














La reconnaissance par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ou : la révolution du 15 avril (Cass., ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.049, D. 2011. 1080, et les obs.  ; AJ pénal 2011. 311, obs. C. Mauro  ; n° 10-30.313, n° 10-30.316, D. 2011. 1128, entretien G. Roujou de Boubée  ; *ibid.* 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay  ; Constitutions 2011. 326, obs. A. Levade  ; RSC 2011. 410, obs. A. Giudicelli )

Jean-Pierre Marguénaud, Professeur de la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges (OMIJ)

Il y a quelques années, Pascale Deumier, colocataire à temps partagé de cette chronique sourcière, avait salué « l'avènement des arrêts de la Cour EDH au visa des arrêts de la Cour de cassation » (RTD. civ. 2007. 536 ) résultant d'un arrêt de la chambre sociale du 13 juin 2007. Avec la rigueur euphorisante qui la caractérise, elle avait qualifié ce visa, grâce auquel la chambre sociale de la Cour de cassation pouvait faire prévaloir, contre le législateur et contre l'Assemblée plénière, la solution audacieuse qu'elle avait retenue dans le contentieux des lois de validation par son arrêt du 24 avril 2001, de « visa goguenard ». Cet arrêt, visant expressément un arrêt de la Cour EDH *Arnolin et autres* rendu contre la France le 9 janvier 2007, était assurément spectaculaire et légèrement provocateur. Pourtant, il ne faisait que donner à un arrêt de la Cour de Strasbourg un peu plus de majesté qu'à ceux ayant déjà eu l'honneur, depuis un arrêt de la première chambre civile du 10 janvier 1984, de figurer dans les motifs d'une décision de la Haute juridiction judiciaire. L'arrêt de la chambre sociale du 13 juin 2007 aboutissait, certes à « un grand écart entre les arrêts de la Cour de cassation ne faisant aucune allusion à la jurisprudence européenne pourtant suivie et ceux élevant la décision européenne au rang de fondement légal de la cassation », mais elle ne constituait, en définitive, qu'une étape d'une évolution en marche depuis plusieurs années. C'est bien pourquoi l'avisée commentatrice de cet avènement des arrêts de Strasbourg au visa des arrêts de la cour du Quai de l'horloge avait dû s'interroger longuement sur l'interprétation qu'il fallait donner à « cette étrange élévation » : ... « reconnaissance de l'autorité de la décision ? », « reconnaissance de l'interprétation européenne ? », « reconnaissance de l'autorité de l'interprétation européenne ? »... Par deux arrêts de rejet et un arrêt de cassation partielle relatifs à la garde à vue, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a balayé ces interrogations en reconnaissant, à partir des arrêts *Salduz* (CEDH, 27 nov. 2008, n° 36391/02, AJDA 2009. 872, chron. J.-F. Flauss  ; GAPP, 7^e éd. 2011, n° 27) et *Dayanan* (CEDH, 13 oct. 2009, n° 7377/03, D. 2009. 2897  , note J.-F. Renucci  ; AJ pénal 2010. 27  , étude C. Saas  ; RSC 2010. 231, obs. D. Roets ) rendus l'un et l'autre contre la Turquie, l'autorité interprétative des arrêts de la Cour EDH. Dans un attendu de principe finement ciselé, débordant à l'évidence le terrain miné de la garde à vue qui en a été l'occasion, ils proclament en effet que :

« les Etats adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation ».

S'inscrivant dans un contexte de crise larvée, que l'on arrive à supputer même depuis Limoges, et qui peut pousser la Cour de cassation à s'appuyer de toutes ses forces sur la Convention EDH et la Cour de Strasbourg pour éviter de passer sous les fourches caudines du Conseil constitutionnel armé de la QPC et enhardi par de solides relations de mitoyenneté avec le Conseil d'Etat, ces trois arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ne pourront manquer de passer à leur tour pour des « arrêts goguenards ». Comme ils

