

DES DROITS INVOQUÉS AUX DROITS PROTÉGÉS

« Morceaux choisis » des ombres et lumières du système européen de garantie des droits

chapeau à venir

Les célébrations se veulent toujours œcuméniques, pour ne pas dire consensuelles. On célèbre, donc on honore, on glorifie. Il s'agit ici de fêter les soixante ans de la Convention de sauvegarde des droits et libertés fondamentales (1) et les presque cinquante et un ans d'activités de la Cour européenne des droits de l'homme. L'instrument international — à tous égards extraordinaire (2) — qu'est la Convention européenne mérite amplement l'avalanche d'hommages et de colloques anniversaires (3), tant elle a participé à métamorphoser bon nombre d'ordonnements juridiques en les rénovant, le plus souvent, de fond en comble (4).

Dans le même temps, le « fabuleux destin » de la Convention telle qu'interprétée par la cour ne doit pas être le prétexte des discours ou des articles « faux-semblants ». Car, tout n'est pas parfait dans l'« univers » de la garantie conventionnelle des droits. La rose a ses épines. Ceci n'est certainement pas propre au caractère international du système de protection. Qu'on se le dise : qu'il s'agisse des mécanismes nationaux ou internationaux de protection des droits, la perfection n'est point de ce monde. Leur raison d'être est sans doute de tendre vers cet objectif idéal qu'est la perfection ou, à tout le moins, vers des mécanismes qui arrivent à allier au mieux efficacité (de la justice) et qualité (de la protection).

Au travers la présentation de quelques « morceaux choisis » — dans une allégresse discrétionnaire, privilège inhérent à toute synthèse — c'est tout à la fois le temps de l'invocation des droits (I) comme celui de la protection des droits (II) qui va être parcouru et passé au crible de l'analyse critique. Cette *summa divisio* permet de mettre l'accent tant sur le maniement du système par les « acteurs » principaux de celui-ci (les requérants, les États et les ONG), mais également sur le niveau de la protection des droits assurée par la Cour. On n'hésitera pas dans ce tour d'horizon à porter au grand jour les zones d'ombre de l'accès à la Cour comme de l'étendue de la protection conventionnelle. C'est tout le sel du métier passionnant d'universitaire : garder sa liberté de pensée et de paroles même quant il est question d'honorer et de glorifier ; s'ériger en empêcheur de tourner en rond, en somme, pour le must de la vivacité et de la liberté académiques.

I. Une invocation paradoxale

Passer en revue l'invocation des droits va permettre tout à tour de porter un regard critique sur les modalités d'accès à la cour à travers les caractéristiques des saisines des requérants, mais aussi les entraves érigées par les États ou encore les stratégies des « parties intervenantes ». On va voir que l'invocation peut être futile (A), entravée (B), mais également encouragée (C), autant de facettes qui démontrent que l'accès à la Cour pose des questions majeures en termes d'efficacité et de légitimité.

A. L'invocation futile

Le temps est assurément venu de voir la Cour européenne avoir les moyens de statuer efficacement sur des affaires majeures, existentielles, cardinales, celles où d'importantes violations des droits de l'homme sont en cause ; le temps est incontestablement venu d'éradiquer du paysage juridictionnel européen des saisines futiles où les requérants sont de « drôles de victimes » qui abusent du droit de recours individuel. L'affaire *Micallef* est l'archétype de l'outrance procédurière de certains où l'invocation d'une violation des droits n'est rien d'autre qu'un délire tactique (5). Même si cet arrêt n'est pas passé inaperçu des chroniqueurs et des arrêtistes émérites — puisqu'il orchestre un revirement de jurisprudence de taille en reconnaissant aux mesures provisoires, notamment aux injonctions, l'application des garanties du procès équitable (6) — il n'en reste pas moins qu'il est l'archétype de la débauche procédurière des certains requérants. Voilà que pour mettre un terme à une querelle de voisinage en matière de linge suspendu dans une cour (!), ces derniers arrivent non seulement à passer outre les contraintes de l'accès à la Cour déclinées à l'article 35, § 3 de la Convention mais aussi à mobiliser toute son armada juridique au point de finir par obtenir un arrêt de grande chambre. Le système conventionnel européen serait-il tombé sur la tête ? Ce caractère « dérisoire » du contentieux a engendré le courroux des juges Costa, Jungwiert, Kovler et Fura qui, dans une opinion dissidente commune, s'indignaient à juste titre : « La disproportion entre la modestie des faits et ce luxe voire cette débauche de procédures, heurte le sens commun, alors

(1) Ci-après « Convention » ou « Convention européenne ».

(2) Au point que certains auteurs, essentiellement dans la doctrine anglo-saxonne, ont développé une analyse en termes constitutionnels, V. parmi une abondante littérature, A. Stone Sweet, « Sur la constitutionnalisation de la Convention européenne des droits de l'homme : cinquante ans après son installation, la Cour européenne des droits de l'homme conçue comme une Cour constitutionnelle » : RTDH, 2009, n° 80, p. 923-944.

