B – La conception flexible de l'obligation

Introduction de la subdivision : cf cours précédent du 6.10.2026

1. *Le contrôle de l'épuisement des instances et l'exigence d'effectivité des recours*

Selon la jurisprudence **Akdivar** (Cour EDH, **Gde ch., 16 sept. 1996**), la règle de l'article 35§1 se fonde sur la prémisse que l'ordre interne offre un recours effectif quant à la violation alléguée, conformément aux exigences de l'article 13 CEDH avec lequel l'épuisement préalable des recours internes entretient *« d'étroites affinités »*. Ainsi, l'obligation pesant sur le requérant ne procède pas seulement – comme en droit international – de la nature subsidiaire du contrôle international et de la primauté des compétences du souverain territorial ; elle se justifie aussi, si ce n'est avant tout, par l'obligation symétrique qui pèse sur l'Etat partie de prévoir dans son ordre juridique des moyens appropriés et effectifs de redressement. Aussi la Cour limite-t-elle la portée de l'exigence résultant de l'article 35§1 à un usage normal des recours disponibles, pour autant qu'ils soient « utiles » au sens de l'article 13.

a) *L'usage normal des recours disponibles*

De manière générale, l'épuisement des instances suppose que le requérant ait employé tous les moyens de procédure et recours offerts qui auraient pu porter remède – dans l'ordre juridique interne – à la situation dont il se plaint (à charge pour lui de respecter les règles et les délais définis à cet égard par le droit national). *A priori*, cela implique donc de **faire appel, en cas de décision défavorable en première instance, et si nécessaire de se pourvoir en cassation**. Pour autant, et sauf à créer un obstacle disproportionné à l'exercice du droit de recours individuel devant la Cour, il ne saurait être exigé du requérant qu'il actionne systématiquement, en préalable, toutes les voies de droit possibles et imaginables.

Lorsque **l'ordre juridique interne offre différents recours parallèles susceptibles de répondre à la violation alléguée**, il lui appartient donc de **sélectionner celle qui est la plus appropriée à son cas**, sans qu'il soit tenu d'en utiliser d'autres qui auraient

essentiellement le même but. Dans cet ordre d'idée, il a par exemple été admis dans affaire *Pagerie c. France* du 19 janvier 2023, que l'introduction d'un référé-liberté devant le juge administratif (JA) dispensait le requérant de poursuivre jusqu'en cassation le contentieux pour excès de pouvoir engagé en parallèle contre les décisions d'assignation à résidence préventive qui lui avait été imposées, en tant qu'islamiste radicalisé, dans le cadre de l'état d'urgence consécutif aux attentats du Bataclan.

Au-delà, la **notion d'usage normal dispense également le requérant d'utiliser une voie de recours extraordinaire** (ex : recours en révision) **ou facultative** (ex : un recours administratif préalable, qui serait ne serait pas obligatoire dans l'ordre juridique interne).

Enfin et surtout, **la notion de recours disponibles réduit l'obligation d'épuisement aux seuls recours que le requérant peut directement engager lui-même**.
Suivant la jurisprudence *Spadea et Scolabrino* du 26 septembre 1995, confirmée par Cour EDH, **Gde ch., 27 août 2015, *Parrillo c/ Italie***, § 101, il en résulte que les **procédures par voie d'exception devant les juridictions constitutionnelles ne sont pas de celles qui doivent être utilisées avant que la Cour puisse valablement être saisie, lorsque le juge national du fond opère un filtrage des questions de constitutionnalité** puisque les requérants n'ont alors pas d'accès direct au juge constitutionnel**. Tel est le cas, en France, de la QPC**, auquel le raisonnement est transposable… Autrement dit, une demande de saisine du Conseil constitutionnel ne constitue pas un préalable nécessaire pour satisfaire aux conditions de recevabilité fixées par l'article 35§1. [NB : la solution ne saurait être généralisée par principe à toute exception d'inconstitutionnalité, indépendamment des caractéristiques propres à chaque ordre juridique national. Ainsi et comme cela ressort de l'arrêt de la **Cour EDH, Grande chambre, 27 novembre 2023, *Communauté genevoise d'action syndicale c/ Suisse***, ne contestation préjudicielle de constitutionnalité, soulevée par voie d'exception dans le cadre d'un recours devant le juge ordinaire, constitue bien une voie de droit accessible en Suisse, dont le non-usage expose le requérant à une irrecevabilité].

