

VUB LEERSTOEL

vrijdag 23 mars 2007

**La Cour européenne des droits de l'homme vue de l'intérieur et de l'extérieur\***

\*\*\*

Françoise Tulkens

Juge à la Cour européenne des droits de l'homme  
Professeure extraordinaire à l'Université de Louvain

\*\*\*

Avant d'entamer cette dernière leçon, je voudrais peut-être rappeler la *structure* générale de l'ensemble de celle-ci.

Dans la leçon inaugurale le 10 novembre dernier, je m'étais surtout attachée aux *droits garantis* par la Convention européenne des droits de l'homme. Ce sont eux qui sont premiers et ce sont ceux-ci que la Cour européenne des droits de l'homme a comme mission de servir. Par après, nous avons abordé des thématiques particulières par rapport à ces droits : questions pénales – art. 5, 3, 7 et 6 CEDH (8 décembre) ; conflits de droits dans la perspective des droits limités – art. 8, 9, 10 et 11 (16 février). Aujourd'hui nous allons entrer plus dans le rôle de la Cour d'assurer la mission de protection des droits.

Par rapport aux arrêts que je vous avais indiqués à ce moment, je voudrais apporter quelques compléments et mises à jour.

---

Les arrêts et décisions de la Cour mentionnés dans le texte sont disponibles sur le site internet de la Cour européenne des droits de l'homme, dans la base de données « Hudoc », à l'adresse suivante : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

*Compléments* tout d'abord, en invoquant la décision *Nordisk Film et T.V. A/S c. Danemark* du 8 décembre 2005, dans la mesure où j'ai lu il y a quelques jours dans *De Morgen* (5 mars 2007) un article concernant la VRT qui a accepté de remettre à la justice en Belgique des images d'une série d'individus piégés lors de rendez-vous avec des jeunes filles et il me semble que l'article titrait : « Chasse aux pédophiles »<sup>1</sup>. La VRT défendait sa méthode de la remise à la justice de ce qu'elle appelle des « rushes » en invoquant notamment cette décision de notre Cour qui a effectivement jugé que des personnes filmées à leur insu par une caméra cachée n'étaient pas protégées par le secret des sources. Telle est plus ou moins la portée de notre décision dont je rappelle ici les points essentiels.

Dans cette affaire, la société requérante alléguait que la décision de la Cour suprême du 29 août 2002, de la contraindre à remettre aux autorités des séquences non publiées – concernant de prétendues activités pédophiles au Danemark et en Inde – constituait une violation de ses droits au regard de l'article 10 de la Convention. En l'espèce, le journaliste JB travaillait sous une fausse identité et les personnes qui lui parlaient ne savaient pas qu'il était journaliste, Par ailleurs, étant donné qu'il filmait en caméra cachée, les personnes concernées n'avaient pas conscience qu'elles étaient enregistrées. La Cour a dès lors estimé que ces personnes ne sauraient être considérées comme des sources journalistiques au sens traditionnel du terme : ce n'est donc pas l'ordre de divulguer les sources journalistiques que la société requérante a reçu mais celui de remettre une partie du résultat de ses recherches. La Cour ne met pas en doute que l'article 10 de la Convention peut trouver à s'appliquer dans une situation de ce type et que la remise forcée du résultat de recherches est susceptible d'avoir un effet inhibiteur sur l'exercice de la liberté d'expression journalistique. Toutefois, la Cour n'est pas convaincue que le *degré de protection* au regard de l'article 10 de la Convention à appliquer à une situation comme celle de l'espèce peut atteindre le même niveau que celui dont bénéficient les journalistes s'agissant de leur droit de maintenir leurs sources confidentielles, notamment en raison du fait que cette protection est double – elle concerne non seulement le journaliste mais également et particulièrement la personne source qui accepte d'aider la presse à informer le public sur des sujets d'intérêt général<sup>2</sup>.

En ce qui concerne l'*article 8* et les obligations procédurales, je pense qu'il est utile d'évoquer l'arrêt *Tysi c c. Pologne* du 20 mars 2007. La requérante souffrait depuis de nombreuses années d'une myopie sévère et les médecins lui avaient fait savoir que chaque grossesse et chaque accouchement

<sup>1</sup> . « Panorama onmaskert internetpedofielen », *De Morgen*, 5 mars 2007 ; « VRT geeft onbewerkte reportage Kinderlokkers Online aan politie », *De Morgen*, 5 mars 2007.

<sup>2</sup> . Cour eur. D.H., décision (irrecevable) *Nordisk Film & TV A/S c. Danemark* du 8 décembre 2005, p. 11.

aurait pour effet d'aggraver son état au point de la rendre presque aveugle. Enceinte d'un nouvel enfant, elle demanda en vain un avortement thérapeutique et fait valoir que son droit au respect de la vie privée – entendu au sens de son droit à l'intégrité physique et morale –, a été violé, notamment en l'absence d'un cadre juridique qui lui aurait permis de faire valoir sa demande. La Cour constate, en effet, qu'il n'y a pas en droit polonais de possibilité d'introduire une telle demande en temps utile. Elle observe que l'objet même de ce qui est en cause, à savoir une interruption de grossesse, est une situation où le facteur temps est d'une importance cruciale. Les procédures doivent dès lors être organisées de manière telle que des décisions puissent être prises en temps utile. Si de telles procédures sur des possibilités d'avortement légal sont possibles seulement *post factum*, elles ne peuvent évidemment remplir une telle fonction. Dès lors, l'absence de procédure préventive en droit interne constitue une violation par l'Etat de son obligation positive de protéger l'article 8 de la Convention.

Au regard de l'article 3, il faut je pense évoquer l'arrêt *Erdoğan Yağız c. Turquie* du 6 mars 2007, où la Cour a très clairement estimé que le port de menottes lors d'une arrestation constitue un traitement dégradant contraire à l'article 3.

L'arrêt *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* (qui sera rendu public dans le courant d'avril) opère un substantiel renversement de la jurisprudence *Pellegrin* s'agissant de l'applicabilité de l'article 6 aux fonctionnaires et aux autres agents de l'Etat : dorénavant, lorsque les fonctionnaires ont un droit d'accès à un tribunal en droit interne, l'article 6 leur sera applicable. S'ils n'ont pas de droit d'accès à un tribunal en droit interne, la Cour se réserve encore le droit de vérifier si cette exclusion est fondée sur des raisons qui tiennent aux intérêts objectifs de l'Etat. Vous y verrez à nouveau l'utilisation de la figure juridique de la présomption.

S'agissant de l'article 9, j'évoquerai l'arrêt *Ivanova c. Bulgarie* du 12 avril 2007, qui est le premier jugement où la Cour a estimé qu'il y avait une violation du droit à la liberté de religion – et non pas du droit de manifester sa religion – du fait que la requérante a été renvoyée de son emploi en raison de ses convictions religieuses.

Enfin, s'agissant de l'article 11, il faut signaler l'arrêt *Associated Society of Locomotive Engineers & Firemen (ASLEF) c. Royaume-Uni* du 27 février 2007 où le syndicat requérant alléguait qu'il s'était trouvé dans l'incapacité d'exclure l'un de ses membres au motif que celui-ci adhérait au Parti

national britannique, un parti d'extrême-droite. La Cour estime que de même qu'un employé ou un salarié doit être libre d'adhérer ou de ne pas adhérer à un syndicat, un syndicat doit pouvoir librement choisir ses membres. Les syndicats étant composés de personnes qui, mues par des valeurs ou idéaux particuliers, ont l'intention de poursuivre des buts communs, ce serait aller à l'encontre de l'effectivité même de la liberté en jeu si elles n'avaient aucun contrôle sur l'affiliation de leurs membres<sup>3</sup>. Par ailleurs, la Cour estime qu'il n'est pas déraisonnable que le motif de l'exclusion soit l'appartenance à ce parti.

\*\*\*

Dans la première partie du cours de cet après-midi, j'évoquerai donc, au départ de mon expérience comme juge à la Cour européenne des droits de l'homme, certaines questions liées au rôle de la Cour, à la fonction du juge européen ainsi qu'aux méthodes de délibération et de jugement. Je dois cependant prendre une précaution : il n'y a rien de plus difficile que de théoriser ou de tenter de théoriser sa pratique. Mon intervention ici sera donc tout à fait informelle, subjective, orientée<sup>4</sup>.

Dans la deuxième partie, vues de l'extérieur, j'évoquerai les réformes majeures introduites par le Protocole n° 14 afin « de maintenir et de renforcer l'efficacité à long terme du système de contrôle de la Convention » ainsi que les lignes de force du Rapport du Groupe des Sages qui a été rendu en novembre 2006 et qui fait actuellement, au moment où nous parlons, l'objet d'un séminaire approfondi organisé par la République de Saint-Marin qui assure actuellement la présidence du Comité des ministres du Conseil de l'Europe. Nous aurons ainsi l'occasion d'évoquer certaines questions qui sont liées à l'avenir de la Cour et, plus largement, du système européen de contrôle des droits fondamentaux.

## **I. La Cour européenne des droits de l'homme vue de l'intérieur**

Comme nous l'avons évoqué lors de la leçon inaugurale, la Cour est donc cette instance supranationale qui exerce le contrôle du tiers. Elle ne dispense en aucune manière du contrôle national qui reste le contrôle premier et indispensable en matière de protection des droits fondamentaux.

---

<sup>3</sup> . Cour eur. D.H., arrêt *Associated Society of Locomotive Engineers & Firemen (ASLEF) c. Royaume-Uni* du 27 février 2007, § 39.

<sup>4</sup> . Voy. M. Eudes, *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, collection « Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme », 2005.