confortent, à un point inespéré, les positions inlassablement défendues dans cette chronique depuis 1996, il conviendra donc de faire effort pour ne pas en livrer un commentaire qui pourrait être lui aussi ressenti comme un commentaire goguenard. Il faut au contraire respecter les sentiments blessés des innombrables privatistes français pour qui les arrêts du 15 avril 2011 sonnent le glas de leurs illusions souverainistes et rendre hommage à ceux qui, avec courage et panache, livreront contre eux un implacable baroud d'honneur en les qualifiant d'arrêts de règlement prohibés par l'article 5 du code civil et en faisant peser sur les Hauts magistrats qui les ont rendus le soupçon d'avoir commis le crime odieux de forfaiture. Il n'est pas improbable, néanmoins, qu'ils mesureront rapidement l'immuable pertinence de la célèbre formule élaborée par Flour dans un tout autre contexte : on n'arrête pas un raz-de-marée avec une palissade. Car les arrêts du 15 avril 2011 constituent bien un raz-de-marée, une révolution d'une ampleur jamais égalée, en matière de sources du droit, depuis l'arrêt *Société des cafés Jacques Vabre* rendu par une chambre mixte de la Cour de cassation le 24 mai 1975. Il convient donc d'essayer d'expliquer en quoi les trois arrêts de l'Assemblée plénière sont à l'origine de « la révolution du 15 avril ».

Pour le faire comprendre, il faut demander aux lecteurs de la Revue trimestrielle de droit civil de faire l'effort insolite d'un détour par la procédure pénale. C'est en effet, comme on l'a dit, la tourmente dans laquelle la garde à vue à la française a été prise après les arrêts *Salduz* et *Dayanan* qui est à l'origine du tournant vraisemblablement historique négocié par l'Assemblée plénière au printemps 2011. Comme ces arrêts, de Grande chambre pour le premier et de chambre pour la second, avaient dressés des constats de violation de l'article 6, § 1, par la Turquie parce qu'elle n'avait pas garanti l'accès à un avocat, et même l'assistance par un avocat, dès le moment du placement d'une personne en garde à vue, un intrépide limougeaud devenu bâtonnier de l'Ordre des avocats du Barreau de Paris, Me Christian Charrière-Bournazel, s'était ouvertement réclamé de leur autorité interprétative pour dénoncer l'illégalité de toutes les gardes à vue alors organisées en France. La polémique provoquée par cette offensive européenne avait d'ailleurs été si vive qu'un quotidien parisien paraissant en début d'après-midi avait dû s'en faire l'écho dans son numéro daté du 19 novembre 2009 et profiter de l'occasion pour proférer la bourde de la décennie en affirmant que, contrairement à la Cour de Justice des communautés européennes, la Cour EDH ne rendait que des avis consultatifs... Alors le débat quitta, temporairement, le terrain de la Convention EDH pour être orienté vers la juvénile mais sémillante Question prioritaire de constitutionnalité qui devait faire sa tonitruante entrée en scène le 1^{er} mars 2010. Dès le 1^{er} juin 2010, le Conseil constitutionnel fut donc saisi par la Cour de cassation d'une question relative à la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des articles du code de procédure pénale relatifs au régime de la garde à vue. Ce régime ayant été modifié un nombre à peine calculable de fois au cours des 30 dernières années, le Conseil constitutionnel, saisi au titre du traditionnel contrôle de constitutionnalité *a priori*, n'avait pas manqué une seule occasion de se faire le plaisir d'affirmer qu'il répondait en tous points aux exigences constitutionnelles. Or, par la décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 (AJDA 2010. 1556  ; D. 2010. 1928, entretien C. Charrière-Bournazel  ; *ibid.* 1949, point de vue P. Cassia  ; *ibid.* 2254, obs. J. Pradel  ; *ibid.* 2696, entretien Y. Mayaud  ; *ibid.* 2783, chron. J. Pradel  ; *ibid.* 2011. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay  ; GAPP, 7^e éd. 2011, n° 27 ; AJ pénal 2010. 470, étude J.-B. Perrier  ; Constitutions 2010. 571, obs. E. Daoud et E. Mercinier  ; *ibid.* 2011. 58, obs. S. De La Rosa  ; RSC 2011. 139, obs. A. Giudicelli  ; *ibid.* 165, obs. B. de Lamy  ; *ibid.* 193, chron. C. Lazerges  ; RTD civ. 2010. 513, obs. P. Puig  ; *ibid.* 517, obs. P. Puig ), il a complètement tourné casaque en faisant valoir que la banalisation du recours à la garde à vue dont on avait dénombré 790 000 cas en 2009, justifiait un réexamen de la constitutionnalité des dispositions contestées. Il n'est pas certain qu'il ait pu livrer toutes les raisons de ce revirement. Les sages qui le composent ne pouvaient pas ignorer, en effet, l'existence des arrêts *Salduz* et *Dayanan c/ Turquie* et les fins juristes qui les entourent devaient bien subodorer les risques de condamnation imminente de la France par la même Cour de Strasbourg pour les mêmes raisons. Le jour prochain où ce prévisible arrêt aurait été rendu, la QPC aurait été condamnée à faire figure de dérisoire épouvantail ne permettant de protéger les droits de l'homme que contre les attaques de sansonnets. Le Conseil constitutionnel aura donc, prudemment, choisi de préserver la crédibilité de la QPC en décidant que les articles 62, 63, 63-1, 63-4, alinéas 1 à 6, et 77 étaient contraires à la Constitution. Pour ménager les transitions, il avait néanmoins admis

