

VUB LEERSTOEL

Leçon inaugurale

vendredi 10 novembre 2006

**La Convention européenne des droits de l'homme comme un instrument vivant.
Les développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de
l'homme**

Françoise Tulkens

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

Mijnheer de Vice-Rector,
Mevrouw de Decaan, Beste Hélène,
Dames en heren,
Geachte collega's, geachte vrienden,

Eerst en vooral zou ik U graag heel hartelijk bedanken voor uw uitnodiging om deze prestigieuze VUB leerstoel te bekleden.

Je l'ai acceptée pour une double raison. La première tient au fait que, depuis longtemps, j'ai beaucoup d'admiration pour la qualité de votre Faculté de droit et de l'École de criminologie qui comptent, dans les domaines qui sont les miens, parmi les meilleurs juristes et criminologues de notre pays avec des chefs de file remarquables comme les professeurs Chris Eliaerts, Alain De Nauw, la professeure Sonja Snacken et les professeurs Serge Gutwirth et Paul de Hert dont les travaux m'ont beaucoup inspirée. La seconde raison pour laquelle j'ai accepté votre invitation est qu'elle me permet d'ouvrir avec vous un champ de réflexion et de dialogue sur les droits fondamentaux, plus particulièrement sur les droits de la Convention

européenne des droits de l'homme que j'ai l'honneur de servir comme juge à la Cour européenne des droits de l'homme. Personnellement, j'ai besoin pour mener mon travail à bien de vos analyses, de vos commentaires, de votre regard critique.

Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens is meer dan ooit ons gezamenlijke erfgoed en we delen in dit opzicht een gezamenlijke verantwoordelijkheid. Ik hoop dat de zittende hoogleraren het me niet kwalijk zullen nemen, maar deze namiddag zal ik me hoofdzakelijk aan jullie, studenten, richten want het zal reeds morgen aan jullie toevallen de grondrechten te doen erkennen en eerbiedigen. Nu zal ik verder spreken in het Frans, zoals afgesproken.

Aujourd'hui, peut-être, la vraie question est-elle celle-ci : comment, pour reprendre l'expression de Dworkin, prendre les droits et en particulier les droits de l'homme « au sérieux » ?¹. Les droits de l'homme ne sont ni une idéologie ni un système de pensée. Pour être porteur de sens dans la vie des individus et des collectivités, ils doivent s'inscrire dans des pratiques. Cette exigence signifie que la reconnaissance des droits fondamentaux est inséparable des mécanismes destinés à en assurer le respect et la protection. Dans ce contexte, le texte de la Convention agit à un double niveau. D'un côté, il établit un catalogue des droits et libertés et, d'un autre côté, il instaure un mécanisme pour la mise en œuvre des obligations assumées par les États.

Ces deux niveaux constitueront les deux parties de mon intervention. Dans la première partie, j'évoquerai certains droits substantiels contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme, comme ils sont interprétés aujourd'hui par la Cour, dans le contexte de la société contemporaine, en soulignant les questions qui me paraissent en jeu aujourd'hui. Je le ferai sous le thème de la **Convention comme un instrument vivant**. Dans la seconde partie, j'évoquerai certaines questions procédurales qui me paraissent aujourd'hui les plus significatives dans la mise en œuvre des droits de la Convention. Ici, mon fil conducteur sera celui de **l'effectivité des droits** et des voies qu'elle emprunte : une voie nationale, une voie supranationale, celle de la Cour européenne des droits de l'homme. De part et d'autre, je situerai les thèmes qui feront l'objet des leçons ultérieures.

¹ . R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

I. Les droits et libertés garantis

A. Les principes directeurs

Comme les théoriciens du droit l'observent, le droit doit être stable mais il ne peut rester immobile². L'adaptation et la modification sont des caractéristiques de la Convention depuis 1950 et elles continuent à l'être aujourd'hui. J'en vois une illustration dans deux directions principales.

1. Les obligations des États

La Cour va progressivement étendre le champ des **obligations des États**. Ainsi, si les obligations de l'État sont bien sûr **négatives** — ne pas s'immiscer dans les droits et libertés garantis — à cette exigence de passivité de l'État s'ajoute aujourd'hui de plus en plus une exigence d'activité, sous la forme **d'obligations positives**, voire même d'obligations de prévention, visant à garantir le respect effectif des droits et libertés reconnus.

La *frontière* entre les obligations positives et les obligations négatives n'est pas toujours aisée à déterminer et l'arrêt *Dickson c. Royaume-Uni* du 18 avril 2006 est intéressant à cet égard. Le premier requérant est actuellement détenu dans une prison privée et sa date de sortie la plus proche est 2009. En 1999, il épouse la seconde requérante. Le couple sollicite la possibilité de recourir à l'insémination artificielle en prison, faisant valoir qu'il ne pourrait avoir un enfant autrement, compte tenu de la date de sortie la plus proche de M. Dickson et de l'âge de Mme Dickson, ce qui leur est refusé.

La Cour accepte que, en l'espèce, l'insémination artificielle se rattache à la vie privée et à la vie familiale des requérants en manière telle que la question du recours à celle-ci tombe sous le coup de l'article 8³. Dès lors, l'examen de la Cour suppose dans un premier temps d'établir si la mesure contestée constitue une ingérence dans le droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale (les obligations négatives de l'État) ou un manquement de l'État à son obligation positive à ces égards. La Cour conclut à l'obligation

² . Attribué à Roscoe POUND dans son ouvrage *Interpretations of Legal History*, New York, MacMillan, 1923.

³ . Cour eur. D.H., arrêt *Dickson c. Royaume-Uni* du 18 avril 2006, § 26.

positive, en considérant que la mesure contestée ne constitue pas une restriction à un droit général déjà en place dans l'environnement carcéral (par exemple, réglementant les dispositifs relatifs aux contacts avec la famille et aux visites) mais concerne plutôt le refus de l'État de prendre des mesures, exceptionnellement, afin de permettre quelque chose (la possibilité pour des détenus de concevoir un enfant) ne constituant pas encore un droit général reconnu. Cette vue est contestée par l'opinion dissidente qui estime qu'il y a ingérence de l'État dans le droit de *tout* prisonnier de concevoir un enfant.

La distinction n'est pas seulement académique car, en ce qui concerne la *méthode*, comme la Cour le souligne elle-même, lorsqu'il s'agit de définir l'existence et la portée d'une quelconque obligation positive, il faut avoir égard au *juste équilibre* à ménager entre l'intérêt général de la société et les intérêts des individus. En outre, une telle obligation ne doit pas être interprétée de manière à imposer aux États un fardeau insupportable ou excessif⁴. Notons que cette affaire a été renvoyée devant la Grande Chambre et qu'une audience aura lieu le 10 janvier 2007.

Quant à leur *objet*, les obligations positives se caractérisent par le fait qu'elles imposent aux États de veiller, par des mesures pratiques ou juridiques (législatives, administratives ou judiciaires) adéquates, à ce que des violations de la Convention ne soient pas commises, jusque et y compris dans les relations entre personnes privées et qu'elles soient éventuellement réparées. En d'autres termes, « les obligations positives tendent essentiellement à assurer les conditions matérielles et juridiques concrètes d'une jouissance réelle des droits que protège la Convention »⁵. Les obligations positives étendent évidemment largement le champ du contrôle du juge européen, notamment en direction des droits économiques, sociaux et culturels.

En ce qui concerne la *typologie*, les obligations positives peuvent être substantielles ou procédurales. Les premières imposent aux États de prendre les mesures de fond nécessaires pour permettre la réalisation effective des droits garantis par la Convention, comme par exemple reconnaître juridiquement l'état de transsexuel⁶ ou encore la paternité

⁴ . *Ibid.*, § 32. Cf. une analyse critique de G. VAN DER SCHYFF, *Limitation of Rights: A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights*, Nimègue, Wolf Legal Publishers, 2005.

⁵ . J.-Fr. AKANDJI-KOMBE, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme. Un guide pour la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Série « Précis sur les droits de l'homme », n° 7, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2006, p. 10.

