBERT-WANG (L.), « Règle de droit », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, coll. « Quadrige-Dicos Poche », 2003, p. 1326-1329

RANGEAON (F.), « Réflexions sur l'effectivité du droit », in CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1998, p. 129-149

REBUT (D.), « Les revirements de jurisprudence en matière pénale », in MOLFESSIS (N.), *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET, LexisNexis, Paris, coll. « Cour de Cassation », 2005, p. 95-112

RENAUDIE (O.), « Les communiqués de presse du Conseil d'État : outil pédagogique ou support de communication ? », in RAIMBAULT (P.) (dir.), EHCQUARD-THÉRON (M.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses Universitaires de l'Université de Toulouse 1 Capitole, LGDJ, Lextenso Éditions, Paris, coll. « Actes de colloques de l'IFR », 2011, p. 293-309

ROLLAND (P.), « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? Le contrôle de l'opportunité par la Cour EDH », in ROUSSEAU (D.), SUDRE (F.) (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, STH, Paris, 1990, p. 47-75

S

SALMON (J.), « Standard », SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 1049-1051

- SIMON (D.)**, « Rapport introductif. Cohérence et ordre juridique communautaire », in MICHEL (V.) (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, PUS, Strasbourg, 2009, p. 25-40
- SPINOSI (P.)**, « L'approche d'un praticien français face à la procédure d'examen de la recevabilité des requêtes », in DOURNEAU-JOSETTE (P.) (dir.) et LAMBERT-ABDELGAWAD (E.) (dir.), *Quels filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme ?*, Conseil de l'Europe, Hors collection, 2011, p. 243-253
- STIRN (B.)**, « Qualité de la norme jurisprudentielle », in FATIN-ROUGE STEFANINI (M.) (dir.), GAY (L.) (dir.) et PINI (J.) (dir.), *Autour de la qualité des normes*, Bruylant, Bruxelles, coll. « À la croisée des droits », 2010, p. 261-268
- SUDRE (F.) :**
- « Existe-t-il un ordre public européen ? », in TAVERNIER (P.) (dir.), *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), Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 39-80
 - « Le recours aux notions autonomes », SUDRE (F.) (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit & justice », Bruxelles, 1998, p. 93-131
 - « La cohérence issue de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. L'« équivalence » dans tous ses états » in C. PICHERAL et L. COUTRON (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Actes de la journée d'études du 21 octobre 2011, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2012, p. 45-65
 - « La motivation et le style des décisions juridictionnelles. La Cour européenne des droits de l'homme. Le regard de la doctrine », in COUTRON (L.) (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européens*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de l'Union européenne », 2012, p. 135-158
 - « Le recadrage de l'office du juge européen », in SUDRE (F.) (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant-Nemesis, Bruxelles, 2014, p. 239-264
 - « Moyens de renforcement de la motivation de la Cour », in S. TOUZE, *La Cour européenne des droits de l'homme. Une confiance nécessaire pour une autorité*

renforcée, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire », 2016, p. 189-213

SUETENS (L-P.) LEYSEN (R.), « Les questions préjudicielles : cause d'insécurité juridique ? », in *La Sécurité juridique*, éd. du jeune barreau de Liège, 1993, p. 37 à 68

SZYMCZAK (D.) :

- « La manipulation de ses propres précédents par la Cour européenne des droits de l'homme », in HOURQUEBIE (F.) (dir.), PONTTHOREAU (M-C.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et des cours constitutionnelles*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 61-85
- La question de l'acceptabilité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme par les États parties », in TOUZE (S.) (dir.), *La Cour européenne des droits de l'homme. Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire », 2016, p. 123-140.

T

TOUZE (S.) :

- « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », in SUDRE (F.) (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant-Nemesis, Bruxelles, 2014, p. 59-86.
- « Intérêt de la victime et ordre public européen », in ARLETTAZ (J.) (dir.), BONNET (J.) (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et des libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, Pedone, Paris, 2015, p. 61-76
- « Rapport introductif », in TOUZE (S.), *La Cour européenne des droits de l'homme : une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Pedone, Paris, coll. « Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire », 2016, p. 9-26

TROPER (M.), « La motivation des décisions constitutionnelles », in PERELMAN (C.), FORIERS (P.) (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruxelles, 1978, coll. « Travaux du Centre national de recherches de logique », p. 287-302

TULKENS (F.) ;

- « L'exécution et les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Le rôle du juge judiciaire », in *La Cour européenne des droits de l'Homme. Dialogues*

entre juges, Conseil de l'Europe, Strasbourg, p. 10-15, en ligne [https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2006_FRA.pdf]

- « Accélération du temps et sécurité juridique : poison et contre-poison », in GERARD (P.), OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *L'accélération du temps juridique*, FUSL, Bruxelles, 2000, p. 469-488,
- « La motivation et le style des décisions juridictionnels. La Cour EDH. Le regard d'un juge », in COUTRON (L.) (dir.), *Pédagogie judiciaire et application du droit communautaire et européens*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 125-134

TUSSEAU (G.), « Métathéorie de la notion de principe », in CAUDAL (S.), (dir.), *Les principes en droit*, Economica, Paris, coll. « Études juridiques », 2008, n° 30, p. 75-112

V

VANDERSANDEN (G.), « Conclusions générales », in COUTRON (L.) (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européens*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de l'Union européenne », 2012, p. 281-294

VIALA (A.) :

- « *Valeurs et principes (Distinction)* », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'homme*, PUF, Paris, 1^{ère} éd., 2008, p. 769-772
- « L'objectivation du contentieux des droits et libertés et la réalisation démocratique de l'État de droit », in ARLETTAZ (J.) (dir.), BONNET (J.) (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et des libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, Pedone, Paris, 2015, p. 177-101

VIDAL-NAQUET (A.), « La pratique des *obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », in RAIMBAULT (P.) (dir.), EHCQUARD-THÉRON (M.) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses Universitaires de l'Université de Toulouse 1 Capitole, LGDJ, Lextenso Éditions, Paris, coll. « Actes de colloques de l'IFR », 2011, p. 247-259

W

WACHSMANN (P.) :

- « 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, Paris, 1998, p. 157-195
- « Droits fondamentaux et personnes morales », in BARBATO (J-C.) (dir.), MOUTON (J-D.) (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de l'Union européenne », 2010, p. 225-235

WROBLESKI (J.), « Principe du droit », ARNAUD (A-J.) (dir), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 2^{ème} éd., 1993, p. 318-319

Z

ZIMMER (W.), « Rapport allemand - Constitution et sécurité juridique », XV^{ème} Table Ronde Internationale, *AJIC*, 1999, p. 91-107

ZOLLER (E.), « *Rule of law* », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, p. 1378-1380

ZENATI-CASTAING (F.), « Les principes généraux en droit privé », in CAUDAL (S.) (dir), *Les principes en droit*, Economica, Paris, coll. « Études juridiques », 2008, n° 30, p. 257-273

III- CHRONIQUES, OBSERVATIONS ET NOTES DE JURISPRUDENCE

A- Chroniques de jurisprudence

1°) Générales

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », chronique trimestrielle

CLUNET (E.), « Chronique de jurisprudence », *JDI*, chronique trimestrielle, depuis 1874

DE SCHUTTER (O.), « Chronique de jurisprudence », *JEDH*, chronique trimestrielle, depuis 2013

FLAUSS (J-F.) :

- « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, chronique annuelle, 1992 à 1998
- « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, chronique annuelle, 2000 à 2010

LABAYLE (H.), SUDRE (F.) et al., « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, chronique annuelle, depuis 1991

LAMBERT-ABDELGAWAD (E.), « L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA*, chronique annuelle, depuis 1991

SUDRE (F.) et al. :

- « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G*, chronique hebdomadaire depuis 1993
- « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDP*, chronique trimestrielle, depuis 2005

2°) Spécifiques

AFROUK (M.) :

- « La Cour européenne des droits de l'homme et l'exécution de ses arrêts », *RDLF*, 2012, chron. n° 5
- « Le contrôle de conventionnalité *in concreto* est-il vraiment "dicté" par la Cour européenne des droits de l'homme ? », *RDLF*, 2019, chron., n° 4

AFROUKH (M.), HUSSON-ROCHCONGAR (C.), PICHERAL (C.), « Évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – Premier semestre 2017 », *RDLF*, 2017

BURGOGUE-LARSEN (L.), « Le droit international des droits de l'homme existe-t-il ? », *RDLF*, 2017, chron. n° 08

DELMAS-MARTY (M.), « La mondialisation du droit : chances et risques », *Dalloz*, 1999, chron. p. 43.

DUCOULOMBIER (P.), « Animal Defenders International c. Royaume-Uni : victoire du dialogue institutionnel ou déférence injustifiée à l'égard des principes du droit britannique ? », *JEDH*, n° 2014/1, p. 3-28

DUPRE DE BOULOIS (X.) :

- « Le juge, la loi, et la Convention européenne des droits de l’homme », *RDLF*, 2015, chron. n° 8
- « Contrôle de conventionnalité *in concreto* : à quoi joue le Conseil d’État ? (CE, 28 décembre 2017) », *RDLF*, 2018, chron. n° 4

KAMAL (M.), « Les “jurisprudences établies” de la Cour européenne des droits de l’homme », *RDLF*, 2019, chron. n° 02

LASSERRE-KIESOW (V.), La compréhensibilité des lois à l’aube du 21^{ème} siècle, *Dalloz*, 2002, chron. 1157, note 14

LAZAUD (F.), « L’objectivisation du contentieux européen des droits de l’homme. Lecture de l’arrêt *Broniowski* à la lumière du protocole n° 14 », *RRJ*, 2005, n° 2, p. 913-934

MARAIS (A.), « Modulation dans le temps des revirements de jurisprudence- Requiem », *JCP G*, 2011, n° 26, note 742

NIBOYET (M-L.), La conformité à la Convention EDH de la loi de validation du 12 avril 1996 : "l'affaire du tableau d'amortissement", épilogue judiciaire ?, *Dalloz*, 2000, p. 699

MATHIEU (P.), Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l’homme, *Dalloz*, 1995, chron. p. 211

MILANO (L.), Garanties du procès équitable et lutte contre le terrorisme, *RDLF*, 2015, chron. n° 07

SUDRE (F.), « Autorité et exécution des arrêts de la Cour (art. 46). Inexécution d'un arrêt pilote. Chronique de jurisprudence », *JCP G*, 2018, n° 1-2, doct. 34

TINIERE (R.), « Le pluralisme désordonné de la protection des droits fondamentaux en Europe : le salut réside-t-il dans l’équivalence ? », *RDLF*, 2017, chron. n° 17

TOUILLER (M.), L’interprétation stricte de la loi pénale et l’article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, *RDLF*, 2014, chron. n° 8

B- Observations et notes de jurisprudence

BOLLECKER-STERN (B.), « L'affaire des essais nucléaires français devant la Cour internationale de justice », *AFDI*, 1974, vol. 20. p. 299-333

- BOSSUYT (M.),** « L'arrêt Marckx de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDBI*, 1980, p. 53-81
- DAVID (A.),** Retraite complémentaire (obligation d'affiliation) : prescription de l'action des salariés, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 2239
- DUBOUT (E.),** « Principes, droits et devoirs dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, À propos de l'arrêt Association de médiation sociale (CJUE, 15 janvier 2014, aff. C-176/12) », *RTDE*, 2014, p. 409-432
- MARGUENAUD (J-P.),** « L'affaire *Menesson* à l'origine de la première demande d'avis consultatif adressée à la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour », *RTD Civ.*, 2018, p. 847.
- MELLERAY (F.),** « L'arrêt KPMG consacre-t-il vraiment le principe de sécurité juridique ? », *AJDA*, 2006, n° 17, p. 897
- MILANO (L.) :**
- « L'arrêt *A et B, c. Norvège*, entre clarifications et nouvelles interrogations sur le principe *non bis in idem* », *RTDH*, 2016/114, p. 647-484
 - « Délai de prescription en matière d'indemnisation des atteintes à l'intégrité physique : quand la Cour européenne dicte aux États le point de départ du délai », obs. sous CEDH, *Howald Moor et autres c. Suisse* », *RTDH*, 2015/102, p. 421-436
 - « Techniques préjudicielles et exigences du procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RUE*, 2019, p. 470
- NKENKEU-KECK (S.),** « L'arrêt *Naït-Liman* ou l'occasion manquée par la Cour européenne des droits de l'homme de renforcer l'effectivité du droit des victimes d'obtenir des réparations de violations graves des droits de l'homme », *RTDH*, 2018/116, p. 985-1004
- TAVERNIER (P.),** « L'affaire du "Mur du Berlin" devant la Cour européenne. La transition vers la démocratie et la non-rétroactivité en matière pénale », *RTDH*, 2001/48, p. 1159-1181
- THERY (P.),** « À propos d'un arrêt sur les revirements de jurisprudence ou comment faire une omelette sans casser les œufs », *RTD Civ.*, 2005, p. 176
- RIGAUX (F.),** « La loi condamnée. À propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'homme », *JT*, 1979, p. 513-524
- SCALIA (D.),** « L'application du principe de légalité des délits et des peines aux crimes (les plus) graves : l'orthodoxie retrouvée (Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Maktouf et Ddamjanović c. Bosnie-Herzégovine*, 18 juillet 2013 ; *Del Río Prada c. Espagne*, 21 octobre 2013) », *RTDH*, 2014/99, p. 689-715

IV- AUTRES

A- Rapports

(classement par ordre chronologique)

De la sécurité juridique, Rapport public du Conseil d'État, La Documentation française, Paris, 1991

Rapports de l'OCDE, « Mieux légiférer en Europe », concernant 15 pays dont la France, 2008

Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de Cassation, avril 2018

Sécurité juridique et complexité du droit. Rapport public du Conseil d'État, La Documentation française, Paris, 2006

B- Publications du Conseil de l'Europe

1°) Rapports et déclarations

Déclaration d'Interlaken sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, 19 février 2010, Interlaken, Suisse

Déclaration d'Izmir, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, 27 avril 2011, Izmir, Turquie

Déclaration de Brighton sur la responsabilité partagée, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, le 20 avril 2012, Brighton, Royaume-Uni

Déclaration de Bruxelles sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, une responsabilité partagée, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, 27 mars 2015, Bruxelles, Belgique

Déclaration de Copenhague, Conférence à haut niveau, 13 avril 2018, Copenhague, Danemark
Rapports explicatifs des Protocoles (n° 15 et 16, spéc.) à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Rapports annuels (2017 spéc.) du Comité des ministres sur la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour

Rapport du Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH (2015) R84) sur l'avenir à plus long terme du système de la Convention européenne des droits de l'homme, 11 décembre 2015

2°) Recommandations

Recommandation CM/Rec(2000)2 du 19 janvier 2000 portant sur le réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne suite à des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme, modifié par le Comité des Ministres le 10 mai 2006, lors de la 964^{ème} réunion des Délégués des Ministres, et amendée le 18 janvier 2017, lors de la 1275^{ème} réunion des Délégués des Ministres

Recommandation CM/Del/Dec(2018)1331, liste indicative consolidée des affaires pour la 1340^{ème} réunion de mars 2019 adoptée lors de 1331^{ème} réunion du 4 au 6 décembre 2018

Recommandation CM(2018)100, États financiers consolidés du Conseil de l'Europe pour l'exercice clos le 31 décembre 2017, complété par l'annexe CM(2018)100-add2corr relatif au comptes de gestion budgétaire du Conseil de l'Europe pour l'exercice clos le 31 décembre 2017, publié le 17 décembre 2018

3°) Divers

Actes sur le séminaire sur l'exécution et les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *La Cour européenne des droits de l'Homme. Dialogues entre juges*, Conseil de l'Europe, 2006, Strasbourg, en ligne, [https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2006_FRA.pdf]

Bilan d'action H-DD (2018) 843, relatif à la communication du Royaume-Uni concernant les affaires *Hirst (n°2)*, *Mc Hugh et autres*, *Millbank et autres*, *Firth et autres* et *Greens* Royaume-Uni (Requêtes n° 74025/01, 51987/08, 44473/14, 47784/09, 60041/08), adopté le 7 septembre 2018.

Communiqué de presse CEDH 099 (2013) du 3 avril 2013, disponible en ligne : [[https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"itemid":\["003-4314237-5163342"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{)]

Demande n° P16-2018-001, AVIS CONSULTATIF relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, demandé par la Cour de cassation française, disponible au lien suivant :

[<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22languageisocode%22%3A%22FRE%22%2C%22appno%22%3A%222000%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22OPINIONS%22%2C%22itemid%22%3A%22003-6380431-8364345%22%7D>]

C- Discours, allocutions, interventions

(classement par ordre alphabétique)

PORTALIS (J.-E.), « Discours préliminaire », Projet de Code civil présenté par la Commission nommée par le gouvernement, 24 thermidor an 8 (1804), Paris

SAUVE (J.-M.) :

- « La subsidiarité : une médaille à deux faces ? », intervention prononcée lors du séminaire organisé par la Cour européenne des droits de l'homme sur *Le rôle des autorités nationales*, 30 janvier 2015, Strasbourg, disponible en ligne : [<http://www.conseil-État.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-subsidiarite-une-medaille-a-deux-faces>]
- Intervention devant le Conseil d'État lors de la conférence sur *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme*, 19 avril 2010, Paris
- « Le Conseil d'État et la comparaison des droits », intervention prononcée dans le cadre d'un colloque portant sur *La comparaison en droit public. Hommage à Roland DRAGO*, 14 février 2014, Paris

RAIMONDI (G.), Allocution d'ouverture du Président prononcée lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour européenne des droits de l'homme, 25 janvier 2019, Strasbourg,

STIRN (B.), « La mise en œuvre homogène de la jurisprudence au sein de la juridiction administrative française », Discours prononcé d'une délégation de la Cour administrative fédérale allemande, 6 mars 2012, Leipzig

SPIELMANN (D.), « L'avenir à long terme de la Cour européenne des droits de l'homme. Le succès et les défis posés à la Cour, perçus de l'intérieur », discours prononcé à l'occasion de la Conférence d'Oslo, 7 avril 2014, Oslo

TULKENS (F.), Discours prononcé à l'occasion de la visite du Conseil constitutionnel, 13 février 2009, Paris, en ligne : [https://echr.coe.int/Documents/Speech_20090213_OV_Tulkens_Paris_FRA.pdf]

D- Webographie sommaire

Base de jurisprudence HUDOC : [<https://hudoc.echr.coe.int/fre>]

Conseil de l'Europe : [<https://www.coe.int/>]

Cour Européenne des droits de l'homme : [<https://www.echr.coe.int/>]

Cour de Justice de l'Union européenne : [<https://curia.europa.eu/>]

Cour de Cassation : [<https://www.courdecassation.fr/>]

Conseil Constitutionnel : [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/>]

Conseil d'État : [<https://www.conseil-État.fr/>]

Dictionnaire Larousse : [<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>]

Dictionnaire Latin Français Gaffiot : [<https://www.lexilogos.com/latin/gaffiot.php>]

Gallica : [<https://gallica.bnf.fr/>]

Légifrance : [<https://www.legifrance.gouv.fr/>]

Journal européen des droits de l'homme : [<http://jedh.larcier.com/>]

Jus politicum : [<http://juspolicum.com/la-revue>]

Pouvoirs : [<https://revue-pouvoirs.fr/>]

Revue des droits de l'homme : [<https://journals.openedition.org/revdh/290>]

Revue des droits et des libertés fondamentaux : [<http://www.revuedlf.com/>]

Revue trimestrielle des droits de l'homme : [<https://www.rtdh.eu/>]

Société française pour le droit international : [<http://www.sfdi.org/>]

INDEX DE LA JURISPRUDENCE CITEE

(Les arrêts et décisions de justice sont classées par ordre alphabétique, à l'exception de la jurisprudence nationale, par juridiction et par pays)

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

(Les arrêts et décisions faisant mention implicite au principe de sécurité juridique sont désignés par un astérisque)

SOMMAIRE

I- JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE	792
A- Arrêts et décisions de la Commission EDH.....	792
B- Arrêts et décisions de la Cour EDH	792
II- JURISPRUDENCE INTERNATIONALE	818
A- Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice	818
B- Jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale	818
III- JURISPRUDENCE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES/ DE L'UNION	
EUROPEENNE.....	818
A- Cour de Justice	818
B- Tribunal	820
IV- JURISPRUDENCE NATIONALE FRANÇAISE.....	820
A- Jurisprudence constitutionnelle	821
1°) Décisions DC	821
2°) Décisions QPC (Question prioritaire de constitutionnalité)	822
B- Jurisprudence administrative.....	822
1°) Conseil d'État.....	822
2°) Cour administrative d'appel, Tribunal administratif.....	820
a- Cour d'appel	823
b- Tribunal administratif.....	823
C- Jurisprudence judiciaire	824
1°) Assemblée plénière	824
2°) Chambre mixte.....	824
3°) Chambre civile	824
4°) Chambre criminelle.....	825
5°) Chambre commerciale	825