## A. Le profil et l'architecture de la Cour

Tout un travail de sociologie juridique serait ici intéressant et nécessaire pour dévoiler qui est cette Cour, qui sont ces juges. L'ancien président de la Cour, M. Bernhardt estimait qu'il était impossible de créer une théorie générale relative à la protection des droits de l'homme dans le cadre de la Convention au regard du travail de la Cour, compte tenu du nombre de juges et de la diversité de professions et d'expériences que ceux-ci apportent. Je ne partage pas entièrement son analyse mais en revanche je crois qu'il serait important de mieux comprendre « qui » est le juge européen et dès lors quels sont les « déterminants » de la fonction de juger. Une première tentative a été effectuée au début des années 1980 par M. Morrison, un professeur à l'Université du Texas, mais avec une méthodologie assez contestable. Une seconde tentative a eu lieu à l'initiative d'un professeur à l'Université d'Amsterdam, F. Bruisma et d'un professeur à la K.U. Leuven, S. Parmentier, mais elle ne semble pas encore avoir abouti si tant est qu'elle aboutira jamais. Même s'il y a des études qui commencent à se mettre en place<sup>5</sup>, il subsiste ici à mon sens une lacune, un manque en termes de sociologie juridique. Il n'y a pas d'étude du type de celle de Bruno Latour sur le Conseil d'Etat<sup>6</sup>. L'étude de Nina-Louisa Arold est à mon sens aujourd'hui la tentative la plus récente et la plus aboutie en cette matière. Sa thèse de doctorat qui sera donc prochainement publiée par l'Institut Raoul Wallenberg de Lund est une étude socio-juridique de la culture de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>7</sup>. Fondée sur des interviews, une étude de terrain et l'examen de la jurisprudence, elle montre que la Cour développe en fait une culture juridique commune et que cette culture est, de manière surprenante, ce qu'elle appelle celle du consensus.

- 46 juges aujourd'hui, pour exprimer l'idée de la garantie collective des droits fondamentaux en Europe. Bientôt 47 avec le Monténégro.
- Qui siègent de manière permanente à la Cour (art. 19), ce qui soulève la question du maintien des contacts avec les forces vives du pays.

<sup>5</sup> . Voy. notamment F. BRUINSMAN, « Judicial Identities in the European Court of Human Rights », in A. VAN HOEK et AL. (éds.), *Multilevel Governance in Enforcement and Adjudication*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2006, pp. 203 et s.

<sup>6</sup> . B. LATOUR, *La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, La Découverte, 2002.

<sup>7</sup> . N.-L. AROLD, *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*, Leiden, Brill, collection "The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library", n° 29, 2007 (à paraître).

- Dont les modes de désignation (élection) doivent assurer la représentativité, la légitimité et l'indépendance<sup>8</sup>.
- Qui viennent d'horizons juridiques, politiques, culturels, très différents, avec une double ligne de partage : les juges des démocraties confirmées et ceux des démocraties en devenir, les juges de l'Ouest et de l'Est en d'autres termes ; ceux qui proviennent du système continental européen et du système de la *common law*. Avec des parcours professionnels antérieurs très différents, certains d'entre eux n'ayant jamais exercé de fonctions judiciaires dans leur pays. Nous en verrons l'impact sur les modes de **raisonnement**.
- Avec la question centrale des langues — une petite tour de babel — que nous croiserons notamment lorsque nous aborderons la question de l'**écriture** des jugements.
- Qui siègent toujours en formations collégiales de 7 (Chambre) ou 17 (Grande Chambre), ce qui pose la question de la **composition** de ces organes, laquelle aura nécessairement un effet sur la **délibération**.

## **B. La compétence de la Cour (art. 32 CEDH)**

### 1. Une double fonction

Elle est très clairement déterminée dans la mesure où elle s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention. Ceci veut donc dire que la Cour est amenée à la fois à « dire le droit » de la Convention et à « rendre justice » dans des situations individuelles. Double mission donc, difficile certes, complexe mais qui est la marque propre, le signe distinctif de la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci doit à *la fois* exercer une fonction constitutionnelle *et* une fonction juridictionnelle<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> . M. EUDES, « La légitimité du juge de la Cour européenne des droits de l'homme. Observations sur la représentativité et l'indépendance du juge de Strasbourg », *Revue québécoise de droit international*, vol. 13.1, 2000, pp. 131 et s.

<sup>9</sup> . Voy. R. LAWSON, « Terugblik op Straatsburg. Interview met mr. W.M.E. Thomassen », *NJCM-Bulletin*, n° 1, 2006, pp. 6 et s.

- L'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978 rappelle cet objectif de la CEDH. La Cour considère qu'« il entre dans les responsabilités lui incombant dans le cadre du système de la Convention de connaître des allégations non contestées de violation de l'article 3. En effet, 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 Etats, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes ».
- Dans l'affaire *Guzzardi c. Italie* du 6 novembre 1980, la Cour va plus loin. A l'argument invoqué par le gouvernement italien selon lequel il n'y avait pas d'objet au litige, la Cour répond : « la procédure organisée par la Convention revêt fréquemment un caractère déclaratoire ». La Commission puis la Cour ont connu de maintes violations alléguées instantanées ou continues qui remontaient à une période antérieure à l'introduction de l'instance. La Cour n'en a pas moins statué. Elle poursuit, « les arrêts de la Cour servent aussi à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et à contribuer de la sorte au respect des engagements assumés par les États contractants. Or la présente affaire soulève, notamment au regard de l'article 5, des questions d'interprétation assez importantes pour mériter une réponse ».

Toute la question aujourd'hui est celle de savoir si la Cour peut encore aujourd'hui exercer cette double fonction. Le nombre important de requêtes qui sont actuellement introduites devant la Cour et qui sont pendantes devant celle-ci autorise-t-il encore à soutenir que le recours individuel existe réellement ? Certains soutiennent que c'est illusoire et que dès lors il faut accepter une réforme réaliste et pragmatique qui consisterait, très radicalement, à abandonner le recours individuel et à permettre à la Cour de choisir les requêtes qu'elle retiendrait. Il s'agirait donc d'abandonner la fonction juridictionnelle au profit de la fonction constitutionnelle. L'exemple souvent invoqué est bien sûr celui de la Cour suprême des Etats-Unis qui, sur base de la fameuse procédure du *certiorari*, ne retient qu'un nombre limité d'affaires, celles que la Cour estime nécessaires à l'interprétation et au développement de la jurisprudence<sup>10</sup>.

Cette question fait l'objet d'un débat très vif au sein de la Cour qui est profondément divisée sur

---

<sup>10</sup> . S. NICOT, *La sélection des recours par la jurisprudence constitutionnelle (Allemagne, Espagne et Etats-Unis)*, Paris, L.G.D.J., 2006.

cette question. Le Protocole n° 14 a décidé... de ne pas choisir. Il n'a pas abandonné le recours individuel mais a introduit une nouvelle condition de recevabilité que j'examinerai dans la deuxième partie.

## 2. Le principe de subsidiarité

Par ailleurs, cette compétence de la Cour s'exerce selon le principe de la **subsidiarité**, un principe qui irradie ou qui rayonne à travers toute la Convention européenne des droits de l'homme. Ce principe est pour la Cour essentiel car elle doit respecter la démocratie et la légitimité des institutions nationales et il nous oblige dès lors à une forme de retenue judiciaire. En aucune manière, la Cour européenne des droits de l'homme n'est une quatrième instance ; en aucune manière, elle n'est une instance supérieure au sens où elle occuperait une position « haute » par rapport aux juridictions internes qui occuperaient une position « basse »<sup>11</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme doit non pas remplacer mais renforcer la protection de ceux-ci au niveau national. Cette manière de penser les droits de l'homme doit inviter les juridictions à une attitude de rencontre et d'ouverture, traduisant l'indispensable complémentarité entre l'ordre interne et l'ordre international dans la mise en œuvre des droits fondamentaux.

### C. La saisine

#### 1. Le recours individuel

La voie d'accès à la Cour est celle du *recours individuel*. Aux termes de l'**article 34**, 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'État des droits reconnus dans la Convention.

\* D'un côté, toute personne physique et donc nécessairement aussi les enfants et les mineurs. Se pose alors une question que dans le jargon on évoque sous le terme de *locus standi* (qualité pour agir).

---

<sup>11</sup> L. BOLTANSKI et L. THÉVENOT, *L'Amour et la Justice comme compétences*, Paris, Métailié, 1990.

- Concrètement, c'est la situation qui s'est posée dans l'arrêt *Scozzari et Giunta c. Italie* du 13 juillet 2000 : la requérante se plaignait en son nom propre mais également au nom de ses enfants des conditions dans lesquelles ceux-ci avaient été placés, dans une institution où il est apparu ultérieurement que des actes d'abus et de maltraitements sexuelles avaient eu lieu. Le gouvernement soutenait que la requérante, qui était donc la mère des enfants, n'avait pas qualité pour agir dans la mesure où elle faisait l'objet d'une mesure de suspension de l'autorité parentale. « La Cour rappelle qu'en principe une personne n'ayant pas, en droit interne, le droit de représenter une autre personne peut tout de même, dans certaines circonstances, agir devant la Cour au nom de cette personne. (...) Par conséquent, (...) même si la mère a été privée de l'autorité parentale, (...), sa qualité de mère biologique suffit pour lui donner le pouvoir d'ester devant la Cour également au nom de ses enfants afin de protéger leurs propres intérêts »<sup>12</sup>. « La Cour rappelle de surcroît que les conditions régissant les requêtes individuelles ne coïncident pas nécessairement avec les critères nationaux relatifs au *locus standi*. En effet, les règles internes en la matière peuvent servir des fins différentes de celles de l'article 34 de la Convention »<sup>13</sup>. Voy. aussi la décision *Köhler c. Allemagne* du 5 février 2007.

\* D'un autre côté, dans la jurisprudence de la Cour, la notion de victime, qui est une notion autonome, concerne, de manière précise, les personnes ou les groupes qui sont effectivement *touchés* par la violation alléguée. De ces termes *victime* et *violation*, de même que de la philosophie sous-jacente à l'obligation de l'épuisement préalable des voies de recours internes, découle la constatation que, dans le système de protection des droits de l'homme, l'exercice du droit de recours individuel ne saurait avoir pour objet de prévenir une violation de la Convention : en principe, les organes chargés d'assurer le respect des engagements résultant pour les Etats de la Convention ne peuvent examiner et, le cas échéant, constater une violation qu'*a posteriori*, lorsque celle-ci a déjà eu lieu<sup>14</sup>. Dans la décision *Senator Lines GmbH c. 15 Etats membres (membres de l'Union européenne)* du 10 mars 2004, la société requérante se plaignait d'une violation de son droit d'accès à un tribunal dans la mesure où il n'y avait pas d'effet suspensif à un recours dirigé contre une décision de la Commission

<sup>12</sup> . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Scozzari et Giunta c. Italie* du 13 juillet 2000, § 138.