Mais inversement, une demande de QPC ne dédouane pas le requérant de son obligation, **sous prétexte qu'une fois acceptée et transmise par le juge ordinaire, le Conseil constitutionnel a répondu à la question par une décision concluant à la constitutionnalité de la disposition législative litigieuse**. Le respect de l'article 35§1 de la Convention impose d'attendre que le juge ordinaire statue en cassation sur le moyen pris d'une violation de la Convention, **même si les griefs sont substantiellement identiques**. C'est ce qui ressort de la **décision du 5 mai 2020, *Graner c. France***, dans laquelle la Cour rappelle la différence entre le contrôle de constitutionnalité opéré par le Conseil constitutionnel (qui consiste à vérifier *in abstracto* si telle disposition légale est conforme à la Constitution) et le contrôle de conventionalité exercé par le juge ordinaire (qui doit permettre de vérifier *in concreto* si une action ou une omission imputable à un État partie est conforme à la Convention). Aussi un constat de constitutionnalité est-il réputé sans incidence sur la question pendante de la conventionnalité, en cohérence avec la solution déjà établie pour le contrôle de constitutionnalité *a priori* dans **décision du 16 janvier 2018, C*harron et Merle-Montet c. France***, n° 22612/15, §§ 28-29). Par conséquent, le requérant n'est pas fondé en l'occurrence à prétendre que son pourvoi devant le Conseil d'Etat serait voué à l'échec pour se dédouaner d'avoir saisi la Cour dès décembre 2017, deux mois après la décision du Conseil constitutionnel, alors que son REP était encore pendant devant le TA.

b) La notion de recours « utiles, adéquats, efficaces »

Conformément aux critères d'effectivité dégagés dans le cadre de l'article 13, les recours internes ne doivent être épuisés que s'ils présentent certaines qualités.

En premier lieu, ils doivent être **accessibles, non seulement en théorie, mais aussi en pratique, compte tenu de la situation concrète dans laquelle se trouve le requérant** (la Cour pouvant toutefois faire parfois abstraction de l'accessibilité pratique, comme en témoigne notamment la **décision d'irrecevabilité du 24 septembre 2024, *A.L. et E.J. c/ France***).

> Focus sur A.L et E.J : Contentieux né du partage des données personnelles des utilisateurs d'EncroChat (solution occulte de communication chiffrée largement employée par les organisations criminelles) avec les autorités répressives d'autres pays

européens. Tout en rejetant deux autres exceptions d'irrecevabilité tenant à l'absence de juridiction de la France sur les requérants et au défaut de qualité de victime, la juridiction européenne admet en effet, qu'une requête en nullité, en France, devant la chambre de l'instruction contre l'exploitation dans une procédure pénale d'éléments de preuve issus d'une autre procédure pénale offrait aux intéressés un recours effectif, qui aurait donc dû être épuisé en préalable, sans accorder aucune considération au fait qu'en l'occurrence, les requérants étaient des ressortissants britanniques dont rien ne dit qu'ils aient été au fait des procédures françaises, puisqu'ils qu'ils étaient poursuivis et incarcérés au Royaume-Uni pour s'y être livrés à un trafic de drogue (les poursuites ouvertes en France visant uniquement quant à elles la société Encrochat).