6°) Chambre sociale.....	825
V- JURISPRUDENCE NATIONALE ETRANGERE	825

I- JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE

A- Arrêts et décisions de la Commission EDH

<i>Autriche c. Italie</i> , Déc., 11 janvier 1961, req. n° 788/60, Rec. 4* :	482
<i>Chrysostomos, Papachrysostomou et Loizidou c. Turquie</i> , Déc. Plén., 4 mars 1991, req. n° 15299/89 15300/89 et 15318/89* :	719
<i>De Becker c. Belgique</i> , Déc. Plén., 9 juin 1958, A. 4, req. n° 214/56* :	295
<i>Fondation Croix-Etoile, Baudin et de Delajoux c. Suisse</i> , 11 avril 1996, req. n° 24856/94* :	305
<i>J.R c. Allemagne</i> , Déc., 18 octobre 1995, req. n° 22651/93 :	811
<i>K.C.M c. Pays-Bas</i> , Déc., 9 janvier 1995, req. n° 21034/92* :	304
<i>Mika c. Autriche</i> , Déc., 26 juin 1996, req. n° 26560/95* :	811
<i>Touvier c. France</i> , Plén., 13 janvier 1997, req. n° 29420/95* :	503
<i>X. c. République Fédérale d'Allemagne</i> , Déc., 6 mars 1978, req. n° 7900/77* :	506
<i>X. c. Belgique</i> , Déc., 10 juillet 1957, req. n° 268/57* :	503
<i>X. c. France</i> , Déc., 13 décembre 1982, req. n° 9587/51 :	26, 291
<i>Walden c. Lichtenstein</i> , Déc., 18 mars 2000, req. n° 33916/96* :	811
<i>Zand c. Autriche</i> , 16 mai 1977, req. n° 7360/76, D.R. 15* :	135, 262

B- Arrêts et décisions de la Cour EDH

A

<i>A et autre c. Roumanie</i> , Gde. Ch., 19 février 2009, req. n° 3455/05* :	157
<i>A. et B c. Norvège</i> , Gde. Ch., 15 novembre 2016, req. n° 24130/11 et 29758/11, Rec. 2010-VI :	167, 613, 675

- A, B. et C. c. Irlande*, Gde. Ch., 16 décembre 2010, req. n° 25579/05, Rec. 2010-IV : **669**
- Achour c. France*, Gde. Ch., 29 mars 2006, req. n° 67335/01, Rec. 2006-IV* : **500**
- Abdülsamet Yaman c. Turquie*, 2 novembre 2004, req. n° 32446/96 : **604**
- Ādamsons c. Lettonie*, 24 juin 2008, req. n°3669/03* : **705**
- Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique*, dite « *Affaire linguistique Belge* », Plén., 23 juillet 1968, req. n° 1474/62, série A. 6* : **122, 252, 283, 554**
- Agrati c. Italie*, 7 juin 2011, req. n° 43549/08, 5087/09, 6107/09 : **489**
- Ahmet Yildirim c. Turquie*, 18 décembre 2012, req. n° 3111/10, Rec. 2012-VI : **277, 445**
- Ahtinen c. Finlande*, Déc., 31 mai 2005, req. n° 48907/99* : **299**
- Airey c. Irlande*, Ch., 9 octobre 1979, req. n° 6289/73* : **58, 115, 162, 278, 452**
- Akcicek c. Turquie*, Déc., 28 octobre 2011, req. n° 40965/10* : **299**
- Al-Adsani c. Royaume-Uni*, Gde. Ch., 21 novembre 2001, req. n° 35763/97, Rec. 2001-XI : **713, 715**
- Albert Le Compte et Ven Leuven c. Belgique*, Plén., 23 juin 1981, req. n° 7299/75 et 7496/76, série A. 43* : **352**
- Al-Dulimi et Montana Managemenr Inc. c. Suisse*, Gde. Ch., 21 juin 2016, req. n° 5809/08* : **184, 713**
- Allègre c. France*, 12 juillet 2018, req. n° 22008/12 : **9, 529, 533, 888**
- Ali Kiliç et autres c. Turquie*, 13 septembre 2011, req. n° 13178/05 : **158, 395, 450**
- Ališić et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, « L'ex-République yougoslave de Macédoine », Serbie et Slovénie*, Gde. Ch., 16 juillet 2014, req. n° 60642/08, Rec. 2014-IV : **444**
- Alparslan Altan c. Turquie*, 16 avril 2019, req. n° 12778/17 : **4, 18, 68, 872**
- Altaya c. Turquie*, 9 octobre 2012, req. n° 42811/06* : **357**
- Althoff et autres c. Allemagne*, 8 décembre 2011, req. n° 5631/05 : **490**
- Amann c. Suisse*, Gde. Ch., 16 février 2002, req. n° 27798/95* : **276**
- Amuur c. France*, 25 juin 1996, req. n° 19776/92, Rec. 1996-III : **119, 120, 136, 260**
- Anagnostopoulos c. Grèce*, 3 avril 2003, req. n° 54589/00, Rec. 2000-XI* : **360, 455**
- Ananyev et autres c. Russie*, 10 janvier 2012, req. n° 2525/07 et 60800/08 : **464**
- Anastasov et autres c. Slovénie*, Déc., 18 octobre 2016, req. n° 65020/13* : **465**
- Androne c. Roumanie*, 22 décembre 2004, req. n° 54062/00* : **323**
- Anguelova c. Bulgarie*, 13 juin 2002, req. n° 38361/97, Rec. 2002-IV* : **355**

Anheuser-Busch Inc. c. Portugal, Gde. Ch., 11 juillet 2007, req. n° 73049/01, Rec. 2007-I* : **720**

Animal Defenders c. Royaume-Uni, Gde. Ch., 22 avril 2013, req. n° 48876/08, Rec. 2013-II : **438**

Aon Conseil et Courtage S.A et Christian de Clarens S.A. c. France, 25 janvier 2007, req. n° 70160/01 : **312, 369, 450**

Aoulmi c. France, 17 janvier 2006, req. n° 50278/99, Rec. 2006-I : **685, 808, 843**

A.P., Garçon et Nicot c. France, 6 avril 2017, req. n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13 : **372**

Armani Da Silva c. Royaume-Uni, Gde. Ch., 30 mars 2016, req. n° 5878/08* : **281, 472, 355**

Arnaud et autres c. France, 15 janvier 2015, req. n° 39918/11* : **493**

Arnolin et autres et 24 autres c. France, 9 janvier 2007, req. n° 20127/03 : **489**

Arrozpide Sarasola et autres c. Espagne, 23 octobre 2018, req. n° 65101/16 : **346, 349**

Arvanitaki-Roboti c. Grèce, Gde. Ch., 15 février 2008, req. n° 27278/03 : **807**

Asici c. Turquie (n° 2), 31 janvier 2012, req. n° 26656/04 : **398**

Assanidzé c. Géorgie, Gde. Ch., 8 avril 2004, req. n° 71503/01, Rec. 2004-II : **120, 327**

Assenov c. Bulgarie, Ch., 28 octobre 1998, req. n° 24760/94* : **604**

Association les Témoins de Jéhovah c. France, 30 juin 2011, req. n° 8916/05 : **137**

Atanasovski c. l'ex-République Yougoslave de Macédoine, 14 janvier 2010, req. n° 36815/03* : **274**

Austin et autres c. Royaume-Uni, Gde. Ch., 15 mars 2012, req. n° 39692/09, 40713/09 et 41008/09, Rec. 2012-II* : **552, 663, 691, 794**

Autronic AG c. Suisse, 22 mai 1990, req. n° 12726/87, série A. 178* : **136**

Avyidi c. Turquie, 16 juillet 2019, req. n° 22479/05* : **451**

Axel Springer AG c. Allemagne, Gde. Ch., 7 février 2012, req. n° 39954/08* : **357**

Azzolina et autres c. Italie, 26 décembre 2017, req. n° 28923/09 et 67599/10* : **604**

B

B. c. France, Plén., 25 mars 1992, req. n° 13343/87, série A. 232-C : **398**

Backlund c. Finlande, 6 juillet 2010, req. n° 36498/05* : **312**

Boddaert c. Belgique, 10 octobre 1992, req. n° 12919/87* : **143**

Baghli c. France, 30 novembre 1999, req. n° 34374/97, Rec. 1999-VIII* : **300**

Bagniewski c. Pologne, 31 mai 2018, req. n° 28475/14 : **593**

Baka c. Grèce, 18 février 2016, req. n° 24891/10* : **360, 661**

- Baranowski c. Pologne*, 28 mars 2000, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III : **4, 18, 20, 30, 64, 68, 116, 118, 120, 132, 167, 184, 206, 210, 217, 402, 426, 434, 443, 552, 663**
- Barthold c. Allemagne*, Ch., 25 mars 1985, req. n° 8734/79, série A. 90* : **135, 261**
- Başkaya et Okçuoğlu c. Turquie*, Gde. Ch., 8 juillet 1999, req. n° 23536/94 et 24408/94, Rec. 1999-IV* : **453, 550**
- Batmaz c. Turquie*, 18 février 2014, req. n° 714/08 : **476**
- Bayatyan c. Arménie*, Gde. Ch., 7 juillet 2011, req. n° 23459/03, Rec. 2011-IV : **556, 666, 714, 781, 794**
- Bédat c. Suisse*, Gde. Ch., 29 mars 2016, req. n° 56925/08* : **361, 362**
- Beian c. Roumanie*, 6 décembre 2007, req. n° 30658/05, Rec. 2007-V : **167, 206, 529**
- Béláné Nagy c. Hongrie*, Gde. Ch., 13 décembre 2016, req. n° 53080/13 : **4, 20, 167, 184, 190, 402, 426, 450, 537, 743, 873, 881**
- Beldjoudi c. France*, Ch., 26 mars 1992, req. n° 12083/86 : **398**
- Běleš et autres c. République Tchèque*, 12 novembre 2002, req. n° 47273/99, Rec. 2002-IX : **452**
- Bellet c. France*, 4 décembre 1995, req. n°23805/94* : **138, 348, 349**
- Belilos c. Suisse*, Plén., 29 avril 1988, req. n°10328/83, série A. 132 : **139, 167, 212, 189**
- Belvedere Alberghiera S.r.l c. Italie*, 30 mai 2000, req. n°31524/96, Rec. 2000-VI* : **477**
- Bergmann c. Allemagne*, 7 janvier 2016, req. n° 23279/14* : **501**
- Berland c. France*, 3 septembre 2015, req. n° 42875/10* : **501**
- Berktaş c. Turquie*, 1^{er} mars 2001, req. n° 22493/93* : **280**
- Beuze c. Belgique*, Gde. Ch., 9 nov. 2018, req. n° 71409/10* : **3, 690, 794, 824**
- Beyeler c. Italie*, Gde. Ch., 5 janvier 2000, req. n° 33202/96, Rec. 2000-I* : **276**
- Blair et autres c. Italie*, 26 décembre 2017, req. n° 1442/14, 21319/14 et 21911/14* : **604**
- Blaj c. Roumanie*, 8 avril 2014, req. n° 36259/04* : **444**
- Blečić c. Croatie*, Gde. Ch., 8 mars 2006, req. n° 59532/00, Rec. 2006-III : **143, 289, 290, 291**
- Bloise c. France*, 11 juillet 2019, req. n° 30828/13 : **690**
- Blücher c. République Tchèque*, 11 janvier 2005, req. n° 58580/00 : **271**
- Boc c. Roumanie*, 17 décembre 2002, req. n° 33353/96 : **145**
- Bochan c. Ukraine*, 3 mai 2007, req. n° 5777/02 : **330, 628**
- Bochan c. Ukraine (n° 2)*, Gde., Ch., 5 février 2015, req. n° 22251/08, Rec. 2015-I : **167, 323, 330, 331, 607, 610, 628, 629**
- Bogdanowski c. Italie*, 14 décembre 2006, req. n° 72177/01 : **185, 395**

- Borer c. Suisse*, 10 septembre 2010, req. n° 22493/06 : **120, 275**
- Borgers c. Belgique*, Plén., 30 octobre 1991, req. n° 12005/86, série A. 214-B : **362, 662**
- Borşan c. Roumanie*, 5 décembre 2017, req. n° 25228/09* : **321, 323**
- Boudaïeva et autres c. Russie*, 20 mars 2008, req. n° 15339/02, Rec. 2008-II* : **280, 281**
- Bourdov c. Russie (n° 2)*, 15 janvier 2009, req. n° 33509/04, Rec. 2009-I* : **464, 465, 851**
- Bozano c. France*, Ch., 18 décembre 1986, req. n° 9990/82, série A. 111* : **120**
- Brezeanu c. Roumanie*, 21 juillet 2009, req. n° 10097/05* : **328, 625**
- Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova c. Portugal*, 1^{er} décembre 2015, req. n° 69436/10 : **260, 556**
- Brogan et autres c. Royaume-Uni*, Ch., 29 novembre 1988, req. n° 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85, série A. 145-B* : **120**
- Broniowski c. Pologne*, Gde. Ch., 22 juin 2004, req. n° 31443/96, Rec. 2004-V : **156, 271, 293, 464 494, 815**
- Brosset-Triboulet et autres c. France*, Gde. Ch., 29 mars 2010, req. n° 34078/02 : **158, 339, 450**
- Brumărescu c. Roumanie*, Gde. Ch., 28 octobre 1999, req. n° 28342/95, Rec. 1999-VII : **43, 48, 64, 117, 123, 154, 167, 210, 323, 324, 393, 488, 586, 610, 612**
- Buchholz c. Allemagne*, Ch., 6 mai 1991, req. n° 7759/77* : **678**
- Bulut c. Autriche*, Ch., 22 février 1996, req. n° 17358/90 : **212**
- Burden c. Royaume-Uni*, Gde. Ch., 29 avril 2006, req. n° 13378/05, Rec. 2008-III* : **755**
- Burmych et autres c. Ukraine (radiation)*, Gde. Ch., 12 octobre 2017, req. n° 46852/13, 47786/13, 54125/13 et suiv.* : **465, 734, 755, 854, 858**
- Bursa Barosu Başkanlığı et autres c. Turquie*, 19 juin 2018, req. n° 25680/05 : **322**
- Butuşină c. Roumanie*, 8 mai 2011, req. n° 30818/04 : **145, 323**
- Buzadji c. République de Moldova*, Gde. Ch., 5 juillet 2016, req. n° 23755/07* : **158, 662**

C

- Călin et autres c. Roumanie*, 19 juillet 2016, req. n° 25057/11, 34739/11 et 20316/12 : **167, 211, 312, 316, 456**
- Calvelli et Ciglio c. Italie*, Gde. Ch., 17 janvier 2002, req. n° 32967/96, Rec. 2002-I* : **280, 376**
- Cantoni c. France*, Gde. Ch., 15 novembre 1996, req. n° 17862/97* : **18, 136, 269, 273, 447, 474, 543, 551, 567, 578**
- Carbonara et Ventura c. Italie*, 10 mai 2000, req. n°24638/94, Rec. 2000-VI * : **271, 477**
- Carbourdin c. France*, 11 avril 2006, req. n°60796/00 * : **490**

- Centre de Ressources Juridiques au Nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, Gde. Ch., 17 avril 2014, req. n° 47848/08, Rec. 2014-V : **399**
- Centro Europa 7 S.R.L et Di Stefano c. Italie*, Gde. Ch., 7 juin 2012, req. n° 38433/09, Rec. 2012-III : **269, 272, 445**
- Cestaro c. Italie*, 7 avril 2015, req. n° 6884/11* : **604**
- Chagnon et Fournier c. France*, 15 juillet 2010, req. n° 44174/06 et 44190/06* : **276**
- Chapman c. Royaume-Uni*, Gde. Ch., 18 janvier 2001, req. n° 27238/95, Rec. 2001-I : **3, 58, 659**
- Chapman c. Royaume-Uni*, Déc., 5 mars 2013, req. n° 39619/06* : **60, 300**
- Chauvy et autres c. France*, 29 juin 2004, req. n° 64915/01, Rec. 2004-VI* : **447, 567**
- Cherednichenko et autres c. Russie*, 7 novembre 2017, req. n° 35082/13 et suiv. : **349, 367**
- Chessa c. France*, Déc., 6 février 2018, req. n° 76186/11* : **811**
- Chiesi S.A c. France*, 16 janvier 2007, req. n° 954/05* : **490**
- Chiragov et autres c. Arménie*, Gde. Ch., 16 juin 2015, req. n° 13216/05, Rec. 2015-III : **450**
- Chiriacescu c. Roumanie*, 4 mars 2003, req. n° 31804/96 : **145**
- Chong et autre contre Royaume-Uni*, Déc., 11 septembre 2018, req. n° 29753/16* : **296**
- Chorherr c. Autriche*, Ch., 25 août 1993, req. n° 13308/87, série A. 266-B : **139, 212**
- Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, Gde. Ch., 11 juillet 2002, req. n° 28957/95, Rec. 2002-VI : **147, 668, 672, 693, 696, 759, 773, 783, 792, 809, 843**
- Chypre c. Turquie (satisfaction équitable)*, Gde. Ch., 12 mai 2014, req. n° 25781/94, Rec. 2014-II : **456**
- Cipolletta c. Italie*, 11 janvier 2018, req. n° 38259/29* : **675**
- Cistiakov c. Lettonie*, 8 février 2007, req. n° 67275/01 : **206**
- Ciszewski c. Pologne*, 13 juillet 2004, req. n° 38668/97 : **118**
- Claes et autres c. Belgique*, 2 juin 2005, req. n° 46825/99* : **625**
- Cocchiarella c. Italie*, Gde. Ch. 29 mars 2006, req. n° 64886/01, Rec. 2006-V* : **474, 523**
- Coëme et autres c. Belgique*, 22 juin 2000, req. n° 32492/96 et suiv., Rec. 2000-VII : **135, 262**
- Colozza c. Italie*, 12 février 1985, req. n° 9024/80, série A. 89* : **352**
- Comité de Rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine*, 5 mai 2011, req. n° 33014/05, Rec. 2011-II* : **351, 353, 451**
- Correia De Matos c. Portugal*, Gde. Ch., 4 avril 2018, req. n° 56402/12* : **622**
- Cossey c. Royaume-Uni*, Plén., 27 septembre 1990, req. n° 10843/84, série A. 184 : **147, 167, 174, 207, 641**

C.R c. Royaume-Uni, Ch., 22 novembre 1995, req. n° 20190/92, série A. 245* : **126**
Cruz Varas et autres c. Suède, Plén., 20 mars 1991, req. n° 15576/89, série A. 201* : **685**

D

Da Luz Domingues Ferreira c. Belgique, 24 juin 2007, req. n° 50049/99 : **571**
Dayanan c. Turquie, 10 octobre 2009, req. n° 7377/03* : **689**
De Becker c. Belgique, Ch., 27 mars 1962, req. n° 214/56, A.4* : **291, 295, 437**
Debray c. France, 2 mars 2017, req. n° 52733/13 : **529**
Delcourt c. Belgique, Ch., 17 janvier 1970, req. n° 2689/65, série A. 11* : **143, 662**
Delfi AS c. Estonie, Gde. Ch., 16 juin 2015, req. n° 64569/09, Rec. 2015-II* : **215, 444, 445**
Del Río Prada c. Espagne, Gde. Ch., 21 octobre 2013, req. n° 42750/09, Rec. 2013-VI* : **268, 579**
Demir et Baykara c. Turquie, Gde. Ch., 12 novembre 2008, req. n° 34503/97, Rec. 2008-V : **344, 399, 556, 824**
Depalle c. France, Gde. Ch., 29 mars 2010, req. n° 34044/02, Rec. 2010-III : **158, 450**
De Ram et autre c. France, Déc., 27 août 2013, req. n° 38275/10 : **208, 272**
De Tommaso c. Italie, Gde. Ch., 23 février 2017, req. n° 43395/09* : **260**
De Wilde, Ooms et Versyp ("vagabondage") c. Belgique, Ch., 18 juin 1971, série A. 12, req. n° 2832/66, 2835/66 et 2899/66 : **26, 30, 33, 143, 167, 209, 212, 261, 289**
Diaz Ochoa c. Espagne, 22 juin 2006, req. n° 423/03 : **211**
Dickman c. Roumanie, 22 juillet 2003, req. n° 36017/97 : **323**
Dickson c. Royaume-Uni, Gde. Ch., 4 décembre 2007, req. n° 44362/04, Rec. 2007-V* : **710**
Dimitras et autres c. Grèce, 3 juin 2010, req. n° 42837/06, 3237/07, 3269/07, 35793/07 et 6099/08* : **477**
Dimitras et Greek Helsinki Monitor c. Grèce, 25 juillet 2019, req. n° 62643/12 : **533**
Di Pede c. Italie, 26 septembre 1996, req. n° 15797/89* : **300**
Di Trizio c. Suisse, 2 février 2016, req. n° 7186/89 : **206**
D.L. c. Bulgarie, 19 mai 2016, req. n° 7472/14* : **559**
DMD GROUP, A.S., c. Slovaquie, 5 octobre 2010, req. n° 19334/03* : **262**
Donadzé c. Géorgie, 7 mars 2006, req. n° 74644/01* : **361**
Dogru c. France, 4 décembre 2008, req. n° 27058/05* : **565**
Draon c. France, Gde. Ch., 6 octobre 2005, req. n° 1513/03* : **159, 451, 490**
Dragotoniou et Militaru-Pidhorni c. Roumanie, 24 mai 2007, req. n° 77193/01* : **531, 582**

Dudgeon c. Royaume-Uni (satisfaction équitable), Ch., 24 février 1983, req. n° 7525/76, série A. 47* : **458, 662**

Dubská et Krejzová c. République Tchèque, Gde. Ch., 15 novembre 2016, req. n° 28859/11 et 28473/12 : **566**

Duceau c. France, 30 juin 2016, req. n° 29151/11 : **126, 368, 369**

Dupuis et autres c. France, 7 juin 2007, req. n° 1914/02* : **361**

Dulaurans c. France, 21 mars 2000, req. n° 34553/97* : **274**

E

E. c. Norvège, Ch., 29 août 1990, série A. 176, req. n° 11701/85* : **121**

Ebrahimian c. France, 26 novembre 2015, req. n° 64846/11* : **261**

Ecer et Zeyrek c. Turquie, 27 mai 2001, req. n° 29295/95 et 29363/95, Rec. 2001-II : **126, 210**