<sup>13</sup> . *Ibid.*, § 139.

<sup>14</sup> . Comm. eur. D.H., décision *Noel Narvii Tauria et 18 autres c. France* du 4 décembre 1995.

européenne qui lui infligeait une amende substantielle et qui avait pour effet, si elle devait s'acquitter de cette amende, d'être écartée du marché avant que sa cause ne soit examinée par un juge. La Cour observe que la présente affaire se rapporte à une procédure qui n'était pas terminée au moment de l'introduction de la requête. Or, il ressort des événements ultérieurs que la société requérante n'acquitta son amende ni volontairement ni à la suite d'une exécution forcée, et que le recours qu'elle a formé contre la décision de la Commission fut examiné par le Tribunal de première instance des communautés européennes et déboucha sur l'annulation définitive de l'amende. Dès lors, les faits de l'espèce n'ont jamais été de nature à permettre à la société de se prétendre victime d'une violation des droits découlant de la Convention.

A partir de là, la notion de victime peut s'étendre non seulement aux victimes directes mais aussi aux victimes indirectes<sup>15</sup>, non seulement aux victimes actuelles mais également aux victimes potentielles<sup>16</sup>. Dans la décision *Segi et autres et Gestoras Pro-Amnistia et autres c. 15 Etats membres (membres de l'Union européenne)* du 23 mai 2002, les requérants se plaignaient qu'ils avaient été inscrits sur la liste des organisations terroristes, conformément aux positions communes adoptées le 27 décembre 2001 par le Conseil de l'Union européenne, sans recours possible devant un tribunal et au mépris de leur présomption d'innocence. La Cour va rappeler que ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que le risque d'une violation future peut conférer à un requérant la qualité de victime. La Cour a ainsi admis la notion de victime potentielle dans les cas suivants : lorsque le requérant n'était pas en mesure de démontrer que la législation qu'il incriminait lui avait été effectivement appliquée en raison du caractère secret des mesures qu'elle autorisait (arrêt *Klass et autres c. Allemagne* du 6 septembre 1978) ; lorsqu'une loi réprimant des actes homosexuels était susceptible de s'appliquer à une certaine catégorie de la population, dont le requérant (arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981) ou laissait planer un risque sur le développement de la vie privée de la personne (arrêt *S.L. c. Autriche* du 22 novembre 2001) ; ou en cas de mesure d'éloignement forcé des étrangers déjà décidée mais non exécutée et lorsque leur exécution exposerait les intéressés à subir dans le pays de destination des traitements contraires à l'article 3 (arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989). Néanmoins, pour que, dans une telle situation, un requérant puisse se prétendre victime, il faut qu'il produise des indices raisonnables et convaincants de la probabilité de réalisation d'une violation en ce qui le concerne personnellement ; de simples suspicions ou conjectures sont insuffisantes à cet égard. En l'espèce, la Cour constate que les requérants n'apportent aucun élément permettant de conclure

---

<sup>15</sup> . Cour eur. D.H., décision *Fidan c. Turquie* du 29 février 2000.

<sup>16</sup> . Cour eur. D.H., décision *S.L. c. Autriche* du 22 novembre 2001.

qu'ils ont fait l'objet de mesures particulières à leur encontre en application de cette disposition. Le seul fait que les deux requérants figurent dans la liste en tant que « groupe ou entité impliquée dans des actes de terrorisme » peut être gênant mais constitue un lien beaucoup trop ténu pour justifier l'application de la Convention. En effet, la référence en question, limitée à l'article 4 de la position commune, n'équivaut pas à la mise en accusation des groupes ou entités visés et encore moins à l'établissement de leur culpabilité. En définitive, les associations requérantes ne sont concernées que par la coopération renforcée des Etats membres sur la base des pouvoirs déjà existants et, de ce fait, doivent être distinguées des personnes présumées être réellement impliquées dans le terrorisme et visées aux articles 2 et 3 de la position commune. En conséquence, la Cour considère que la situation dénoncée ne confère pas aux associations requérantes et *a fortiori* à leurs porte-parole la qualité de victime d'une violation de la Convention au sens de l'article 34.

*A contrario*, la Cour n'accepte pas ce qu'elle appelle l'*actio popularis* où, sans pouvoir prétendre être concerné par la violation alléguée, l'objet de la requête est de mettre abstraitement en cause une législation ou une jurisprudence d'un Etat. « En principe, il ne suffit pas à un individu requérant de soutenir qu'une loi viole par sa simple existence les droits dont il jouit aux termes de la Convention ; elle doit avoir été appliquée à son détriment »<sup>17</sup>.

## 2. Un contentieux subjectif et concret

Pour se situer dans le cadre de la dialectique contentieux objectif vs contentieux subjectif, contentieux concret vs contentieux abstrait, le recours devant la Cour est de type concret. A cet égard, je partage entièrement l'analyse de Max Weber selon laquelle les intérêts des personnes, révélés par l'atteinte qui leur est portée, contribuent à faire apparaître des interrogations juridiques qui sont le plus souvent invisibles à l'examen « désincarné » des normes.

Un débat récent en Belgique autour d'une initiative qui en définitive n'a pas heureusement abouti a souligné le caractère propre du mode d'adjudication de la Cour européenne des droits de l'homme. La discussion portait sur l'opportunité de centraliser tout le contentieux de la compatibilité des actes législatifs avec la Convention européenne des droits de l'homme devant la seule Cour d'arbitrage. Cette suggestion a soulevé beaucoup d'objections car beaucoup se demandaient à ce moment si la *nature même* des compétences exercées par la Cour d'arbitrage la rendait apte à exercer à *elle seule* le

---

<sup>17</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Klass et autres c. Allemagne* du 6 septembre 1978, § 33.

type de contrôle de conventionnalité le plus adéquat<sup>18</sup>, d'où le rappel, en forme de comparaison, des éléments essentiels du mode d'adjudication de la Cour européenne : celle-ci s'abstient, en règle générale, de procéder à un contrôle *in abstracto* des normes et pratiques nationales, s'efforçant de ne juger que la conventionnalité des applications concrètes des normes et pratiques dans le litige qui lui est soumis.

On en voit un exemple très net dans la manière dont la Cour va procéder, dans l'examen de la proportionnalité, à la configuration des intérêts qui doivent être mis en balance. En cette matière, on distingue souvent deux formes de contrôle ou, plus exactement, deux formes de mise en balance. Soit un *ad hoc balancing* « qui concentre l'examen sur la seule situation particulière créée, *hic et nunc*, par l'application au requérant d'une norme qui aboutit au prononcé d'une décision ancrée dans la totalité des circonstances de la cause et épuisant par là même sa validité dans les règlements de celle-ci » ; soit un *categorical balancing* « où l'on opère un examen de conventionnalité de la norme elle-même, et non plus de sa simple application au requérant, étant entendu que la décision à rendre présentera dans ce cas une portée normative, puisqu'elle pourra trouver à s'appliquer à toute personne qui se trouve dans la même situation-type formant l'hypothèse, générale et abstraite, de la norme contrôlée »<sup>19</sup>.

L'option de la Cour est clairement en faveur d'un *ad hoc balancing* dans la mesure où la plupart du temps la pesée des intérêts a lieu au travers et pour les besoins du cas particulier, sans généralisation. Cette option procède d'un véritable choix du juge européen, motivé par le souci de ne pas heurter les autorités étatiques en condamnant, de manière générale et abstraite, leurs lois, règlements et pratiques. Mais, plus fondamentalement, ce choix traduit aussi le souci de la Cour de situer la justice des droits de l'homme, non dans l'abstraction des situations générales auxquelles les législateurs ont égard, mais dans la concrétude des cas d'espèces irréductiblement singuliers. Au demeurant, il n'est pas rare qu'un arrêt de constat de violation soit motivé par l'impossibilité, pour le juge national, de se livrer à un contrôle de conventionnalité concret, dans chaque cas d'espèce, de l'application des normes internes<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> . Fr. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « La Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme. Les voies de la "banalisation" », *Imperat Lex. Liber Amicorum Pierre Marchal*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 121 et s.

<sup>19</sup> . S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant-Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2001, p. 250, § 336.

<sup>20</sup> . Cour eur. D.H., arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, § 49 ; Cour eur. D.H., arrêt *Papachelas c. Grèce* du 25 mars 1999, §§ 53-55.

À la lumière de ce qui précède, on peut mesurer les effets qui pourraient résulter de la décision de confier à la seule Cour d'arbitrage le contentieux de la compatibilité des lois, décrets et ordonnances avec la Convention. Il n'entre en effet pas dans la mission de cette Cour, fut-elle initiée par renvoi préjudiciel, de juger des cas singuliers et contextualisés : son contrôle est essentiellement abstrait, axé sur les normes et non sur leur application. En conséquence, la Cour d'arbitrage ne pourrait, à *elle seule*, épouser les modes de raisonnement qui forment le cœur du « dire le droit » des droits de l'homme et placer le débat au niveau où la Cour européenne des droits de l'homme entend, quant à elle, le mener. Ceci ne signifie évidemment pas que le juge constitutionnel belge n'est pas un bon outil de l'effectivité de la Convention. Simplement faut-il admettre que cette effectivité — qui est essentielle — a tout à gagner dans le maintien, au profit des autres juridictions, d'une compétence concurrente pour contrôler la conventionnalité des actes législatifs car elles sont, structurellement, en mesure d'exercer l'indispensable contrôle concret.

### 3. L'avenir du recours individuel ?

Il faudrait reprendre ici toute la philosophie et l'histoire de l'institution.

Le recours individuel est donc au cœur du système de la Convention. « Une des grandes révolutions juridiques du XX<sup>ème</sup> siècle a été de faire en sorte que le justiciable, personne physique ou morale, devienne le créancier de droits définis à un niveau supranational — notamment européen — et qu'il puisse demander compte du respect de ces droits non seulement devant le juge national, qui demeure son juge naturel, mais également devant des juges européens capables d'harmoniser les solutions au niveau de l'espace européen et éventuellement de redresser telle décision du juge national ». Telle est la philosophie qui a présidé à l'instauration des juges européens : « que leur prétoire soit accessible non pas seulement aux États, sujets classiques de droit international, mais également aux individus ».