qu'il y avait lieu de reporter au 1^{er} juillet 2011 l'abrogation des articles déclarés inconstitutionnels. Après ce très consistant épisode constitutionnel, la Convention EDH est revenue en piste par l'arrêt *Brusco* du 14 octobre 2010 qui, comme tout le monde pouvait s'y attendre, a constaté une violation de l'article 6, § 1 et 3, de la Convention EDH parce que la France avait méconnu le principe selon lequel « la personne gardée à vue a le droit d'être assistée d'un avocat dès le début de cette mesure ainsi que pendant les interrogatoires et ce *a fortiori* lorsqu'elle n'a pas été informée par les autorités de son droit de se taire ».

C'est au surlendemain de l'arrêt *Brusco* que s'est noué, à la Cour de cassation, un drame juridictionnel qui a trouvé son épilogue dans l'attendu de principe des arrêts du 15 avril 2011. Saisie de trois pourvois dirigés contre des arrêts de cours d'appel qui s'étaient prononcées sur des questions d'annulation d'actes de procédure réalisés au cours de gardes à vue, la chambre criminelle a jugé, le 19 octobre 2010, que les dispositions du droit français prévoyant une intervention différée de l'avocat ou permettant seulement de bénéficier de sa présence étaient contraires à l'article 6 de la Convention EDH mais que, au nom du principe de sécurité juridique et de la bonne administration de la justice, cette règle ne pouvait s'appliquer immédiatement aux gardes à vue conduites dans le respect des dispositions législatives en vigueur au moment de leur mises en oeuvre. Aussi, se calant sur le délai accordé par le Conseil constitutionnel pour réformer la garde à vue, la chambre criminelle en est-elle venue à décider, finalement, que, en la matière, l'application de la Convention EDH en France était suspendue pendant les 8 mois et 12 jours qui restaient à courir jusqu'au 1^{er} juillet 2011. Assez rapidement, elle devait prendre conscience de l'incongruité de cette neutralisation temporaire de l'application de la Convention EDH par le biais d'un détournement au profit de l'Etat du principe de sécurité juridique normalement prévu en faveur du justiciable (cf. A.-B Caire, La fin annoncée de la garde à vue à la française : étrange compromis entre progrès et stabilité du droit, RRJ 2/2011. 733 à 748), et, par des arrêts du début de l'année 2011 dont l'énumération sera épargnée aux lecteurs civilistes, elle avait tenté de rectifier le tir. Cela n'aura pas suffi à lui épargner le cinglant et triple démenti que lui a infligé l'Assemblée plénière le 15 avril 2011.