Éditions Plon c. France, 18 mai 2004, req. n° 58148/00, Rec. 2004-IV* : **658**

Efstathiou et autres c. Grèce, 27 juillet 2006, req. n° 36998/02, Rec. 2003-IX : **211**

Eisenstecken c. Autriche, 3 octobre 2000, req. n° 29477/95, Rec. 2000-X : **135**

Église Catholique de la Canée, 16 décembre 1997, req. n° 25528/94 : **525**

E.K. c. Turquie, 7 février 2002, req. n° 28496/95 : **453**

Eleftherios G. Kokkinakis – DilosKykloforiaki A.T.E. c. Grèce, 20 octobre 2016, req. n° 45826/11 : **397**

El-Masri c. L'Ex-République Yougoslave de Macédoine, Gde. Ch., 13 décembre 2012, req. n° 39630/09, Rec. 2012-VI : **576**

Emre c. Suisse (n° 2), 11 octobre 2011, req. n° 5056/10* : **625**

Enhorn c. Suède, 21 janvier 2005, req. n° 56529/00 : **132, 212**

Engel c. Pays-Bas, Plén., 8 juin 1976, req. n° 5100/71, série A. 22* : **362**

Epple c. Allemagne, 15 décembre 2005, req. n° 77909/10* : **622**

Eşim c. Turquie, 17 septembre 2013, req. n° 59601/09* : **316**

Eusko Abertzale Ekintza –Accion Nacionalista Vasca (eae-anv) c. Espagne (n° 2), 15 janvier 2013, req. n° 40959/09 : **185, 395**

Evans c. Royaume-Uni, Gde. Ch., 10 avril 2007, req. n° 6339/05, Rec. 2007-I : **373, 475, 710**

Examiliotis c. Grèce (n° 2), 4 mai 2006, req. n° 28340/02 : **348**

Ezeh et Connors contre Royaume-Uni, Gde. Ch., 9 octobre 2003, req. n° 39665/98 et 40086/98, Rec. 2003-X : **360**

F

- F. c. Suisse*, Plén., 18 décembre 1987, req. n° 11329/95, série A. 128* : **554**
- Fabris c. France*, Gde. Ch., 7 février 2013, req. n° 16574/08, Rec. 2013-I : **9, 20, 68, 167, 184, 189, 272, 369, 429, 450, 479, 685, 809**
- Fazli Aslaner c. Turquie*, 4 mars 2014, req. n° 36073/04 : **147, 511**
- F.E c. France*, Ch., 30 octobre 1998, req. n° 38212/97* : **349**
- Fédération Nationale des associations et des syndicats de sportifs (FNASS) et autres c. France*, Gde. Ch., 18 janvier 2018, req. n° 48151/11 et 77769/13* : **666**
- Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı c. Turquie*, Déc., 9 janvier 2007, req. n° 34478/97 : **352**
- Ferreira Santos Pardal c. Portugal*, 30 octobre 2015, req. n° 30123/10 : **155**
- Firoz Muneer c. Belgique*, 11 avril 2013, req. n° 56005/10 : **275**
- Folgerø et autres c. Norvège*, Gde. Ch., 29 juin 2007, req. n° 15472/02, Rec. 2007-III* : **456**
- Fondation foyers des élèves de l'Église réformée et Stanomirescu c. Roumanie*, 7 janvier 2014, req. n° 2699/03* : **464**
- Frétté c. France*, 26 février 2002, req. n° 36515/97, Rec. 2002-I * : **561**
- Frérot c. France*, 12 juin 2007, req. n° 70204/01* : **261, 263**
- François c. France*, 23 juillet 2015, req. n° 26690/11 : **120, 279**

G

- G. France*, Ch., 27 septembre 1995, req. n° 15312/89* : **507**
- Gabarri Moreno c. Espagne*, 22 juillet 2003, req. n° 68066/01 : **127**
- Garcia Cancio c. Allemagne*, Déc., 29 mai 2012, req. n° 19588/09* : **565**
- Gasus Dossier - Und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas*, Ch., 23 février 1995, req. n° 15375/89* : **492**
- Gaygusus c. Autriche*, Ch., 16 septembre 1996, req. n° 17371/90* : **720**
- Gençel c. Turquie*, 23 octobre 2003, req. n° 53431/99 : **327, 625, 805**
- Genov c. Bulgarie*, 23 mars 2017, req. n° 40524/08 : **276**
- Geouffre de la Pradelle, c. France*, Ch., 19 décembre 1992, req. n° 12964/87 : **138, 269, 348, 393, 447**
- Giavi c. Grèce*, 3 octobre 2013, req. n° 25816/09 : **315**
- G.I.E.M. S.R.L et autres c. Italie*, Gde. Ch., 28 juin 2018, req. n° 1828/06, 34163/07 et 19029/11 : **755, 816, 844**
- Gillow c. Royaume-Uni*, Ch., 24 novembre 1986, req. n° 9063/80, série A. 109* : **556**

- Giuseppe Tripodi c. Italie*, 23 octobre 2001, req. n° 40946/98* : **622**
- G.K. c. Belgique*, 21 mai 2019, req. n° 58302/10 : **130, 369, 473**
- Glaser c. RFA*, Ch., 28 août 1986, req. n° 9228/80, série A. 102* : **674**
- Gök et autres c. Turquie*, 27 octobre 2006, req. n° 71867/01 et suiv. : **315**
- Golder c. Royaume-Uni*, Plén., 21 février 1975, req. n° 4451/70, série A. 18 : **118, 119, 135, 143, 157, 260, 311, 347, 382, 384, 397, 397, 399, 838, 840, 866**
- Goodwin c. Royaume-Uni*, Gde. Ch., 27 mars 1996, req. n° 17488/90* : **547, 552, 555**
- Gorguiladze c. Géorgie*, 20 octobre 2009, req. n°4313/04* : **262**
- Gorou c. Grèce (n° 2)*, Gde. Ch., 20 mars 2009, req. n° 12686/03* : **691, 697**
- Gorzelik et autres c. Pologne*, Gde. Ch., 17 février 2004, req. n° 44158/98, Rec. 2004-I* : **257**
- Gouarré Patté c. Andorre*, 12 janvier 2016, req. n° 33427/10* : **453, 507**
- Gradinger c. Autriche*, Ch., 23 octobre 1995, req. n° 15963/90* : **611, 612**
- Grande Stevens et a. c. Italie*, Gde. Ch., 4 mars 2014, req. n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10* : **611, 675**
- Grant c. Royaume-Uni*, 23 mai 2006, req. n° 32570/03, Rec. 2006-VII : **693, 809**
- Gratzinger et Gratzingerova c. République Tchèque*, Déc., Gde. Ch., 10 juillet 2002, req. n° 39794/98, Rec. 2002-VII* : **450**
- Greens et M.T. c. Royaume-Uni*, 23 novembre 2010, req. n° 60041/08 et 60054/08, Rec. 2010-VI* : **729**
- Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, Plén., 28 mars 1990, req. n° 10890/84* : **136, 441, 445, 568**
- Gross c. Suisse*, Gde. Ch., 30 septembre 2014, req. n° 67810/10, Rec. 2014-IV* : **622**
- G.S.B. c. Suisse*, 22 décembre 2015, req. n° 28601/11 : **185, 395**
- Guadagno et autres c. Italie*, 1^{er} juillet 2014, req. n° 61820/08* : **490**
- Guerdner et autres c. France*, 17 avril 2014, req. n° 68780/10* : **280**
- Guerra et autres c. Italie*, Gde. Ch., 19 février 1998, req. n° 14967/89* : **663**
- Guillard c. France*, 15 janvier 2009, req. n° 24488/04 : **564**
- Guilinao et Gaggio c. Italie*, 25 août 2009, req. n° 23548/02* : **281**
- Guiso-Gallisay c. Italie (satisfaction équitable)*, 21 octobre 2008, req. n° 58858/00 : **697**
- Guja c. Moldavie*, Gde. Ch., 12 février 2008, req. n° 14277/04 : **570**
- Gümrükçüler et autres c. Turquie (n° 2)*, 7 février 2017, req. n° 9580/03* : **158, 393, 395**
- Gurguchiani c. Espagne*, 15 décembre 2009, req. n° 16012/06* : **498**
- Guzzardi c. Italie*, Plén., 6 novembre 1980, req. n° 7367/76, série. A. 39* : **710**

H

Hachette Filipacchi Associes (« ICI PARIS ») c. France, 23 juillet 2009, req. n° 12268/03* : **357**

Halford c. Royaume-Uni, Ch., 25 juin 1997, req. n° 20605/92* : **137**

Hämäläinen c. Finlande, Gde. Ch., 16 juillet 2014, req. n° 37359/09, Rec. 2014-IV* : **666, 792**

Handyside c. Royaume-Uni, Plén., 7 décembre 1976, req. n° 5473/92, série A. 24* : **283, 313, 443, 554**

Harkins c. Royaume-Uni, Gde. Ch., Déc., 15 juillet 2017, req. n° 71537/14 : **622**

Hassan et autres c. France, 4 mars 2015, req. n° 46695/10 et 54588/10, Rec. 2014-VI : **120**

Hasan Tunç et autres c. Turquie, 31 janvier 2017, req. n° 19074/05 : **450**

Hatton et autres c. Royaume-Uni, Gde ch., 8 juillet 2003, req. n° 36022/97, Rec. 2003-VIII* : **663**

Hauschildt c. Danemark, Plén., 24 mai 1989, req. n° 10486/83, série A. 154* : **362**

Hayati Çelebi et autres c. Turquie, 9 février 2016, req. n°582/05* : **404**

Henrioud c. France, 5 novembre 2015, req. n° 21444/11 : **352**

Henry Kismoun c. France, 5 décembre 2013, req. n° 32265/10 : **876**

Henryk Urban et Ryszard Urban c. Pologne, 30 novembre 2011, req. n° 23614/18 : **811**

Hentrich c. France, Ch., 22 septembre 1994, req. n° 13616/88 : **137, 456, 492**

Herczegfalvy c. Autriche, 24 septembre 1992, req. n° 10533/83 : **120**

Herman et Serazadishvili c. Grèce, 24 avril 2014, req. n° 26418/11 et 45884/11* : **120**

Hertzog et autres c. Roumanie, 14 avril 2009, req. n° 34011/02* : **622**

Hirsi Jamma et autres c. Italie, Gde. Ch., 23 février 2012, req. n° 27765/09, Rec. 2012-II* : **674**

Hirst c. Royaume-Uni (n° 2), Gde. Ch., 6 octobre 2005, req. n° 74025/01, Rec. 2005-IX : **181, 376, 380, 471, 729**

Hodos c. Roumanie, 21 mai 2002, req. n° 29968/96 : **210**

Hornsby c. Grèce, Ch., 19 mars 1997, req. n° 18357/91 : **122, 126**

Howald Moor et autres c. Suisse, 11 mars 2014, req. n° 52067/10 et 41072/11 : **143, 313, 317, 318**

Huchinson c. Royaume-Uni, Gde. Ch., 17 novembre 2017, req. n° 57592/08 : **152, 157, 378**

Humen c. Pologne, Gde. Ch., 15 octobre 1999, req. n° 26614/95* : **571**

Hussain c. Roumanie, 14 février 2008, req. n°12338/02 : **118**

Hutten-Czapska c. Pologne, Gde. Ch., 19 juin 2006, req. n°35014/97, Rec. 2006-VIII : **29, 295, 369**

Huvig c. France, Ch., 24 avril 1990, req. n°11105/84, série A. 176-B : **122**

Huyllu c. Turquie, 16 novembre 2006, req. n°52955/99* : **280**

I

I. c. Royaume-Uni, Gde. Ch., 11 juillet 2002, req. n° 25680/94* : **693**

Iacob c. Roumanie, 3 février 2005, req. n° 39410/98 : **323**

Ibrahim c. Royaume-Uni, Gde. Ch., 16 décembre 2014, req. n° 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09 : **690, 794**

Iatridis c. Grèce, Gde. Ch., 25 mars 1999, req. n° 31107/96, Rec. 1999-II* : **261**

Idalov c. Russie, Gde. Ch., 22 mai 2012, req. n° 5826/03 : **352, 571**

Ignaccolo-Zenide c. Roumanie, 25 janvier 2000, req. n° 31679/96, Rec. 2000-I* : **280**

Igna et Igna (Valea) c. Roumanie, 14 février 2008, req. n° 1526/02 et 1528/02 : **323**

Igor Mamadov c. Azerbaïdjan, 22 mai 2014, req. n° 15172/13* : **386, 729**

Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan, Gde. Ch., (Procédure fondée sur l'article 46§4), 20 mai 2019, req. n° 15172/13 : **152, 386, 729**

Ilhan c. Turquie, Gde. Ch., 27 juin 2000, req. n° 22277/93* : **281**

Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie, Gde. Ch., 8 juillet 2004, req. n° 48797/99/83, Rec. 2004-VII* : **119, 729**

Iliya Petrov c. Bulgarie, 24 avril 2012, req. n° 19202/03* : **281**

Ilyushkin et autres c. Russie, 17 avril 2012, req. n° 5734/08 et suiv.* : **465**

I. L c. Suisse, 3 décembre 2019, req. n° 72939/16 : **118, 274**

I.L.V. c. Roumanie, Déc., 24 août 2010, req. n° 4901/04 : **593**

Irlande c. Royaume-Uni, Plén., 18 janvier 1978, req. n° 5310/71, série A. 25 : **17, 153, 385, 561, 481, 643, 683, 741, 765, 794**

Ivan Todorov c. Bulgarie, 19 janvier 2017, req. n° 71545/11 : **222**

Ivanov c. Ukraine, 15 octobre 2009, req. n° 40450/04* : **734**

Ivanova et Ivashova c. Russie, 26 janvier 2017, req. n° 797/14 et 67755/14 : **307, 448, 452**

Iyilik c. Turquie, 6 novembre 2011, req. n° 2899/05 : **309**

J

Jäggi c. Suisse, 13 juillet 2006, req. n°58757/00, Rec. 2006-X : **313, 589**

- James c. Royaume-Uni*, Plén., 21 février 1986, req. n°8793/79, série A. 98* : **445**
- Jamil c. France*, Ch., 8 juin 1995, req. n°15917/91* : **449**
- Janowiec et a. c. Russie*, Gde. Ch., 21 octobre 2013, req. n° 55508/07 et 29520/09, Rec. 2013-V : **296, 676**
- J.A Pye Oxford LTD et J.A. Pey (Oxford) Land LTD c. Royaume-Uni*, Gde. Ch., 30 août 2007, req. n°44302/02, Rec. 2007-III : **309**
- Jėčius c. Lituanie*, 31 juillet 2000, req. n°34578/97, Rec. 2000-IX : **120**
- Jeronovičs c. Lettonie*, Gde. Ch., 5 juillet 2016, req. n° 44898/10 : **132, 298, 299, 376, 624**
- Johansson c. Finlande*, 6 septembre 2007, req. n° 10163/02* : **437**
- John Murray c. Royaume-Uni*, Gde. Ch., 8 février 1996, req. n° 18731/91* : **689**
- Jones et autres c. Royaume-Uni*, 14 janvier 2014, req. n° 34356/06 et 40528/06, Rec. 2014-I : **669, 715**
- Joubert c. France*, 23 juillet 2009, req. n° 30345/05* : **490, 492**
- July et SARL Libération*, 14 février 2008, req. n° 20893/03, Rec. 2008-II* : **361**
- K**
- K.A et A.D. c. Belgique*, 17 février 2005, req. n° 42758/98 et 45558/99* : **447, 578**
- Kadiķis c. Lettonie (n° 2)*, Déc., 29 septembre 2003, req. n°62393/00* : **304**
- Kadusic c. Suisse*, 9 janvier 2018, req. n°43077/13* : **500**
- Kafkaris c. Chypre*, Gde. Ch., 12 février 2008, req. n° 21906/04, Rec. 2008-I* : **500**
- Kahyaoğlu et autres c. Turquie*, 31 mai 2016, req. n° 37203/05 : **68, 211**
- Kalender c. Turquie*, 15 décembre 2009, req. n° 4314/02* : **280**
- Kalinkin c. Russie*, 17 avril 2012, req. n° 16697/10 et suiv.* : **465**
- Kallergis c. Grèce*, 2 avril 2009, req. n° 37349/07 : **561**
- Kapetianos et a. c. Grèce*, 30 avril 2015, req. n° 3453/12, 42941/12 et 9028/13* : **685**
- Karácsony et autres c. Hongrie*, Gde. Ch., 17 mai 2016, req. n° 2461/13* : **568**
- Karner c. Autriche*, 24 juillet 2003, req. n° 40016/98, Rec. 2003-IX* : **682**
- Katz c. Roumanie*, 20 janvier 2009, req. n° 29739/03* : **465**
- Kayasa c. Turquie*, 13 novembre 2008, req. n° 64119/00 et 76292/01* : **447**
- Kemmache c. France (n° 1 et 2)*, Ch., 27 novembre 1991, req. n° 12325/86 et 14992/89* : **570**
- Kemp et autres c. Luxembourg*, 24 août 2008, req. n° 17140/05 : **143**
- Kennedy c. Royaume-Uni*, 18 mai 2010, req. n° 26839/05* : **576**
- Kervanci c. France*, 4 décembre 2008, req. n° 31645/04* : **565**

- Khamtokhu et Aksenchik c. Russie*, Gde. Ch., 24 janvier 2017, req. n° 0367/08 et 961/11* : **666**
- Khlaifia et autres c. Italie*, 1^{er} septembre 2015, req. n° 16483/12 : **120**
- Khlaifia et autres c. Italie*, Gde. Ch., 15 décembre 2016, req. n° 16483/12 : **783**
- Kholmurodov c. Russie*, 1^{er} mars 2016, req. n° 58923/14 : **222**
- K.-H.W c. Allemagne*, Gde. Ch., 22 mars 2001, req. n° 37201/97, Rec. 2001-II : **118, 269, 597, 599, 600, 882**
- Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen c. Danemark*, Plén., 7 décembre 1976, req. n° 5095/71, 5920/72 et 5926/72, série A. 23* : **553**
- Klass et autres c. Allemagne*, Ch., 6 septembre 1978, req. n° 5029/71, série A. 28* : **121, 122, 276, 279, 468, 476**
- Kokkinakis c. Grèce*, Ch., 25 mai 1993, req. n° 25/05/1993 : **126, 137, 142, 269, 453, 497, 498**
- Kokkinis c. Grèce*, 6 novembre 2008, req. n° 45769/06* : **315**
- Kopp c. Suisse*, Ch., 25 mars 1998, req. n° 23224/94* : **137, 257**
- Koprivnikar c. Sloveinie*, 24 janvier 2017, req. n° 67503/13* : **507**
- Kononov c. Lettonie*, Gde. Ch., 17 mai 2010, req. n° 36376/04 : **503, 597, 601**
- Konstandinis c. Grèce*, 3 avril 2014, req. n° 58809/09 : **211, 312, 313, 588, 592, 593, 594**
- Konstantin Markin c. Russie*, Gde. Ch., 22 mars 2012, req. n° 30078/06, Rec. 2012-III* : **844**
- Kopecký c. Slovaquie*, Gde. Ch., 28 septembre 2004, req. n° 44912/98, Rec. 2004-IX : **159, 230, 291, 356, 450**
- Korbely c. Hongrie*, Gde. Ch., 19 septembre 2008, req. n° 9174/02, Rec. 2008-IV* : **261, 503**
- Kosmas et autres c. Grèce*, 29 juin 2017, req. n° 20086/13 : **183, 393, 399**
- Kroon et autres c. Pays-Bas*, Ch., 27 octobre 1994, req. n° 18535/91 : **311, 588**
- Kruslin c. France*, Ch., 24 avril 1990, req. n° 11801/85, série A. 176-A : **122, 252, 257, 262, 276, 444, 462**
- Kudla c. Pologne*, Gde. Ch., 26 octobre 2000, req. n° 30210/96, Rec. 2000-XI* : **678, 688, 759, 781, 882**
- Kurić et autres c. Sloveinie*, Gde. Ch., 16 juin 2012, req. n° 26828/06, Rec. 2012-IV* : **353**
- Kyprianou c. Chypre*, Gde. Ch., 15 décembre 2005, req. n° 73797/01, Rec. 2005-XIII : **360, 361**

L

- Labergere c. France*, 26 août 2006, req. n° 16846/02 : **452**
- Labita c. France*, Gde. Ch., 6 avril 2000, req. n° 26772/95, Rec. 2000-IV* : **561**