Comme nous l'avons vu à la leçon inaugurale, la mise en place de ce contrôle ne fut pas, loin s'en faut, un long fleuve tranquille. Les objections d'hier (qui sont parfois aussi les résistances d'aujourd'hui) se déployaient dans différentes directions. A partir du moment où les États respectent les principes fondamentaux de la démocratie, ils doivent pouvoir régler leurs affaires comme ils l'entendent ? Une Cour européenne unique n'est pas praticable et d'ailleurs elle serait assiégée par un flot de recours, certaines présentant de surcroît un caractère politique. Certains estimaient même que la

création d'une Cour est superflue : « nous n'avons pas à nous occuper de tous les cas d'injustices qui peuvent être constatées sur le territoire d'un pays ». Enfin, l'argument le plus souvent évoqué fut celui de la souveraineté nationale, même si depuis Hobbes et Grotius on sait que la notion de souveraineté a des limites qui sont précisément celles des droits de l'homme. Les opposants insistaient sur le caractère flétrissant que revêtirait une condamnation de la Cour et le fait inacceptable qu'une juridiction européenne détienne le dernier mot au détriment des tribunaux nationaux. En revanche, ceux qui étaient en faveur d'une telle Cour insistaient sur le fait que les requérants sont d'abord tenus d'épuiser les voies de recours internes et qu'un tel système persuaderait les femmes et les hommes d'Europe « que quelque chose de nouveau est fait et qu'un progrès va être réalisé ». « Personne ne peut dire qu'il est, pour la suite des années à venir, à l'abri du péril totalitaire (...). Il faut donc créer par avance, au sein de l'Europe, une *conscience qui sonne l'alarme*. Cette conscience ne peut être qu'une juridiction propre à l'Europe »<sup>21</sup>.

Aujourd'hui, de nouvelles questions se posent. Les portes de la Cour européenne des droits de l'homme doivent/peuvent-elles rester largement ouvertes aux victimes d'atteintes à la Convention, sans aucune distinction, notamment en fonction de la gravité de l'atteinte dénoncée ou de ce que l'on pourrait appeler son « intérêt »? Ou faut-il au contraire mettre en place un nouveau filtre, au travers duquel ne passeraient que les affaires mettant en cause de *graves* violations de la Convention ? En dernière instance, c'est le rôle et la place du droit de recours individuel qui se trouve soumis à examen. Nous y viendrons.

#### **D. Les conditions de recevabilité (art. 35)**

Je me limiterai ici, parmi les conditions de recevabilité existantes, à évoquer l'épuisement des voies de recours internes et la compétence de la Cour et, *de lege feranda*, dans la seconde partie, je présenterai la nouvelle condition de recevabilité introduite par le Protocole n° 14 à la Convention du 13 mai 2004.

1. **L'épuisement des voies de recours internes** est une condition de recevabilité qui répond directement et entièrement à la *philosophie* de base du système de protection des droits de

---

<sup>21</sup> P.-H. TEITGEN, Recueil des Travaux Préparatoires, volume I, Commission préparatoire du Conseil de l'Europe, Comité des ministres, Assemblée consultative, 11 mai – 8 septembre 1949, extraits publiés in P.-H. TEITGEN, *Aux sources de la Cour et de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bordeaux, Confluences, 2000.

l'homme : la Cour ne peut intervenir qu'à titre subsidiaire après que les requérants aient donné aux autorités internes la possibilité de constater et de redresser les violations alléguées. Nous devons sur ce point être particulièrement fermes car il y va de la légitimité même de la mission de la Cour. En outre, cette règle incite les Etats à garantir efficacement les droits de l'homme dans l'ordre interne.

Cela étant, la Cour retiendra comme voies de recours à épuiser celles que l'on peut considérer comme utiles, c'est-à-dire les voies de recours efficaces<sup>22</sup>, effectives<sup>23</sup>, accessibles<sup>24</sup> et certaines<sup>25</sup>, c'est-à-dire « présent(ant) des chances raisonnables de succès »<sup>26</sup>. Dans le cas contraire, les requérants pourront être dispensés de l'épuisement des voies de recours internes<sup>27</sup>.

- *Le rôle particulier de l'instance en cassation.* Depuis les origines, en effet, se sont présentées au juge européen des affaires où fut posée la question de savoir si, sous l'angle de l'article 35 de la Convention, il convenait d'exercer un recours interne devant une juridiction - judiciaire ou administrative - investie d'une fonction de cassation limitée aux seules questions de droit. La réponse de la Cour européenne des droits de l'homme à cette question fut toujours affirmative<sup>28</sup>. Si le droit au juge est la clé de voûte et le « bouclier des autres droits fondamentaux »<sup>29</sup>, la Cour a eu l'occasion, dans deux espèces différentes (en matière de durée de la détention provisoire et d'interdiction du territoire), de rappeler *le rôle crucial de l'instance en cassation*<sup>30</sup>.

*En contrepoint* de cette exigence pour la Cour de respecter les voies de recours internes, il importe de situer la **Recommandation Rec(2004)6 du 12 mai 2004 du Comité des ministres aux États**

<sup>22</sup> . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Civet c. France* du 28 septembre 1999.

<sup>23</sup> . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Selmouni c. France* du 28 juillet 1999.

<sup>24</sup> . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Immobiliare Saffi c. Italie* du 28 juillet 1999.

<sup>25</sup> . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003.

<sup>26</sup> . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Selmouni c. France* du 28 juillet 1999, § 76.

<sup>27</sup> . Cour eur. D.H., décision *Kalashnikov c. Russie* du 18 septembre 2001.

<sup>28</sup> . Voy. en effet, Cour eur. D.H., arrêt *Van Oosterwijck c. Belgique* du 6 novembre 1980, § 31 et s. et comp. avec l'opinion en partie concordante jointe par le Juge Ganshof van der Meersch ; Cour eur. D.H., arrêt *B. c. France* du 25 mars 1992, §§ 40 et s.

<sup>29</sup> . Th. RENOUX, « Le droit au recours juridictionnel en droit constitutionnel français », *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, tome 1, p. 321.

<sup>30</sup> . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Civet c. France* du 28 mars 1999. Solution confirmée depuis lors par les arrêts *Yahiaoui c. France* (20 janvier 2000, § 32), *Favre-Clément c. France* (30 mai 2000, § 29), *Laurent Bernard c. France* (30 mai 2000, § 26) et *Castillon c. France* (6 juin 2000, § 23) ; Cour eur. D.H., décision *Hamaïdi c. France* du 6 mars 2001. D'autres décisions dans le même sens ont suivi. Sur l'ensemble de cette question, voy. Fr. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « La Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme. Les voies de la banalisation », *op. cit.*

**membres sur l'amélioration des recours internes.** Le Comité des ministres rappelle le caractère subsidiaire du mécanisme de contrôle institué par la Convention qui présuppose, conformément à son article 1<sup>er</sup>, que les droits et libertés garantis par la Convention soient protégés tout d'abord par le droit interne et appliqués par les autorités nationales. Dès lors, le Comité « recommande aux États membres, en tenant compte des exemples de bonnes pratiques figurant en annexe : I. de s'assurer par un suivi constant, à la lumière de la jurisprudence de la Cour, que des recours internes existent pour toute personne alléguant d'une façon défendable une violation de la Convention et que ces recours sont effectifs, dans la mesure où ils permettent d'aboutir à une décision sur le bien-fondé du grief et à un remède approprié de toute violation constatée ; II. de réexaminer, à la suite d'arrêts de la Cour qui révèlent des défaillances structurelles ou générales dans le droit ou la pratique de l'Etat, l'effectivité des recours internes existants et, le cas échéant, mettre en place des recours effectifs afin d'éviter que des affaires répétitives ne soient portées devant la Cour ; III. de porter une attention particulière, dans le cadre des points I et II ci-dessus, à l'existence de recours effectifs en cas d'allégation défendable de durée excessive des procédures juridictionnelles ». L'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2006 acceptant le principe de la responsabilité extracontractuelle de l'Etat pour le manquement à l'exigence du délai raisonnable en est peut-être le résultat.

## 2. La compétence *ratione personae / materiae / loci*

La Cour est de plus en plus confrontée avec des cas impliquant l'Union européenne et le droit communautaire. L'arrêt *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* du 30 juin 2005 fait le point actuel de la situation.

### **E. L'instruction des requêtes**

#### 1. Un rétrécissement constant

Lorsque l'on voit concrètement le déroulement d'une affaire devant la Cour, il apparaît assez clairement, surtout aux juristes qui ont les contacts en première ligne avec les requérants, que l'ensemble de l'effort est de transformer un « maquis corse » en un « jardin à la française ». Tout le processus est celui d'un **rétrécissement** constant des faits et de la situation afin d'en extraire le point central. On le voit par exemple dans les questions qui sont posées aux parties dès qu'il y a communication de la requête au Gouvernement.

## 2. La preuve

A cet égard, une question nouvelle se pose et elle s'observe à partir d'une certaine réticence, voire même d'un refus de la Cour de tenir les incertitudes factuelles des litiges qui lui sont soumis comme cause de « non-justiciabilité » de ces derniers. Longtemps en effet la Cour a pu se comporter, si ce n'est *de jure*, du moins *de facto*, comme une Cour de cassation appelée à « dire le droit conventionnel » à propos de litiges dont le complexe factuel avait été préalablement clarifié dans le cadre de la procédure nationale et qui ne faisait donc plus l'objet de contestations sérieuses entre parties. En pareil contexte, les règles relatives à **la charge et à l'administration de la preuve** devant la Cour européenne demeuraient embryonnaires<sup>31</sup>. Cette situation a singulièrement évolué depuis le milieu des années 1990, la Cour se voyant en effet de plus en plus confrontée à des États contestant la réalité même des comportements qui leur sont reprochés. En pareille occurrence, le juge européen est presque contraint de se muer en véritable juge d'instruction pour pallier l'inefficacité, voire même l'inexistence des procédures judiciaires internes, ce qui n'est pas sans soulever de substantiels problèmes, juridiques et logistiques<sup>32</sup>. L'arrêt *Taïs c. France* du 1<sup>er</sup> juin 2006 en est une illustration récente<sup>33</sup>.