⁶ . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002.

biologique d'un enfant décédé⁷. C'est sans doute le droit à la vie privée et familiale qui a le plus bénéficié de l'enrichissement des obligations positives substantielles⁸.

Les secondes imposent aux États l'organisation de procédures internes en vue d'assurer la protection des droits garantis par la Convention. Aujourd'hui, le champ des obligations positives procédurales s'étend très considérablement et celles-ci recouvrent différents aspects.

Dans certains cas, l'obligation procédurale porte sur la nécessité au niveau interne d'impliquer les parties dans les procédures judiciaires où des droits fondamentaux sont en cause. Ainsi, par exemple, en matière de placement d'enfants où, avant de se remettre à la marge d'appréciation de l'État, la Cour veillera à ce que les autorités aient pris le soin d'assortir leur décision de toutes les garanties possibles, notamment en permettant aux personnes concernées de jouer un rôle effectif dans le processus décisionnel (communication des rapports, participation à l'audience, assistance par un avocat, etc.)⁹. Il en va de même en ce qui concerne la protection de l'environnement, comme on le voit dans l'arrêt *Giacomelli c. Italie* du 2 novembre 2006, où la Cour développe toute la philosophie des garanties procédurales.

Dans d'autres cas, l'obligation positive procédurale consiste dans l'obligation, notamment en l'absence de preuve (c'est l'hypothèse des affaires contre la Russie et qui concernent les exécutions extra-judiciaires en Tchétchénie), d'ouvrir une enquête et d'engager des poursuites pouvant mener à l'établissement des responsabilités et, éventuellement, à des sanctions pénales. Il y a là un nouveau et important développement dans la jurisprudence de la Cour dont nous verrons de nombreuses illustrations s'agissant notamment de l'article 2 et de l'article 3 de la Convention. Lorsque, en outre, la Cour impose à l'État le devoir de se doter d'une législation pénale dissuasive et efficace, c'est ici que se situe le fameux paradoxe du recours à la voie pénale pour assurer le respect des droits de l'homme alors que, historiquement, les droits de l'homme étaient plutôt conçus et utilisés pour limiter le droit pénal. Nous en discuterons à la leçon du 8 décembre consacrée à la matière pénale.

7. Cour eur. D.H., arrêt *Znamenskaya c. Russie* du 2 juin 2005.

8. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 8^{ème} éd., 2006, p. 241, n° 166.

9. Cour eur. D.H., arrêt *Moser c. Autriche* du 21 septembre 2006, § 72.

2. L'application horizontale de la Convention

Aujourd'hui, avec la redéfinition du rôle de l'État, les droits fondamentaux sont de plus en plus invoqués dans les situations qui opposent des personnes privées ou des groupes — des acteurs non étatiques — avec le résultat que l'application horizontale de la Convention — individu contre individu — se développe parallèlement à son application verticale — individu contre État¹⁰.

A défaut d'effet horizontal direct, la Cour reconnaît de plus en plus l'**effet horizontal indirect** de la Convention¹¹ — qui s'exerce dans différentes directions¹². A suivre l'évolution accomplie depuis ces dernières années, il apparaît qu'une violation de la Convention commise par un particulier pourra être indirectement « reprochée » à l'État lorsque celui-ci l'a rendue possible ou probable, soit par **manque de diligence ou négligence pure et simple** — tel était le cas dans l'arrêt *Z. et autres c. Royaume-Uni* du 10 mai 2001 s'agissant de la responsabilité des services sociaux qui ont failli « à protéger les enfants requérants [...] des abus graves qu'ils ont subis sur une longue période » par leurs parents¹³ —, soit par **tolérance bienveillante** — c'est l'hypothèse de l'arrêt *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001¹⁴ et de l'arrêt *Hatton et autres c. Royaume-Uni* du 8 juillet 2003 qui concerne les nuisances sonores nocturnes résultant de l'activité de compagnies aériennes privées dont souffrent des riverains

¹⁰ . A. CLAPHAM, *Human rights in the private sphere*, Oxford, Clarendon Press, 1993; Ph. ALSTON (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, Collected Courses of the Academy of European Law, 2005; A. CLAPHAM, *Human rights. Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, Collected Courses of the Academy of European Law, 2006, pp. 349 et s.

¹¹ . Voy. D. SPIELMANN, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 133 et s.

¹² . Ainsi, au niveau de l'article 8 : Cour eur. D.H., arrêt *X et Y c. Pays-Bas* du 28 mars 1985, §§ 21-27 ; Cour eur. D.H., arrêt *Stubbings c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1996, §§ 61-64 (à propos de délits sexuels commis sur des mineurs) ; au niveau de l'article 9 : Cour eur. D.H., arrêt *Otto-Preminger c. Autriche* du 20 septembre 1994, § 47 et Comm. eur. D.H., req. n°34614/97, décision *Scientology Kirche Deutschlands c. Allemagne* du 7 avril 1997 (protection du groupe religieux contre les attaques dont il fait l'objet) ; au niveau de l'article 10 : Cour eur. D.H., arrêt *Özgür Gündem c. Turquie* du 16 mars 2000, §§ 42-43 (protection de journalistes contre le harcèlement) et Cour eur. D.H., arrêt *Fuentes Bobo c. Espagne* du 29 février 2000, § 38 (protection de la liberté d'expression face aux pressions d'un employeur) ; au niveau de l'article 11 : Cour eur. D.H., arrêt *Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche* du 21 juin 1988, § 34. Au niveau de l'article 5, voy., quoique très implicitement, Cour eur. D.H., arrêt *Riera Blume c. Espagne* du 14 octobre 1999, § 65 (protection contre la séquestration arbitraire) ; au niveau de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel : Cour eur. D.H., arrêt *Gustafsson c. Suède* du 25 avril 1996, § 60.

¹³ . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Z. et autres c. Royaume-Uni* du 10 mai 2001, § 74.

¹⁴ . Voy., de manière générale, Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001, § 81 : « si les autorités d'un État contractant approuvent, formellement ou tacitement, les actes de particuliers violant dans le chef d'autres particuliers soumis à sa juridiction les droits garantis par la Convention, la responsabilité dudit État peut se trouver engagée au regard de la Convention ».

de l'aéroport d'Heathrow : « en matière d'environnement, la responsabilité de l'État peut également découler du fait qu'il n'a pas réglementé l'activité de l'industrie privée d'une manière propre à assurer le respect des droits consacrés par l'article 8 de la Convention »¹⁵.

L'exemple le plus extrême d'application verticale de la Convention pourrait être trouvé dans l'arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004 — très critiqué par les civilistes — où la Cour était confrontée, sous l'angle de l'article 14 de la Convention, avec l'interprétation d'un acte éminemment privé, à savoir une clause testamentaire excluant de la succession un enfant adoptif. Certes, la Cour rappelle qu'elle n'est pas appelée, en principe, à régler des différends purement privés. Cela étant, dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe, elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou, comme en l'espèce, en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14. Elle réaffirme que la Convention est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles, et que les États membres du Conseil de l'Europe attachent de nos jours de l'importance à l'égalité, en matière de droits de caractère civil, entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage. Pour ces raisons, la Cour estime qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8¹⁶.

Il faut enfin souligner les **profondes incidences** de cette application horizontale de la Convention. L'intervention requise des États au sein des rapports interindividuels soulève en effet, très souvent, un conflit entre des droits et libertés également garantis par la Convention dont l'arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003 est sans doute l'exemple le plus significatif : droit à la vie privée de la mère vs. droit à la vie privée de l'enfant. Les conflits entre droits fondamentaux sont pour moi les plus difficiles à juger dès lors que sur les deux plateaux de la balance figurent des droits et libertés qui, *a priori*, méritent un égal respect et que, par ailleurs, les droits de l'homme ne sont pas en principe arrangés selon des ordres de priorité. Telle est la raison pour laquelle j'y consacrerai une leçon particulière, le 16 février prochain.

¹⁵ . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Hatton et autres c. Royaume-Uni* du 8 juillet 2003, § 119.