- Lagrange c. France*, 10 octobre 2000, req. n° 39485/98* : **139**
- Lambert et autres c. France*, Gde. Ch., 5 juin 2015, req. n° 46043/14, Rec. 2015-III* : **792**
- Larissis et autres c. Grèce*, Ch., 24 février 1998, req. n° 23372/94 : **276, 453**
- Laska et Lika c. Albanie*, 20 avril 2010, req. n° 12315/04 et 17605/04* : **328**
- Laumont c. France*, 8 novembre 2001, req. n° 43626/98* : **274**
- Laurent c. France*, 25 mai 2018, req. n° 28798/13* : **625**
- Lavents c. Lettonie*, 28 novembre 2002, req. n° 58442/00* : **261**
- Lawless c. Irlande (n° 1)*, Ch., 14 novembre 1960, req. n° 332/57, série A. 1* : **33**
- Lawless c. Irlande (n° 3)*, Ch., 1^{er} juillet 1961, req. n° 332/57, série A. 3* : **120**
- L.C.B c. Royaume-Uni*, Ch., 9 juin 1998, req. n° 23413/94 : **280**
- Léander c. Suède*, 26 mars 2003, req. n° 9248/81, série A. 116* : **137**
- Lecarpentier c. France*, 14 février 2006, req. n° 67847/01* : **490**
- Legrand c. France*, 26 mai 2011, req. n° 23228/08 : **9, 147, 509, 513, 520, 582**
- Lekić c. Slovénie*, Gde. Ch., 11 décembre 2018, req. n° 36480/07 : **18, 290, 568**
- Léoni c. Italie*, 4 avril 2001, req. n° 43269/98* : **143**
- Levages Prestations Services c. France*, Ch., 23 octobre 1996, req. n° 21920/93* : **352**
- Leyla Şahin c. Turquie*, Gde. Ch., 10 novembre 2005, req. n° 44774/98, Rec. 2005-XI : **557, 565**
- Liakopoulou c. Grèce*, 24 mai 2006, req. n° 20627/04 : **452**
- Libert c. France*, 22 février 2018, req. n° 588/13 : **526, 529**
- Lilly France c. France (n° 2)*, 25 novembre 2010, req. n° 20429/07* : **490**
- Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, Gde. Ch., 22 octobre 2007, req. n° 1279/02 et 36448/02, Rec. 2007-IV* : **269, 447, 568, 570**
- Loizidou c. Turquie (Exceptions préliminaires)*, Gde. Ch., 23 mars 1995, req. n° 15318/89* : **153, 184, 234, 291, 844**
- Loizidou c. Turquie*, Gde. Ch., 18 décembre 1996, req. n° 15318/89, série A. 310* : **719, 783**
- Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*, 15 décembre 2015, req. n° 56080/13 : **376, 671**
- Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*, Gde. Ch., 19 décembre 2017, req. n° 56080/13 : **376, 380, 388, 471, 720**
- López Ostra c. Espagne*, Ch., 9 décembre 1994, req. n° 16798/9, série A. 303-C* : **663**
- Louli-Georgopoulou c. Grèce*, 16 mars 2017, req. n° 22756/09* : **369, 452**
- Luczak c. Pologne*, 27 novembre 2007, req. n° 77782/01* : **445**
- Lungoci c. Roumanie*, 26 janvier 2006, req. n° 62710/00 : **625**

Lungu et autres c. Roumanie, 21 octobre 2014, req. n° 25129/06* : **323, 526, 610, 616**
Lupas et autres c. Roumanie (n°1), 14 décembre 2006, req. n° 1434/02, 35370/02 et 1385/03,
 Rec. 2006-XV : **348**

Lykourazos c. Grèce, 15 juin 2006, req. n° 33554/03, Rec. 2006-VIII* : **156, 455**

M

M. c. Allemagne, 17 décembre 2009, req. n° 19359/04, Rec. 2009-VI : **500**

M.A. et autres c. Finlande, Déc., 10 juin 2003, req. n° 27793/95* : **492**

Maestri c. Italie, Gde. Ch., 17 février 2002, req. n° 39748/98, Rec. 2004-I : **260, 720**

Magometov et autres c. Russie, 28 mars 2017, req. n° 33636/09 : **324**

Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie, Gde. Ch., 8 novembre 2016, req. n° 18030/11 : **21, 152, 386, 390, 401, 666, 668, 688, 697, 710, 794, 843, 884**

Makaratzis c. Grèce, Gde. Ch., 20 décembre 2004, req. n° 50385/99, Rec. 2004-XI* : **280, 477**

Maktouf et Ddamjanović c. Bosnie-Herzégovine, Gde. Ch., 18 juillet 2013, req. n° 2312/08 et 34179/08, Rec. 2013-IV : **504, 531**

Malhous c. République Tchèque, Gde. Ch., 13 décembre 2000, req. n° 33071/96, Rec. 2000-XII* : **450, 293**

Malone c. Royaume-Uni, Plén., 2 août 1984, req. n° 8691/79, série A. 82* : **120, 122, 137, 275, 444**

Malysh et Ivanin c. Ukraine, Déc., 9 septembre 2014, req. n° 40139/14 et 41418/14* : **576**

Mamatkoulov et Askarov c. Turquie, Gde. Ch., 4 février 2005, req. n°46827/99 et 46951/99,
 Rec. 2005-I : **685, 715, 792, 808**

Mandet c. France, 4 janvier 2016, req. n°30955/12* : **593, 668**

Marckx c. Belgique, Plén., 13 juin 1979, req. n°6833/74, série A. 31 : **3, 4, 10, 21, 31, 33, 69, 116, 121, 132, 147, 167, 206, 382, 438, 619, 640, 666, 742, 783, 799, 800, 802, 815, 822, 827, 829, 837, 844, 876, 887**

Maria Atanasiu et autres c. Roumanie, 12 octobre 2010, req. n° 30767/05 et 33800/06* : **464, 465, 815**

Marinis c. Grèce, 9 octobre 2014, req. n° 3004/10 : **143, 366, 593**

Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne, Ch., 20 novembre 1989, req. n° 10572/83, série A. 190* : **142**

Marguereta et Roger Andersson c. Suède, Ch., 25 février 1992, req. n° 12963/78* : **261**

Marguš c. Croatie, Gde. Ch., 27 mai 2014, req. n° 4455/10, Rec. 2014-III : **602, 617**

- Mariyka Popova et Asen Popov c. Bulgarie*, 11 avril 2019, req. n° 11260/10 : **529**
- Martinie c. France*, Gde. Ch., 12 avril 2006, req. n° 58675/00, Rec. 2004-II : **362**
- Matyjek c. Pologne*, 24 avril 2007, req. n° 38184/03* : **272**
- Maslova c. Russie*, 14 février 2017, req. n° 15980/12* : **576**
- Massa c. Italie*, Ch., 24 août 1993, req. n° 14399/88* : **674**
- Maszni c. Roumanie*, 21 septembre 2006, req. n° 59892/00 : **612**
- Maurice c. France*, Gde. Ch., 6 octobre 2005, req. n° 11810/03, Rec. 2005-IX* : **159, 356, 450, 489, 490**
- Mazzeo c. Italie*, 5 octobre 2017, req. n° 32269/09 : **615, 616**
- Mazzo c. Italie*, 29 septembre 2017, req. n° 32269/09 : **347**
- M.C. c. Bulgarie*, 4 décembre 2003, req. n° 39272/98, Rec. 2003-XII* : **477**
- McCann c. Royaume-Uni*, Gde. Ch., 27 septembre 1995, req. n° 18984/91, série A. 324* : **280**
- McFarlane c. Irlande*, Gde. Ch., 19 septembre 2010, req. n° 31333/06 : **570**
- McGinley et Egan c. Royaume-Uni (révision)*, 28 janvier 2000, req. n° 21825/93 et 23414/94, Rec. 2000-I* : **622**
- McKerr c. Royaume-Uni*, 4 mai 2001, req. n° 28883/95, Rec. 2001-III* : **156, 355, 562**
- Medvedyev et autres c. France*, Gde. Ch., 29 mars 2010, req. n° 3394/03, Rec. 2010-III : **120, 270**
- Melin c. France*, Ch., 22 juin 1993, req. n° 12914/87* : **348**
- Melnitchenko c. Ukraine*, 19 octobre 2004, req. n° 17707/02, Rec. 2004-X : **68, 130**
- Meltex Ltd c. Arménie*, Déc., 17 juin 2008, req. n° 37780/02* : **291**
- Mennensson c. Italie*, 26 juin 2014, req. n° 65192/11* : **668, 724, 855**
- Merabishvili c. Géorgie*, Gde. Ch., 28 novembre 2017, req. n° 72508/13 : **20**
- Michaud c. France*, 6 décembre 2012, req. n° 2323/11, Rec. 2012-VI* : **662**
- Mihalache c. Roumanie*, Gde. Ch., 8 juillet 2019, req. n° 54012/10 : **18, 612, 613, 701**
- Miholapa c. Lettonie*, 31 mai 2007, req. n° 61655/00 : **450**
- Miragall Escolano et autres c. Espagne*, 25 janvier 2000, req. n° 38366/97 et suiv., Rec. 2000-I : **33, 127, 304, 451**
- Mizzi c. Malte*, 12 janvier 2006, req. n° 26111/02, Rec. 2006-I : **167, 211, 393, 589, 590**
- Mocanu et autres c. Roumanie*, Gde. Ch., 17 septembre 2014, req. n° 10865/09, 45886/07 et 32431/08, Rec. 2014-V : **296, 300, 301, 309, 383, 399, 604, 605, 882**
- Moreno Diaz Peña et autres c. Portugal*, 4 juin 2015, req. n° 44262/10* : **147**
- Mooren c. Allemagne*, Gde. Ch., 9 juillet 2009, req. n° 11364/03 : **18, 29, 201, 276, 443**

Moreira Ferreiara c. Portugal, 5 juillet 2011, req. n° 19808/08* : **329, 330, 326, 627**
Moreira Ferreira c. Portugal (n° 2), Gde. Ch., 11 juillet 2017, req. n° 19867/12 : **327, 330, 615, 624, 626, 629, 773**
Morice c. France, Gde. Ch., 23 avril 2015, req. n° 29369/10, Rec. 2015-II* : **360, 361**
Mozer c. République de Moldova et Russie, Gde. Ch., 23 février 2016, req. n° 11138/10* : **119**
Müller et autres c. Suisse, Ch., 24 mai 1988, req. n° 10737/84, série A. 133* : **136**
Murray c. Royaume-Uni, Gde. Ch., 10 décembre 2013, req. n° 10511/10* : **689, 722, 885**
Muršić c. Croatie, Gde. Ch., 20 octobre 2016 req. n° 7334/13 : **714, 749**
Murtazaliyeva c. Russie, Gde. Ch., 18 décembre 2018, req. n° 36658/05 : **690, 692, 794**
Mutu c. Turquie, 15 janvier 2006, req. n° 25984/03* : **573**

N

Naiit-Liman c. Suisse, Gde. Ch., 15 mars 2018, req. n° 51357/07 : **31, 715, 669, 792**
Nasr et Ghali c. Italie, 23 février 2016, req. n° 44883/09* : **604**
National and Provincial Building Society c. Royaume-Uni, 23 octobre 1997, req. n° 21319/93 21449/93 21675/93, Rec. 1997-VIII: **159, 493**
Natchova et autres c. Bulgarie, 26 février 2004, req. n° 43577/98 et 43579/98, Rec. 2005-VII*, **356**
Nejdet Şahin et PerihanŞahin c. Turquie, Gde. Ch., 20 octobre 2011, req. n° 13279/05 : **4, 18, 22, 58, 61, 64, 156, 207, 362, 529, 698, 710, 725, 739, 881**
Nencheva et autres c. Bulgarie, Gde. Ch., 18 juin 2013, req. n° 48609/06* : **280**
Nicola Silvestri c. Italie, 9 juin 2009, req. n° 16861/02* : **685**
Niemietz c. Allemagne, Ch., 16 décembre 1992, req. n° 13710/88, série A. 521-B* : **781**
Nikitine c. Russie, 20 juillet 2004, req. n° 50178/99, Rec. 2004-VIII : **4, 145, 323, 537, 610, 612, 615, 881**
Nodet c. France, 6 juin 2019, req. n° 47242/14 : **139, 613**
Norris c. Irlande, Plén., 26 octobre 1988, req. n° 10581/83, série A. 142* : **456, 663, 693**

O

Oao Neftyanyaya Kompaniya Yukos c. Russie, 31 juillet 2014, req. n° 14902/04 : **730**
Öcalan c. Turquie, 12 mars 2003, req. n° 46221/99* : **260**
Öcalan c. Turquie, Gde. Ch., 12 mai 2005, req. n° 46221/99, Rec. 2005-IV* : **326, 327, 625**
Odièvre c. France, Gde. Ch., 13 février 2003, req. n° 42326/98, Rec. 2003-III* : **589**

OGIS-Institut Stanislas, Ogec St. Pie x et Blanche de Castille et autres c. France, 27 mai 2004, req. n° 42219/98 et 54563/00 : **158, 183, 185, 450, 485, 490**

O’Keeffe c. Irlande, Gde. Ch., 28 janvier 2014, req. n° 35810/09, Rec. 2014-I : **684, 843**

Oleksandr Volkov c. Ukraine, 27 mai 2013, req. n° 21722/11, Rec. 2013-I : **128, 262**

Oleynik c. Russie, 21 juin 2016, req. n° 23559/07* : **137**

Oliviera c. Suisse, 20 juillet 1998, req. n° 25711/94, Rec. 2002-IV* : **212**

Olivieri c. France, 11 juillet 2019, req. n° 62313/12 : **690**

Olsson c. Suède (n° 1), 24 mars 1988, req. n° 10465/83, série A. 130* : **137**

Öneryildiz c. Turquie, Gde. Ch., 30 novembre 2004, req. n° 48939/99, Rec. 2004-XII* : **280 , 281, 355, 451**

Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande, Plén., 29 octobre 1992, req. n° 14234/88 et 14235/88, série A. 246-A* : **555**

Osman c. Royaume-Uni, Gde. Ch., 28 octobre 1998, req. n° 23452/94* : **280**

Ostace c. Roumanie, 25 février 2014, req. n°12547/06, req. n° 12547/06* : **593**

Ould Dah c. France, Déc., 13 novembre 2009, req. n° 13113/03, Rec. 2009-I* : **500**

Öztürk c. Allemagne, Plén., 21 février 1984, req. n° 8544/79 : **662**

Öztürk c. Turquie, Gde. Ch., 28 septembre 1999, req. n° 22579/93, Rec. 1999-VI* : **231**

P

Panovits c. Chypre, 11 décembre 2008, req. n° 4268/04* : **354**

Papageorgiou c. Grèce, 22 octobre 1997, req. n° 24628/94, Rec. 2003-VI* : **489**

Papamichalopoulos c. Grèce, Gde. Ch. 13 octobre 1995, req. n° 14556/89* : **295, 456, 625, 697**

Paposhvili c. Grèce, Gde. Ch., 13 décembre 2016, req. n° 41738/10* : **682, 722**

Paroisse Gréco-Catholique Lupeni et autres c. Roumanie, Gde. Ch., 29 novembre 2016, req. n° 76943/11 : **167, 185, 206, 207**

Parrillo c. Italie, Gde. Ch., 27 août 2015, req. n° 46470/11* : **673**

Paroutsas et autres c. Grèce, 2 mars 2017, req. n° 34639/09* : **349**

Pascaud c. France, 16 juin 2011, req. n° 19535/08 : **589**

Pasculli c. Italie, 17 mai 2005, req. n° 36818/97 : **130**

Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni, 14 mars 2002, req. n° 46477/99, Rec. 2002-II* : **280**

Paulik c. Slovaquie, 10 octobre 2006, req. n° 10699/05, Rec. 2006-XI : **311, 372, 590**

Peca c. Grèce (n° 2), 10 juin 2010, req. n° 33067/08 : **369**

Pélissier et Sassi c. France, Gde. Ch., 25 mars 1999, req. n° 25444/94, req. n° 25444/94, Rec. 1999-II* : **570**

Pellegrin c. France, Gde. Ch., 8 décembre 1999, req. n° 28541/95, Rec. 2001-VIII* : **674, 688, 786**

Pérez c. France, Gde. Ch., 12 février 2004, req. n° 47287/99, Rec. 2004-I : **674, 781**

Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne, Ch., 28 octobre 1998, req. n° 28090/95 : **127, 139, 143, 307**

Perinçek c. Suisse, Gde. Ch., 15 octobre 2015, req. n° 27510/08, Rec. 2015-VI : **552, 668**

Pessino c. France, 10 octobre 2006, req. n° 40403/02* : **137, 447, 489**

Petroiu c. Roumanie (révision), 7 février 2017, req. n° 33055/09* : **622**

Pfeifer et Plankl c. Autriche, Ch., 25 février 1992, req. n° 10802/84* : **352**

Philis c. Grèce (n° 2), 27 juin 1997 req. n° 19773/92* : **561**

Phinikaridou c. Chypre, 20 décembre 2007, req. n° 23890/02 : **311, 312, 339, 372**

Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande, Ch., 29 novembre 1991, req. n° 12742/87, série A. 222* : **159, 347, 450**

Plechkov c. Roumanie, 16 septembre 2014, req. n° 1660/03* : **453**

Poitrimol c. France, 23 novembre 1993, req. n° 14032/88, série A. 277-1* : **353**

Posti et Rahko c. Finlande, 24 septembre 2002, req. n° 27824/95, Rec. 2002-VII : **293**

Poulimenos et autres c. Grèce, 20 juillet 2017, req. n° 41230/12 : **369**

Powell et Rayner c. Royaume-Uni, Ch., 21 février 1990, req. n° 9310/81, série A. 172* : **663**

Preda c. Roumanie, 29 avril 2014, req. n° 9584/02 et suiv. : **185, 395**

Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique, 20 novembre 1995, req. n°17849/91, série A. 332 : **159, 356, 450**

Pretto et autres c. Italie, Ch., 8 décembre 1983, req. n° 7984/77, série A. 71* : **546**

Protesenko c. Russie, 31 juillet 2008, req. n° 13151/34* : **323, 608**

Pruteanu c. Roumanie, 3 mai 2015, req. n° 30181/05* : **122**

Q

Quilichini c. France, 14 mars 2019, req. n° 38299/15 : **68, 858**

R

Radomilja et autres c. Croatie, Gde. Ch., 20 mars 2018, req. n° 37685/10 et 22768/12 : **189**

- Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, Ch., 9 décembre 1994, req. n° 13427/87, série A. 301-B* : **4, 488**
- Raihani c. Belgique*, 15 décembre 2015, req. n° 12019/08 : **452**
- Ramirez Sanchez c. France*, Gde. Ch., 4 juillet 2006, 4 juillet 2006, req. n° 59450/00, Rec. 2006-IX* : **524**
- Rantsev c. Chypre et Russie*, 7 janvier 2010, req. n° 25965/04, Rec. 2010-I* : **682**
- Rasmussen c. Danemark*, Ch., 28 novembre 1984, req. n° 8777/79, série A. 87 : **29, 211, 309, 372, 588, 589, 666**
- Rees c. Royaume-Uni*, Plén., 17 octobre 1986, req. n° 9532/81, série A. 106* : **783, 792**
- Rekvényi c. Hongrie*, Gde. Ch., 20 mai 1999, req. n° 25390/94, Rec. 1999-III* : **551**
- Riad et Idiab c. Belgique*, 24 janvier 2008, req. n° 9787/03 et 29810/03* : **118, 263**
- Riabykh c. Russie*, 24 juillet 2003, req. n° 52854/99, Rec. 2003-IX : **144, 145, 323, 610, 612**
- Ringelsen c. Autriche (interprétation)*, Déc., 23 juin 1973, req. n° 2614/65, série A. 16* : **620**
- R.M.D c. Suisse*, Ch., 26 septembre 1997, req. n° 19800/92* : **393**
- Rodriguez Valin c. Espagne*, 11 octobre 2001, req. n° 47792/99 : **136, 447**
- Roubies c. Grèce*, 30 avril 2009, req. n° 22525/07 : **367**
- Rohlens c. République Tchèque*, Gde. Ch., 27 janvier 2015, req. n° 59552/08, Rec. 2015-I :
- Roman Zakharov c. Russie*, Gde. Ch., 4 décembre 2015, req. n° 47143/06, Rec. 2015-VIII*
- Rotaru c. Roumanie*, Gde. Ch., 4 mai 2000, req. n° 28341/95, Rec. 2000-V* : **276**
- Rozalia Avram c. Roumanie*, 19 septembre 2014, req. n° 19037/07 : **145, 324, 616**
- RTBF c. Belgique*, 29 mars 2011, req. n° 50084/06, Rec. 2011-III : **273, 445, 579**
- Ruban c. Ukraine*, 12 juillet 2016, req. n° 8927/11* : **507**
- Ruiz Torija et Hiro Balani c. Espagne*, 9 décembre 1994, req. n° 18390/9, série A. 303-A* : **254, 274**
- Ruslan Yakovenko c. Ukraine*, 6 avril 2015, req. n° 5425/11, Rec. 2015-II* : **443**
- Rumpf c. Allemagne*, 2 septembre 2010, req. n° 46344/06* : **465**
- Ryakib Biryoukov c. Russie*, 17 janvier 2008, req. n° 14810/02, Rec. 2008-I* : **143**

S

- Saadi c. Royaume-Uni*, Gde. Ch., 29 janvier 2008, req. n° 13229/03, Rec. 2008-I* : **120, 326, 444, 850**