Face à cette situation, la Cour a tenté de réagir de différentes manières et avec différents instruments. Le *Règlement de la Cour* a été modifié le 13 décembre 2004 et trois dispositions nouvelles ont été introduites qui clarifient la responsabilité des parties. L'article 44A rappelle que « [I]es parties ont l'obligation de coopérer pleinement à la conduite de la procédure et, en particulier, de prendre les dispositions en leur pouvoir que la Cour juge nécessaires à la bonne administration de la justice ». L'article 44B, quant à lui, dispose que « [I]orsqu'une partie ne se conforme pas à une ordonnance de la Cour relative à la conduite de la procédure, le président de chambre peut prendre toute mesure qu'il juge appropriée ». Enfin, l'article 44C est plus directement lié à la question de la preuve. « Lorsqu'une partie reste en défaut de produire les preuves ou informations requises par la Cour ou de divulguer de

<sup>31</sup> . Voy. notamment M.-A. EISSEN, qui, en 1977 estime que la Cour européenne observe en cette matière, un « empirisme de bon aloi » (« La présentation de la preuve dans la jurisprudence et la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme », *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, Bruxelles, Bruylant, 1977, p.191).

<sup>32</sup> . Sur l'ensemble de ces questions, voy. Fr. TULKENS, « La preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme. Commentaire du rapport de H. Tigroudja », in *La preuve devant les juridictions internationales*, sous la dir. de H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel, Paris, Société de Législation comparée, coll. Contentieux international, à paraître.

<sup>33</sup> . Cour eur. D.H., arrêt *Taïs c. France* du 1<sup>er</sup> juin 2006, §§ 88 et s.

son propre chef des informations pertinentes, ou lorsqu'elle témoigne autrement d'un manque de participation effective à la procédure, la Cour peut tirer de son comportement les conclusions qu'elle juge appropriées ». En revanche, « [l']abstention ou le refus par une Partie contractante défenderesse de participer effectivement à la procédure ne constitue pas en soi pour la chambre une raison d'interrompre l'examen de la requête ».

Sur base de la *Convention* elle-même, la Cour hésite de moins en moins à utiliser l'article 38 pour sanctionner l'État qui, en méconnaissance des obligations que lui impose cette disposition, s'abstient de coopérer loyalement et complètement à l'établissement des faits. La question ici est celle de savoir dans quelle mesure une violation de l'article 38 emporte aussi une violation de l'article 34 de la *Convention in fine*.

Enfin, dans la *jurisprudence de la Cour*, on constate aussi que de subtils systèmes de répartition de la charge de la preuve sont mis en place pour circonvenir les inévitables controverses factuelles qui jalonnent certains contentieux, qu'il s'agisse de statuer sur la compatibilité avec l'article 3 de mauvais traitements prétendument subis par une personne privée de sa liberté<sup>34</sup>, ou encore de présumer l'état de vie ou de décès de la victime d'une détention non reconnue<sup>35</sup>. L'utilisation des obligations procédurales, qui touchent aujourd'hui toutes les dispositions de la *Convention*, est elle aussi une réponse aux difficultés suscitées, dans certains cas, par l'établissement de la preuve.

Enfin, en mineur, une autre question qui pourrait être soulevée est celle qui clôturait l'instruction d'une affaire, à savoir la **décision de tenir ou de ne pas tenir une audience**. Contrairement à l'article 6 de la *Convention* qui estime que le droit à un procès public fait partie du procès équitable, la Cour ne tient que très peu d'audiences. Quels sont les avantages et les inconvénients respectifs de la procédure orale et de la procédure écrite ? Quelle est la valeur ajoutée des audiences devant la Cour ? Une étude sérieuse devrait être faite à cet égard. Une observation qui peut paraître mineure mais qui pour moi a une certaine importance : la configuration de la salle d'audience ne permet pas de tirer profit du contact avec les parties. Les juges sont trop éloignés des plaideurs, physiquement, ce qui empêche toute forme d'interaction.

## **F. Le jugement**

<sup>34</sup> . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Selmouni c. France* du 28 juillet 1999, § 87.

<sup>35</sup> . Cour eur. D.H., arrêt *Timurtas c. Turquie* du 13 juin 2000, § 82.

## 1. La délibération

C'est surtout ici que j'évoquerai la question des « déterminants », des variables qui sont susceptibles d'influer sur la délibération de la décision elle-même. Ces variables peuvent être subjectives comme elles peuvent être objectives.

### a) Des variables subjectives

\* Quelle est la part du **subjectif** dans la manière de juger ? C'est d'autant plus difficile à déterminer que le propre de l'argument subjectif (qu'il soit politique, religieux, moral ou autre) est de se dissimuler sous les apparences du droit. L'arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003 en est un excellent exemple. Je crois en définitive que la seule manière de s'en sortir est de soumettre sa décision à la critique.

La question des déterminations conscientes ou inconscientes des juges dans le délibéré est d'autant plus importante en matière de droits de l'homme qu'il y a quasiment toujours dans ce domaine affleurement de questions morales, éthiques, sociales, politiques extrêmement sensibles. C'est alors ici toute la question de l'impartialité personnelle qui est en cause. Aucun juge ne peut être totalement impartial : il est toujours tributaire de sa propre histoire, de ses opinions, de ses conceptions ou idées philosophiques, éthiques ou politiques. Cela étant, le juge doit s'efforcer de prendre une juste distance<sup>36</sup>, une distance par rapport à lui-même. L'impartialité personnelle n'est pas une forme de neutralité politique et sociale du juge, qui pourrait cacher des opinions invouables (comme les juges allemands pendant la guerre). L'impartialité pour moi consiste donc non pas à ne pas avoir d'opinions mais à être apte à les changer, sous l'influence d'un fait ou d'une argumentation. Autrement dit, l'impartialité peut se définir comme le principe, pour une juridiction ou pour un juge, de donner pertinence aux faits, aux arguments et aux interprétations que l'on va développer devant eux<sup>37</sup>. A *contrario*, il y aurait partialité lorsque la position du juge est acquise indépendamment des faits, des arguments et des interprétations que les parties peuvent faire valoir en instance.

Il y a un article récent intéressant de R. Dworkin : « The judge's new role : should personal

<sup>36</sup> . N. COMMARET, « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », *Dalloz*, 1998, Chronique, pp. 262 et s.

<sup>37</sup> . M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *Dalloz*, 6/1999, p. 54.

convictions count ? »<sup>38</sup>. Avec l'accroissement du rôle des juridictions internationales et notamment de la Cour européenne des droits de l'homme — qu'il cite nommément — le rôle et le pouvoir des juges acquiert une dimension supplémentaire.

Pour Dworkin, le **nouveau rôle des juges** est différent du rôle traditionnel à trois égards :

- tout d'abord, le juge est confronté à des débats moraux dans la mesure où les dispositions en cause sont inscrites ou écrites dans un langage moral, un langage où l'opportunité, la nécessité, le caractère raisonnable, la proportionnalité par exemple jouent un rôle important, ce qui oblige le juge à opérer des choix et à déterminer une interaction ou un équilibre entre l'efficacité et ses autres valeurs morales.
- Il l'est encore plus dans le jugement d'affaires qui présentent une dimension constitutionnelle. Ainsi, par exemple, la question de savoir si le droit à la liberté d'expression protège le discours de haine ou un discours qui persécute les minorités requiert nécessairement, dans une société démocratique, une réflexion sur les questions les plus fondamentales de la moralité politique. De même, l'article 3 de la Convention qui interdit la torture et les traitements inhumains et dégradants oblige à réfléchir sur ce qui n'est plus tolérable dans une société démocratique. Ainsi, dans l'arrêt *Selmouni c. France* du 28 juillet 1989, « [c]ompte tenu de ce que la Convention est un "instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles" (...), la Cour estime que certains actes autrefois qualifiés de "traitements inhumains et dégradants", et non de "torture", pourraient recevoir une qualification différente à l'avenir. La Cour estime en effet que le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques »<sup>39</sup>. Bien sûr, les précédents et la pratique vont jouer un rôle mais fondamentalement le juge va devoir se pencher sur une question de morale politique.
- Les questions morales que les juges constitutionnels doivent traiter sont souvent celles qui

<sup>38</sup> . R. DWORKIN, « The judge's new role: should personal convictions count? », *Journal of International Criminal Justice*, 1(2003), pp. 4-12.

<sup>39</sup> . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Selmouni c. France* du 28 juillet 1999, § 101.

sont les plus controversées et qui divisent la communauté. Ainsi, par exemple, en France, l'accouchement sous X dans l'affaire *Odièvre*<sup>40</sup>, l'application de l'article 2 à l'enfant qui n'est pas né dans l'affaire *Vo*<sup>41</sup>, l'agrément en vue de l'adoption par les homosexuels dans les affaires *Fretté*<sup>42</sup> et *E.B. c. France* qui a été plaidée devant la Grande Chambre le 14 mars dernier. Et ces questions morales qui sont au cœur du débat sont des questions de moralité politique plutôt que d'éthique individuelle. Lorsque la Cour doit se situer sur des questions liées par exemple à l'euthanasie, elle n'est pas appelée à déterminer si cette pratique dans le cas d'espèce est immorale. Elle doit déterminer le point de savoir si un Etat peut décider que ces questions rentrent dans son champ de pouvoir. Ce sont là des décisions politiques. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni*<sup>43</sup>.

Quelles vont être les **sources d'inspiration** des juges ? Souvent les juges disent qu'ils se fondent sur l'état de la société dans son ensemble ou encore sur des principes qui relèvent de la tradition historique, de l'histoire de la nation. Qu'est-ce que cela veut dire concrètement ? Est-ce qu'ils n'interprètent pas cette histoire en fonction de leurs propres convictions ? Il y a évidemment plusieurs interprétations de l'histoire concernant la liberté d'expression.