¹⁶ . Cour eur. D.H., arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004, §§ 59-63.

B. Les contours des droits et libertés

1. Les droits-libertés

Quels sont les contours de ces droits et libertés ? Je les évoquerai en les illustrant avec la jurisprudence *récente* de la Cour à travers laquelle on peut saisir les réalités auxquelles elle est confrontée aujourd'hui et qui n'est que le reflet des situations parfois extraordinairement complexes et difficiles que les personnes vivent dans la réalité, dans les 46 États membres du Conseil de l'Europe. En outre, je voudrais vous rendre sensibles dès à présent à cette approche concrète, au cas par cas, de la Cour, à cette approche éminemment « contextualisée » qui est caractéristique du raisonnement de la Cour et que j'analyserai de manière plus approfondie et théorique lors de la dernière leçon du 23 mars 2007 sur la Cour vue de l'intérieur et de l'extérieur.

Article 2. Le droit à la vie

Aujourd'hui, ce sont surtout les *limites de la vie* qui sont interrogées, la fin de la vie et le début de celle-ci.

En ce qui concerne la fin de la vie, dans l'arrêt *Pretty c. Royaume Uni* du 29 avril 2002, où une jeune femme totalement handicapée suite à une maladie dégénérative, demandait que son mari soit autorisé à la « suicider », la Cour n'est par persuadée que le droit garanti par l'article 2 peut être interprété comme impliquant un aspect négatif et elle juge dès lors que « l'article 2 ne saurait, sans distorsion de langage, être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir »¹⁷.

En ce qui concerne le début de la vie, dans l'arrêt *Vo c. France* du 8 juillet 2004, la requérante qui suite à une erreur médicale avait perdu le bébé qu'elle portait, estimait que l'obligation positive de l'État de protéger le droit à la vie de l'enfant à naître impliquait le recours à la voie pénale. La Cour a estimé, en l'espèce, qu'une voie administrative et civile en réparation du dommage était ouverte à la requérante mais elle ne s'est pas prononcée sur la question de l'applicabilité de l'article 2 au fœtus qui reste donc une question ouverte.

¹⁷. Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, § 39.

Dans le domaine pénal, l'article 2 de la Convention a été mobilisé ces dernières années dans trois directions principales que j'analyserai lors de la prochaine leçon du 8 décembre sur la matière pénale : les erreurs médicales, les activités dangereuses et l'usage de la force par la police, avec notamment l'arrêt *Taïs c. France* du 1^{er} juin 2006 qui concerne un jeune toxicomane mort dans un commissariat de police à Pau et dont l'intérêt est qu'il couvre tout le champ des obligations négative et positive, substantielle et procédurale, qui s'imposent à l'État.

Enfin, s'agissant de l'obligation procédurale, l'arrêt *Slimani c. France* du 27 juillet 2004 va sans doute le plus loin à cet égard. Le mari de la requérante est décédé dans un centre de rétention et la Cour estime que celle-ci n'a pas épuisé les voies de recours internes en ce qui concerne les violations alléguées de l'article 2 dans la mesure où elle ne s'était pas constituée partie civile. Toutefois, paradoxalement pour certains, la Cour estime qu'il y a néanmoins une violation procédurale de l'article 2 de la Convention car, d'une part, en cas de décès suspect, les proches de la victime ne doivent pas être obligés de prendre l'initiative de déposer plainte et, d'autre part, ceux-ci doivent être d'office impliqués dans l'enquête menée par les autorités¹⁸.

Article 3. L'interdit de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants

La Cour a plusieurs fois répété que l'article 3 de la Convention exprime une des valeurs les plus fondamentales de la société démocratique et requiert une vigilance extrême. Il ne peut subir ni dérogation, ni restriction car il contient une garantie absolue, intangible « même dans les circonstances les plus difficiles telles la lutte contre le terrorisme et le crime organisé ». Dans l'arrêt *Selmouni c. France* du 28 juillet 1999 où la Cour a, pour la première fois, qualifié de torture les sévices infligés au requérant pendant la garde à vue, elle a également estimé « compte tenu de ce que la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles [...] que certains actes autrefois qualifiés de traitements inhumains et dégradants, et non de torture, pourraient recevoir une qualification différente à l'avenir » car, en effet, « le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et

¹⁸. Cour eur. D.H., arrêt *Slimani c. France* du 27 juillet 2004, §§ 47-49.

inéluclablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques »¹⁹.

Le livre d'Emmanuel Babissagana paru le mois dernier, *L'interdit de la torture en procès*, soulève cependant une terrible question : « Interdite de façon absolue et non susceptible de dérogation, la torture est pourtant au devant de la scène internationale [...], à travers de multiples [...] révélations y afférentes, et surtout à cause de la remise en question de son interdiction absolue, au prétexte de la lutte contre le terrorisme. De par son existence même, la résurgence de ce débat public autour de la torture témoigne de la dévalorisation progressive des schémas justificateurs de son interdiction. L'invocation incantatoire [...] de la dignité humaine ne suffit en effet plus, si elle a jamais suffi, pour empêcher le recours à la torture. S'il en est ainsi, si, *in fine*, la récurrence de la torture s'explique par la faible justification de son interdiction absolue, alors il apparaît qu'au plan philosophique, l'une des tâches primordiales consiste à réexaminer la justification de cette interdiction »²⁰.

La force de cette disposition est qu'elle peut être utilisée *par ricochet* pour atteindre des situations qui ne sont pas en tant que telles visées par la Convention. Ainsi, ce texte joue un rôle majeur dans les situations de détention pour les personnes privées de liberté (en garde à vue ou en prison), avec des arrêts récents comme l'arrêt *Jalloh c. Allemagne* du 11 juillet 2006 où la police a administré de force un vomitif non pour des raisons thérapeutiques mais pour recueillir la preuve de la possession de drogues ou à l'arrêt *Vincent c. France* du 24 octobre 2006 concernant les conditions de détention d'un handicapé à Fresnes. Nous en parlerons lors de la prochaine leçon le 8 décembre 2006.

L'autre domaine qui aujourd'hui est de plus en plus sensible est celui de l'expulsion des réfugiés, demandeurs d'asile ou étrangers. L'arrêt *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique* du 12 octobre 2006 est évidemment un arrêt dont nous devons en Belgique tirer les conséquences.

¹⁹. Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Selmouni c. France* du 28 juillet 1999, § 101.

²⁰. E.N. BABISSAGANA, *L'interdit de la torture en procès*, Bruxelles, Publication des FUSL, 2006.

Article 5. Le droit à la liberté et à la sûreté

Ici, il s'agit de protéger les personnes privées de liberté, pour quelque raison que ce soit — détention préventive, exécution d'une condamnation, détention en attente d'expulsion, internement psychiatrique, etc. — contre toute forme d'*arbitraire*. Tout le volet pénal de l'article 5, qui est le volet principal, sera évoqué le 8 décembre lors de la deuxième leçon et je me limiterai ici à évoquer l'*enfermement psychiatrique* (art. 5 § 1 e).

Concernant le placement d'une jeune fille, à la demande de son père, dans un service fermé d'une clinique psychiatrique privée pendant 20 mois, l'arrêt *Storck c. Allemagne* du 16 juin 2005 fait figure d'arrêt de principe. Constatant que l'intéressée, majeure à l'époque des faits, n'avait pas été mise sous tutelle, n'avait pas consenti à son internement dans la clinique ni au traitement médical et avait été ramenée de force par la police après des tentatives de fuite, la Cour conclut, au vu des circonstances de l'espèce, que la requérante a été privée de sa liberté au sens de l'article 5 § 1. L'apport majeur de l'arrêt réside dans l'extension du champ d'application des obligations positives au droit à la liberté et à la sûreté qui répond à la nécessité d'assurer une protection efficace et complète de la liberté personnelle dans une société démocratique. En outre, par le jeu de l'« effet horizontal », une telle obligation vaut aussi lorsque les atteintes à la liberté sont le fait de particuliers, comme en l'espèce. La Cour, au surplus, considère que, dans le domaine de la santé comme dans celui de l'éducation, l'État partie ne saurait se soustraire à sa responsabilité en déléguant ses obligations à des organismes privés ou des particuliers mais qu'il conserve une obligation de surveillance et de contrôle sur ces derniers.