- Sabri Güneş c. Turquie*, 24 mai 2011, req. n° 27396/06 : **312, 322**
- Sabri Güneş c. Turquie*, Gde. Ch., 29 juin 2012, req. n° 27396/06 : **143, 290, 291, 298, 300, 305, 306, 311**
- Sacilor Lormines c. France*, 9 novembre 2006, req. n° 65411/01, Rec. 2006-XIII : **159, 362, 364, 408**
- Sakhnovski c. Russie*, Gde. Ch., 2 novembre 2010, req. n° 21272/03* : **781**
- Salabiaku c. France*, Ch., 7 octobre 1988, req. n° 10519, série A. 141* : **119**
- Salduz c. Turquie*, Gde. Ch., 27 novembre 2008, req. n° 36391/02* : **698, 794**
- Salov c. Ukraine*, 6 septembre 2005, req. n° 65518/01, Rec. 2005-VIII : **128, 524**
- Sanoma Iutgevers B.V c. Pays-Bas*, Gde. Ch., 14 septembre 2010, req. n° 38224/03 : **461**
- Santos Pinto c. Portugal*, 20 mai 2008, req. n° 39005/04 : **349**
- Sargsyan c. Azerbaïdjan*, Gde. Ch., 16 mai 2015, req. n° 40167/06, Rec. 2015-IV* : **184**
- Sarica et Dilaver c. Turquie*, 27 mai 2010, req. n° 11765/05 : **167, 211**
- Sarisoy c. Turquie*, 13 septembre 2011, req. n° 19641/05 : **157, 339, 456**
- S.A.S c. France*, Gde. Ch., 1^{er} juillet 2014, req. n° 43835/11, Rec. 2014-III : **662**
- Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, Gde. Ch., 27 juin 2017, req. n° 931/13* : **357, 568**
- Saumier c. France*, 12 janvier 2017, req. n° 74734/14* : **356**
- S.C. Britanic World S.R.L. c. Roumanie*, 26 avril 2016, req. n° 8602/09 : **321, 322, 610, 615**
- Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010, req. n° 30141/04, Rec. 2010-IV* : **792**
- Schipani et autres c. Italie*, 21 juillet 2015, req. n° 38369/09 : **511**
- Scoppola c. Italie (n° 2)*, Gde. Ch., 17 septembre 2009, req. n° 10249/03 : **455, 507**
- Scoppola c. Italie (n° 3)*, Gde. Ch., 22 juin 2012, req. n° 126/05 : **473**
- Scordino c. Italie (n° 3)*, 17 mai 2005, req. n° 43662/98, Rec. 2006-V : **339, 477**
- S.C. Pilot Service S.A. Constanta c. Roumanie*, 3 juin 2008, req. n° 1477/02 : **145, 323**
- S.C. Uzinexport S.A. c. Roumanie*, 31 mars 2015, req. n° 43807/06 : **18, 362, 882**
- S.D. c. Grèce*, 11 juin 2009, req. n° 53541/07 : **263**
- Sejdovic c. Italie*, Gde. Ch., 1^{er} mars 2006, req. n° 56581/00, Rec. 2006-II* : **329, 352**
- Sergiu Popescu c. Roumanie*, 16 décembre 2008, req. n° 4234/04* : **323**
- Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, Gde. Ch., 10 février 2009, req. n° 14939/03, Rec. 2009-I : **611, 675**
- S. et Marper c. Royaume-Uni*, Gde. Ch., 4 décembre 2008, req. n° 30562/04 et 30566/04, Rec. 2008-V* : **444, 462, 694**

- Siegle c. Roumanie*, 16 avril 2013, req. n° 23456/04, Rec. 2000-XII : **323, 608**
- Silih c. Slovénie*, Gde. Ch., 9 avril 2009, req. n° 71463/01 : **291, 355**
- Silver et autres c. Royaume-Uni*, Ch., 5 mars 1983, req. n° 5947/72 et suiv, série A. 61* : **135, 136, 261, 444**
- Silviu Marin c. Roumanie*, 2 juin 2009, req. n° 35482/06* : **342**
- Simaskou c. Grèce*, 30 mars 2006, req. n° 37270/02* : **791**
- Simeonovi c. Bulgarie*, Gde. Ch. 12 mai 2017, req. n° 21980/04 : **497, 690**
- Sine Tsaggarakis A.E.E. c. Grèce*, 23 mai 2019, req. n° 17257/13 : **4, 18, 25, 529, 699, 862, 881**
- Sivova et Koleva c. Bulgarie*, 15 novembre 2011, req. n° 30383/03 : **128, 369, 610, 617**
- S.H et autre c. Autriche*, 1^{er} avril 2010, req. n° 57813/00 : **710**
- S.H. et autres c. Autriche*, Gde. Ch., 3 novembre 2011, req. n° 57813/00, Rec. 2011-V : **710**
- Shamsa c. Pologne*, 27 novembre 2003, req. n° 45355/99 et 45357/99 : **118, 263**
- Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, Gde. Ch., 30 juillet 1998, req. n° 22985/93 et 23390/94* : **792**
- Shofman c. Russie*, 26 février 2006, req. n° 74826/01* : **309, 588, 592**
- Solmaz c. Turquie*, 16 janvier 2007, req. n° 27561/02 : **291, 301**
- Somogyi c. Italie*, 18 mai 2004, req. n° 67972/01, Rec. 2004-IV* : **327, 625,**
- Soros c. France*, 6 octobre 2011, req. n° 50425/0 : **579**
- Sovtransavto Holding c. Ukraine*, 25 juillet 2002, req. n° 48553/99* : **323**
- S.S. Balikliçeşme Beldesi Tarım Kalkınma Kooperatifi et autres c. Turquie*, 30 novembre 2010, req. n° 3573/05 et suiv. : **511, 517**
- Stafford c. Royaume-Uni*, Gde. Ch., 28 mai 2002, req. n° 46295/99, Rec. 2002-IV : **147, 153, 163, 207, 387, 650, 666, 672, 863, 881**
- Stagno c. Belgique*, 7 juillet 2009, req. n° 1062/07 : **312, 373**
- Staibano et autres c. Italie*, 4 février 2014, req. n° 29907/07* : **523, 532**
- Stanca Popescu c. Roumanie*, 7 juillet 2007, req. n° 8727/03 : **128, 323, 615**
- Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie*, 2 octobre 2001, req. n° 29221/95 et 29225/95, Rec. 2001-IX* : **558**
- Stec et autres c. Royaume-Uni (recevabilité)*, Gde. Ch., 6 juillet 2005, req. n° 65731/01 et 65900/01, Rec. 2005-X* : **675, 718, 720**
- Stefan et Stef c. Roumanie*, 27 janvier 2009, req. n° 24428/03 et 26977/03 : **526, 718**
- Stere et autres c. Roumanie*, 23 février 2006, req. n° 25632/02* : **494**
- Stes Colas est et autres c. France*, 16 avril 2002, req. n° 37971/97 : **781**

Stoicescu c. Roumanie (révision), 21 septembre 2004, req. n° 31551/96 : **622**

Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne, Gde Ch., 20 mars 2001, req. n° 34044/96, 35532/97 et 44801/98, Rec. 2001-II : **163, 597, 599**

Stretch c. Royaume-Uni, 24 juin 2003, req. n° 44277/98* : **427**

Stubbings et autres c. Royaume-Uni, Ch., 22 novembre 1996, req. n° 22083/93 et 22095/93, Rec. 1996-IV : **143, 309, 313, 320, 412, 585, 588**

Stummer c. Autriche, Gde. Ch., 7 juillet 2011, req. n° 37452/02, Rec. 2011-V* : **783**

Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1), Plén., 26 avril 1979, req. n° 6538/74, série A. 30 : **43, 119, 122, 135, 136, 260, 267, 269, 272, 347, 434, 447, 545, 549, 554, 559, 568**

Sürmeli c. Allemagne, Gde. Ch., 8 juin 2006 req. n° 75529/01, Rec. 2006-VII : **572**

Svetoslav Hristov c. Bulgarie, 13 avril 2011, req. n° 36794/03 : **120**

S., V. et A. c. Danemark, Gde. Ch., 22 octobre 2018, req. n° 35553/12, 36678/12 et 36711/12* : **3, 552, 663**

S.W c. Royaume-Uni, Ch., 22 novembre 1995, req. n° 20166/92, série A. 335-B* : **126, 137, 497**

T

Tănase c. Moldavie, Gde. Ch., 27 avril 2010, req. n° 7/08, Rec. 2010-III* : **714**

Tarak et Depe c. Turquie, 9 avril 2019, req. n° 70472/12 : **577**

Tarakhel c. Suisse, Gde. Ch. 4 novembre 2014, req. n° 29217/12, Rec. 2014-VI : **773**

Tarbuk c. Croatie, 11 décembre 2012, req. n° 31360/10* : **490**

Taron c. Allemagne, Déc., 29 mars 2012, req. n° 53126/07* : **465**

Tătar c. Roumanie, 27 janvier 2009, req. n° 67021/01* : **281**

Taxquet c. Belgique, Gde. Ch., 16 novembre 2010, req. n° 926/05, Rec. 2010-VI* : **476**

T.Ç. et H.Ç. c. Turquie, 26 juillet 2011, req. n° 34805/06 : **372**

Thiam c. France, 18 octobre 2018, req. n° 80018/12* : **362**

Thimothawes c. Belgique, 4 avril 2017, req. n° 39061/11 : **257, 270**

Tomaszewscy c. Pologne, 15 avril 2014, req. n° 8933/05 : **263**

Tomov et autres c. Russie, 9 avril 2019, req. n° 18255/10 : **385, 706, 752**

Torregiani et autres c. Italie, 8 janvier 2013, req. n° 43517/09* : **465**

Tourancheau et July c. France, 24 novembre 2005, req. n° 53886/00* : **361**

T.P et K.M c. Royaume-Uni, Gde. Ch., 10 mai 2005, req. n° 28945/95, Rec. 2001-V* : **309**

Tsantiris c. Grèce, 1^{er} décembre 2005, req. n° 42320/02* : **356**

Tsitsiriggos c. Grèce, 17 avril 2012, req. n° 29747/09 : **120**

Tuna c. Turquie, 19 janvier 2010, req. n° 22339/03* : **295**

Tyrer c. Royaume-Uni, Ch., 25 avril 1978, req. n° 5856/72, série A. 26* : **49, 119, 184, 189, 537, 654, 699, 855, 883, 885**

U

Ümmühan Kaplan c. Turquie, 20 mars 2012, req. n° 24240/07* : **464**

Unedic c. France, 18 décembre 2008, req. n° 20153/04 : **9, 61, 147, 158, 183, 185, 489, 510, 513, 582, 654, 807, 822, 882**

V

Valer Pop c. Roumanie, 13 décembre 2007, req. n° 26511/04* : **494**

Vallianatos c. Grèce, Gde. Ch., 7 novembre 2013, req. n° 29381/09 et 32684/09, Rec. 2013-VI* : **792, 477**

Van Droogenbroeck c. Belgique, Ch., 24 juin 1982, req. n° 7906/77, série A. 150 : **121**

Van Marle et autres c. Pays-Bas, Ch., 26 juin 1986, req. n° 8543/79 et suiv., série A. 187 : **158**

Varnava et al. c. Turquie, Gde., Ch., 18 septembre 2009, req. n° 16064/90, Rec. 2009-V : **292, 293, 299, 301, 577, 678, 684, 730**

Vassiliadis c. Grèce, 2 avril 2009, req. n° 32086/06* : **158**

Vasiliauskas c. Lituanie, 20 octobre 2015, req. n° 35343/05, Rec. 2015-VII* : **504, 602**

Veeber c. Estonie (n° 2), 21 janvier 2003, req. n° 45771/99, Rec. 2003-I* : **499**

Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VGT) c. Suisse (n° 2), Gde. Ch., 30 juin 2009, req. n° 32772/02, Rec. 2009-IV* : **326, 328, 625**

Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi c. Autriche, Ch., 19 décembre 1994, req. n° 15153/89, série A. 302* : **135, 261**

Vermeire c. Belgique, Ch., 29 novembre 1991, req. n° 12849/87, série A. 214-C : **730, 756, 805, 858**

Vernillo c. France, Ch., 20 février 1991, req. n° 11889/85, série A. 198* : **571**

Versini-Campinchi et Crasnianski c. France, 16 juin 2016, req. n° 491176/11* : **267**

Viaşu c. Roumanie, 9 décembre 2008, req. n° 75951/01* : **465**

Vilho Eskelinen et autres c. Finlande, Gde. Ch., 10 avril 2007, req. n° 63235/00, Rec. 2007-II : **674, 685, 688, 696, 719**

Vo c. France, 8 juillet 2004, req. n° 53924/00, Rec. 2004-VIII : **309**

Von Hannover c. Allemagne, Gde. Ch., 24 juin 2004, req. n° 59320/00, Rec. 2004-VI* : **160, 357**

Von Hannover c. Allemagne (n° 2), Gde. Ch., 7 février 2012, req. n° 0660/08 et 60641/08, Rec. 2012-I* : **357**

Von Maltzan et autres c. Allemagne, Gde. Ch., 2 mars 2005, req. n° 71916/01* : **159**

Vinter et autres c. Royaume-Uni, Gde. Ch., 9 juillet 2013, req. n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, Rec. 2013-III : **387**

Vistiņš et Perepjolkins c. Lettonie, Gde. Ch., 25 octobre 2012, req. n° 71243/01, Rec. 2014-I : **361, 456, 806**

W

Walchli c. France, 26 juillet 2007, req. n° 35787/03 : **452**

Walker c. Royaume-Uni, Déc., 25 janvier 2000, req. n° 39979/97, Rec. 2000-I : **288, 289**

W.D c. Belgique, 6 septembre 2016, req. n° 73548/13* : **465**

Weber c. Suisse, Ch., 22 mai 1990, req. n° 11034/84 : **139, 274**

Welch c. Royaume-Uni, 9 février 1995, req. n° 174440/90, série A. 307-A, * : **498**

Wemhoff c. Allemagne, Ch., 27 juin 1968, req. n° 2122/64* : **561**

Willimas c. Royaume-Uni, Déc., 17 février 2009, req. n° 32567/06, série A. 7* : **299**

Wingrove c. Royaume-Uni, Ch., 25 novembre 1996, req. n° 17419/90, Rec. 1996-V* : **570**

Winterwerp c. Pays Bas, 24 octobre 1979, req. n° 6301/73, série A. 33* : **120, 296**

Worm c. Autriche, Ch., 29 août 1997, req. n°22714/93, Rec. 1997-V : **361**

X

X et autres c. Autriche, Gde. Ch., 19 février 2013, req. n° 19010/07, Rec. 2013-II : **673**

X. et Y. c. France, 1^{er} septembre 2016, req. n° 48158/11* : **447**

Y

Y. c. Suisse, 6 juin 2017, req. n° 22998/13* : **361**

Yagtzilar et autres c. Grèce, 6 décembre 2001, req. n° 41727/98, Rec. 2001-XII * : **312**

Yaşar Holding A.S. c. Turquie, 4 avril 2017, req. n° 48642/07 : **352**

Yianopulu c. Turquie, 31 mai 2016, req. n° 12030/03* : **698**

Yonger c. Royaume-Uni, Déc., 7 janvier 2003, req. n° 57420/00* : **298**

Yuriy Nikolayevich Ivanov c. Ukraine, 15 octobre 2009, req. n° 40450/04* : **858**

Y.Y. c. Turquie, Gde. Ch., 10 mars 2015, req. n° 14793/08, Rec. 2015-I* : **668**

Z

Zana c. Turquie, Gde., Ch., 25 novembre 1997, req. n° 18954/91* : **292, 571**

Ždanoka c. Lettonie, Gde. Ch., 16 mars 2006, req. n° 58278/00, Rec. 2006-IV : **130**

Zehentner c. Autriche, 16 juillet 2009, req. n° 20082/02 : **373**

Zielinski et Pradal et Gonzales et autres c. France, 28 octobre 1999, req. n° 24846/94, 34165/96 et 34173/96, Rec. 1999-VII : **486, 490**

Zolotas c. Grèce (n° 2), 22 avril 2013, req. n° 66610/09, Rec. 2013-I : **312**

Zorica Jovanović c. Serbie, 26 mars 2013, req. n° 21794/08, Rec. 2013-II : **301, 464**

Zouboulidis c. Grèce (n° 2), 25 juin 2009, req. n° 36963/06 : **315**

Zubac c. Croatie, Gde. Ch., 5 avril 2018, req. n° 40160/12 : **572**

Zvolský et Zvolská c. République tchèque, 12 janvier 2002, req. n° 46129/99, Rec. 2002-IX : **143, 307, 349**

II- JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

A- Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice

Affaires des essais nucléaires, 21 décembre 1974, (*Australie c. France*), *C.I.J Recueil* 1974 : **150**

B- Jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale

Affaire du Lotus, 7 septembre 1927, série A. n° 10, p. 16 : **226**

Affaire des usines de Chorzow, 13 septembre 1928, série A. n° 17, p. 17 : **456**

III- JURISPRUDENCE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES/ DE L'UNION EUROPEENNE

A- Cour de Justice

- Allemagne c. Commission*, 26 mai 1982, aff. 44/81, Rec. 1982, p. 01855 : **84**
- Ampafrance et Sanofi*, 19 septembre 2000, aff. jtes C-177/99 et C-181/99, Rec. 1999, p. I-0701 : **84**
- Association France Nature Environnement c. Premier ministre, Ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie*, 28 juillet 2016, aff. C-379/15 : **81**
- Atlanta AG c. Commission européenne*, 14 octobre 1999, C-104/97, Rec.1999, p. I-06983 : **581**
- Budişan c. Administraţia Judeţeană a Finanţelor Publice Cluj*, 9 juin 2016, aff. C-586/14, Rec. 2016, p. 421 : **81**
- Commission c. Belgique*, 12 octobre 1978, aff. 156/77, Rec. 1988, p. 01881 : **84**
- Commission c. Belgique*, 2 décembre 1986, aff. 239/85, Rec. 1986, p. 03645 : **85**
- Commission européenne c. République Française*, 4 octobre 2018, aff. C-416/17 : **855**
- Commission c. France*, 13 mars 1990, C-30/89, Rec. 1990, p. I-691 : **84**
- Commission c. Italie*, 21 juin 1988, aff. 257/86, Rec. 1988, p. 3249 : **83**
- Cooperativa Lattepiù E.A.*, 25 mars 2004, aff. jtes C-231/00 et autres, Rec. 2004, p. I- 02869 : **83**
- Dansk Rørindustri A/S c. Commission*, 28 juin 2005, aff. jtes C-189/02 et autres, Rec. 2005, p. I-05425 : **83**
- Développement durable et de l'Énergie*, 28 juillet 2016, aff. C-379/15 : **81**
- Defrenne c. Sabena*, aff. 43/75, 8 avril 1976, Rec. 1976, p. 00455 : **81, 84, 827, 842**
- De Geus en Uitdenbogerd c. Bosch*, 6 avril 1962, aff. 13/61, Rec. 1962, p. 00089 : **81**
- Delacre E.A. c. Commission*, 14 février 1990, aff. C-350/88, Rec.1990, p. I-00395 : **84**
- Duff E.A.*, 15 février 1996, aff. C-63/93, Rec. 1993, p. I-00569: **84**
- eVigilo Ltd c. Priešgaisrinėsapsaugosirgelbėjimodepartmentas prie Vidausreikalųministerijos*, 12 mars 2015, aff. C-538/13 : **81**
- Firma Max Neumann contre Hauptzollamt Hof/Saale*, 13 décembre 1975, aff. 17/67, Rec. 1967, p. 00571 : **81**
- France c. Commission*, 16 juin 1993, aff. C-325/91, Rec. I. 03283: **83**
- Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, 22 octobre 1987, aff. 314/85, Rec. 1987, p. 04199 : **85**
- Hoogovens c. Haute Autorité*, 12 juillet 1962, aff. jtes 14-61, Rec. 1962, p. 00485 : **81**
- Imperial Chemical Industries Ltd c. Commission*, 14 juillet 1972, aff. 48/69, Rec. 1972, p. 00619 : **81**
- Intertankoe.a c. Secretary of State of Transport*, 3 juin 2008, aff. C-308/06, Rec. 2008, p. I-04057 : **81**

- Irlande c. Commission*, 15 décembre 1987, aff. n° 325/85, Rec. 1987 p. 05041 : **83**
- Kapnoviomichania Karelia AE c. Ypourgos Oikonomikon*, 2 juin 2016, aff. C-81/15, Rec. 2016, p. 398 : **81**
- Lermmerz-Werke c. Haute Autorité de la CECA*, 13 juillet 1965, aff. 111/63, Rec. 835, p. 853 : **88**
- Nencini c. Parlement européen*, 13 novembre 2014, aff. C-447/13, Rec. 2016, p. 2022 : **81**
- Owusu c. N.B Jackson, Mammee Bay Resorts Ltd, Mammee Bay Club Ltd, The Enchanted garden Resorts & Spa Ltd, Consulting Services Ltd, Town & Country Resorts, Ltd*, Gde. Ch., 1^{er} mars 2005, aff. C-281/02, Rec. 2005, p. I-01383 : **81**
- Pays-Bas c. Commission*, 15 décembre 1987, aff. 326/85, Rec. 1987, p. 05091 : **81**
- Plantanol*, 10 septembre 2009, aff. C-201/08, Rec. 2009, p. I- 08343 : **84**
- Regina c. Kirk*, aff. 63/83, 10 juillet 1984, Rec. 1984, p. 02689 : **83**
- Rewe-ZentralfinanzeG et Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer fur das Saarland*, 16 décembre 1976, aff. 33/76, Rec. 1976, p. 01989 : **217**
- Rheinmühlen-Düsseldorf c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 12 février 1974, aff. 146/73, Rec. 1974, p. 00139 : **85**
- S.N.U.P.A.T c. Haute Autorité*, 22 mars 1961, aff. jtes C-42 et 49/59, Rec. 1961, p. 00101 : **81, 87**
- Vandemoortele c. Commission*, 12 décembre 1990, aff. C-172/89, Rec. 1990, p. I-04677 : **83**
- Vassilis Mavridis c. Parlement européen*, 19 mai 1983, aff. n°289/81, Rec. 1983 p. 01731 : **81**

B- Tribunal

- Dubois et Fils c. Conseil et Commission*, 29 janvier 1998, aff. T-113/96, Rec. 1998, p. II. 125 : **84**
- Forges de Clabecq c. Commission*, 25 mars 1999, aff. T-37/97, Rec. 1999, p. II-859 : **84**
- Opel Austria c. Conseil*, 22 janvier 1997, aff. T-115/94, Rec. 1997, p. II-00039 : **83**
- Solvay Pharmaceuticals c. Conseil*, 21 octobre 2003, aff. T-392/02, Rec. 2003, p. II-04555 : **83**
- Tagaras c. Cour de Justice*, 7 février 1991, Rec. 1991, p. II-000 : **83**