(3) En plus de ce colloque qui se tient au Sénat, a été organisé à la Maison de l'Europe les 5 et 6 mars 2010 un colloque qui a retracé tout à la fois l'histoire des débuts de la Convention comme son évolution, V. Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ? [il fut organisé par trois universités : Paris I (Panthéon Sorbonne), Paris XII et Rouen].

(4) On renvoie ici à l'étude systématique menée par une kyrielle d'experts nationaux sous la direction d'H. Keller et d'A. Stone Sweet, *A Europe of Rights. The impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, OUP, 2008, 852 p. La recherche a eu pour objet d'analyser sur la base d'une grille d'évaluation commune l'impact de la « Convention interprétée » dans seize pays.

(5) CEDH, 15 oct. 2009, *Micallef c/ Malte* – CEDH, 15 janv. 2008, *Micallef c/ Malte*.

(6) En l'occurrence les garanties du contradictoire, à partir du moment où les mesures provisoires tranchent des droits et obligations à caractère civil (CEDH, 15 oct. 2009, *Micallef c/ Malte*, § 78-89), F. Sudre, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme » : JCP G, 18 janv. 2010, p. 62.

surtout qu'il subsiste dans nombre d'États parties des violations graves des droits de l'homme. Notre Cour est-elle exactement faite pour cela ? » (pt 1 de l'opinion). Comment ne pas fustiger ici les démarches de ce type de requérants relayées évidemment par des avocats qui font fi des vertus de leurs systèmes internes en bafouant allégrement la subsidiarité du mécanisme international de garantie ? Comment ne pas critiquer également le mécanisme de filtrage de la Cour dont les mailles du filet n'ont à l'évidence pas été suffisamment fines pour bloquer une saisine aussi incongrue ? On conviendra avec les juges dissidents qu'il est aberrant qu'une telle requête n'ait pas été considérée comme « manifestement abusive » au sens de l'article 35, § 3 de la Convention...

Cette affaire pose la question de la nature du préjudice en mesure de justifier ou non un accès à la justice internationale. Par un jeu de miroir, l'affaire Micallef — qui constitue une caricature des excès judiciaires découlant d'invocations futiles de violations des droits — valorise l'atout majeur du protocole n° 14 dont on sait qu'il a fini, après un suspens politique d'envergure, par entrer en vigueur après que la Douma ait levé le dernier obstacle pour ce faire le 15 janvier 2010. Même si ce protocole — à l'instar de celui qui fut concocté par les services du greffe dans l'urgence afin de faire face à la politique d'obstruction menée par la Russie, le fameux protocole n° 14 bis (7) — n'est pas parfait, il est devenu vital pour la survie du système (8). Dans une étude célèbre parue en 1997 au *Yale Law Journal*, deux universitaires américains — Laurence R. Helfer et Anne-Marie Slaughter — avaient dégagé les critères qui, selon eux, avaient permis au système européen de garantie d'être a « *remarkable and surprising success* » (9) en étant capable de transformer en profondeur les systèmes juridiques nationaux. Le modèle qu'ils avaient dégagé pointait du doigt quatre facteurs clés — la capacité fonctionnelle de la Cour ; son aptitude à établir des faits ; la qualité de son argumentation juridique et son indépendance eu égard aux

intérêts politiques en jeu (10) — qu'ils associaient à un facteur d'ordre structurel : la nature des violations des droits sur le continent européen. À l'époque, en effet, il n'était pas question de violations massives des droits de l'homme et d'une culture de non-respect structurel de la règle de droit. On sait aujourd'hui que l'ouverture à l'Est au début des années 1990 a profondément métamorphosé la physionomie du contentieux conventionnel (11). Le climat politique n'est plus celui des années 1970-1980 où l'homogénéité politique, juridique et sociale était au rendez-vous. Il ne faut pas cesser de marteler qu'à l'heure actuelle (12) le plus grand nombre d'arrêts concerne un groupe réduit d'États : la Turquie (356) (13), la Russie (219) (14), la Roumanie (168) (15) et la Pologne (133) (16). Pour les deux premiers pays cités, les violations constatées en 2009 concernent des droits considérés pour la plupart comme « intangibles » : 56 arrêts contre la Russie concernaient une atteinte au droit à la vie, 84 une atteinte à la prohibition des traitements inhumains ou dégradants, 109 une atteinte au droit à la liberté et à la sûreté. S'agissant de la Turquie, les statistiques sont tout aussi éloquentes — 10 concernaient des atteintes au droit à la vie, 30 concernaient l'infliction de traitements inhumains et dégradants, 88 le droit à la liberté et à la sûreté... Faut-il rappeler qu'il existe désormais dans le contentieux européen une jurisprudence nourrie sur le crime de disparition forcée (17) qui n'est plus depuis longtemps le triste apanage du seul continent latino-américain (18), au point d'ailleurs que la Cour européenne s'est inspirée de la jurisprudence de sa consœur de San José dans l'importante affaire *Silih c/ Slovénie* afin d'opérer un revirement de jurisprudence concernant l'étendue de sa compétence *ratione temporis* (19) ? Si on ajoute à cela le fait que des conflits interétatiques — des plus anciens qui n'arrivent pas à trouver de solutions (*Chypre/Turquie*) (20) jusqu'aux plus récents qui

[7] J.-F. Flauss, « Le protocole n° 14 bis de la Convention européenne des droits de l'homme » : *RGDIP*, 2009-3, p. 621-634.