Article 6. Le droit à un procès équitable

Le droit à la justice, le « droit au droit », est le **droit à un procès équitable (art. 6)**, dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, ce qui implique aussi l'accès à un tribunal ainsi que, en matière pénale, le droit à la présomption d'innocence et les droits de la défense. Cet article représente à lui seul 60 % du contentieux porté devant la Cour.

La dimension pénale de l'article 6 est importante aussi bien en ce qui concerne le champ d'application de l'article 6 — qui s'étend — que les garanties que le texte prévoit. Je l'analyserai aussi lors de la prochaine leçon.

Deux questions pour ce soir.

Tout d'abord, le verrou qui limite le champ d'application de l'article 6 aux contestations sur des droits et obligations de caractère civil. On peut et à mon sens on doit s'interroger sur l'opportunité de pareille limitation à la lumière de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union qui est formulé de manière tout à fait générale. Aujourd'hui, dans la jurisprudence de la Cour, les contentieux exclus du procès équitable sont le contentieux électoral et fiscal²¹, celui des étrangers²² et celui de la fonction publique²³. Ici cependant, une évolution pourrait être envisagée sinon pressentie dans la mesure où la requête *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* concernant des réclamations de compléments de salaires introduites par des policiers — ceux-là mêmes que l'arrêt *Pellegrin* exclut d'office comme exemple manifeste de personnes participant à la puissance publique — a fait l'objet d'un dessaisissement et que la Grande Chambre doit rendre un arrêt dans les prochaines semaines.

Ensuite, la question du délai raisonnable, cette gangrène de tous les systèmes judiciaires en Europe. En ce qui concerne la Belgique, la Cour est désormais appelée, suite à l'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2006 qui rejette le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 4 juillet 2002 reconnaissant la responsabilité de l'État législateur, à répondre à l'objection de non-épuisement des voies de recours internes soulevée par le gouvernement dans les nombreuses requêtes pendantes devant nous qui soulèvent la violation de l'article 6 de la Convention. Le paradoxe est qu'il a fallu attendre quatre ans cet arrêt de la Cour de cassation...

²¹. Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Ferrazzini c. Italie* du 12 juillet 2001.

²². Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Maaouia c. France* du 5 octobre 2000.

²³. Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Pellegrin c. France* du 8 décembre 1999.

Article 7. Principe de légalité

Pas de crime, pas de peine sans loi qui définit l'infraction et fixe la sanction : le principe de la légalité en matière pénale est garanti par l'**article 7** et ne souffre lui non plus ni exception, ni dérogation. Il entraîne bien sûr, à titre de corollaire, la non-rétroactivité de la loi pénale. J'examinerai des requêtes qui concernent ce dernier aspect en ce qui concerne les crimes contre l'humanité en Lettonie lors de la prochaine leçon.

Mais je voudrais quand même évoquer ce soir l'arrêt *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* du 22 mars 2001 qui rappelle avec force l'exigence substantielle de la démocratie qui ne peut s'accommoder d'une légalité purement formelle. « La Cour considère qu'une pratique étatique telle que celle de la RDA relative à la surveillance de la frontière, qui méconnaît de façon flagrante les droits fondamentaux et surtout le droit à la vie, valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme au plan international, ne saurait être protégée par l'article 7 § 1 de la Convention. Cette pratique, qui a vidé de sa substance la législation sur laquelle elle était censée se fonder, et qui était imposée à tous les organes de l'État y compris ses organes judiciaires, ne saurait être qualifiée de droit au sens de l'article 7 »²⁴. La Cour ajoute encore « que les requérants qui [...] avaient créé l'apparence de légalité émanant de l'ordre juridique de la RDA, puis ont mis en place ou poursuivi une pratique méconnaissant de manière flagrante les principes mêmes de cet ordre, ne sauraient se prévaloir de la protection [...] de la Convention »²⁵.

Article 8. Le droit à la vie privée et familiale

C'est à mon sens surtout dans le champ de la *vie privée* que les évolutions les plus marquantes se sont produites ces dernières années, et même plus particulièrement dans celui de la *vie privée personnelle*.

Ce droit se décline aujourd'hui dans une triple direction : intégrité physique et morale – identité – intimité. Je me limiterai à ces deux derniers aspects où des situations nouvelles ont fait l'objet de jugements de la Cour.

²⁴ . Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* du 22 mars 2001, § 87.

²⁵ . *Ibid.*, § 88.

Le **droit à l'identité** est clairement reconnu et il s'étend aujourd'hui au droit d'*avoir accès à ses origines* et de *connaître sa filiation*, comme élément du droit à *l'épanouissement et au développement personnel*. Dans l'arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003 qui concerne la question de l'accouchement sous X, la Cour estime que la « naissance, et singulièrement les circonstances de celle-ci, relève de la vie privée de l'enfant, puis de l'adulte, garantie par l'article 8 qui trouve ainsi à s'appliquer en l'espèce »²⁶.

Cet arrêt va ouvrir la voie à d'autres où la Cour va prendre en compte ou, plus exactement, donner effet, aux évolutions technologiques en ce domaine et, notamment, aux tests ADN. Ainsi, dans l'arrêt *Jäggi c. Suisse* du 13 juillet 2006, le requérant se plaint de ne pas avoir pu faire effectuer une analyse ADN sur une personne défunte dans le but de déterminer s'il s'agissait de son père biologique. La Cour rappelle « que le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de vie privée »²⁷. Elle précise aussi « que l'intérêt que peut avoir un individu à connaître son ascendance ne cesse nullement avec l'âge, bien au contraire »²⁸. Dès lors, elle « constate que la protection de la sécurité juridique ne saurait à elle seule suffire comme argument pour priver le requérant du droit de connaître son ascendance »²⁹.

Inversement, le droit à l'identité dans le domaine de la filiation s'étend aussi au droit de contester la *présomption de paternité*. Ainsi, dans l'arrêt *Mizzi c. Malte* du 12 janvier 2006, la Cour estime que l'intérêt potentiel de Y. à bénéficier de la « possession d'état » d'enfant du requérant ne saurait excéder le droit légitime de celui-ci à avoir au moins une occasion de contester la paternité d'une enfant qui, selon les preuves scientifiques que l'intéressé prétend avoir obtenues, n'était pas de lui. La Cour adopte la même position dans l'arrêt *Paulik c. Slovaquie* du 10 octobre 2006 ainsi que dans l'arrêt *Tavlic c. Turquie* du 9 novembre 2006.

Dans ce même contexte du droit à l'identité, dans l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 7 mars 2006 qui concernait le retrait du consentement du père à l'implantation de l'embryon fécondé, la Cour a pour la première fois reconnu que la notion de vie privée recouvre

²⁶. Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003, § 29.

²⁷. Cour eur. D.H., arrêt *Jäggi c. Suisse* du 13 juillet 2006, § 37.

²⁸. *Ibid.*, § 40.

²⁹. *Ibid.*, § 43.

également « le droit au respect de la décision d'avoir un enfant ou de ne pas en avoir »³⁰. Cet arrêt a fait l'objet d'un renvoi devant la Grande Chambre où une audience aura lieu le 22 novembre 2006.

En ce qui concerne la **personal privacy** (intimité), la Cour a appliqué ce nouveau concept d'autonomie personnelle introduit dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002 dans l'arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique* du 17 février 2005 à propos de pratiques sadomasochistes, arrêt qui est accepté par certains mais très vivement contesté par d'autres qui n'hésitent pas à soutenir que la Cour favorise des pratiques sadomasochistes. Le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle, qui peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps. « Il en résulte que le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus. Il faut dès lors qu'il existe des "raisons particulièrement graves" pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8 § 2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité »³¹.