IV- JURISPRUDENCE NATIONALE FRANÇAISE

A- Jurisprudence constitutionnelle

1°) Décisions DC

Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999, 18 décembre 1998, n° 98-404 DC : **99**

Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000, 21 décembre 1999, n° 99-422 DC : **97**

Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014, 19 décembre 2013, n° 2013-682 DC : **109**

Loi de finances pour 1997, 30 décembre 1996, n° 96-385 DC : **108**

Loi de modernisation sociale, 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC : **98**

Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, 10 juin 1998, n° 98-401 DC : **98**

Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, 26 juin 2003, n° 2003-473 DC : **98**

Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales, 29 juillet 2004, n° 2004-500 DC : **98**

Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains Codes, 16 décembre 1989, n° 99-421 DC : **98**

Loi portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier, 7 novembre 1997, n° 97-391 DC : **99**

Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, 4 août 2016, n° 2016-737 DC : **98**

Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance, 3 septembre 1986, n° 86-215 DC : **99**

Loi relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie, 18 juillet 2001, n° 200-447 DC : **108**

Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, 15 janvier 1975, n° 74-54 DC : **437**

Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, 13 janvier 2002, n° 2202-465 DC : **108**

Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, 20 janvier 1981, n° 80-127 DC : **506**

Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé, 22 janvier 1990, n° 98-269 DC : **175**

Loi portant validation d'actes administratifs, 22 juillet 1980, n° 80-119 DC : **99**

2°) Décisions QPC (Question prioritaire de constitutionnalité)

M. Jean-François V. [Contribution exceptionnelle sur les hauts revenus], 5 décembre 2014, n° 2014-435 QPC : **109**

Société Dom Com Invest [Sanction de la délivrance irrégulière de documents permettant à un tiers d'obtenir un avantage fiscal], 12 octobre 2018, n° 2018-739 QPC : **842**

Société Orange SA [Frais engagés pour la constitution des garanties de recouvrement des impôts contestés], 6 juin 2014, n° 2014-400 QPC : **809**

SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Maflow France [Validation législative des délibérations des syndicats mixtes instituant le « versement transport »], 14 février 2014, n° 2013-366 QPC : **109**

Société Électricité de France [Police de l'eau : retrait ou modification d'une autorisation], 24 juin 2011, n° 2011-141 QPC : **109**

B- Jurisprudence administrative

1°) Conseil d'État

Association AC !, Ass., 11 mai 2004, n° 255886 : **836**

Association Les amis de la rade et des calanques, 29 octobre 2013, req. n° 360085 : **100**

Association Les Verts, Sect., 30 novembre 1990, n° 103889, Rec. p. 339 : **100**

Baumet, 4 octobre 2012, n° 328502, Rec. p. 347 : **332, 629**

Dame Cachet, 3 novembre 1922, n° 74010, Rec. p. 790 : **100**

Entreprise Transports Freymuth, 9 mai 2001, n° 210944, Rec. p. 865 : **100**

Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique SGEN-CFDT, 8 juillet 2005, n° 110435, Rec. p. 708 : **100**

CHR de Nice c. époux Quarez, 14 février 1997, n° 133238, Rec. p. 44 : **448**

Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT, Ass., 18 mai 2018, n° 414583, Rec. p. 187 : **337, 434, 652**

Gonzalez-Gomez, 31 mai 2016, n° 396848 : **437**

KPMG et autres, Ass., 24 mars 2006, n° 288460, Rec. p. 154 : **27, 100, 110, 221, 433, 652**

Lugan, Sect., 10 octobre 1997, n° 170341, Rec. p. 346 : **100**

- M.B c. Ministères des finances et des Comptes publics*, Ass., 13 juillet 2016, n° 387763 : **562**
- Mme Chevrol*, 11 février 2004, n°257682, Rec. p. 115 : **268, 311**
- Mme. Velluet*, Sect., 3 nov. 1995, n° 82096, Rec. p. 389 : **100**
- Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique c. Société EPI*, 9 mai 2012, n° 308996, Rec. p. 200 : **110**
- Ministre de l'Intérieur contre Cohn- Bendit*, Ass., 22 décembre 1978, req. n° 11604 : **724**
- Molénat*, 28 décembre 2017, n° 396571 : **437, 477**
- Nicolo*, Ass., 20 octobre 1989, n° 108243 : **437**
- Rodière*, Ass., 26 décembre 1925, n° 88369, Rec. p. 1025 : **100**
- Rouquette*, Ass., 5 mars 1999, n° 194658 et 196116, Rec. p. 37 : **110**
- SA Getecom*, 19 novembre 2008, n° 292948, Rec. p. 425 : **110**
- Sarran, Levacher et autres*, Ass., 30 octobre 1998, n° 200286 et 200287, Rec. p. 371 (*GAJA*, 2019, n° 93) : **437**
- Société des huileries de Chauny*, Sect., 24 avril 1964, Rec. p. 245 : **100**
- Société du journal l'Aurore*, Ass., 25 juin 1948, n° 94511, Rec. p. 289 : **100**
- Société « Laboratoire Génévrier »*, 23 juin 2004, n° 257797 : **491**
- Société Tropic-Travaux-Signalisation-Guadeloupe*, Ass., 16 juillet 2007, req. n° 291545 : **812, 836**
- Vernes*, Ass., 30 avril 2014, n° 358564, Rec. p. 160 : **331, 628**
- Vernes II*, 9 mars 2016, n° 392782, Rec. p. 63 : **331, 628**
- Ville de Bagneux*, Ass., 6 mai 1966, n° 55283, Rec. p. 303 : **100**

2°) Cour administrative d'appel, Tribunal administratif

a- Cour d'appel

- Ministre de l'Environnement c. Entreprise Transports Freymuth*, Nancy, 17 juin 1999, n°95NC00226, 96NC01927,96NC01928 : **110**

b- Tribunal administratif

- Entreprise Transports Freymuth c. Ministère de l'environnement*, Strasbourg, 8 décembre 1994, n° 931085 : **110**

Société T., 25 juillet 2016, Besançon, n°1601037 : **111**

C- Jurisprudence judiciaire

(classement par ordre chronologique)

1°) Assemblée plénière

17 novembre 2000, n° 99-13701 : **448**

5 octobre 2018, n° 10-19.053 : **724, 855**

2°) Chambre mixte

24 mai 1975, *Société Jacques Vabre*, n° 73-13556 : **437**

3°) Chambre civile

1^{ère} civ., 22 juillet 1986, *Bull. civ. I*, n° 226, p. 214 : **101**

1^{ère} civ., 2 février 2000, *Bull. civ. I*, n° 53, p. 36 : **27, 101**

1^{ère} civ., 21 mars 2000, n° 98-11.982 : **554**

1^{ère} civ., 20 juin 2000, *Bull. civ. I*, n° 191, p. 183 : **27, 101**

1^{ère} civ., 9 juillet 2003, *Epoux Dolléans c. SA Union de crédit pour le bâtiment*, n° 99-1369 : **490**

2^{ème} civ., 8 juillet 2004, *bull. civ. II*, n° 387 : **812, 823**

1^{ère} civ., 6 juin 2006, *Bull. civ I*, n° 179, p. 153 : **138**

1^{ère} civ., 11 juin 2009, n° 07-14.932 : **111**

1^{ère} civ., 4 décembre 2013, n° 12-26066 : **437**

1^{ère} civ., 17 février 2016, n° 15-12805 : **491**

1^{ère} civ., 12 octobre 2016, n° 15-18659 : **581**

1^{ère} civ., 9 juin 2017, n° 16-12.457 : **111**

1^{ère} civ., 10 janvier 2018, *Commisimpex 2*, n° 1-622.494 : **652**

1^{ère} civ., 13 février 2019, n° 18-13748 : **111**

2^{ème} civ., 18 avril 2019, n° 17-21189 : **111**

1^{ère} civ, 21 novembre 2018, n° 17-21.095 : **595**

4°) Chambre criminelle

6 février 1997, *Bull. crim.*, n° 49, p. 157 : **101**

5°) Chambre commerciale

8 février 2011, n° 10-11.896 : **651**

20 septembre 2011, n° 10-22.888 : **111**

6°) Chambre sociale

26 novembre 2003, n° 01-45.486 : **510**

22 septembre 2010, n° 09-40.968 : **654**

3 avril 2019, n° 17-15568 : **317**

V- JURISPRUDENCE NATIONALE ETRANGERE

(classement par État)

Allemagne :

- Cour constitutionnelle allemande, 6 septembre 1969, BverGE, 72, p. 200.
- Cour constitutionnelle allemande, 23 mai 1972, BVerfGE, 45, 365, p. 167.
- Cour constitutionnelle allemande, 5 février 1989, BVerfGE 7, 98, p. 200.

Belgique :

- Cour d'arbitrage, 11 février 1993, n° 10/93 : **93**
- Cour constitutionnelle, 30 juin 2014, n° 99/2914 : **95**

Croatie, Cour suprême, 29 janvier 1997, U-I-697/1995 : **95**

Espagne :

- Tribunal constitutionnel, 2 novembre 1989, n° 179/1989 : **94**
- Tribunal constitutionnel, 15 novembre 2000, n° 273/2000 : **94**

Estonie, Cour suprême, 5 octobre 2000, n°3-4-1-8-2000 : **93**

Grèce, Conseil d'État, 6 juin 1979 n°2346/78 : **104**

Hongrie :

- Cour constitutionnelle, 3 mars 1992, n°11/1992 : **93**
- Cour constitutionnelle, 30 juin 1995, n°42/1995 : **93**

Italie :

- Cour constitutionnelle, 30 mars 1995, n°94/1995 : **95**
- Cour constitutionnelle, 14 janvier 2015, n°49/2015 : **730**

Malte, Cour constitutionnelle, 7 octobre 1997, 504R/95 : **94**

Pologne :

- Tribunal constitutionnel 31 janvier 1996, K 9/95, B.I.J POL-96-1-002 : **104**
- Tribunal constitutionnel, 13 février 2001, K 19/99, B.J.I, POL -2001-1-008 : **93**

Portugal, Tribunal constitutionnel, 11 décembre 1998, n°508/98 : **94**

Russie : Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, 14 juillet 2015, n°21-Π / 2015 : **730**

Slovénie, Cour constitutionnelle, 24 juin 1998, U-I-284/94, n°14/99 : **104**

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Acceptabilité : voir **Persuasion**

Accessibilité :

- notion : 33, 61, 83, 93, 100, 122, 136
- standard : 266-267
- formelle : 77
- matérielle : 93, 136, 346-350, 360, 779, 796
- intellectuelle : 93, 98-100, 108, 136, 252, 745, 751, 772-776, 788, 886
- suffisante : 549

Acculturation juridique : 21, 135, 155, 198, 203, 248, 551, 871

Acquis conventionnel : 61, 388, 430, 650, 688-691, 701, 724, 739, 740, 824, 882-887

Acteurs conventionnels : 420, 480, 744 et suiv., 838, 864, 888

Activisme jurisprudentiel : 283, 380, 723-729, 730-74, 847

Agents de l'État : 156, 477-479, 595-605

Anticipation :

- notion : 580
- obligation (d'anticipation) : 520, 527, 580-583
- responsabilisation-anticipation : voir **Responsabilisation (requérant)**

Arborescence (du principe de sécurité juridique) : 87, 166, 249, 423-425

Argument

- de sécurité juridique : 181-182, 386-390, 422, 641, 880-882
- fonction argumentative : 394-402
- fonction revendicative : 180-181, 376-380
- persuasive : voir Persuasion (force, autorité)

Arrêt pilote :

- objectivisation du contentieux : 464-465, 478-481, 725-726
- modulation : 814 -818
- compétence : 848-859
- inexécution : 734-738, 857 -859

Atteintes (à la sécurité juridique) : 540 et suiv.

Attente légitime : 15, 109, 385, 450, 509, 681-685,693, 807, 815-816

Autonomisation (du principe de sécurité juridique) : 124-130

Autorité :

- de chose jugée : 122, 127, 145-146, 250-260, 320-334, 607 et suiv.
- de chose interprétée : 726
- de la jurisprudence : 341, 400, 422,701, 717, 869, 882

Avis consultatif : voir **Protocole n° 16**

Arbitraire : voir **Prééminence du droit**

Apparences (théorie de) : 362, 498

B

Besoin (de sécurité juridique) : 338, 536, 688, 750. Voir également **Sentiment**

Bonne administration de la justice : 44, 59, 83, 127, 143, 361, 362, 363, 452, 488, 515, 637, 679, 699, 701, 829, 884

Bonne conduite (devoir de) : voir **Diligence**

Bonne foi : 15, 43, 59, 79, 84, 104-108, 151-153, 157-158, 353, 361-363, 373-377, 383, 386, 520-521, 532, 569-570, 629, 685, 691, 790, 816, 843, 869, 879

But légitime : 252-253, 366-374

C

Casuistique : voir **Interprétation casuistique**

Catalysation : voir **Reviement, Prédicibilité**

Certitude : 14, 53, 83

Clarification jurisprudentielle : 664, 665, 674 -675, 722, 788, 796, 823, 825, 839

Clarté :

- de la loi : 15, 76, 92-100, 126, 137-139, 248, 269, 280, 319, 349, 453, 546,
- 838
- jurisprudentielle /interprétative : 44, 51, 85, 275, 376, 470, 646, 681-688, 711, 745-749, 795-797, 825, 864, 868, 886

Clause d'ordre public : 252, 552, 749, 873

Cohérence :

- notion : 144-147
- jurisprudentielle : 399, 524-530, 702-712, 874, 882

- législative : 263-264, 271-274
- comportementale : voir **Contrôle d'adéquation**
- unification du droit : 85, 91, 96, 706, 742, 824, 887

Common Law : 104, 135, 751, 760

Compétence *ratione temporis* : 290-297

Computation des délais :

- conventionnels : 298-307
- nationaux : 314-316

Confiance :

- "du public" : 354-363
- des États parties : 722, 882 et suiv.
- légitime : 79 et suiv, 104 et suiv., 156 et suiv.
- crise de, perte de : 359, 404, 641, 699

Conflits :

- sécurité juridique intersubjective : 371, 588-592
- sécurité juridique étatique/individuelle : 431 et suiv.
- mutabilité/stabilité : voir **Interprétation (évolutive)**
- légalité matérielle/temporelle : 484 et suiv
- de modulation : 855-856

Conséquentialisme : 828-831, 849, 859, 888

Considération impérieuse d'intérêt général : voir **Motif impérieux**

Constitutionnalisation

- de l'office du juge : 844-846
- du principe de sécurité juridique : 98

Contextualisation :

- interne : voir Domaine (de la loi)
- externe : 554-560

Contrôle :

- d'adéquation : 280-282
- d'équité : 18, 130, 331, 425, 456-457, 481, 536-542
- de la légalité :
 - o matérielle :
 - encadrement du système conventionnel: 254 et suiv,
 - complémentarité des contrôles: 437 et suiv.
 - dérives : 540 et suiv.
 - o Temporelle
 - encadrement du système conventionnel: 287 et suiv.
 - dérives: 585 et suiv
- de proportionnalité : 33, 154, 174, 203, 230-235, 241, 252, 342, 369-374, 412, 435-437, 472, 540, 650, 831, 859, 872
- abstrait (*in abstracto*) : 465-483
- concret (*in concreto*) : 439-455

Conseil :

- d'État : 100, 110-11, 408, 437, 652, 751, 773, 836, 844
- constitutionnel : 98-99, 108-109, 490, 809-811, 842

Consensus : voir Interprétation (consensuelle)

Cour :

- de Cassation : 10, 101, 110-111, 168, 274, 450, 513-514, 529, 581, 593, 651, 582, 652, 756, 769 et suiv., 812, 836 et suiv.
- de Justice des Communautés européennes/ de l'Union européenne : 58-64, 379, 790, 844

Crise de légitimité : voir Confiance (perte de)

D

Déclaration :

- Brighton : voir Partenariat législatif
- Copenhague : 470, 723
- Bruxelles : voir Responsabilité partagée

Délai :

- de prescription : voir **Prescription**
- de forclusion : 84, 312
- de six mois : 38, 249, 29-310

Dénominateur commun : voir **Consensus**

Dérivation (rapport de) : 79, 105, 132, 156, 165, 242

Dérivés :

- objectifs : voir Prévisibilité, Accessibilité, Clarté, Cohérence, Unité, Lisibilité, Pédagogie, Intelligibilité, Précision, Stabilité, Publicité
- subjectifs : voir Espérance Légitime, Confiance, Attentes légitimes, Expectative légitime, Fiabilité juridique, Certitude, Bonne foi, Droit acquis

Désécurisation (jurisprudentielle) : 662-664, 666-670, 687-692

Désengorgement : 678-679

Dialogue des juges : 722-725

***Dies a quo, Dies ad quem* :** voir **Computation des délais**

Diligence (obligation de) :

- individuelle : 563-569
- étatique : 562
- Divergence de jurisprudence :

- jurisprudence nationale: 529-530
- jurisprudence européenne : voir insécurité **Intra jurisprudentielle**

Domaine (de la loi) : 442-445. Voir spéc. Contextualisation

Droit

- acquis (notion): 158
- à la sécurité juridique : 97, 121, 184-186, 421
- fondamental : 175-186
- de la défense :
 - o protection : 368-369
 - o régression: voir Équité du procès (critère de)
- d'accès à un tribunal : voir **Accessibilité matérielle**
- transitoire jurisprudentiel : voir **Modulation**
- intangibles/conditionnels: 184, 613, 851-853

Dynamisme interprétatif : voir Interprétation (dynamique)

E

Effectivité

- notion : 160, 429, 430, 878 et suiv.
- des droits : 431 et suiv.
- du droit : 537 et suiv .
- des arrêts : 559, 643, 735 et suiv.

Efficacité : 431

Équité :

- contrôle : voir Contrôle (d'équité)
- globale du procès (critère de) : 690 et suiv.

Entorses (au principe de sécurité juridique) : voir Atteintes

Erga omnes (effet) : 17, 429, 461, 467, 479, 683, 685 et suiv., 731, 765-769, 781 et suiv., 824, 829, 888

Espérance légitime : 110, 159, 354-363, 450 451

Estoppel : 104

État de droit : 74 et suiv., 165

Éthique jurisprudentielle : 745 et suiv., 862

Européanisation (du sens de la sécurité juridique) : 72 et suiv.

Expectative légitime : 104, 356, 362, 450 et suiv., 457, 691, 693 et suiv, 825

Externalisation de la motivation : 774 et suiv.

F

Fiabilité juridique : 44, 78-79, 141, 156, 241, 391 et suiv., 520, 640, 655, 660, 679, 694, 695, 795, 822, 865-869, 879-887

Filiation : voir **Stabilité des rapports familiaux**

Fondamentalité : 184-186

G

Garantie collective : 24, 33, 61, 119, 152-153, 164, 185, 249-253, 481, 542, 685, 824, 844, 884, 874, 882-888

Globalisation des sources : 598-600, 669, 714, 756

I

Imprescriptibilité : 595-606

Imprévisibilité :

- de la loi : 130, 351, 462, 559
- de la jurisprudence : 682 et suiv., 711 et suiv., 879, 883, 884

Incertitude juridique : 59, 526-527, 581, 721, 10, 724, 882-884

Incohérence jurisprudentielle : 529-537, 704-712, 736-737, 828, 882

Individualisation : voir **Subjectivisation**

Inexécution des arrêts : voir **Manquements**

Information (devoir d'information) : voir **Diligence**

Insécurité juridique :

- des individus : 601, 711, 138, 354
- des États : 376 et suiv., 682 et suiv., 885
- *in globo* : 744 et suiv.
- sentiment (d'insécurité) : voir **Sentiment**
- intra jurisprudentielle : 702 -716

- post jurisprudentielle : voir **Manquements**
- niches : 29, 643, 609, 723, 863, 885

Instrumentalisation :

- définition : 657
- positive : 662-668
- négative : Voir Dérives interprétatives

Intelligibilité : voir **Accessibilité intellectuelle**

Interprétation :

- authentique : 27, 153, 589, 640, 685, 717, 838
- méthodes : 868 et suiv.
- dérives : 375, 430, 640 et suiv., 746, 796, 828, 849, 860, 885
- dynamique : 115, 134, 386, 641, 666, 675
- consensuelle : 665 et suiv.
- évolutive : 146, 186, 861, 518, 519, 672 et suiv., 715, 879, 884, 690 et suiv., 715, 804, 881
- involutive/régressive : voir **Reirement involutif**
- casuistique : 44, 456, 537, 543, 550, 584
- stratégique : 542 et suiv., 578. Voir Contrôle *in concreto*, Subjectivisation (stratégique), Politique jurisprudentielle

Intérêt supérieur de l'enfant : 395, 592 et suiv., 630-636, 724-725

J

Juridicité : 191, 200, 227, 456

Jurisprudence :

- définition : 640
- constante : 142, 147, 158, 515-520, 533, 654, 843, 881

- cohérente : voir **Cohérence (jurisprudentielle)**
- figée : 111, 517, 535, 653

L

Légalité :

- contrôle de : voir **Contrôle de légalité**
- légalité des délits et des peines (principe de) : 83, 126, 264, 497, 503-504, 598

Législations-types : 461-463, 536, 639, 817, 830

Légistique :

- définition : 255
- formelle : 258-263
- matérielle : 265-276
- procédurale : 277-286, 438, 460, 476-479, 549, 552, 770, 849, 886

Légitimation, légitimité (de l'office du juge) : 167, 212, 245, 393-402, 418, 422-425, 509, 536, 642, 669, 714, 737, 741-742, 768 et suiv., 790, 797, 833-838, 854 et suiv., 865 et suiv.