A s'en tenir encore à la seule procédure pénale, l'Assemblée plénière signifie en effet à la chambre criminelle qu'elle avait eu tort de ne pas tenir compte, dès le 19 octobre 2010, non seulement de l'arrêt *Brusco* mais également des arrêts *Salduz* et *Dayanan* et qu'elle n'aurait pas dû en différer le respect jusqu'à la date, fixée par le Conseil constitutionnel, à partir de laquelle la France aurait modifié sa législation relative à la garde à vue. Par la même occasion, elle renverse une jurisprudence traditionnelle de la chambre criminelle dans le droit fil de laquelle s'inscrivait d'ailleurs les arrêts du 19 octobre 2010. Il s'agit de la jurisprudence résultant des arrêts *Kemmache* du 3 février 1993 (Bull. crim. n° 109) et *Saidi* du 4 mai 1994 (Crim., 4 mai 1994, n° 93-84.547, D. 1995. 80, note J.-F. Renucci ; *ibid.* 139, obs. J. Pradel ; JCP 1994. II. 22349) suivant laquelle un arrêt de la Cour EDH permet à celui qui l'a obtenu de s'en prévaloir pour obtenir réparation mais que, hors l'hypothèse de réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour EDH admis par les articles 626-1 du code de procédure pénale depuis la loi du 15 juin 2000, il doit rester sans incidence sur la validité de la procédure pénale à laquelle il a été soumis. Or, c'est bien l'annulation d'actes de procédure prononcée au nom des arrêts *Salduz* et *Dayanan* par deux cours d'appel qui a été approuvée par l'Assemblée plénière et c'est bien le refus d'une troisième cour d'appel d'annuler des actes de procédure conformément aux principes fixés par les arrêts rendus contre la Turquie qu'elle a censuré. La jurisprudence *Kemmache c/ Saidi* empêchait celui qui avait fait condamner la France en raison d'une atteinte à l'un de ses droits conventionnels de faire annuler la procédure qui en avait été viciée ; les arrêts de l'Assemblée plénière permettent à celui qui a été victime d'une atteinte à l'un de ses droits conventionnels en cours de procédure d'en faire annuler les actes même sur le fondement d'arrêts prononcés à la requête d'autres victimes à l'encontre d'autres Etats que la France. On ne peut concevoir revirement plus radical même s'il ne touche directement que la procédure pénale à laquelle se limiterait, selon l'opinion la plus communément répandue, l'influence des arrêts du 15 avril 2011. La question de la réforme de la garde à vue avait provoqué un tel émoi chez les avocats, les magistrats, les justiciables et les responsables politiques que l'attention a été exclusivement attirée par la conséquence la plus immédiate des arrêts du 15 avril : il n'a pas fallu attendre le 1^{er} jour du deuxième mois suivant sa publication au Journal officiel pour que

la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue entre en vigueur. Innombrables ont été alors les blogs et les journaux paraissant à Paris en début d'après-midi ou en province dès potron-jacquet, ayant annoncé que la Cour de cassation venait d'ordonner l'entrée en vigueur immédiate de la nouvelle loi sur la garde à vue. Or, il s'agissait là encore d'un exemple flagrant de diffusion de fausses nouvelles juridiques qui imprègnent dangereusement l'esprit du justiciable. En effet, l'Assemblée plénière n'a pas dit qu'il fallait appliquer immédiatement la loi du 14 avril 2011 : elle a dit qu'il fallait, sans même attendre la modification de la loi, respecter les décisions de la Cour EDH datant en l'occurrence du 27 novembre 2008 et du 13 octobre 2009. C'est peut-être cette grave erreur d'optique qui, jusqu'alors, a empêché de percevoir la portée générale des arrêts du 15 avril 2011 et leur portée révolutionnaire bien au-delà du domaine de la garde à vue qui va désormais pouvoir être rendue aux pénalistes.

D'un point de vue général, l'apport le plus visible des arrêts du 15 avril est d'avoir placé les arrêts de la Cour EDH rendus contre d'autres Etats que la France sur le même plan que les arrêts rendus contre la France. A cet égard, l'arrêt n° 589 10-17.049 est particulièrement éclatant. Il casse en effet une ordonnance du premier président de la Cour d'appel de Lyon qui, pour écarter la prise en compte des arrêts *Salduz et Dayanan c/ Turquie* invoqués par l'appelante, avait cru pouvoir affirmer que « les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ne lient que les Etats directement concernés par les recours sur lesquels elle statue ». La condamnation sans équivoque de cette thèse marque donc une spectaculaire avancée par rapport à l'arrêt de la chambre sociale du 13 juin 2007 qui avait peut-être trompé le premier président lyonnais en élevant au rang de visa un arrêt de la Cour de Strasbourg ayant statué sur un recours concernant la France. Notre brillante colocataire à temps partagé n'aura donc plus à déplorer que la formule de l'arrêt de la première chambre civile du 10 janvier 1984 qui « s'en référait directement à un arrêt rendu contre un Etat autre que la France n'ait malheureusement pas fait recette au-delà » (P. Deumier, RTD. civ. 2007. 539).