En deuxième lieu, **les recours internes doivent pouvoir offrir au requérant un redressement adéquat de ses griefs**. À ce titre, l'intéressé ne saurait donc se voir reprocher l'absence de saisine préalable d'une autorité consultative, dépourvue de pouvoirs décisionnaires. De même, le **degré du contrôle juridictionnel exercé sur les moyens soulevés doit être suffisant**. Par exemple, la Cour EDH a un moment dispensé les requérants de se pourvoir contre le rejet d'une demande en relèvement d'une interdiction du territoire français (CEDH, 19 fév. 1998, *Dalia c. France*), en raison du contrôle alors limité exercé par juge de cassation français, jusqu'à ce que la chambre criminelle opère un revirement de jurisprudence (*Cass. crim. 28 févr. 2001,* nº 99-87.963, *Cass. crim., 13 mars 2001*, n° 00-82.670) et exige du juge du fond qu'il vérifie si, au jour où il statue, le maintien de l'interdiction respecte un équilibre entre le droit au respect de la vie privée et familiale de l'intéressé et les impératifs de sûreté publique, de prévention des infractions pénales et de protection de la santé publique prévus par l'article 8 CEDH. Aussi, dans l'affaire ***Graner***, le Conseil d'État a-t-il également procédé à un revirement de jurisprudence et imposé le principe d'un contrôle entier et *ex nunc* sur les refus de dérogation aux règles de consultation des archives publiques **(CE, Ass., 12 juin 2020**, ***n°422327).*** Fondamentalement et pour le reste, **l'adéquation et l'effectivité du recours dépendent de la nature de la violation alléguée** :

- si, par exemple, un requérant entend se plaindre de l'indignité de ses conditions de détention après avoir été libéré, l'ordre juridique interne doit lui permettre une action en réparation. Mais s'il est toujours incarcéré, un recours purement indemnitaire ne saurait suffire, car il ne permettrait pas en soi d'empêcher la continuation de la violation alléguée. Dans ces circonstances, seul un recours

« préventif » susceptible de mettre fin à cette dernière apparaît comme effectif. Ainsi, dans l'arrêt du **30 janvier 2020, *J.M.B. et 31 autres c. France,*** la CourEDH a-t-elle tout à la fois conclu à une violation de l'article 13 CEDH et écarté l'exception de non-épuisement soulevée par le gouvernement, **faute pour le référé-liberté de constituer un recours préventif effectif face à un problème structurel de surpopulation carcérale** (d'abord parce que le pouvoir d'injonction du JA dans ce cadre reste limité ; ensuite parce que le juge interne prend en compte moyens et actes de l'administration ; enfin, parce que l'exécution pratique des injonctions s'avère difficile voire insuffisante). **Mais cela ne signifie pas que tout détenu se plaignant de l'indignité de ses conditions de détention puisse se dispenser d'utiliser cette voie d'urgence**. Il résulte au contraire de l'arrêt ***Leroy et autres c. France*** du **18 avril 2024** qu'un référé-liberté permettrait tout à fait de remédier à des atteintes résultant d'un évènement ponctuel, au caractère provisoire et exceptionnel, tel qu'un mouvement de grève des gardiens de prison (irrecevabilité pour sept des requérants).

En dernier lieu, **ne peuvent être tenus pour utiles – et donc effectifs – que les recours présentant des chances raisonnables de succès, à la lumière de la jurisprudence nationale existante**. Certes, le simple fait d'avoir des doutes sur l'issue de la procédure ne dispense pas le requérant de tenter d'utiliser une voie de recours donnée. Mais compte tenu des règles de répartition de la charge de la preuve, **c'est au gouvernement défendeur d'établir que le recours inutilisé a déjà permis de redresser des violations analogues** : si une jurisprudence nationale constante le voue à l'échec, ou même si des divergences jurisprudentielles en rendent l'issue plus qu'aléatoire, l'existence de cette voie de droit sera sans incidence sur la recevabilité de la requête. **Ainsi et pendant toute une période, l'absence d'une jurisprudence nationale bien établie et antérieure à la date d'introduction de la requête a pu plutôt jouer en faveur du requérant**, en le dédouanant de ne pas avoir utilisé le recours invoqué par le gouvernement**. Sur ce point, les conceptions de la Cour EDH ont toutefois évolué depuis les années 2010**, comme en témoigne notamment la **décision de Grande**