Lisibilité : 748 et suiv.

Loi :

- "loi" : 258-260
- de validation : 99-101, 487-493, 501, 510
- fiscale : 492-496, 535
- pénale : 126, 274, 453. Voy. aussi **Rétroactivité (principe de non-rétroactivité)**

Loyauté :

- procédurale : 346, 514,-516, 570-575
- conventionnelle : 157, 374

M

Manipulations : 659-670, 711, 796, 863. Voy. plus largement **Instrumentalisation (négative)**

Manquements : 727-738

Marge nationale d'appréciation : 249, 266, 556, 666, 674

Mesures de redressement :

- individuelles : 465, 478, 536, 694, 809, 823, 843
- générales : 445, 461 et suiv., 734, 729, 857-858

Modulation :

- notion : 798
- in concreto : 820-826
- in abstracto : 827-834
- compétence :
 - o implicite : 801-811
 - o obstacles : 847-858

Motif(s) :

- du revirement : 771-779
- impérieux d'intérêt général : voir **But légitime**

Motivation

- **compassionnelle** : 758-760
- formelle : 748-753
- pédagogique : voir **Pédagogie**
- du revirement : 649 et suiv.
- obligation de : voir **Obligation**
- externe : voir Supports parajuridictionnels
- persuasive : voir Persuasion (motivation persuasive)

Mutabilité : voir **Interprétation évolutive**

N

Neutralisation (intérêt de sécurité juridique) : 554-560

Non bis in dem (principe de) : 142, 602, 610-618, 675, 710

Normativité : 200-202, 208-214

Norme : 191-193

Notion autonome : 258-260, 262

O

Obiter dictum : 783-785

Objectivisation :

- définition : 405-407
- application : 439-450, 460-472, 481, 723, 637, 752, 809, 829, 844, 867, 879

Obligations

- positives : 280-281, 376, 462
- procédurales : voir **Procéduralisation**
- de motivation : 524, 756, 849
- de diligence : voir **Diligence**
- de réouverture : voir **Réouverture**

Office du juge

- européen : 401-402, 841-846
- national : 110, 472-474, 436, 643
- légitimité : voir **Légitimation**

Opinions séparées : 382-384

Optimisation (des sécurités juridiques) : 819-833

Ordre public européen : 4, 70-71, 152-153, 184-185, 217, 479, 538, 739-743, 842-844, 872-874, 882

P

Pacta sunt servanda : 151-152, 183, 804, 838, 879

Partenariat législatif : 470-471. Voir **Responsabilité partagée**

Particularisme national : 344, 364, 560, 585, 740, 883

Pédagogie : 747 et suiv.

Persuasion :

- force : 401-402, 661, 749-753, 829, 870
- autorité : 401, 640, 643, 736 et suiv., 783, 828
- motivation : 754-758
- acceptabilité : 401, 650, 660, 666, 688, 710, 759, 767, 832

Pluralisme : 554, 584, 708-710

Politique jurisprudentielle : 283, 417-418, 430, 514, 468, 702 et suiv., 711, 727, 739, 740, 778-779, 869, 877

Précédent (règle du) : 659-664

Précision (exigence de) : 79, 83, 93, 98, 108, 113, 134, 137, 139, 163, 552, 553

Publicité (exigence de) : 83, 93, 113, 138, 348, 764

Prédictibilité juridique : 12, 251, 519, 582-583, 782 et suiv., 860, 888. Voir aussi **Revirement (catalysation)**

Prééminence du droit : 188-123

Prescription :

- conventionnalité et encadrement des délais : 311-319
- atteintes : 587-606

Prévisibilité :

- notion : 135 et suiv.
- standard (de la légalité conventionnelle) : 268-276, 546-548
- de la jurisprudence : 469, 531, 551, 662-664, 869, 739, 786-787

Principe :

- Définition : 194-214
- Typologie :
 - directeur : 241-242
 - correcteur : 243-244
 - fondamental : 217-222
 - général : 228-230
 - général du droit : 223
 - général de droit : 226
 - de droit reconnu par les nations civilisées : 503-506
 - explicite : 197
 - implicite : 197
 - interprétatif : 234-235
 - normatif : 236-239

Probabilité : voir **Prédictibilité**

Procéduralisation : 278-279

Procédure :

- de réouverture : 321-330, 624-625
- de réexamen : 621
- de révision : 322-323

Procès équitable : voir **Droits de la défense**

Prospectivité :

- absolue : 793, 809, 821-822, 843
- limitée : 812

Protocole :

- d' amendement : 840
- Protocole n° 11 : 30, 292
- Protocole n° 16 : 724, 737, 762-764, 845, 855, 864, 886
- Protocole n° 15 : 283
- Protocole n° 14 : 841

Q

Qualité :

- des décisions de justice : Voir **Pédagogie**
- de la loi : 121-122, 137, 148, 163. Voy. plus largement **Légistique**
- des requérants : Voir **Requérant** (catégorie)

R

Raisonnable : 546-548

Rechtsstaat : 76-77. Voir aussi **État de droit**

Réouverture :

- procédure : 620 et suiv.
- "obligation" : 321-333, 624-632

Règle :

- de droit : 171-174
- de computation des délais : voir **Computation des délais**

Remèdes : 741 et suiv.

Réparation *in integrum* : voir **Satisfaction équitable**

Requérant :

- éclairé : 227, 561-579. Voir également **Responsabilisation (des individus)**
- *ex casu* : 338 -340, 692, 815
- *in casu* : 435, 429, 476-480, 599, 628-629, 692-695, 793, 809, 815, 843, 888
- *lambda* : 448-449, 565-566
- potentiels/ futurs : 295, 429, 370-373, 479 et suiv., 536, 635, 734
- professionnels : 447, 578-579
- vulnérables : 301, 353, 373, 452

Responsabilisation :

- des individus : 388, 421, 531-539, 457, 572 et suiv, 580-581, 592, 686, 767, 888
- des juges de la Convention : 522 et suiv., 740 et suiv., 795, 860 et suiv.
- des États : 468, 639, 678-679, 740
- partagée (responsabilité) : 284, 470, 724, 738, 825, 869

Rétroactivité

- absolue et ordinaire : 808
- législative : 485-508
- jurisprudentielle : voir **Revirement (insécurité)**
- *in mitius*: 126, 506-508
- *in malam partem* : 504 et suiv., 523, 598, 603

- non- rétroactivité de la loi pénale (principe) : 90, 126, 497 et suiv., 601

Rétrospectif : 680, 695

Revirement :

- typologie
 - blanc : 785-788
 - furtifs : 794-796
 - *in futuro* : 654, 660, 661, 691
- catalysation : 780-797
- effets : 646, 680 et suiv., 724, 811, 810, 818
- encadrement (mécanismes) : 657 et suiv.
- insécurité : 645 et suiv.
- théorie : 780 et suiv.

Rule of law : 118-120

S

Satisfaction équitable : 456-457, 622, 693-697, 732, 807-822

Sécurité juridique:

- Nature
 - principe (de sécurité juridique):
 - controverses doctrinales : 1 et suiv.
 - sens : 69-160
 - nature : 167-245
 - fonctions objectives : 251-337
 - fonctions subjectives : 338-420
 - lien entre sécurité juridique et effectivité : 160-162, 429 et suiv., 870 et suiv.
 - principe "des" sécurités juridiques : 411-418, 422-428, 429 et suiv.

- Typologie:
 - *inter partes* : 17, 19, 340. Voir **Sécurité juridique subjective**
 - *erga omnes* : 17, 339. Voir Sécurité juridique *in globo*
 - temporelle : 287-334, 585-729. Voir aussi Délai, Revirement, Rétroactivité, Prescription, Autorité de chose jugée, Réouverture
 - matérielle : 251-283, 437-483. Voir spéc. Qualité de la loi, Légistique, Contrôle *in concreto*, Contrôle *in abstracto*, Contextualisation Partenariat législatif, Prévisibilité, Accessibilité
 - objective:
 - de l'État : voir **But légitime**
 - *in globo*, de la Convention : 414-415, 640 et suiv.
 - effet : voir Objectivisation
 - subjective
 - individuelle : 15, 61, 153, 243, 295-297, 345-363, 412,446-449, 475-482, 617-618, 628, 692-596, 821-823. Voir en complément **Conflits intersubjectifs, Requérant**
 - étatique : 178-180, 291-293, 375-389, 412, 469-474, 615-616, 682-691, 824-826
 - effet : voir Subjectivisation
 - subjective objectivée : 408-410
 - procédurale : voir Légistique procédurale
 - préventive : 458, 475, 481, 706, 724, 787, 796, 845 et suiv., 886. Voir spéc. **Protocole n° 16, Contrôle *in abstracto***
 - intra jurisprudentielle : 702-715
 - post jurisprudentielle : 727 -733

Sécurisation juridique : 290, et suiv., 295 et suiv., 305, 339, 424, 440 et suiv., 451 et suiv., 468, 478-479, 537, 541, 542, 550 et suiv., 648, 661 et suiv., 680, 728, 739 et suiv., 762, 796, 830, 861 et suiv.

Sentiment (sécurité/insécurité juridique) : 15, 17, 60, 71, 338 et suiv., 354 et suiv., 374, 679, 696, 794

Souveraineté des États parties : 149, 252, 374, 379, 812

Stabilité :

- des rapports juridiques : 138, 486 et suiv., 497 et suiv., 520
- des rapports familiaux : 588 et suiv.
- jurisprudentielle : 144
- légale : 143, 254 et suiv.
- temporelle : voir **Sécurité juridique temporelle**
- matérielle : voir Sécurité juridique matérielle

Standard:

- notion : 256
- standardisation :
 - o matérielle : 256-272
 - o procédurale : 273-286

Stratégie (jurisprudentielle) : voir Interprétation (stratégique)

Subjectivisation:

- définition : 335
- positive :
 - o individus : 342-390, 451-459
 - o fiabilité du droit de la Convention : voir **Fiabilité juridique**
- négative: 542-584
- inversée : 550
- stratégique : 391-408

Subsidiarité (principe de) : 283-286., 318, 329, 429, 470-472, 557-558, 722-724, 734-735, 877, 882

Supports parajuridictionnels : 761-778

Sûreté : voir Arbitraire

T

Tiers : voir **Requérant** (*ex casu*)

Théorie du revirement jurisprudentiel : 779-797

Transparence : 78, 395, 647, 745-758, 762-763, 772, 788, 829, 861, 870

U

Unité (du droit) : voir **Cohérence**

V

Valeur : 188-194

Violation

- continue : 293-296, 337
- systémique, répétitive : voir **Arrêt pilote**

Viabilité juridique : 189, 484, 740, 88

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	I
LISTES DES PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	II
SOMMAIRE	III
INTRODUCTION GENERALE	1
I- L’objet de l’étude	5
A- Le champ sémantique : le principe de sécurité juridique	6
1°) L’indétermination de sa nature principielle	6
2°) Les incertitudes entourant la notion de « sécurité juridique »	7
a- Une notion polysémique et pluridisciplinaire.....	8
b- Une notion empreinte de paradoxes	11
B- Le champ matériel : « au sens du droit de la Convention »	13
a- La délimitation du champ textuel	13
b- La délimitation du champ jurisprudentiel.....	15
i- Le matériau principal : la jurisprudence strasbourgeoise.....	16
ii- Le matériau adjacent : la jurisprudence nationale.....	19
iii- Le matériau complémentaire : la jurisprudence européenne et internationale....	20
c- La (non) délimitation du champ temporel	21
II- Le développement de la problématique	23
A- L’intérêt de l’étude	23
B- La démarche scientifique retenue.....	27
1°) Les difficultés inhérentes à la démarche empirique.....	27
2°) Le recours palliatif à la méthode inductive	29
C- La construction de la problématique de l’étude	33
III- La thèse défendue et le plan subséquent de la démonstration	37
PARTIE I : LA MUTATION DU PRINCIPE « DE » SÉCURITÉ JURIDIQUE	41
TITRE I : UNE COMPLEXITE CONCEPTUELLE CARACTERISTIQUE DU PRINCIPE DE SECURITE JURIDIQUE	43
CHAPITRE 1 : LA CONSTRUCTION D’ « UN » PRINCIPE PLURIVOQUE DE SECURITE JURIDIQUE	45
Section I : L’eupéanisation de la notion de sécurité juridique.....	47
1§) L’éclosion du sens européen de sécurité juridique.....	48
A- Une redécouverte initiée par le droit allemand	48

1°) L'enrichissement de la notion au travers des évolutions du <i>Rechtsstaat</i>	49
2°) La sophistication d'un principe mixte à valeur constitutionnelle	52
B- Une redécouverte ultérieure par le droit de l'Union européenne	55
1°) La consécration d'un principe fondamental pluri sémantique	57
2°) La réadaptation du principe aux spécificités de l'ordre juridique de l'Union.....	60
2§) La sédimentation du sens européen de sécurité juridique	62
A- L'acceptation généralisée du versant objectif.....	64
1°) Une réception majoritaire dans les droits nationaux	64
2°) Une réception tardive en droit français	66
B- Une acceptation contingente du versant subjectif.....	71
1°) Une réception timorée dans les droits nationaux	71
2°) Une réception inavouée en droit français.....	74
a- Une reconnaissance subreptice par le juge constitutionnel	74
b- Une reconnaissance circonscrite par les juges administratifs et judiciaires	77
Section II : La « conventionnalisation » de la notion de sécurité juridique	82
1§) Une « <i>interdépendance</i> » originelle avec la prééminence du droit	84
A- Le développement conceptuel du principe dans la prééminence du droit.....	85
1°) Une genèse commune dans la lutte contre l'arbitraire	86
2°) Une concrétisation souterraine dans la prééminence du droit.....	89
B- L'autonomisation progressive de la sécurité juridique	92
1°) Un détachement croissant avec son principe-mère	92
2°) Son déploiement subséquent dans l'ensemble de la jurisprudence.....	95
2§) La consolidation d'un principe « au sens » de	96
A- La réappropriation prétorienne du sens objectif.....	97
1°) Le perfectionnement des déclinaisons liées à la qualité de la « base légale ».....	98
2°) Le perfectionnement des déclinaisons liées à la stabilité du droit	102
a- La stabilité « légale »	102
b- La stabilité « procédurale ».....	103
c- La stabilité « jurisprudentielle »	104
B- Les particularités du sens subjectif de la sécurité juridique	108
1°) Une sens spécifique par rapport à la conception internationale.....	109
a- Une sécurité fondamentalement étatique en droit international général	109
b- Une sécurité fondamentalement individuelle en droit de la Convention	111
2°) Un sens spécifique par rapport à la conception européenne	112
a- La réappropriation prétorienne des déclinaisons subjectives	112
i- La confiance légitime	113

ii- La bonne foi	114
iii- La notion de droits acquis	115
iv- L'espérance légitime	116
b- La réadaptation de la notion aux objectifs d'effectivité des droits fondamentaux	118
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	123
CHAPITRE 2 : LA QUALIFICATION EQUIVOQUE DU « PRINCIPE » DE SECURITE JURIDIQUE	125
Section I : Une nature principielle incertaine.....	127
1§) Les ambiguïtés extrinsèques provenant de la notion de « principe »	128
A- Les incompatibilités conceptuelles du « principe » de sécurité juridique.....	129
1°) L'exclusion prudente d'une « règle » de droit	129
2°) L'exclusion justifiée d'un « droit fondamental ».....	133
a- Un cadre théorique approximatif.....	134
i- La relativité des critères constitutifs d'un droit fondamental individuel	134
ii- L'anachronisme des critères constitutifs d'un droit fondamental de l'État	136
b- Un concept inadapté à la sécurité juridique.....	138
i- L'impertinence du critère formel	139
ii- L'absence nuancée de fondamentalité substantielle	140
B- Les compatibilités conceptuelles du « principe » de sécurité juridique.....	143
1°) Une assimilation explicite à la « valeur » sécurité juridique	143
2°) Une assimilation implicite à la « norme » sécurité juridique.....	145
2§) Les ambiguïtés intrinsèques provenant du « principe » conventionnel de sécurité juridique	147
A- Essai d'une typologie générale des critères d'identification d'un « principe »	149
1°) Les apports insuffisants des approches classiques.....	150
a- La défaillance patente du critère de la positivité	150
b- L'intérêt renouvelé de la généralité	151
c- Le dépassement des obstacles liés à la normativité.....	152
2°) Les apports complémentaires des approches fonctionnelles.....	156
B- L'acceptation mesurée du caractère principiel de la sécurité juridique	158
1°) Une qualification globalement pertinente	158
2°) Une pertinence entachée par une normativité à géométrie variable	159
a- L'abandon du paradigme de la normativité stricte au profit d'une normativité graduelle	159
b- Une variabilité normative compatible avec la qualification théorique du principe	

Section II : Un principe général <i>sui generis</i>	165
1§) Un choix justifié par la singularité d'un principe pluri catégoriel	165
A- La qualification satisfaisante d'un « principe fondamental » de sécurité juridique.....	166
1°) Une classification conforme.....	167
2°) Une classification limitante.....	169
B- La qualification opportune d'un « principe général » de sécurité juridique	170
1°) Une classification inadéquate en principe général du droit	172
2°) Une classification adéquate en principe général	176
2§) Un choix entériné par la singularité d'un principe pluri fonctionnel	179
A- L'alternance atypique des fonctions fondamentales	180
1°) Un principe essentiellement interprétatif	180
2°) Un principe incidemment normatif	182
B- L'alternance complémentaire des fonctionnalités techniques.....	183
1°) Un principe directeur dans sa dimension objective	184
2°) Un principe correcteur dans sa dimension subjective	185
CONCLUSION DU CHAPITRE	189
CONCLUSION DU TITRE I	191
TITRE II : UNE PLURALITE FONCTIONNELLE REVELATRICE DU PRINCIPE « DES » SECURITES JURIDIQUES	193
CHAPITRE 1 : LES FONCTIONS OBJECTIVES	195
Section I : L'encadrement de la légalité européenne	198
1§) La standardisation matérielle de la légalité	200
A- L'omission volontaire de légistique formelle	201
1°) Un détachement tangible sur la forme et la source de la « loi » nationale.....	202
a- L'indifférence quant à la forme	202
b- L'indifférence quant à son origine	203
2°) Un détachement artificiel sur la valeur normative de la « loi » nationale.....	205
B- L'édification d'une légistique matérielle	207
1°) Le standard d'accessibilité	207
2°) Le standard de prévisibilité	208
a- L'examen de la prévisibilité légale.....	209
b- L'examen complémentaire de l'interprétation jurisprudentielle	212
2§) La standardisation procédurale de la légalité	215
A- Une légistique dérivée de la « procéduralisation »	216
1°) Le contrôle d'adéquation légale.....	217
2°) Le contrôle d'adéquation procédurale.....	219

B- Une légistique corrélée avec les évolutions du principe de subsidiarité.....	221
Section II : L’encadrement de la temporalité du système conventionnel	225
1§) Le bornage de la temporalité conventionnelle	225
A- La délimitation factuelle : la compétence <i>ratione temporis</i> de la Cour	226
1°) Un objectif premier de sécurisation étatique.....	227
2°) Un objectif secondaire de sécurisation individuelle	229
B- La délimitation procédurale : la règle de computation des délais	231
1°) La flexibilité des règles de computation du <i>dies a quo</i>	232
2°) L’inflexibilité des règles de computation du <i>dies ad quem</i>	235
2§) Le bornage de la temporalité interne.....	237
A- Le contrôle inquisitif des délais de prescription.....	238
1°) Un examen souple sur la nature du délai	239
2°) Un examen renforcé sur les modalités de computation des délais nationaux	241
a- La prohibition d’une fixation arbitraire du <i>dies a quo</i> par les juges nationaux.....	241
b- L’imposition du <i>dies a quo</i> des actions en indemnisation des victimes ayant subi une atteinte à leur intégrité physique.....	243
B- Un contrôle ambivalent sur les atteintes à l’autorité de chose jugée des décisions nationales.....	246
1°) Le cas d’une réouverture interne portant atteinte à un jugement définitif.....	247
2°) Le cas d’une réouverture consécutive à un arrêt de condamnation de la Cour européenne	250
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	257
CHAPITRE 2 : LES FONCTIONS SUBJECTIVES	259
Section I : Une subjectivisation effectuée au service la securite juridique des sujets de droit conventionnel.....	263
1§) Une protection « augmentée » de la sécurité juridique individuelle	265
A- La protection de la stabilité juridique par les dérivés objectifs.....	266
1°) La subjectivisation du standard de l’accessibilité	266
2°) La subjectivisation du standard de prévisibilité.....	269
B- La protection de la confiance par les dérivés subjectifs.....	273
1°) La protection de la « confiance du public » contre les abus des autorités publiques	273
2°) La protection de la « confiance du public » contre les abus des autorités judiciaires	277
2§) Une protection évolutive de la sécurité juridique étatique	281
A- Un intérêt initialement objectif	282