Il saute également aux yeux que ce n'est pas seulement l'autorité des arrêts *Salduz et Dayanan c/ Turquie* relatifs à la garde à vue qui est reconnue par les arrêts du 15 avril. En effet, ces arrêts turcs ne sont expressément mentionnés qu'au titre de l'application d'un principe général imposant le respect de toutes les décisions, sans distinction, de la Cour EDH. Ce principe général selon lequel les Etats adhérents, comme la France, à la Convention EDH, sont tenus de respecter les décisions de la Cour EDH est au moins aussi énergique à l'égard des juridictions de l'ordre judiciaire rendant la justice au nom de l'Etat que l'a été la décision de la Cour constitutionnelle allemande *2BvR 1481/04* du 14 octobre 2004 (RTDH 2006. 113, obs. J. Gerkrath) qui a accepté l'autorité des arrêts de la Cour de Strasbourg, sous réserve qu'ils n'aient pas pour effet d'amoindrir la protection des droits fondamentaux accordée par la loi fondamentale et qui « exige des juridictions allemandes son respect » (J. Andriantsimbazovina, *in* les Grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme - cité GACEDH - par F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, Puf, Thémis Droit, 6^e éd., 2011, p. 831). Dès lors, ce n'est pas de reconnaissance de l'interprétation européenne ou de reconnaissance de l'autorité de la jurisprudence européenne qu'il faut parler mais de reconnaissance de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour EDH puisque, en effet, l'autorité de la chose interprétée est définie comme « l'autorité propre de la jurisprudence de la Cour en tant qu'elle interprète les dispositions de la Convention » (J. Velu et R. Ergéc, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990, n° 1237). Il s'agit là d'un radical changement de perspectives aux conséquences vertigineuses. Avant de tenter de les mesurer, il convient de prendre consciencieusement en compte le rude avertissement du grand éclairer Frédéric Sudre suivant lequel il convient, « avant de mobiliser la théorie de l'autorité de la chose interprétée », de s'interroger sur la « jurisprudence » de la Cour EDH car l'enjeu est celui de sa capacité « à construire une véritable *jurisprudence*, c'est-à-dire un ensemble de solutions abstraites et générales à des questions de droit, ayant l'autorité de ce qui a été jugé constamment dans le même sens, selon l'expression du doyen Carbonnier » (F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Puf, 10^e éd., 2011, p. 821). A ce compte, la formule de l'Assemblée plénière renvoyant aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme est trop vague pour être opérationnelle. Il est bien évident, en effet, qu'un Etat et ses juridictions ne peuvent pas respecter toutes les décisions de la Cour de Strasbourg. Il faudra bien sélectionner celles qui

ont tranché une question avec suffisamment de constance dans le même sens pour pouvoir d'abord et devoir ensuite être respectées. Ceux qui pourraient être tentés de croire que, dans ces conditions, les arrêts de l'Assemblée plénière resteront sans portée véritable ne doivent pourtant pas se réjouir trop vite. En effet, il existe déjà un concept opérationnel pour identifier les décisions de la Cour qui méritent d'être considérées comme fondatrice d'une véritable jurisprudence : c'est celui de « jurisprudence bien établie de la Cour » qui, depuis l'entrée en vigueur du Protocole additionnel n° 14 sert à déterminer les cas dans lesquels le comité de 3 juges peut désormais rendre des arrêts sur le fond. Ce concept est, à n'en pas douter, un des concepts européens qui méritent les recherches les plus approfondies. En attendant qu'elles soient entreprises et menées à bien, il sera au moins possible de prendre en compte les solutions retenues par des arrêts rendus en Grande chambre. A supposer réalisée, l'identification, parmi les décisions de la Cour EDH, de celles qui constituent une véritable jurisprudence à laquelle pourra être accordée l'autorité interprétative dont le respect est exigée par les arrêts du 15 avril, il faudra bien se résoudre à considérer froidement les conséquences du changement de perspective. Il s'agit d'une perspective qui conduit la Convention EDH telle qu'interprétée par les arrêts de la Cour EDH à dominer l'ensemble du paysage normatif.