En définitive, les juges ne doivent rien faire qu'ils ne peuvent justifier dans le principe et dans l'application. L'adjudication est constructiviste et non pas oraculaire. Les juges ne sont pas des papes. Lorsque les juges rendent claires leurs convictions morales et personnelles, ils acceptent en même temps la responsabilité institutionnelle de l'intégrité, ce qui veut dire aussi la prise en compte de ce qui a été décidé avant eux et le corps des principes qui a été construit.

\* Un autre aspect de ce thème que nous pouvons sans doute discuter est celui de l'**activisme judiciaire** par rapport à la **retenue judiciaire**, présenté parfois comme étant un conflit entre une forme d'impérialisme par rapport à une forme de minimalisme. P. Wachsmann souligne très finement que « l'étude des méthodes d'interprétation conduit toujours à des observations similaires : (...) c'est l'alternance, chez l'interprète, de hardiesse et de prudence, d'impérialisme et d'autolimitation, qui interdit des conclusions univoques »<sup>44</sup>. Entre minimalisme judiciaire et *judicial supremacy* ?

<sup>40</sup> . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003.

<sup>41</sup> . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Vo c. France* du 8 juillet 2004.

<sup>42</sup> . Cour eur. D.H., arrêt *Fretté c. France* du 26 février 2002.

<sup>43</sup> . Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002.

<sup>44</sup> P. WACHSMANN, « Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme », *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pédone, 1998, pp.

- La Cour doit-elle être une « pacificatrice » de litiges particuliers qui, déférant aux préceptes du « minimalisme judiciaire », se borne à trancher « une affaire à la fois », de manière casuistique et sans s'encombrer de débats théoriques *hic et nunc* inutiles, voire même dangereux? Ou faut-il au contraire que la Cour se fasse « pédagogue », en prenant prétexte des litiges ponctuels qui lui sont soumis pour adresser aux juges de première ligne de la CEDH — les autorités étatiques— des directives générales et clarificatrices concernant les droits et les devoirs que celle-ci reconnaît et impose ?
- Ce débat se retrouve certainement au sein de la Cour. Il renvoie, en cascade, à de nombreuses autres questions ou constats. Une forme de tension au sein de la Cour entre les partisans d'arrêts de principe — et qui à ce titre pourraient être qualifiés de dogmatiques — et ceux qui privilégient une approche fondée sur le cas d'espèce — et qui à ce titre pourraient être qualifiés de pragmatiques. Elle peut à son tour être rapportée, en partie tout au moins, à la nature et surtout à la méthode du système juridique, celui de *common law* ou du système continental européen. En dernière instance, elle débouche aussi sur la question du statut de la Cour européenne comme éventuelle « Cour constitutionnelle européenne ».

#### *b) Des variables objectives*

\* Une première variable est celle de la **collégialité** dans la discussion, soit à 7, soit à 17. Toute une stratégie là doit se mettre en place dans ce type de délibéré. La collégialité me semble essentielle. Quid alors du juge unique qui sera mis en place par le Protocole n° 14 ?

\* Une autre variable, plus essentielle, pourrait sans doute être **l'importance de ce qui est en jeu**. Il y a en matière de droits fondamentaux, qu'on le veuille ou non, une sorte de hiérarchisation implicite des droits et partant des affaires. Le nouvel article 35 de la Convention accentuera cette dimension puisqu'il permettra à la Cour de déclarer irrecevable une requête lorsque le requérant « n'a subi aucun préjudice important ».

- Quid de l'importance ou de **l'enjeu politique des affaires** ? Je pense bien sûr aux affaires tchéchènes qui sans doute en raison de cet aspect ont fait l'objet d'une audience, une

---

157 et s.

audience à haut risque et extrêmement difficile à mener. Je pense aussi par exemple à l'arrêt *Bosphorus Airways c. Irlande*, lorsque je lis certains commentateurs qui estiment, sur base de parfaites spéculations, que le choix du moment du prononcé de cet arrêt, à savoir le 30 juin 2005, serait déterminé en fonction de l'échec de la procédure de ratification du traité constitutionnel pour l'Europe. Là ce sont vraiment des spéculations de doctrine qui ne trouvent absolument aucun appui dans une intentionnalité de la Cour.

\* Une autre variable qui pourrait être rangée aussi bien au niveau objectif que subjectif est le rôle de la **philosophie du droit**. En tranchant une affaire, nous faisons au fond facilement de la théorie du droit à notre insu. Il y a à cet égard un article assez intéressant de L. François sur le recours à une philosophie du droit dans la motivation des décisions juridictionnelles<sup>45</sup>.

- Sa position est que la théorie ou la philosophie du droit et l'activité des praticiens gagneraient toutes les deux en qualité si chacun s'intéressait de plus près à ce que fait l'autre. Pour cela il faut bien sûr sortir du préjugé selon lequel la philosophie et la théorie du droit est inutile pour le métier de juge et n'offrirait d'intérêt que pour les esprits spéculatifs. Souvent, un propos théorique pertinent se trouve, parce que théorique, présumé d'emblée ne pouvoir rendre service à des praticiens et rejeté, non sur la base d'un raisonnement mais au moyen de sarcasmes à base d'incompréhensions. Il est d'ailleurs vrai que l'utilité de la théorie du droit pour le praticien est indirecte, ce qui la rend peu visible : elle tient surtout à la formation de l'esprit que cette théorie procure. Et pourtant, comme le disait Einstein, rien de plus pratique qu'une bonne théorie. L'auteur donne comme exemple de cela le fameux arrêt *Le Ski* en Belgique de 1971 lorsque la Cour de cassation énonce la doctrine du monisme juridique : « lorsque le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir ; que la prééminence de celle-ci résulte de la nature même du droit international conventionnel ». En d'autres termes, le monisme théorique impliqué par la motivation de l'arrêt se fonde sur une théorie ou une philosophie du droit puisqu'il justifie la prééminence par la nature même du droit international conventionnel. Et sa conclusion : la théorie du droit peut être utile mais pratiquée avec une terminologie imprécise, un souci de cohérence faible et un éclectisme sans rigueur, elle devient une

---

<sup>45</sup> L. FRANÇOIS, « Le recours à une philosophie du droit dans la motivation des décisions juridictionnelles », *J.T.*, 2005, pp. 261 et s.

source de confusion et fait songer à la distinction, chère aux anciens, entre la philosophie et la rhétorique qui se fait passer pour de la philosophie.

## 2. Les modes de raisonnement

Il y a sur ce point une multitude de sujets à aborder et je devrai donc bien sûr choisir. Je le ferai au départ de la dialectique flexibilité vs. sécurité juridique. Entre flexibilité et sécurité.

Il y a une forme de tension qui oppose la sécurité juridique, une valeur certes importante, et d'autres valeurs concurrentes non moins importantes auxquelles la Cour se montre sensible : l'attention portée aux particularités du cas, le respect du pluralisme des intérêts, la conscience de l'évolution rapide des choses et des idées — toutes ces contraintes de l'argumentation auxquelles depuis Aristote les juristes sont attentifs et qui leur vaut le nom de prudents (*prudens*, jurisprudence). 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 de la Convention, certes parfois peu prévisible, mais qui cadre avec les objectifs fondamentaux poursuivis par le texte. Comme l'observe P. Ricoeur, « le sens d'un texte n'est pas derrière le texte, mais devant lui »<sup>46</sup>.

### a) Du côté de la flexibilité

Le **cas d'espèce** est, plus largement, la très large **contextualisation** qui domine le raisonnement de la Cour.

Au vu de la jurisprudence de celle-ci, l'adjudication de la Cour européenne des droits de l'homme suppose un recours important à des considérations de fait ou, à tout le moins, à des appréciations mêlées de fait et de droit. On peut l'observer à travers toutes les dispositions de la Convention : la question du respect ou du non-respect des garanties requiert immanquablement une « immersion » du juge dans toutes les *circonstances concrètes de chaque affaire*. La proposition se vérifie encore plus au niveau du principe de proportionnalité dont la mise en œuvre est centrale dans l'adjudication judiciaire du droit de la Convention européenne des droits de l'homme : enchevêtrement éminemment complexe de considérations de fait et d'appréciations de droit<sup>47</sup>, l'examen de la

<sup>46</sup> . P. RICOEUR, *Du texte à l'action. Essais d'herméneutiques II*, Paris, Seuil, 1986, p. 116.

<sup>47</sup> . Sur le caractère juridique et factuel de l'examen de proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention*

proportionnalité d'une mesure est incontestablement un exercice qui, me semble-t-il, sied mal à un juge de cassation<sup>48</sup>.

La *critique essentielle* du cas d'espèce est la casuistique et l'imprévisibilité de la jurisprudence. Développer une jurisprudence au coup par coup aboutit nécessairement à des incertitudes concernant aussi bien la portée exacte de chaque arrêt que le contenu précis de la jurisprudence de la Cour.

Dans une *étude récente* dont le titre est significatif, « L'internationalisation des droits de l'homme et les défis de la "contextualisation" », L. Bégin propose une analyse que je trouve très intéressante<sup>49</sup>. En matière de droits de l'homme on est confronté à un paradoxe. D'un côté, l'inscription des droits de l'homme dans les instruments juridiques poursuit ce mouvement de décontextualisation en le menant à son plus haut degré d'abstraction. Si l'on s'attache en effet à la signification philosophique et politique des droits de l'homme, il est indéniable que ces derniers se posent en tant que norme universelle et *abstraite*. Mais, d'un autre côté, en même temps, le développement des droits fondamentaux va de pair avec une *contextualisation* progressive de la mise en œuvre de ces droits.

On sait en effet que les droits fondamentaux ont une texture ouverte et que leur sens précis reste toujours à assigner. Leur application est en conséquence intrinsèquement liée à un travail d'interprétation de la part des juges. Un droit fondamental ne règle jamais lui-même les conditions de son application : il est général et abstrait et prend un sens concret dans chacun des contextes particuliers où il est invoqué. Au fond un droit fondamental est un concept de relation. Il acquiert sa signification précise — mais en même temps toujours révisable — en fonction des éléments structurant la situation où il est posé comme norme de référence<sup>50</sup>. Lorsque ce travail porte non seulement sur l'interprétation des droits et libertés mais également sur les limitations dont ceux-ci peuvent être assortis et sur l'examen de proportionnalité qui s'ensuit de manière à trouver un équilibre entre les intérêts des

---

*européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 502, 536-537 ; O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK, *Droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, coll. « Les grands arrêts de la jurisprudence belge », 1999, pp. 253 à 256. Sur le caractère factuel et juridique de la proportionnalité en général, voy. R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1985, pp. 100-101 ; R. B. BILDER, « The Fact-Law Distinction in International Adjudication », *Fact-Finding before International Tribunals*, sous la direction de R. B. Lillich, New York, Transnational Publishers Inc., 1992, p. 98.