1°) Un but légitime limitatif à des fins de protection de l'ordonnement juridique national.....	282
2°) Un but légitime restrictif aux fins de protection des droits d'autrui	284
B- Un intérêt nouvellement subjectif	286
1°) La revendication d'un intérêt subjectif par les États parties	287
2°) Une réception circonspecte dans la jurisprudence de la Cour.....	290
a- Une sécurité juridique matérialisée dans les opinions séparées	290
b- Une sécurité juridique dissimulée par la Cour	292
Section II : Une subjectivisation stratégique au service de la fiabilité du droit de la convention.....	297
1§) Une subjectivisation symptomatique d'un juge en quête de légitimité.....	298
A- L'essor argumentatif de la sécurité juridique subjective.....	299
1°) Une mobilisation contingente dans la motivation de la Cour	300
2°) Une mobilisation importante dans les opinions séparées.....	301
B- Un essor tactique aux fins de légitimation de l'office du juge.....	304
2§) Une subjectivisation symptomatique d'une conciliation entre les « sécurités juridiques »	308
A- Une subjectivisation tempérée par l'objectivisation globale du contentieux européen .	308
1°) Prolégomènes sur l'objectivisation actuelle du contentieux européen	309
2°) Sécurité juridique subjective ou sécurité juridique objective « subjectivée » ?	312
B- Une subjectivisation révélatrice d'une pluralité de « sécurités juridiques »	314
1°) La conciliation première des intérêts divergents de sécurité juridique	314
2°) La préservation finaliste de la sécurité juridique <i>in globo</i> du système conventionnel	315
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	319
CONCLUSION DU TITRE II	323
CONCLUSION DE LA PARTIE I.....	325
PARTIE II : LA PORTEE AMBIVALENTE DU PRINCIPE « DES » SECURITES JURIDIQUES A L'AUNE DE L'OBJECTIF D'EFFECTIVITE DES DROITS ET DU DROIT DE LA CONVENTION.....	327
TITRE I: UNE CONCILIATION PERFECTIBLE DES INTERETS ETATIQUES ET INDIVIDUELS DE SECURITE JURIDIQUE AVEC L'EFFECTIVITE DES DROITS	331
CHAPITRE 1 : L'EFFICACITE CONGRUENTE DU PRINCIPE EN FAVEUR DE L'EFFECTIVITE DES DROITS.....	333
Section I : La complémentarité des contrôles de la légalité matérielle	336
1§) Une interprétation flexible de la légalité dans le contrôle <i>in concreto</i>	339

A- Une sécurisation objective en amont.....	340
1°) Une contextualisation graduelle par les dérivés objectifs.....	340
a- Une sécurisation contextualisée par le domaine de la loi.....	340
i- Une sécurisation objective <i>a maxima</i> pour les domaines sujets à l'arbitraire... 340	
ii- Une sécurisation objective <i>a minima</i> pour les domaines techniques et/ou complexes.....	342
b- Une sécurisation contextualisée par la qualité du requérant	343
i- Une sécurisation objective minimale en défaveur des requérants professionnels	343
ii- Une sécurisation objective maximale en faveur des requérants « <i>lambda</i> ».....	344
2°) Une objectivisation spécifique par la notion d'espérance légitime.....	345
B- Une sécurisation individuelle en aval.....	347
1°) L'effet « correctif » de la subjectivisation des dérivés objectifs.....	348
2°) L'effet « tutélaire » de la subjectivisation des dérivés subjectifs	350
2§) Une interprétation préventive de la légalité par le contrôle <i>in abstracto</i>	355
A- Un contrôle <i>in abstracto</i> « directif »	356
1°) Un accompagnement législatif pédagogique : la diffusion de « législations-types »	356
2°) Un accompagnement législatif curatif : la procédure de l'« arrêt pilote ».....	359
B- Un contrôle <i>in abstracto</i> mélioratif.....	363
1°) La préservation directe de la sécurité juridique étatique.....	363
a- Un contrôle répondant au « <i>partenariat législatif</i> »	364
b- Un contrôle revalorisant l'office du juge national.....	365
2°) La prévention indirecte des sécurités juridiques subjectives	367
a- La protection principale de la sécurité juridique du requérant <i>in casu</i>	368
b- La protection secondaire de la sécurité juridique des requérants potentiels et futurs	371

Section II : La régulation du contrôle de la légalité matérielle avec la légalité temporelle. 376

1§) La résolution des conflits issus de la rétroactivité législative	376
A- La prévalence contrastée de la rétroactivité des lois civiles sur la stabilité des rapports juridiques.....	377
1°) Une prépondérance peu effective dans le contentieux des lois de validation.....	378
2°) Une prépondérance marquée dans le contentieux des lois fiscales.....	381
B- La prévalence atténuée de la stabilité des rapports juridiques sur la rétroactivité des lois pénales.....	385
1°) Une prépondérance de principe par la non-rétroactivité des lois plus sévères	385
2°) Une prépondérance assouplie par les exceptions au principe de non-rétroactivité... 389	

a- Une exception textuelle ambiguë : la rétroactivité des « <i>principes généraux de droit reconnu par les nations civilisées</i> » au sens de l'article 7 paragraphe 2.....	389
b- Une exception prétorienne bienvenue : la rétroactivité <i>in mitius</i>	391
2§) La résolution des conflits générés par la rétroactivité jurisprudentielle.....	393
A- La primauté initiale de la rétroactivité jurisprudentielle	394
1°) Une conventionnalité complaisante sur l'application rétroactive immédiate du revirement	395
2°) Une justification discutable sur l'absence de « <i>droit à une jurisprudence constante</i> »	398
a- Une motivation compréhensible pour l'évolution interne de la jurisprudence	398
b- Une motivation pernicieuse pour la stabilité des rapports juridiques.....	399
B- Un effort récent de revalorisation de la stabilité matérielle	401
1°) La responsabilisation des juges nationaux sur la prévisibilité de leurs revirements.	401
a- L'examen de la cohérence du revirement jurisprudentiel	401
b- L'examen de la cohérence des divergences jurisprudentielles.....	404
2°) Une responsabilisation bénéfique pour la prévisibilité des situations juridiques	406
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	411
CHAPITRE 2 : L'EFFICACITE DETOURNEE DU PRINCIPE EN DEFAVEUR DE L'EFFECTIVITE DES DROITS.....	413
Section I : Les atteintes à la sécurité juridique subjective dans le contrôle de la légalité	
matérielle	415
1§) Une subjectivisation négative provenant de la variabilité du contrôle de la légalité	416
A- Les dérives de la contextualisation interne	416
1°) La malléabilité des standards de la légalité.....	417
a- L'imprécision des seuils de prévisibilité et d'accessibilité	417
i- Une prévisibilité « <i>raisonnable</i> ».....	417
ii- Une accessibilité « <i>suffisante</i> »	420
b- Une approximation favorisant une subjectivisation inversée.....	421
2°) L'instabilité des critères endogènes de la légalité.....	423
B- Les dérives de la contextualisation externe.....	426
1°) Les cas de neutralisation stratégique.....	427
2°) Les cas de neutralisation dangereuse	429
2§) Une subjectivisation négative provoquant une responsabilisation des requérants-justiciables	433
A- La matérialisation d'une obligation de diligence du « <i>requérant éclairé</i> »	434
1°) Un devoir préalable d'information juridique	435

a- Une obligation tempérée pour les requérants <i>lambda</i>	435
b- Une obligation présumée pour les requérants professionnels	436
2°) Le devoir continu de bonne conduite	438
B- Les dangers de la responsabilisation sur les droits conventionnels du « requérant éclairé »	441
1°) Le durcissement de l'obligation de diligence	442
a- Un risque circonscrit pour les requérants <i>lambda</i> aux conditions de recevabilité des requêtes	442
b- Un risque généralisé pour les requérants professionnels.....	444
2°) Vers une obligation d'anticipation du « requérant éclairé » ?	447
Section II : Les atteintes à la sécurité des rapports juridiques dans le contrôle des mécanismes temporels nationaux	451
1§) Les atteintes à la prescription	452
A- La levée des mécanismes prescriptifs dans le cadre de la sécurité juridique des rapports familiaux	452
1°) Des entorses permissives pour la sécurité juridique du requérant	453
2°) Des atteintes limitatives pour la sécurité juridique des tiers et la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant	455
B- L'imprescriptibilité des crimes commis par les agents de l'État	460
1°) L'imprescriptibilité rétroactive des crimes de guerre et crimes contre l'humanité ..	460
a- La neutralisation des délais de prescriptions nationaux	460
b- La neutralisation subséquente de la sécurité juridique subjective.....	462
2°) Une imprescriptibilité potentiellement élargie aux actes de torture.....	465
2§) Les atteintes à l'autorité de chose jugée	469
A- Les procédures de réouverture introduites par le juge national	470
1°) Des dérogations conventionnellement admises	470
a- Une admissibilité d'origine prétorienne pour l'article 6§1	470
b- Une admissibilité d'origine textuelle pour l'article 4 du Protocole n° 7.....	471
2°) Des dérogations respectueuses des sécurités juridiques	475
a- Une protection affirmée de la sécurité juridique de l'État	475
b- Une protection relative des sécurités juridiques subjectives	476
B- Les procédures de réouverture consécutives à un arrêt de condamnation de la Cour européenne	479
1°) La remise en cause de l'autorité de chose jugée d'un arrêt définitif de la Cour européenne	479
a- La procédure de réexamen.....	480

b- La demande de révision.....	480
2°) La remise en cause de l'autorité de chose jugée d'un arrêt national.....	482
a- Une « obligation » timorée de réouverture à la charge de l'État.....	483
b- Une « obligation » délétère pour les sécurités juridiques subjectives	486
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	491
CONCLUSION DU TITRE I.....	495
TITRE II : UNE CONCILIATION INSUFFISANTE ENTRE SECURITE JURIDIQUE <i>IN GLOBO</i> ET EFFECTIVITE DU DROIT	499
CHAPITRE 1 : LES GERMES DE L'INEFFECTIVITE DU DROIT.....	501
Section I : Les sources immédiates d'insécurité jurisprudentielle	502
1§) La dénaturation prétorienne du principe de sécurité juridique dans la régulation des revirements	504
A- L'introduction du principe dans la motivation du revirement.....	505
1°) Un outil de légitimation du revirement	506
a- Une légitimation « décomplexée » dans la jurisprudence européenne.....	506
b- Une légitimation encourageante dans les jurisprudences françaises.....	507
2°) Un outil d'accompagnement à l'évolution jurisprudentielle.....	508
B- L'« instrumentalisation » du principe dans l'application du revirement	511
1°) L'usage discrétionnaire des instruments du revirement.....	511
a- La manipulation de la règle du précédent.....	512
i- Un usage initialement vecteur de sécurisation jurisprudentielle.....	512
ii- Un usage ambivalent vecteur de « désécurisation » jurisprudentielle	513
b- La manipulation de l'interprétation consensuelle.....	517
i- Une interprétation majoritairement vectrice de « désécurisation » jurisprudentielle.....	517
ii- Une interprétation ponctuellement refreinée à des fins de sécurisation jurisprudentielle.....	519
2°) L'usage artificiel des motifs « valables » du revirement	521
a- L'aléa du motif de l'adaptation	521
b- La réversibilité du motif de la clarification	523
c- L'adjonction opportune du motif du désengorgement	526
2§) Les conséquences du revirement strasbourgeois sur les intérêts des sécurités juridiques	528
A- Les répercussions sur la sécurité juridique des États	529
1°) Les lésions usuelles causées par la rétroactivité	530
a- L'atteinte automatique à la sécurité juridique de l'État défendeur.....	531
b- L'atteinte généralisée à la sécurité juridique des États parties	532

2°) Les lésions atypiques de la rétroactivité du revirement	534
a- La « désécurisation » partielle du revirement « correctif »	534
b- La « désécurisation » intégrale par le revirement régressif	536
B- Les répercussions sur les sécurités subjectives des requérants	540
1°) L'atteinte systématique à la sécurité juridique du requérant <i>in casu</i>	540
2°) L'atteinte aléatoire à la sécurité juridique des requérants <i>ex casu</i>	543
Section II : Les sources médiatees d'insécurité jurisprudentielle	547
1§) L'insécurité intra jurisprudentielle	548
A- Le risque d'incohérence	550
1°) L'incohérence interne au sein de la jurisprudence de la Cour européenne.....	550
a- Les incohérences « normales » de jurisprudence	551
b- Les incohérences « anormales » de jurisprudence	553
2°) Un risque externe avec le droit international et européen des droits de l'homme	556
B- Le risque de désunion.....	559
1°) Des dissensions résiduelles entre les formations de jugement.....	560
2°) Des dissensions récurrentes avec le juge « naturel » de la Convention	563
2§) L'insécurité post jurisprudentielle.....	568
A- Les manquements « politiques » : les inexécutions à caractère souverainiste.....	569
B- Les manquements « pratiques » : les retards dans le processus d'exécution et de paiement de la satisfaction équitable	572
C- Les manquements structurels : les violations systémiques et/ou répétitives	573
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	579
CHAPITRE 2 : LES REMEDES A L'INEFFECTIVITE DU DROIT	583
Section I : L' « éthique jurisprudentielle » comme palliatif actuel contre l'insécurité <i>in</i> <i>globo</i>	585
1§) Un traitement global par le développement de la pédagogie juridictionnelle	587
A- Une pédagogie motivationnelle perfectible.....	588
1°) Une motivation formelle satisfaisante.....	589
a- La rationalité structurelle des arrêts	589
b- La limpidité du style rédactionnel	591
2°) Une motivation persuasive corrigible	593
a- Une rigueur structurelle artificielle	593
b- Un style « compassionnel » déviant	596
B- Une pédagogie ingénieuse par la promotion des supports parajuridictionnels	598
1°) Des outils fructueux de pédagogie juridictionnelle.....	600
a- Une pédagogie « éducative ».....	600

b- Une pédagogie « implicative ».....	602
c- Une pédagogie « légitimatrice ».....	605
2°) Des gains pédagogiques subordonnés à un usage précautionneux desdits outils	608
a- Un risque minimal d'inintelligibilité et d'externalisation de la motivation	608
b- Un risque potentiel du mésusage politique des supports.....	611
2§) La théorisation du revirement comme traitement spécifique à l'insécurité des revirements	614
A- La catalysation méthodique de l'insécurité juridique du revirement.....	614
1°) Une catalysation immédiate par une signalisation discursive du revirement	614
2°) Une catalysation « à rebours » par une signalisation prédictive des revirements.....	615
a- La pratique régulière des <i>obiter dicta</i>	616
b- La pratique intermittente des revirements « blancs ».....	619
B- Une catalysation imparfaite de l'insécurité juridique	621
1°) Les carences conceptuelles des mécanismes catalyseurs.....	621
2°) Les carences fonctionnelles des mécanismes catalyseurs	622
a- Une prédictibilité s'apparentant à une promesse de revirement.....	622
b- La compatibilité contestable du revirement blanc avec le système de protection des droits de l'homme.....	625
c- La résurgence de la pratique des revirements « furtifs ».....	626
Section II : Le droit transitoire jurisprudentiel comme solution future contre l'insécurité juridique <i>in globo</i>	630
1§) Une concrétisation tacite	631
A- L'éclosion d'une prérogative de modulation prétorienne	632
1°) La modulation velléitaire des arrêts ordinaires	632
a- Une prérogative captée dans l'arrêt <i>Marckx</i>	632
b- Une prérogative silencieuse dans la jurisprudence ultérieure	636
i- Une modulation refoulée par la Cour européenne de ses propres arrêts.....	636
ii- Une modulation concédée pour les juridictions nationales.....	639
2°) L'arrêt pilote, une modulation ignorée ?.....	642
B- Une concrétisation salutaire pour les sécurités juridiques	646
1°) L'optimisation de la conciliation entre les intérêts antagonistes de sécurités juridiques par la modulation <i>in concreto</i>	646
a- Des sécurités juridiques subjectives préservées dans la gestion de la prospectivité jurisprudentielle.....	647
b- Des sécurités juridiques étatiques reconsidérées dans la gestion de la rétroactivité jurisprudentielle.....	650

2°) L'optimisation de la sécurité juridique <i>in globo</i> par la modulation <i>in abstracto</i>	652
a- Une optimisation subordonnée par le développement du conséquentialisme jurisprudentiel.....	653
b- Une optimisation conditionnée par l'exercice simultané de la modulation <i>in concreto</i>	656
2§) Une réalisation contrariée.....	657
A- Les obstacles liés à l'adoption d'un régime de droit transitoire jurisprudentiel	657
1°) L'obstacle juridique : l'absence d'habilitation textuelle	658
2°) L'obstacle idéologique : la permutation potentielle de l'office de la Cour.....	661
a- Le maintien d'un office protecteur des droits fondamentaux.....	662
b- Une mutation accentuée vers un office constitutionnalisé	666
B- Les obstacles liés à l'application du droit transitoire jurisprudentiel.....	669
1°) La délimitation adéquate de la compétence de modulation	669
a- Un appareillage diversifié.....	669
b- Un appareillage réservé à la Grande chambre	671
c- Un appareillage circonscrit à certains domaines	672
2°) Un exercice compromis de la compétence de modulation.....	673
a- L'hypothèse des conflits de modulation entre les juges de la Convention.....	674
b- L'hypothèse de l'inexécution de l'arrêt « modulé ».....	675
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	681
CONCLUSION DU TITRE II.....	683
CONCLUSION DE LA PARTIE II.....	687
CONCLUSION GENERALE	691
BIBLIOGRAPHIE GENERALE	709
I- OUVRAGES.....	710
A- Dictionnaires	710
B- Ouvrages généraux, traités, manuels.....	710
C- Ouvrages spécialisés	714
D- Ouvrages collectifs : actes de colloques, journée d'étude et séminaires.....	717
1°) Ouvrages dirigés	718
2°) Autres	723
E- Mélanges	723
F- Thèses et mémoires.....	726
II- ARTICLES ET CONTRIBUTIONS.....	732
A- Articles de revues.....	732
B- Contributions issues de Mélanges.....	759

C- Contributions issues de colloques, séminaires et autres ouvrages collectifs.....	767
III- CHRONIQUES, OBSERVATIONS ET NOTES DE JURISPRUDENCE.....	783
A- Chroniques de jurisprudence.....	783
1°) Générales.....	783
2°) Spécifiques.....	784
B- Observations et notes de jurisprudence.....	785
IV- AUTRES.....	787
A- Rapports.....	787
B- Publications du Conseil de l'Europe.....	787
1°) Rapports et déclarations.....	787
2°) Recommandations.....	788
3°) Divers.....	788
C- Discours, allocutions, interventions.....	789
D- Webographie sommaire.....	790
INDEX DE LA JURISPRUDENCE CITEE.....	791
INDEX ALPHABETIQUE.....	827

Vu et permis d'imprimer

Montpellier, le

Le Président de l'Université de Montpellier

Philippe AUGE

Résumé en français :

Issu d'un phénomène d'acculturation juridique, le principe de sécurité juridique a été consacré dès 1979 dans l'arrêt *Marckx contre Belgique*. Puisant son origine dans la prééminence du droit et l'État de droit, le principe « au sens » du droit de la Convention est un principe pluri-identitaire. D'une part, il est polysémique de par la multitude de dérivés objectifs et subjectifs qui le composent. D'autre part, il est pluri fonctionnel en ce qu'il garantit la stabilité et la fiabilité du système conventionnel, en assurant la protection d'une pluralité de sécurité juridique : celle des États, celle des individus et celle *in globo* du mécanisme conventionnel. Bien que sa plurivocité conforte son ambigüité notoire, elle est en réalité symptomatique d'une mutation en un principe « des » sécurités juridiques. Si la promotion d'une conception flexible de la sécurité juridique par la Cour coïncide avec la protection effective des libertés et droit conventionnels, elle creuse le lit de l'insécurité juridique en nuisant à l'effectivité des droits. En outre, l'imprévisibilité de sa jurisprudence alimente la crise de légitimité qui assaille son prétoire, ce qui amenuise l'effectivité du droit. La résorption de l'insécurité juridique *in globo* réside alors dans la recherche de palliatifs visant à pérenniser la conciliation entre les sécurités juridiques et l'objectif d'effectivité *des* droits et *du* droit de la Convention.

Titre et résumé en anglais :**The principal of legal certainty in the European Convention of Human Rights**

Result of a crossed-fertilization phenomenon, the principal of legal certainty has been enshrined since 1979 in the case *Marckx v. Belgium*. Rooted in the Rule of law, the principle within the meaning of Convention law is a multi-identity principle. On the one hand, on the other hand it is polysemous by the multitude of objective and subjective derivatives that compose it. Lastly, it is multifunctional in that it guarantees the stability and the reliability of the conventional system, by ensuring the protection of a plurality of interest of legal certainty: that of the States, that of the individuals and that of the conventional mechanism. Whereas its polyvocality confirms its notorious ambiguity, it is in reality symptomatic of a mutation into a principle of legal "certainties". If the promotion of a flexible conception of the legal certainty by the Court coincide with the effective protection of liberties and conventional rights, it deepens the legal insecurity by interfering with harming the effectiveness of rights. Furthermore, the unpredictability of its jurisprudence fuel the legitimacy crisis that is besetting its courtroom, which reduces the effectiveness of the law. The resorption of the legal insecurity lies within the research for palliatives to perpetuate the conciliation between the legal securities and the objective of effectiveness of the rights and of the law of the Convention.

Discipline : Droit public

Mots-clés : Confiance, Cour européenne des droits de l'homme, Dialogue des juges, Droit transitoire, Effectivité, État de droit, Fiabilité, Imprévisibilité, Insécurité juridique, Légalité, Objectivisation, Pédagogie, Prédicibilité, Prééminence du droit, Principes, Revirement, Sécurité juridique, Subjectivisation

Intitulé et adresse de la Faculté ou du Laboratoire :

INSTITUT EUROPEEN DES DROITS DE L'HOMME, 39 Rue de l'Université, 34060 Montpellier Cedex 2