Pour s'en persuader, il suffira de souligner que l'Assemblée plénière impose aux Etats, et plus particulièrement aux juridictions de l'ordre judiciaire de l'un d'entre eux, le respect des décisions de la Cour de Strasbourg *sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation*. Concrètement, cela signifie que les juridictions françaises auraient dû appliquer les solutions énoncées par les arrêts *Salduz* et *Dayanan* même si aucune QPC n'avait conduit le Conseil constitutionnel à décider le 30 juillet 2010 de l'abrogation à effet différé des règles du code de procédure pénale relatives à la garde à vue ; même si aucune loi du 14 avril 2010 n'était venue les modifier. Autrement dit, il faut considérer désormais que, face à une affaire relevant des juridictions de l'ordre judiciaire, la question première qu'avocats et magistrats doivent se poser n'est pas celle de savoir ce que dit la loi, ni même celle de savoir s'il y aurait matière à poser une bonne QPC bien charpentée : c'est celle de repérer s'il n'existerait pas, selon les cas, un arrêt *Salduz* du droit de la filiation, un arrêt *Dayanan* du droit des successions ou des arrêts *Salduz* et *Dayanan* du droit de la prescription acquisitive. La QPC, les lois ordinaires, les lois organiques et même la Constitution subiront de plein fouet les conséquences d'une réponse positive à cette question, devenue cardinale, de conventionnalité, que, si rien ne change, il faudra peut-être bientôt apprendre à appeler QCC : Question Cardinale de Conventionnalité.

En présence d'une jurisprudence bien établie de la Cour contredisant la solution apportée par la loi à une question litigieuse, la QPC devra logiquement perdre un peu de sa superbe. Il ne sera plus nécessaire, en effet, d'y recourir d'urgence pour empêcher l'application de la loi puisque les juridictions auront dû respecter la décision de la Cour EDH sans attendre... Cela ne revient pas à dire que, alors, la QPC ne pourra plus servir à rien : elle aura encore une utilité mais le rôle qu'elle permettra au Conseil constitutionnel de jouer sera équivalent à celui d'un croque-mort dont on attendra qu'il retire lestement de la scène juridique des cadavres de lois que la décision de la Cour de Strasbourg aura dévitalisées. C'est que les lois ordinaires seront rudement malmenées par les conséquences de la révolution du 15 avril ! Par exemple un article 760 du code civil n'y survivrait pas aujourd'hui : la question de savoir si, au nom du principe de la séparation des pouvoirs, il convenait de l'appliquer encore au lendemain de l'arrêt *Mazurek* en attendant son abrogation par la loi du 3 décembre 2001 n'aurait plus de sens et il serait tout à fait déplacé de maintenir sa solution frontalement contredite par les arrêts *Marckx c/ Belgique* du 13 juin 1979 et *Inze c/ Autriche* du 28 octobre 1987 (cf. RTD. civ. 1997. 546 s.). Quant aux lois organiques, rien dans l'attendu de principe des arrêts du 15 avril 2011 qui vise la législation en général ne semble pouvoir leur épargner la soumission à un arrêt de la Cour de Strasbourg qui les contredirait indiscutablement et il y a tout lieu de croire que, dans son impétuosité, l'Assemblée plénière aura renversé sa propre jurisprudence *D^{elle} Fraisse* du 2 juin 2000 (Cass., ass. plén., 2 juin 2000, n° 99-60.274, D. 2000. 865, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; *ibid.* 2001. 1636, chron. B. Beignier et S. Mouton ; GAJC, 12^e éd. 2007, n° 1 ; GADIP, 5^e éd. 2006, n° 85-86 ; RTD civ. 2000. 672, obs. R. Libchaber) par lequel elle avait affirmé que la suprématie conférée aux engagements internationaux tels que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou la Convention européenne de

sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne s'appliquent pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle. Les arrêts du 15 avril 2011 s'inscrivent cependant dans le prolongement de l'article 55 de la Constitution selon lequel les traités et accords régulièrement ratifiés ont une autorité supérieure à celles des lois. Ils obligent à considérer que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui est revêtue de cette autorité supérieure ce n'est plus la Convention vierge de toute interprétation mais la Convention enrichie (ou alourdie, selon l'appréciation de chacun) de l'interprétation authentique qui en est délivrée par la Cour de Strasbourg en vertu de l'article 32 de la Convention elle-même qui a lui aussi, été régulièrement ratifié. En revanche, ils n'évoquent cette autorité supérieure de la Convention EDH telle qu'interprétée par les décisions de la Cour de Strasbourg que par rapport à la législation. On ne peut donc pas leur reprocher d'avoir renié le texte de l'article 55 pour affirmer l'autorité supérieure de la Convention sur la Constitution elle-même. Formellement tout du moins, Ils laissent donc encore ouverte la question de savoir s'il y a également lieu de respecter, sans attendre, une décision de la Cour EDH lorsqu'elle contredit une loi déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel. On sait que le célèbre arrêt de la Cour EDH *Zielinski et Pradal, Gonzalez c/ France* du 28 octobre 1999 (AJDA 2000. 526, chron. J.-F. Flauss [☞] ; D. 2000. 184 [☞], obs. N. Fricero [☞] ; RFDA 2000. 289, note B. Mathieu [☞] ; *ibid.* 1254, note S. Bolle [☞] ; RTD civ. 2000. 436, obs. J.-P. Marguénaud [☞] ; *ibid.* 439, obs. J.-P. Marguénaud [☞] ; *ibid.* 629, obs. R. Perrot [☞] ; cf. GACEDH, *op. cit.* n° 29) pousse vers une réponse affirmative. La décision n° 2010-2 QPC du 2 juin 2010 (AJDA 2010. 1178 [☞] ; D. 2010. 1976, obs. I. Gallmeister [☞], note D. Vigneau [☞] ; *ibid.* 1980, note V. Bernaud et L. Gay [☞] ; *ibid.* 2011. 2565, obs. A. Laude [☞] ; RFDA 2010. 696, C. de Salins [☞] ; RDSS 2010. 127, Colloque R. Pellet [☞] ; Constitutions 2010. 391, obs. A. Levade [☞] ; *ibid.* 403, obs. P. De Baecke [☞] ; *ibid.* 427, obs. X. Bioy [☞] ; RTD civ. 2010. 517, obs. P. Puig [☞]) par laquelle le Conseil constitutionnel a décidé que les dispositions transitoires de la loi dite « anti-Perruche » du 4 mars 2002 sont contraires à la Constitution alors que, par ses arrêts du 6 octobre 2005, *Draon* (AJDA 2005. 1924 [☞], obs. M.-C. Montecler [☞] ; D. 2005. 2546, obs. M.-C. de Montecler [☞] ; *ibid.* 2006. 1200, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat [☞] ; RDSS 2006. 149, obs. P. Hennion-Jacquet [☞] ; RTD civ. 2005. 743, obs. J.-P. Marguénaud [☞] ; *ibid.* 798, obs. T. Revet [☞]) et *Maurice* (AJDA 2005. 1924 [☞] ; D. 2006. 1915 [☞], la Cour EDH avait déjà jugé qu'elles constituaient une violation de l'article 1 du Protocole n° 1, constitue un vif encouragement à aller dans ce sens. L'occasion sera probablement donnée prochainement à la Cour de cassation de mettre fin à ce dernier suspense.