Article 9. Le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion

Ce droit implique aussi bien le droit d'adhérer que de ne pas adhérer à une religion³² et il soulève aujourd'hui des questions sensibles comme celle du port du foulard à l'université qui a fait l'objet de l'arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005 que je ne commenterai pas dans la mesure où j'ai dit ce que j'en pense dans une opinion dissidente.

Article 10. Le droit à la liberté d'expression

La liberté d'expression comme **fondement d'une société démocratique** est rappelée de manière constante par la Cour. La liberté d'expression est donc la condition *sine qua non* d'une véritable démocratie pluraliste. Comme le dit P. Ricoeur, « est démocratique une société qui se reconnaît divisée ». Cette affirmation de la fonction sociale de la liberté d'expression constitue la philosophie de base de toute la jurisprudence de la Cour relative à l'article 10. Il en

³⁰ . Cour eur. D.H., arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 7 mars 2006, § 57.

³¹ . Cour eur. D.H., arrêt *K.A. & A.D. c. Belgique* du 17 février 2005, § 84.

³² . Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Buscarini et autres c. Saint-Marin* du 18 février 1999.

résulte deux choses : d'une part, la liberté d'expression n'est pas seulement une garantie contre les ingérences de l'état (droit subjectif) mais elle est aussi un principe fondamental objectif pour la vie en démocratie ; d'autre part, la liberté d'expression n'est pas une fin en soi mais un moyen pour l'établissement d'une société démocratique.

Nous aurons l'occasion d'aller plus loin sur la liberté d'expression dans la leçon du 16 février 2007 car c'est le lieu de nombreux conflits de droits. L'arrêt *Leempoel et S.A. Ed. Ciné Revue c. Belgique* du 9 novembre 2006 en est un excellent exemple.

Article 14. L'interdiction de discrimination

L'arrêt *Natchova et autres c. Bulgarie* du 6 juillet 2005 est le premier où la Cour a combiné l'article 2, sous son volet procédural, avec l'article 14, en ce qui concerne un **crime de haine**. « La Grande Chambre estime [...] que tout élément indiquant que des représentants de la loi ont proféré des injures racistes dans le cadre d'une opération impliquant le recours à la force contre des personnes d'une minorité ethnique ou autre revêt une importance particulière lorsqu'il s'agit de déterminer si on est ou non en présence d'actes de violence illégaux inspirés par des sentiments de haine. Lorsque de tels éléments apparaissent au cours de l'enquête, il faut les vérifier et — s'ils sont confirmés — procéder à un examen approfondi de l'ensemble des faits afin de mettre au jour un mobile raciste éventuel »³³. En l'espèce, la Cour estime « que les autorités ont manqué à l'obligation qui leur incombait en vertu de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 de prendre toutes les mesures possibles pour rechercher si un comportement discriminatoire avait pu ou non jouer un rôle dans les événements »³⁴.

Sur le *plan normatif*, il est important de signaler et de saluer le Protocole n° 12 signé à Rome le 4 novembre 2000, pour le 50^{ème} anniversaire de la Convention, et dont l'article 1 porte sur une interdiction générale de la discrimination dans tout droit prévu par la loi et dans tout acte d'une autorité publique. Ce protocole est entré en vigueur le 1^{er} avril 2005 pour les pays qui l'ont ratifié (14 à ce jour).

Article 17. L'interdiction de l'abus de droit

³³ . Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Natchova et autres c. Bulgarie* du 6 juillet 2005, § 164.

³⁴ . *Ibid.*, § 168.

Dans le domaine de l'abus de droit, la Cour commence à exprimer son avis sur les dangers qui menacent la démocratie. Disposition peu utilisée dans le passé, elle l'est davantage aujourd'hui où, dans certaines décisions, la Cour a refusé la protection de la Convention s'agissant de racisme, de négationnisme, de révisionnisme ou d'appel à la violence³⁵.

La décision *Norwood c. Royaume-Uni* du 16 novembre 2004 est l'une des premières qui concerne le racisme à l'encontre des Musulmans.

Article 2 du Protocole n° 1. Le droit à l'éducation

Dans l'arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, la Cour confirme que cette disposition s'applique à l'enseignement supérieur et universitaire. L'arrêt souligne à juste titre que « nulle cloison étanche ne sépare l'enseignement supérieur du domaine de l'instruction » et il rappelle aussi, avec le Conseil de l'Europe, « le rôle essentiel et l'importance du droit à l'accès à l'enseignement supérieur dans la promotion des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le renforcement de la démocratie »³⁶.

2. Les droits-égalité

Les droits de la Convention européenne des droits de l'homme sont des droits **civils et politiques** (dits de la 1^{ère} génération). Mais, les droits et libertés ne s'exercent pas dans un vide car ils s'attachent à une personne en situation, au sein d'une communauté. Comme le dit Touraine dans *Qu'est ce que la démocratie ?*, « la reconnaissance des droits fondamentaux serait vide de contenu si elle ne conduisait pas à donner à tous la sécurité et à étendre constamment les garanties légales et les interventions de l'État qui protègent les plus faibles »³⁷. C'est bien pourquoi le discours des droits de l'homme devient parfois intolérable, sinon insultant pour certains.

³⁵ . Voy. *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupements liberticides et droit*, sous la direction de H. Dumont et al., Bruxelles, Bruylant - Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2000.

³⁶ . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, § 136.

³⁷ . A. TOURAINE, *Qu'est-ce que la démocratie ?*, Paris, Fayard, 1994, p. 52.

Certes, il appartient aux États de faire la justice sociale et, dans l'enceinte du Conseil de l'Europe, d'autres Conventions, comme la Charte sociale européenne de 1960, révisée en 1996, s'attachent directement aux droits économiques, sociaux et culturels, ces droits-égalité qualifiés de la 2^{ème} génération. Toutefois, comme la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples le souligne de manière remarquable, « les droits civils et politiques sont indissociables des droits économiques, sociaux et culturels », ce qui souligne la complémentarité des droits humains fondamentaux³⁸.

Si la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels garantit la jouissance des droits civils et politiques — au sens où ceux-ci ne servent à rien s'ils ne sont pas fondés sur des conditions économiques, sociales et culturels viables — certains n'hésitent pas à soutenir aussi la position inverse, à savoir que la violation des droits civils fondamentaux « plombe sûrement l'exercice — fragile et aléatoire — des droits économiques, sociaux et culturels »³⁹. Ainsi, le récent prix Nobel d'économie Amartya Sen établit très clairement « une équation entre la nature non démocratique d'un système politique et les famines » et il soutient même que « ce sont les différentes libertés positives existant au sein d'un État démocratique, y compris la liberté de tenir des élections régulières, l'exercice d'une liberté de presse et de la liberté de parole hors censure, qui incarnent la véritable force responsable de l'élimination des famines »⁴⁰.

La Cour a rappelé à maintes reprises qu'il « importe de donner aux droits reconnus leur pleine portée », que la Convention « a pour but « de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs » et qu'il n'y a pas de cloison étanche entre la sphère des droits économiques et sociaux et celle des droits couverts par la Convention.

A partir de là, certains arrêts récents de la Cour peuvent être analysés comme s'engageant sur le terrain des droits sociaux. En ce qui concerne le **droit au logement**, l'arrêt *Hutten-Czapska c. Pologne* du 19 juin 2006 qui intervient dans le cadre d'une politique de déblocage des loyers est intéressant. La Cour reconnaît que l'État polonais « avait à protéger

³⁸ . Voy. la décision *Grootboom* du 4 octobre 2000 de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud où la Cour consacre le droit au logement pour les populations les plus démunies et l'obligation pour l'État d'agir dans les situations les plus graves par la fourniture de moyens d'urgence.

³⁹ . N. BERNARD, « L'effectivité du droit constitutionnel au logement », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2001, n° 2, p. 156.