chambre *Gherghina c. Roumanie* du 9 juillet 2015, qui en est venue à présumer plus ou moins l'effectivité des demandes d'injonction que le requérant aurait dû adresser aux tribunaux civils internes pour contraindre chaque établissement universitaire où il tentait de poursuivre ses études à procéder aux aménagements requis par son handicap moteur. **Désormais et sous l'influence du principe de subsidiarité,** la juridiction européenne tend ainsi à considérer qu'en **l'absence de jurisprudence nationale sur la question en litige, il appartient au requérant de tester la protection interne des droits fondamentaux et de donner aux « juridictions nationales la possibilité de faire évoluer ces droits par la voie de l'interprétation »** (autrement dit, de leur donner l'occasion de faire justement jurisprudence), **suivant le principe que « lorsqu'un doute existe quant à l'efficacité d'un recours interne, c'est là un point qui doit être soumis aux tribunaux nationaux »** (voy. par ex, décision précitée *A.L. et E.J. c/ France*). Dans le même sens, une **décision du 3 septembre 2024, *Missaoui et Akhandaf c/* Belgique** enseigne au demeurant que **même un avis négatif émis par un avocat à la Cour de cassation ou au Conseil d'État quant aux chances de succès d'un pourvoi « n'établit pas automatiquement qu'un tel pourvoi serait "voué à l'échec" au sens de la jurisprudence de la Cour » et ne dispense donc pas le requérant de poursuivre la procédure jusqu'en cassation, quand ledit avis ne s'adosse pas à des références jurisprudentielles précises** [En l'occurrence, la Cour de cassation belge n'avait encore jamais eu l'occasion de statuer sur la légalité d'une décision juridictionnelle relative à une interdiction du burkini ou maillot intégral dans une piscine municipale, au regard de la Convention ou d'autres dispositions analogues de droit national ou international, et la question semblant avoir divisé les juges du fond, les requérantes ne pouvaient se contenter de l'avis abstrait de l'avocat aux conseils).

Car l'exercice de ces recours ne suffit pas à lui seul. Il faut également qu'à leur occasion, le requérant ait soulevé devant les juridictions internes les mêmes griefs que ceux exposés à la Cour (cf par exemple *Pagerie c. France* : irrecevabilité des griefs tenant à violation alléguée des articles 8, 9 et 14 dès lors qu'ils n'ont pas été invoqués ou développés devant le juge du référé-liberté. Seul est examiné au fond le grief fondé sur l'article 2 Protocole 4 – Cl de NV).

2. Le contrôle de l'épuisement des griefs et la théorie de l'invocation en substance

L'épuisement des griefs exige que les violations alléguées de la Convention aient été plaidées devant les différentes instances nationales de recours, puisqu'il s'agit de leur donner l'occasion d'y remédier.

La CEDH ne déterminant pas elle-même son effet direct, et n'imposant pas son incorporation à l'ordre juridique interne, le risque était toutefois que faute de pouvoir invoquer directement ses dispositions devant les juridictions nationales, des individus ne soient finalement empêchés par une interprétation trop stricte de cette exigence de faire examiner leurs griefs par la Commission ou la Cour. En outre, une moindre connaissance du contenu de la Convention peut aussi constituer un obstacle, y compris dans des Etats monistes.

Afin de donner au droit de recours individuel tout son effet utile, les organes de la Convention se sont donc rapidement suffi d'une invocation en substance des griefs. Consacrée par l'arrêt ***Guzzardi c. Italie*** du **6 novembre 1980**, la notion permet au requérant d'être recevable, même s'il ne s'est pas expressément et précisément prévalu d'une disposition de CEDH devant les juridictions internes, dès lors qu'il a soulevé des moyens équivalents ou similaires fondés sur le droit national.

Et la juridiction européenne a pu pousser cette logique très loin : certes, elle avait apparemment condamné l'idée d'une invocation en substance « implicite » dans la décision *Cardot c. France* du 19 mars 1991 (où, saisie d'un grief fondé sur l'article 6§1 et §3 combinés, la Cour s'était refusée à admettre qu'en plaidant en cassation la violation des droits de la défense, le requérant aurait implicitement critiqué la non-audition de témoins lors de son procès, vu que l'intéressé n'en avait jamais demandé la convocation) ; par la suite, elle ne s'est pas moins contentée dans arrêt *Geouffre de la Pradelle c. France* du 16 décembre 1992, de ce que dans ses écritures, le requérant avait attiré l'attention du Conseil d'Etat sur « la nécessité de normes "simples" en matière de modalités d'exercice des recours » et sur « des impératifs de sécurité juridique qui se reflètent aussi dans la Convention », considérant ainsi que le grief pris d'une violation

du droit d'accès au juge garanti par l'article 6§1 avait été bien été plaidé en substance devant le juge administratif et était donc recevable.