<sup>48</sup> . W. LEISNER, *Der Abwägungsstaat. Verhältnismässigkeit als Gerechtigkeit ?*, Berlin, Duncker et Humblot, 1997, pp. 114 à 117, spéc. p. 116. Cf. aussi Fr. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « La Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme. Les voies de la banalisation », *op. cit.*

<sup>49</sup> . L. BÉGIN, « L'internationalisation des droits de l'homme et les défis de la "contextualisation" », *R.I.E.J.*, n° 53, 2004, pp. 63 et s.

<sup>50</sup> . Sur cette idée de relation, cf. P. COPPENS, *Normes et fonction de juger*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1998, chapitre 3.

parties en présence, les juges procèdent à un examen éminemment **contextualisé** de la situation, sensible à une diversité d'intérêts et de valeurs.

Une telle contextualisation de la norme juridique, et plus particulièrement les pratiques d'interprétation contextuelle, marquent une rupture importante avec le formalisme juridique caractérisant le 20<sup>ème</sup> siècle. En effet, depuis les travaux de Max Weber sur les processus de rationalisation opérant dans les sociétés modernes, on considère que le droit moderne se caractérise surtout par la formalisation. Or, cette dernière implique un processus d'abstraction et d'universalisation de la norme. La norme juridique moderne se pense en tant que norme fondamentalement décontextualisée. Cette caractéristique n'affecte pas uniquement la portée et la signification de la norme telle qu'elle est posée par le législateur. Elle se repère tout autant dans la conception généralement véhiculée du rôle du juge dans son rapport à la norme juridique. En tant qu'il a pour fonction d'appliquer le droit, le juge n'est pas censé intervenir sur le sens de la norme ; encore moins en créer de nouvelles. Le juge doit appliquer la norme de manière neutre et objective. Son action est envisagée comme équivalant à celle d'une courroie de transmission : dans le plus grand respect de la volonté du législateur, il applique au cas particulier la loi, formulée de façon générale et abstraite. Le modèle de la courroie de transmission — avec la fameuse doctrine du sens clair des textes qui l'accompagne — sont supposés prémunir l'institution juridique contre une infiltration des valeurs morales personnelles des juges. Elles prétendent ainsi répondre à une exigence de justice formelle. En maximisant la passivité interprétative du juge, elles semblent assurer une *certitude* et une *sécurité* dans les relations juridiques. Comme le souligne Wroblewski, « cette idéologie a pour valeur de base la stabilité des lois, la sécurité et la certitude juridique ; elle est liée aux constructions sémiotiques et juridiques du sens de la loi comme volonté du législateur historique. Ce sens ne change pas malgré les changements qui interviennent dans le contexte d'application des lois »<sup>51</sup>.

Que penser de cette contextualisation ? Risque-t-elle de conduire la **fonction de juger** à un décisionnisme inacceptable pour tout Etat démocratique, au détriment de décisions rationnellement fondées ?

Il faut arriver à une sorte de quadrature du cercle : d'un côté, être sensible au contexte et, en même temps, maintenir des critères de **cohérence interne** et surtout de **continuité dans le temps**. Par cohérence interne on peut viser la façon dont le juge se référera à ces éléments contextuels. La

<sup>51</sup> J. WROBLEWSKI, « L'interprétation juridique », in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 316.

manière d'aborder ces éléments et l'ordre dans lequel les envisager doit manifester une cohérence qui n'est pas dictée uniquement par les cas particuliers se présentant au juge. Par ailleurs, cette cohérence doit subir l'épreuve de la continuité dans le temps, ce qui n'exclut pas qu'il soit possible — pour des raisons déterminantes — d'en poursuivre l'aménagement progressif. De telles mesures paraissent requises pour faire en sorte que les processus décisionnels ne soient pas suspectés d'aménagements conjoncturels motivés uniquement par des préférences axiologiques personnelles.

La conclusion de l'auteur est nette. Malgré leur caractère universel et hautement abstrait — ou justement à cause de cela — les droits fondamentaux donnent lieu à une contextualisation de la norme qui, lorsqu'elle est assumée par le pouvoir judiciaire, se traduit dans des pratiques interprétatives contextuelles sensibles aux particuliers et aux multiples intérêts et valeurs en présence.

#### *b) Du côté de la sécurité*

Ceci m'amène à un autre thème, celui de la **sécurité juridique**, ce que Fuller appelait la « moralité interne du droit ».

Enfin, dans la perspective de la sécurité, on pourrait encore évoquer et discuter deux questions. La fameuse doctrine du **précédent** qui est un lieu paradigmatique de la différence dans le mode de juger entre le droit anglo-saxon et le droit continental européen.

Le revirement de **jurisprudence** : il est beaucoup moins sauvage et indéterminé que ce que l'on pourrait croire<sup>52</sup>. La liberté de la Cour est en fait contrainte par des paramètres très précis qui sont ceux de la sécurité juridique et de la confiance.

Aujourd'hui les revirements sont nets, annoncés et on peut dire que le temps des revirements feutrés a disparu. Ainsi, *Pellegrin*<sup>53</sup>, *Kudla*<sup>54</sup>, *Perez*<sup>55</sup>, *Christine Goodwin*<sup>56</sup>, *Stafford*<sup>57</sup>. Le drame du

<sup>52</sup> . Voy. « Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel (Etats-Unis, Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, Belgique, Espagne, Cour constitutionnelle italienne, Conseil constitutionnel français) », études réunies et présentées par Th. Di Manno, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, octobre 2005 à mars 2006.

<sup>53</sup> . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Pellegrin c. France* du 8 décembre 1999.

<sup>54</sup> . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Kudla c. Pologne* du 26 octobre 2000.

<sup>55</sup> . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Perez c. France* du 12 février 2004.

<sup>56</sup> . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002.

<sup>57</sup> . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Stafford c. Royaume-Uni* du 28 mai 2002.

revirement de jurisprudence est ainsi soigneusement écarté.

Toutefois, qu'en est-il dans l'arrêt *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* ?

En fait, il faut pouvoir arbitrer concrètement les requêtes contradictoires de la sécurité juridique et de la prudence. Plutôt que de tenter vainement d'arbitrer les termes du débat, inventer une nouvelle forme de sécurité juridique compatible avec la flexibilité et la prudence des modes d'adjudication judiciaire. Il ne s'agit plus tant de garantir aux individus une quelconque sécurité d'ordre substantiel *a priori* mais uniquement de leur donner l'assurance que leur cause sera entendue *a posteriori* par un juge et tranchée par celui-ci à l'issue d'un échange argumenté confrontant les différents intérêts en présence, échange où toute valeur apparaît radicalement négociable pourvu qu'elle le soit sur base de propositions recevables, c'est-à-dire non arbitraires. D'un tel déplacement, suggéré notamment par Habermas, l'on trouve des signes dans la jurisprudence. Ce sont toutes les garanties procédurales hors texte qui assurent l'effectivité des droits substantiels garantis. *Assenov c. Bulgarie* (arrêt du 28 octobre 1998), *Buckley c. le Royaume-Uni* (arrêt du 25 septembre 1996), *Rekvenyi c. Hongrie* (arrêt du 20 mai 1999).

### 3. Le travail en synergie

As we have seen it before, the multiplication of the instruments now guaranteeing human rights has, both in terms of quantity and of quality, been considerable — some see this as frenzied proliferation, others as constructive progression towards a “general law of human rights”. This situation, which may produce both positive and negative effects, is also reflected by the number of NGOs specialising in the defence of human rights, thus explaining the need for coordination and common platforms.

One fundamental problem is the risk of a reciprocal lack of awareness, of compartmentalization, of divergences, of inconsistencies and even of instruments cancelling each other out. Instead, I advocate **synergy between all these instruments** at national and international level.

It is worth noting that in the course of these leading judgments the Court often refers *to the case-law from other national and international jurisdictions*. Recourse to a comparative perspective in

human rights adjudication does not give rise to controversy before the European Court of Human Rights<sup>58</sup>. The Court considers that there is every reason to study decisions in other jurisdictions dealing with similar issues. It recognises that while it is not in any sense bound by what national or other international courts say the Court's own understanding of the governing principles will inevitably be enriched by examining how other courts have approached the same question. With modern advances in technology it is no longer difficult to have immediate access to leading decisions from e.g. the United Kingdom's House of Lords, the Supreme Courts of Canada (utilisées dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002<sup>59</sup>) and the United States and the Constitutional Court of South Africa.

Moreover, we should not neglect the contribution to the development and application of these *standards of other Council of Europe human rights bodies*, in particular, the work of the Commission for the Prevention of Torture (CPT), the Commissioner for Human Rights, the European Committee of Social Rights<sup>60</sup>, the European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) and the Advisory Committee for the Protection of National Minorities under the Framework Convention. These bodies will often rely on the case-law of the Court in their work but it also works the other way around. For example, today, it is quite a common occurrence for the Court to rely heavily on the work of the CPT in judging whether prison conditions amount to inhuman and degrading treatment in particular cases<sup>61</sup>. Reference has also been made to ECRI reports<sup>62</sup> and to reports prepared under the European Social Charter<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> . See, for example, the references to Canadian and United States judgments in ECtHR (GC), *Hirst (no. 2) v. the United Kingdom*, judgment of 6 October 2005; ECtHR, *Appleby v. the United Kingdom*, judgment of 6 May 2003; ECtHR, *Allan v. the United Kingdom*, judgment of 5 November 2002. The issue has become a controversial one in the United States – see Justice Ruth Bader Ginsburg's remarks to the Constitutional Court of South Africa – "A decent respect to the Opinions of [human]kind" (7 February 2006).