⁴⁰ . A. SEN, *Poverty and famine*, Oxford, Oxford University Press, 1981, cité par P. RICOEUR, *Parcours de la reconnaissance. Trois études*, Paris, Stock, 2004, p. 213.

le droit de propriété des premiers, d'une part, et à respecter les droits sociaux des seconds, qui se trouvaient souvent être des personnes vulnérables »⁴¹. En outre, au regard de l'article 46 de la Convention, la Cour adopte la procédure de l'arrêt pilote qui a « avant tout pour vocation d'aider les États contractants à remplir le rôle qui est le leur dans le système de la Convention en résolvant ce genre de problèmes au niveau national »⁴² et dès lors elle s'engage dans la voie — dangereuse ? — des mesures générales devant être adoptées par l'État polonais pour mettre un terme à la violation structurelle du droit de propriété décelée en l'espèce. Dans ce contexte, « compte tenu de la dimension sociale et économique du problème, y compris les obligations de l'État s'agissant des droits sociaux d'autres personnes [...], la Cour estime que l'État défendeur doit avant tout, par des mesures légales et/ou autres appropriées, ménager dans son ordre juridique interne un mécanisme qui établisse *un juste équilibre entre les intérêts des propriétaires, notamment en donnant à ceux-ci la possibilité de tirer un profit de leurs biens, et l'intérêt général de la collectivité — notamment en prévoyant suffisamment de logements pour les personnes les plus démunies* — conformément aux principes de protection du droit de propriété énoncés dans la Convention »⁴³. Il est fait expressément référence à ce paragraphe dans le dispositif.

Dans l'arrêt *Wallowá et Walla c. République tchèque* du 26 octobre 2006, la Cour constate une violation de l'article 8 de la Convention dans une situation où les enfants des requérants avaient été placés dans un établissement d'assistance éducative en raison du caractère insuffisant du logement.

Dans le même esprit mais sur un sujet différent, s'agissant du **droit au travail**, il convient de mentionner également l'arrêt *Sidabras et Džiautas c. Lituanie* du 27 juillet 2004 où la Cour conclut que l'interdiction qui a été faite aux requérants de chercher un emploi dans diverses branches du secteur privé, en application de l'article 2 de la loi sur le KGB, en raison de leur qualité d'« anciens agents du KGB », représente une mesure disproportionnée qui affecte sensiblement la possibilité pour les requérants d'exercer diverses activités professionnelles et entraîne des conséquences sur la jouissance par eux du droit au respect de la « vie privée » au sens de l'article 8, même si est prise en compte la légitimité des buts qu'elle visait⁴⁴. D'où le titre significatif d'un article en France : « Le droit de gagner sa vie par le

41 . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Hutten-Czapska c. Pologne* du 19 juin 2006, § 225.

42 . *Ibid.*, § 234.

43 . *Ibid.*, § 239.

44 . Cour eur. D.H., arrêt *Sidabras et Džiautas c. Lituanie* du 27 juillet 2004, §§ 61 and 50.

travail devant la Cour européenne des droits de l'homme »⁴⁵. Dans le même sens, on pourrait aussi évoquer les arrêts *Coorplan-Jenni GmbH et Hasic c. Autriche* et *Jurisic et Collegium Mehrerau c. Autriche* du 27 juillet 2006.

Enfin, les questions **de santé** qui sont un bon indicateur de l'ouverture progressive de la Cour à la responsabilité des États dans ce domaine. Ainsi, par exemple, dans la décision d'irrecevabilité *Nitecki c. Pologne* du 21 mars 2002, la Cour s'est attaquée à une obligation plus générale de l'État. Elle rappelle que l'on ne saurait exclure que les actions et omissions des autorités dans le domaine des politiques de santé peuvent dans certaines circonstances engager leur responsabilité au regard de l'article 2 et qu'une question peut se poser sous l'angle de l'article 2 lorsqu'il est prouvé que les autorités d'un État contractant ont mis la vie d'une personne en danger en lui refusant les soins médicaux qu'elles se sont engagées à fournir à l'ensemble de la population. Dans l'arrêt *Calvelli et Ciglio c. Italie* du 17 janvier 2002, la Cour rappelle que l'article 2 « impose aux États de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction »⁴⁶ et que ce principe s'applique « aussi dans le domaine de la santé publique »⁴⁷.

3. Les droits-solidarité

Si les questions liées à l'*environnement* ont déjà fait leur entrée dans la jurisprudence de la Cour (arrêt *Taşkın et autres c. Turquie* du 10 novembre 2004 ; arrêt *Moreno Gómez c. Espagne* du 16 novembre 2004 – tapage nocturne ; arrêt *Giacomelli c. Italie* du 2 novembre 2006 – exploitation d'une usine de traitement de déchets toxiques)⁴⁸, dans le domaine des *droits culturels* (qui sont à mes yeux des droits fondamentaux essentiels), la décision d'irrecevabilité *SCEA Ferme de Fresnoy c. France* du 1^{er} décembre 2005 me semble significative. La société requérante soutenait que la mesure de classement parmi les

⁴⁵ . J.-P. MARGUÉNAUD and J. MOULY, « Le droit de gagner sa vie par le travail devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 477.

⁴⁶ . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Calvelli et Ciglio c. Italie* du 17 janvier 2002, § 48.

⁴⁷ . *Ibid.*, § 49.

⁴⁸ . Voy. aussi *Tatar c. Roumanie* (requête pendante). Elle concerne l'utilisation par une usine d'une substance chimique qui présenterait des risques pour la santé et l'écosystème. Comme l'observe C.L. Rozakis, au fur et à mesure que la sensibilité pour la protection de l'environnement se développe, en devenant une préoccupation de tous, au plus l'intérêt général à la protection de l'environnement devient en quelque sorte individualisé. Sans doute assistera-t-on dans le futur à des changements importants dans la jurisprudence de la Cour, notamment par une interprétation plus large du dommage causé aux individus qui n'est guère encore couvert par la jurisprudence actuelle (C.L. ROZAKIS, « Environmental protection and the case-law of the European Court of Human Rights », in *International Law of XXI Century. To the 80th Anniversary of Professor Igor I. Lukashuk*, p. 543).

monuments historiques de la chapelle qui se situait sur son terrain limitait l'usage de son droit de propriété. La Cour relève que la mesure de classement « avait pour objet de préserver des bâtiments historiques [...] et présentant "du point de vue de l'histoire de l'art un intérêt public en raison de la rareté et de l'authenticité de [leur] architecture". L'ingérence contestée avait ainsi pour objet d'assurer, à travers le contrôle des constructions et travaux réalisés à proximité, un environnement de qualité aux éléments du patrimoine national protégés. En l'espèce, la Cour considère qu'il s'agit d'un but légitime dans le cadre de la protection du patrimoine culturel d'un pays » et elle « renvoie en particulier au texte de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur la valeur du patrimoine culturel pour la société, adoptée le 27 octobre 2005 [...] qui affirme notamment que la conservation du patrimoine culturel et son utilisation durable ont comme but le développement humain »⁴⁹.

II. La garantie des droits ou de l'effectivité et les différentes voies qu'elle emprunte

L'effectivité est une question complexe dans la mesure où elle est liée, positivement, à la manière dont les droits de l'homme sont reconnus et mis en œuvre et, négativement, à la manière dont s'organisent des formes de résistances. L'effectivité est, en effet, inséparable de son contraire, l'ineffectivité⁵⁰.

Dans le paysage *institutionnel* actuel en matière de protection des droits de l'homme, les voies de l'effectivité sont *multiples* et celles-ci peuvent se croiser. Je n'évoquerai pas, en amont, la voie politique (et elle est essentielle) et je me limiterai à la voie juridique. Au sein de celle-ci, je distinguerai la dimension nationale et la dimension internationale, la première car elle est une priorité absolue, la seconde car c'est ici que se situe le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme.

A. La dimension nationale

A cet égard, il est juste d'observer que « nonobstant le rôle vital des mécanismes internationaux, la protection effective des droits de l'homme commence et prend fin au plan

⁴⁹ . Cour eur. D.H., décision (irrecevabilité) *SCEA Ferme de Fresnoy c. France* du 1er décembre 2005, p. 22.

⁵⁰ . J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *Année sociologique*, 1958, pp. 3 et s.

national »⁵¹. Ici, il importe d'agir à plusieurs niveaux.