Avec le temps et à mesure que la CEDH s'est incorporée à l'ordre juridique interne de tous les Etats parties, la nécessité, voire la légitimité, de tels assouplissement s'est néanmoins émoussée. Ainsi, dans sa contribution au développement effectif du principe de subsidiarité, le Gouvernement français n'a pas manqué d'alerter en 2012 sur le risque qu'une interprétation trop extensive, voire laxiste, de cette notion d'invocation en substance ne prive les juridictions nationales de toute possibilité de se prononcer sur la violation de la Convention. Croulant sous les requêtes individuelles, la Cour n'a pas été insensible au message. Aujourd'hui encore, les requérants sont seulement tenus de justifier dans le formulaire de requête d'une invocation en substance, mais en pratique il leur est désormais demandé « *une diligence accrue pour soulever leurs griefs tirés de la Convention devant les juridictions internes »* (comme l'a constaté avec satisfaction la Déclaration de Copenhague, pt. 32).
Au demeurant, la nature des griefs plaidés devant les tribunaux nationaux peut également interférer sur la prise en considération des actions portées par des associations.

3. *La prise en considération des recours internes portés par des associations*

Pour être recevable à agir devant la Cour, le requérant n'est pas nécessairement tenu d'avoir intenté lui-même, personnellement, les recours internes qui s'imposent en préalable.

- D'une part, il peut aussi bien être passé par le truchement d'une association ou d'une ONG dont il est membre, sans que cela ne nuise à sa qualité de victime ni n'interdise de considérer qu'il s'est acquitté de l'obligation d'épuisement. Ce principe a été consacré par l'arrêt **27 avril 2004, *Gorraiz Lizarraga et autres c/ Espagne*** au bénéfice des personnes qui avaient choisi de constituer une association dans le but précis de défendre leurs intérêts en justice, au niveau interne, avant d'agir à titre individuel devant la juridiction européenne. Il a été

étendu dans arrêt **14 janv. 2020, *Beizaras et Levickas c. Lituanie*** aux individus qui, sans avoir spécifiquement adhéré à une ONG pour faire valoir leur cause devant le juge national, préfèrent cependant laisser cette ONG agir pour leur compte lorsque leurs droits sont méconnus, plutôt que d'engager eux même la procédure (requérants homosexuels, sujets à commentaires haineux sur Facebook, qui par crainte de représailles s'en étaient remis devant les juridictions internes à l'action pénale d'une ONG de défense des personnes LGBT dont ils sont membres).

- D'autre part, aux termes de la décision du **14 déc. 2017, *Kósa c. Hongrie***, il est même admis que **dans les affaires portant sur des discriminations envers des groupes ou des minorités vulnérables, un recours objectif dans l'intérêt public, exercé par une ONG devant un tribunal interne, puisse constituer une forme d'épuisement préalable, propre à dispenser un membre de ce groupe ou de cette minorité de saisir le juge national de ses griefs propres**. La différence avec la jurisprudence précédente est que dans cette configuration, l'action de l'ONG devant les tribunaux ne constitue pas le moyen choisi par le requérant pour faire valoir ses intérêts personnels sur le plan interne et ne vise pas exclusivement, ni spécifiquement à les défendre. Aussi la dispense de toute action individuelle devant les juridictions nationales est-elle subordonnée en ce cas à **deux conditions** : *primo*) l'objet du recours dans l'intérêt public doit correspondre à la situation personnelle du requérant et *secundo*) cette *actio popularis* doit avoir permis en substance aux juridictions nationales d'examiner des griefs similaires à ceux qui sont portés par le requérant devant la Cour. A défaut, la requête est jugée irrecevable en l'espèce.

Cela étant, la jurisprudence européenne ne soustrait pas seulement l'application de la règle de l'épuisement à tout « formalisme excessif ». Parfois, elle neutralise purement et simplement son non-respect, indépendamment du débat sur l'adéquation ou l'effectivité de telle ou telle voie de droit interne.