<sup>59</sup> . Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002 : le droit au respect de la vie privée englobe en principe le droit de se faire aider pour se suicider, § 66 : « Dans l'affaire Rodriguez c. Procureur général du Canada (*Law Reports of Canada*, 1994, vol. 2, p. 136), qui concernait une situation comparable à celle de la présente espèce, l'opinion majoritaire de la Cour suprême du Canada considéra que l'interdiction de se faire aider pour se suicider imposée à la demanderesse contribuait à la détresse de cette dernière et l'empêchait de gérer sa mort. Dès lors que cette mesure privait l'intéressée de son autonomie, elle requérait une justification au regard des principes de justice fondamentale. Si la Cour suprême du Canada avait à examiner la situation sous l'angle d'une disposition de la Charte canadienne non libellée de la même manière que l'article 8 de la Convention, la cause soulevait des problèmes analogues relativement au principe de l'autonomie personnelle, au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps ».

<sup>60</sup> . Voy. toutefois « La Cour européenne et la Charte sociale européenne : les liaisons dangereuses », note de J.-Fr. Renucci et C. Birsan sous Cour eur. D.H., arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* du 21 novembre 2006, Recueil Dalloz, 2007, pp. 410 et s.

<sup>61</sup> . Parmi de nombreuses autres affaires, voy. Cour eur. D.H., arrêt *Van der Ven c. Pays-Bas* du 4 février 2003.

<sup>62</sup> . Voy. Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Natchova et autres c. Bulgarie* du 6 juillet 2005 (références aux rapports annuels 2000 and 2004 de l'ECRI sur la Bulgarie).

<sup>63</sup> . Voy. Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Sørensen et Rasmussen c. Danemark* du 11 janvier 2006 (référence aux rapports du Comité européen des droits sociaux).

Enfin, la Cour se fonde aussi sur *d'autres instruments universels et régionaux de protection des droits de l'homme*. Ainsi, par exemple, dans l'arrêt *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005 (le non-respect de mesures provisoires indiquées par la Cour constitue une violation de l'article 34 CEDH), la Cour « observe que la Cour internationale de Justice, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, le Comité des droits de l'homme des Nations unies et le Comité des Nations unies contre la torture, tout en travaillant dans le cadre d'autres traités que la Cour, ont confirmé dans des décisions récentes que la sauvegarde des droits invoqués par les parties, face au risque de préjudice irréparable, représente un objectif essentiel des mesures provisoires prévues en droit international. De fait, on peut dire que, quel que soit le système juridique considéré, toute bonne administration de la justice implique que ne soient pas accomplis, tant qu'une procédure est en cours, des actes de caractère irréparable »<sup>64</sup>.

#### 4. Le jugement

##### a) La motivation

\* L'obligation de **motiver** les décisions de justice est pour nous essentielle : elle permet le contrôle des jugements, mais elle contribue aussi à contraindre le juge à se justifier. Le jugement devient plus transparent pour les parties et pour les observateurs. La publication des décisions joue également un rôle important. Certes, s'agissant des décisions de comité, la motivation de la Cour est extrêmement sommaire et elle est à juste titre critiquée très sévèrement par la doctrine<sup>65</sup>.

\* La Cour s'explique longuement, peut-être trop longuement. Elle a un mode d'écriture plus narratif, plus bavard ? Certes celui-ci s'oppose à la concision ou plutôt à l'ascèse des arrêts de la Cour de cassation. Parfois, des raisonnements et des écritures beaucoup plus sommaires notamment pour les durées de procédure. On s'améliore...

\* La question des **langues** est évidemment centrale : il faut se rendre compte que la plupart de ces arrêts ne sont pas pensés ni écrits par des personnes dont la langue maternelle est soit l'anglais

<sup>64</sup> . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005, § 124.

<sup>65</sup> . P. LAMBERT, « Motivation des décisions de la Cour européenne et frustration des justiciables », *Rev. trim. dr. h.*, 2007, pp. 211 et s. ; S. VAN DROOGHENBROECK, « La Cour de Strasbourg respecte-t-elle l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ? », *J.T.*, numéro anniversaire, 2007 (à paraître).

soit le français, les deux langues de travail de la Cour. Pour les 9/10èmes des membres de la Cour, ils sont amenés à penser et à écrire dans une autre langue que la leur. Comprendre cela éviterait bien des malentendus dans l'interprétation des arrêts de la Cour et je pense par exemple à l'arrêt *Kress c. France*. Il est évident que, pour un anglophone, « présence » et « participation » sont non pas des termes opposés mais des termes qui indiquent une séquence d'événements. Celui-là, disait Goethe, ne sait rien de sa propre langue s'il n'en connaît pas d'autre...

### *b) Les opinions séparées*

Quid des **opinions séparées** ?<sup>66</sup> Cela nous amène-t-il à juger autrement ? Peut-être : on ne va pas jusqu'au bout de la recherche d'un consensus, d'un compromis. Cela a des avantages et des inconvénients<sup>67</sup>.

## **II. La Cour européenne des droits de l'homme vue de l'extérieur**

Nous allons débattre ici des questions relatives à la réforme qui est devenue au sein de la Cour presque un débat perpétuel.

### **A. Le Protocole n° 14**

#### 1. Raisons et justifications

Préambule : « Considérant qu'il est nécessaire et urgent d'amender certaines dispositions de la Convention afin de maintenir et de renforcer l'efficacité à long terme du système de contrôle en raison principalement de l'augmentation continue de la charge de travail de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des ministres du Conseil de l'Europe ».

#### 2. Les principales propositions de réforme

##### *a) Durée du mandat des juges*

<sup>66</sup> . D. SPIELMANN, « Opinions séparées et secret des délibérations à la Cour européenne des droits de l'homme », *J.T.*, numéro anniversaire, 2007 (à paraître).

<sup>67</sup> . FI. RIVIÈRE, *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

*b) La formation du juge unique*

\* Sa place dans l'architecture de la Cour

\* Effets de ce nouvel organe

Comment va-t-il envisager sa fonction ? Comment va-t-il se situer par rapport au fait qu'il est seul, à décider de la recevabilité et donc chargé de prendre une décision irrévocable de ne pas faire rentrer l'affaire dans le champ du contrôle de la Cour ? Sera-t-il amené à motiver davantage pour compenser par un surcroît d'explications le caractère plus souverain d'une décision solitaire ? Ce n'est pas impossible.

\* Vers la « dénationalisation » du juge national (art. 26 § 3) ?

*c) Les affaires « manifestement bien fondées » (art. 28 § 1 b))*

*d) Une nouvelle condition de recevabilité (art. 12), soit un nouvel article 35 § 3*

Le Protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme amendement le système de contrôle de la Convention signé à Strasbourg le 13 mai 2004 poursuit l'objectif, clairement indiqué dans le préambule, « de maintenir et de renforcer l'efficacité à long terme du système de contrôle en raison principalement de l'augmentation continue de la charge de travail de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des ministres du Conseil de l'Europe ». Parmi les mesures proposées, il est suggéré d'ajouter à l'article 35 de la Convention une nouvelle condition de recevabilité qui serait libellée comme suit : « La Cour déclare irrecevable toute requête individuelle introduite en application de l'article 34 lorsqu'elle estime : ... (b) que le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles exige un examen de la requête au fond et à condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne. ». Un nouveau concept est donc désormais inscrit dans la Convention, celui de préjudice résultant de l'atteinte alléguée à un droit de la Convention. Il appartiendra à la jurisprudence de la Cour de déterminer la portée, la nature et les contours de ce nouveau concept et de le faire, comme le texte le suggère, du point de vue du requérant lui-même.

Toutefois, le texte contient aussi deux clauses de sauvegarde : la première est inspirée de l'article 37 de la Convention et exige le maintien de la requête si le respect des droits de l'homme l'exige, tandis que la seconde ne permet pas à la Cour de déclarer irrecevable une requête si elle n'a pas été dûment examinée par un tribunal.

Cette nouvelle condition nous renvoie à la question de la hiérarchie des droits.

e) *Le rôle du Commissaire aux droits de l'homme*

f) *L'extension des règlements amiables*

g) *La force obligatoire et l'exécution des arrêts*

h) *L'adhésion de l'Union européenne*

## **B. Le Rapport du Groupe des Sages (10 novembre 2006)**

1. Le maintien du droit de recours individuel

2. Des portes fermées

\* Les cours régionales

\* Le mécanisme de *certiorari*

3. Assouplissement de la procédure de réforme du mécanisme juridictionnel : création d'un « statut » de la Cour

4. Etablissement d'un nouveau mécanisme de filtrage : le comité judiciaire

5. Renforcement de l'autorité de la jurisprudence de la Cour dans les Etats membres

\* Accès à la jurisprudence dans la langue des Etats membres

6. Coopération entre la Cour et les juridictions nationales

\* Développement des avis consultatifs

7. Renforcement des voies de recours internes pour la réparation des violations de la Convention

8. L'octroi de la satisfaction équitable par les Etats

9. Les « arrêts pilotes »

10. Moyens alternatifs ou complémentaires à la solution juridictionnelle

\* Règlements amiables et médiation

\* Élargissement des fonctions du Commissaire aux droits de l'homme

11. Sur le statut institutionnel de la Cour

\* Réduction du nombre des juges

\*\*\*

### **Conclusions**

Depuis la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948 jusqu'à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en 2000, jamais les droits fondamentaux n'ont connu, dans les textes, un tel développement, que ce soit sur la scène universelle à travers les instruments conventionnels et non conventionnels des Nations Unies ou sur les scènes régionales avec la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981 et la Cour Africaine qui a vu le jour en janvier 2004, ou encore la Charte arabe des droits de l'homme du 15 septembre 1994. Est-ce un signe de force ou

de faiblesse ? de santé ou d'impuissance ? L'affirmation des droits ne sert-elle pas, comme le soutient J. Rivero, « d'alibi inconscient à l'absence de solutions efficaces données à des problèmes essentiels »<sup>68</sup> ? Prolifération ou construction progressive d'un véritable droit international des droits de l'homme ? La question mérite un examen sérieux.

---

<sup>68</sup>J. RIVERO, « Déclarations parallèles et nouveaux droits de l'homme », *Rev.trim. dr. h.*, 1990, p.328.