Sur le plan législatif, tout d'abord. En ce qui concerne les textes, il serait évidemment essentiel que, préventivement, les parlements nationaux fassent la toilette de leurs textes, par exemple à l'occasion de travaux de codification et abrogent les lois incompatibles avec la Convention. Cela se fait trop peu souvent, comme si les États préféraient réformer à chaud plutôt qu'à froid. La *Recommandation Rec(2004)5* du 12 mai 2004 du Comité des ministres aux États membres porte précisément sur ce point : la vérification de la compatibilité des projets de loi, des lois en vigueur et des pratiques administratives avec les normes fixées par la Convention européenne des droits de l'homme.

Sur le plan judiciaire, ensuite. « Depuis 1998 », écrit l'un des auteurs qui ont le plus contribué au protocole n° 11, « peut-être davantage encore qu'à partir de 1950, l'essentiel de la tâche concrète de protection des droits de l'homme incombe aux juges nationaux. Mais la réalité de demain, c'est que la fonction juridictionnelle nationale sera toujours plus intimement liée à la fonction juridictionnelle internationale »⁵². Toute la question ici est celle de l'incorporation ou de l'intégration de la Convention dans l'ordre juridique interne des États et la manière dont ceux-ci l'appliquent⁵³. Cette histoire est souvent très intéressante faite de résistance et de reconnaissance. Sur ce point, je me limiterai à des expériences significatives dans deux pays.

En Belgique. Il s'agit d'un arrêt du 9 novembre 2004 de la Cour de cassation, contre l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 18 novembre 2003 condamnant le *Vlaamse Blok* pour racisme. La Cour de cassation affirme, pour la première fois me semble-t-il que « *la Convention européenne des droits de l'homme prime sur la Constitution* ; que les limitations à la liberté d'expression, d'association et de réunion prévues par la Constitution ne peuvent aller au-delà de celles qui sont fixées par la Convention européenne des droits de l'homme ; que, en premier lieu, le juge doit appliquer la Convention européenne des droits de l'homme ».

⁵¹ . CONSEIL DE L'EUROPE, *L'effectivité de la protection des droits de l'homme 50 ans après la Déclaration universelle*, Actes du Colloque européen régional organisé par le Conseil de l'Europe en tant que contribution à la commémoration du cinquantième anniversaire de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme et à l'évaluation en 1998 de l'application de la Déclaration et du Programme d'action de Vienne, Strasbourg, 2-4 septembre 1998.

⁵² . O. JACOT-GUILLARMOD, « La nouvelle Cour européenne des droits de l'homme dans la perspective du juge national », *Revue suisse de droit international et européen*, 1999, p. 45.

⁵³ . Voy., à cet égard, le projet de recherche de H. KELLER, *The reception of the ECHR in the Member States*, <http://www.rwi.unizh.ch/keller/Reception/home.htm> (Université de Zurich, 2006).

Au Royaume-Uni, l'exemple le plus spectaculaire de cela est la décision du 16 décembre 2004 de la Chambre des Lords dans l'appel qui avait été introduit devant eux par des « foreign nationals » qui, sans avoir été accusés d'aucune infraction pénale, faisaient l'objet d'une détention sans contrôle judiciaire et à durée indéterminée en raison de leur dangerosité, dans le cadre du *Terrorism Act 2000*. Le texte de l'opinion des différents Lords est un exemple d'appropriation et d'application des droits de la Convention européenne des droits de l'homme et je suis sûre qu'à son tour la Cour elle-même va pouvoir se fonder sur cette décision « nationale » dans ses arrêts.

Entre le juge national et le juge international, en matière de droits de l'homme, il y a donc clairement une **responsabilité commune** : les autorités nationales assument la *responsabilité première* du respect des droits de l'homme, par tous les organes de l'État ; la Cour européenne des droits de l'homme, qui exerce le contrôle du tiers, en assume la *responsabilité dernière*. Il est, en effet, acquis aujourd'hui que pour être crédible la protection des droits de l'homme doit accepter de s'exposer à un regard extérieur, un regard international qui fait office de tiers objectif.

Les droits de l'homme nous invitent à un *renversement de perspective* et, plus particulièrement, à abandonner le modèle kelsenien de la hiérarchie des normes. En fait, l'avènement du droit européen des droits de l'homme est aujourd'hui un défi majeur et fondamental à la pensée juridique traditionnelle car il rend, en effet, plus fragile, moins juste, moins adéquat cette manière « pyramidale » de penser. Ne peut-on et même ne doit-on pas l'oublier ? *De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit*, s'interrogent à juste titre M. van de Kerchove et Fr. Ost⁵⁴.

Ceci m'amène tout naturellement à la dimension internationale et à la Cour européenne des droits de l'homme.

B. La dimension internationale

⁵⁴ . Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2000, pp. 1-82 ; Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

1. La Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme est donc cette instance supranationale qui exerce le contrôle du tiers. Une vraie révolution en 1950 et qui n'a pu s'imposer qu'après certaines réticences et plusieurs étapes — qui a débouché dans le Protocole n° 11 qui a mis en place la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme. Vous savez aussi qu'un Protocole n° 14 amendant le système de la Convention afin d'accroître l'efficacité du système de protection déjà ratifié par 45 pays (la Belgique l'a fait le 14 septembre 2006) entrera en vigueur lorsque et si le dernier État, la Russie, l'aura ratifié, sans doute dans les prochains jours.

Je vous parlerai de l'architecture de la Cour, de son profil — avec les questions que cela implique notamment en termes de méthode, de délibération et de raisonnement — ainsi que des modifications que le Protocole n° 14 entraîne dans le fonctionnement de la Cour lors de la dernière leçon le 23 mars 2007 sur la Cour vue de l'intérieur et de l'extérieur.

La compétence de la Cour

La compétence de la Cour 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 (art. 32).

Le recours individuel

La voie d'accès à la Cour est celle du *recours individuel*. Depuis le Protocole n° 11, l'individu est un sujet de droit international. 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.

Toute personne physique et donc nécessairement aussi les enfants et les mineurs, les malades mentaux, les femmes aussi bien sûr. Pour le 9 mars 2007, j'ai choisi comme thème de la leçon les femmes comme requérantes devant la Cour. Utilisent-elles cette ressource ? Comment ? C'est tout la question de l'accès à la justice pour les femmes que je voudrais analyser.

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. Nous sommes saisis d'une requête par une personne ou un groupe directement touché et qui fait valoir une violation alléguée de la Convention dans une situation particulière. 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.

Évidemment, cela a des effets / des conséquences sur notre manière de juger. Le **cas d'espèce** et, plus largement, la très large **contextualisation** domine le raisonnement de la Cour. La *critique essentielle* du cas d'espèce est la casuistique et l'imprévisibilité de la jurisprudence. Nous discuterons l'ensemble de ces questions lors de la dernière séance sur la Cour vue de l'intérieur.

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, une sorte de *certiorari*, au travers duquel ne passeraient que les affaires mettant en cause de graves violations de la Convention et/ou soulevant d'importantes questions d'intérêt général pour l'interprétation de celle-ci ? En dernière instance, c'est le rôle et la place du droit de recours individuel qui se trouve soumis à examen.

2. Les mesures provisoires

En ce qui concerne les **mesures provisoires**, l'arrêt *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005 opère, clairement, un revirement de jurisprudence. La Cour rappelle

que les mesures provisoires sont accordées par la Cour « *en vue de faciliter* “l’exercice efficace” du droit de recours individuel [...], c’est-à-dire de préserver l’objet de la requête lorsqu’elle estime qu’il y a un risque que celui-ci subisse un dommage *irréparable* en raison d’une action ou omission de l’État défendeur »⁵⁵. Au vu des principes généraux du droit international et des vues exprimées par d’autres instances internationales sur ce sujet, la Cour a décidé — pour la première fois — que « l’inobservation par un État défendeur de mesures provisoires met en péril l’efficacité du droit de recours individuel, tel que garanti par l’article 34, ainsi que l’engagement formel de l’État, en vertu de l’article 1, de sauvegarder les droits et libertés énoncés dans la Convention »⁵⁶.