En attendant qu'il soit levé, les conséquences mécaniques des arrêts du 15 avril 2011 sont suffisamment claires et bouleversantes pour attirer sur l'Assemblée plénière une avalanche d'accusations d'avoir trahi l'honneur national au profit d'un gouvernement de juges étrangers dépourvus de la moindre parcelle de légitimité démocratique. Ce n'est peut-être pas lieu d'ouvrir un débat de fond pour désamorcer ces critiques massives. On s'en tiendra à dire deux ou trois petites choses en passant. La première est relative à ce que presque tout le monde ignore : c'est que la légitimité démocratique d'un juge à la Cour EDH est au moins aussi forte que celle d'un sénateur français. En effet, contrairement, par exemple aux membres du Conseil constitutionnel, les juges de la Cour EDH ne sont pas nommés mais élus. Elus par une assemblée dont le caractère démocratique est on ne peut mieux établi puisqu'il s'agit de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe composée de 321 titulaires et 321 suppléants tous parlementaires déjà démocratiquement désignés, qui sont choisis parmi leurs membres par tous les Parlements des Etats membres du Conseil de l'Europe suivant un système proportionnel attribuant pour le moment 18 titulaires à la France. Quant aux sénateurs français, dont la légitimité démocratique n'est pas véritablement discutée, ils sont, comme on le sait, élus par un collège de grands électeurs qui ne procèdent d'ailleurs pas tous du suffrage universel direct puisque, dans les villes de plus de 30 000 habitants, il y a, en plus des conseillers municipaux 1 délégué supplémentaire par tranche de 1 000 habitants au dessus de 30 000 (art. L. 285 c. élect.). La seconde portera sur ce que beaucoup veulent oublier. On oublie vite en France que la garantie collective de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales a été bâtie, grâce au Conseil de l'Europe institué par le traité de Londres du 5 mai 1949, sur les ruines d'un continent dévasté, pour tenter d'empêcher à jamais qu'il soit à nouveau exposé aux indicibles ravages de la plus abjecte des barbaries perpétrée, pourtant et malheureusement, avec l'onction, en Allemagne le 25 mars

1933 et en France le 16 juillet 1940, de parlementaires élus par le peuple. On oublie vite, en France, que la juridiction obligatoire de la Cour de Strasbourg, seule en mesure d'assurer une application concrète et effective des droits de l'homme en portant un regard extérieur sur le comportement de chaque Etat toujours intimement persuadé d'être celui d'entre tous qui les respecte le mieux, ne nous a pas été imposée par les chars soviétiques ou les bombardiers américains. La France est, en effet, soumise à la juridiction de la Cour EDH parce que les représentants démocratiquement élus du peuple français l'ont librement et souverainement décidé en autorisant, par la loi n° 73-1227 du 31 décembre 1973 la ratification de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales puis celles des protocoles additionnels n° 11 et n° 14 - renouvelant les structures et le fonctionnement d'une juridiction internationale dont on avait déjà pu largement remarquer le dynamisme interprétatif - par les lois n° 96-127 du 21 février 1996 et n° 2006-616 du 29 mai 2006. Il faut donc louer l'Assemblée plénière de ne pas avoir eu la mémoire courte et d'avoir eu le courage de s'ériger en championne de la protection concrète et effective des droits de l'homme en France.

Il est vrai que, après la révolution, le temps de la restauration peut très vite arriver et nul ne pourrait prendre le risque de parier qu'il n'y aura pas, pour briser les audaces de l'Assemblée plénière, une loi « anti-15 avril » comme il y a eu une loi anti-Perruche. Une telle réaction est d'autant plus plausible que la reconnaissance de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour EDH peut faire beaucoup d'ombre à la QPC. Or, par les temps qui courent, toute atteinte à la majesté du joyau de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 est sévèrement châtié. On le sait mieux que nulle part ailleurs à la Cour de cassation puisque la loi organique n° 2010-630 du 22 juillet 2010 a supprimé la formation spéciale, instituée en son sein par la loi organique du 10 décembre 2009 pour traiter les questions prioritaires de constitutionnalité, qui, par le désormais célèbre arrêt du 16 avril 2010, avait eu le front de saisir la CJUE par la voie préjudicielle pour lui faire dire si le caractère prioritaire de la QPC était conforme aux exigences du droit de l'Union européenne plutôt que de renvoyer directement une QPC au Conseil constitutionnel (sur le caractère extraordinaire de cette suppression brutale V. le très riche et passionnant ouvrage des conseillers d'Etat Ch. Maugüé et J.-H. Stahl, La question prioritaire de constitutionnalité, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2011, p. 249).

Si la révolution du 15 avril parvient à passer l'hiver et à se consolider sur ses assises, il faudra bien que tous, magistrats, avocats, universitaires et étudiants s'en imprègnent pour apprendre résolument à faire enfin du droit - privé - un peu autrement. A moins qu'elle ne les entraîne au-delà de ce que la Cour européenne elle-même exige... (cf. *infra*, n° 2).

Mots clés :

DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX * Cour européenne des droits de l'homme * Décision * Autorité interprétative * Cour de cassation * Reconnaissance