Depuis lors, la Cour a malheureusement eu l’occasion de se prononcer dans le même sens dans d’autres requêtes⁵⁷.

3. *Les relations avec l’Union européenne*

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. Il concerne un appareil aérien pris en location par la société requérante auprès de Yugoslav Airlines et saisi par les autorités irlandaises en application d’un règlement du Conseil des Communautés européennes qui mettait en œuvre le régime des sanctions prises par les Nations Unies contre la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro). La société requérante se plaignait sous l’angle de l’article 1 du Protocole n° 1 (droit à la propriété) de la Convention d’avoir eu à supporter une charge excessive en raison de la façon dont l’Irlande avait appliqué le régime des sanctions et d’avoir subi d’importantes pertes financières.

« De l’avis de la Cour, une mesure de l’État prise en exécution de pareilles obligations juridiques doit être réputée justifiée dès lors qu’il est constant que l’organisation en question accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins

⁵⁵ . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005, § 108.

⁵⁶ . *Ibidem*.

⁵⁷ . Cour eur. D.H., arrêt *Chamaïev et 12 autres c. Géorgie et Russie* du 12 avril 2005 ; Cour eur. D.H., arrêt *Aoulmi c. France* du 17 janvier 2006 ; Cour eur. D.H., arrêts *Evans c. Royaume-Uni* du 7 mars 2006 ; Cour eur. D.H., arrêt *Olaechea Cahuas c. Espagne* du 10 août 2006.

équivalente à celle assurée par la Convention (...). Par "équivalente", la Cour entend "comparable" : toute exigence de protection "identique" de la part de l'organisation concernée pourrait aller à l'encontre de l'intérêt de la coopération internationale poursuivi (...). Toutefois, un constat de "protection équivalente" de ce type ne saurait être définitif : il doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux.

Si l'on considère que l'organisation offre semblable protection équivalente, il y a lieu de **présumer** qu'un État respecte les exigences de la Convention lorsqu'il ne fait qu'exécuter des obligations juridiques résultant de son adhésion à l'organisation. Pareille présomption peut toutefois être renversée dans le cadre d'une affaire donnée si l'on estime que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste. Dans un tel cas, le rôle de la Convention en tant qu'"instrument constitutionnel de l'ordre public européen" dans le domaine des droits de l'homme l'emporterait sur l'intérêt de la coopération internationale (...) »⁵⁸.

4. L'exécution des arrêts

Différentes questions pourraient être abordées sous ce titre car l'exécution des arrêts est évidemment un aspect essentiel pour assurer la crédibilité de la Convention. Il s'agit à mes yeux d'une phase cruciale en termes d'effectivité. Le principe est inscrit dans l'article 46 de la Convention.

Aujourd'hui, ce qui est intéressant à constater c'est que les rôles se sont partagés.

Tout d'abord, il est encourageant de constater que l'*Assemblée parlementaire* du Conseil de l'Europe, et certains de ses membres, sont très attentifs à cette question⁵⁹.

Ensuite, le Comité des ministres, outre son rôle de surveillance de l'exécution, n'hésite pas à s'attaquer aux problèmes de fond. Il importe à cet égard d'examiner attentivement la

⁵⁸ . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* du 30 juin 2005, §§ 155-156.

⁵⁹ . Cf. le rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe intitulé « Mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme » (doc. 11020, 18 septembre 2006).

Résolution Res(2004)3 du *Comité des ministres* du 12 mai 2004 sur les arrêts qui révèlent un problème structurel sous-jacent ainsi que la Recommandation Rec(2004)6 du Comité des ministres aux États membres du 12 mai 2004 sur l'amélioration des recours internes, qui attirent l'attention sur un ensemble de dispositifs nécessaires pour accroître la bonne exécution des arrêts de la Cour

Enfin, une évolution significative s'observe aussi dans la *jurisprudence de la Cour*. Les arrêts ont traditionnellement été considérés comme ayant un effet déclaratoire, la Cour n'indiquant pas aux États les mesures à prendre. Toutefois, dans des arrêts récents, la Cour a significativement étendu son rôle.

En ce qui concerne les *mesures individuelles*, dans l'arrêt *Assanidze c. Géorgie* du 8 avril 2004, le requérant se plaint d'être maintenu en détention par les autorités de la République autonome d'Adjarie, malgré la grâce présidentielle dont il avait bénéficié en 1999 concernant sa première condamnation et malgré l'acquittement prononcé par la Cour suprême de Géorgie en 2001. Après avoir conclu à la violation des articles 5 et 6 de la Convention du fait du refus des autorités de la République autonome d'Adjarie de libérer le requérant malgré l'acquittement prononcé par la Cour suprême de Géorgie, la Cour estime, dans le dispositif de l'arrêt, « qu'il incombe à l'État défendeur d'assurer la remise en liberté du requérant dans les plus brefs délais »⁶⁰. Tout en rappelant qu'il appartient au premier chef à l'État de choisir les moyens à utiliser pour s'acquitter de son obligation d'exécuter un arrêt, la Cour considère que « la nature même de la violation constatée n'offre pas réellement de choix parmi différentes sortes de mesures susceptibles d'y remédier »⁶¹.

Dans l'arrêt *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* du 8 juillet 2004, la Cour conclut à la violation à la fois de l'article 3 et de l'article 5 de la Convention et elle dit encore, à l'unanimité, que les États défendeurs doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre fin à la détention arbitraire des requérants encore incarcérés et assurer leur remise en liberté immédiate.

Enfin, dans l'arrêt *Sebastian Taub c. Roumanie* du 12 octobre 2006, qui concernait la situation de propriétaires de biens immobiliers nationalisés par l'État, la Cour dispose dans son

⁶⁰ . Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Assanidze c. Géorgie* du 8 avril 2004, § 203.

⁶¹ . *Ibid.*, § 202 *in fine*.

dispositif que l'État défendeur doit restituer au requérant l'appartement litigieux dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif.

En ce qui concerne les *mesures générales*, une autre avancée majeure est intervenue avec l'arrêt de la Grande Chambre du 22 juin 2004 dans l'affaire *Broniowski c. Pologne* qui a été qualifié d'**arrêt pilote**. La Cour européenne a non seulement trouvé une violation de l'article 1 du Protocole n° 1 mais elle a également conclu que la violation constatée « résulte d'un problème structurel lié au dysfonctionnement de la législation et de la pratique internes occasionné par l'absence d'un mécanisme effectif visant à mettre en œuvre le "droit à être crédité" des demandeurs concernés par des biens abandonnés au-delà du Boug ». La Cour définit un problème structurel comme une situation où « les faits de la cause révèlent l'existence dans l'ordre juridique [interne] d'une défaillance, en conséquence de laquelle une catégorie entière de particuliers se sont vus, ou se voient toujours, privés de leur droit [découlant de la Convention] » et où « les lacunes du droit et de la pratique internes décelées [...] peuvent donner lieu à l'avenir à de nombreuses requêtes bien fondées ».

Comme nous l'avons déjà vu, l'arrêt *Hutten-Czapska c. Pologne* est également un arrêt pilote.

Le **Protocole n° 14** du 13 mai 2004 renforce la phase d'exécution des arrêts en introduisant de nouvelles dispositions dans l'article 46 de la Convention et nous l'évoquerons lors de la dernière leçon.

Conclusion

Permettez-moi de terminer par cette belle phrase d'un auteur ancien anonyme qui m'a servi de repère et d'inspiration pour l'intervention de cet après-midi. « Si vous voulez construire un bateau, il est inutile de réunir des hommes, de leur donner des ordres et de répartir les tâches. Donnez-leur simplement l'envie de partir à la découverte des mers lointaines ». Les droits de l'homme, les droits de la Convention européenne des droits de l'homme dont je vais vous entretenir ne sont pas des ordres ni des tâches mais des horizons à la fois proches et lointains. Mon objectif serait atteint si j'avais simplement pu vous donner l'envie et le désir de partir à la découverte de ces horizons.