[8] Le système est asphyxié. Fin 2009, 119 300 requêtes étaient pendantes devant la Cour.

[9] L. R. Helfer et A.-M. Slaughter, « Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication », *Yale Law Journal*, 1997, p. 276.

[10] L. R. Helfer et A.-M. Slaughter, *op. cit.*, p. 300-336. : *functional capacity, fact-finding capacity, quality of legal reasoning and independence from political interests.*

[11] Cet élément n'est pas suffisamment étudié en France. La doctrine, à de rares exceptions près, analyse essentiellement l'impact de la jurisprudence européenne sur les différentes branches du droit interne. Cela s'explique par la formation des chroniqueurs, essentiellement « internistes ». Seuls quelques rares internationalistes sont plus sensibles à la métamorphose du contentieux strasbourgeois dans son ensemble.

[12] Toutes les statistiques mentionnées sont issues du rapport annuel 2009 de la Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, Strasbourg, janv. 2010.

[13] Sur les 356 arrêts rendus contre la Turquie, 341 constataient au moins une violation.

[14] Sur les 219 arrêts rendus contre la Russie, 210 constataient au moins une violation.

[15] Sur les 168 arrêts rendus contre la Roumanie, 153 constataient au moins une violation.

[16] Statistiques issues du rapport annuel 2009 de la Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, Strasbourg, p. 12.

[17] Il suffit d'égrener quelques noms d'affaires emblématiques en la matière : *CEDH*, 25 mai 1998, *Kurt c/ Turquie* – *CEDH*, 13 juin 2000, *Timurtas c/ Turquie* – *CEDH*, 9 mai 2000, *Ertak c/ Turquie* – *CEDH*, 8 nov. 2005, *Gongadze c/ Ukraine*.

[18] Sur le crime de disparition forcée dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, V. L. Burgogue-Larsen et A. Úbeda de Torres, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 327-362 (commentaire n° 13).

[19] *CEDH*, 9 avril 2009, *Silih c/ Slovénie*. La Cour a autonomisé l'obligation procédurale d'enquêter sur des décès et disparitions illégales que recèle de l'article 2 par rapport à l'obligation matérielle. Du coup, elle en a tiré des conséquences importantes sous l'angle de sa compétence *ratione temporis* en matière de crimes « continus » comme le sont les disparitions forcées. Elle confirmait sa nouvelle approche dans *CEDH*, 18 sept. 2009, *Varnava et autres c/ Turquie*.

[20] *CEDH*, 10 mai 2001, *Chypre c/ Turquie*.

déstabilisent les confins de l'Europe à l'Est (Géorgie/Russie) (21) — on prend la mesure du changement de paradigme politique.

Dans ce nouveau contexte géopolitique, le temps du changement a sonné. D'un côté, il faut que la Cour arrive à valoriser encore et toujours la subsidiarité du système afin que des affaires classiques puissent être résolues à l'échelle des systèmes judiciaires internes ; en un mot, afin que des invocations futiles disparaissent définitivement du paysage conventionnel (22). La redécouverte prétorienne de la subsidiarité ne suffit manifestement pas : la tactique Kudla (23) a porté des fruits limités ; il reste à espérer que le remède du Protocole n° 14 ait des effets rapides et efficaces et que le plan d'action dégagé dans la « Déclaration d'Interlaken » n'accouche pas d'une souris (24). De l'autre, il est vital que la Cour soit mieux armée pour juger rapidement et du mieux possible des affaires de violations graves des droits de l'homme qui doivent mobiliser son temps, son énergie voire son inventivité juridique à l'instar de sa consœur interaméricaine. Sa crédibilité et, à terme, sa légitimité sont à ce prix. Autant d'impératifs d'autant plus importants que les États ont depuis longtemps repris leur politique de complaisance en délaissant complètement la lettre et l'esprit de la garantie collective et objective induite par l'article 33 (25), ce qui explique d'ailleurs (pour certains auteurs) l'explosion des requêtes individuelles (26).

B. L'invocation entravée

Tenter de dresser le bilan des modalités d'accès à la Cour invite à faire le point des différents types d'entraves dressées par les États pour empêcher les requérants d'y accéder aisément. On se trouve ici aux antipodes de la question précédente, ce qui montre à quel point le bilan procédural est contrasté, marqué par les paradoxes les plus étonnants. Comme l'a remarqué Élisabeth Lambert-Abdelgawad, « l'entrave à l'exercice du recours individuel par les États est une pratique difficilement quantifiable, mais dont les condamnations par la Cour sur le terrain de l'article 34 ne sont (probablement) que la

partie émergée de l'iceberg (27) ». Un passage devenu un classique dans la jurisprudence de la Cour rappelle qu'il ne s'agit pas d'un problème mineur. Qu'on en juge : « pour que le mécanisme de recours individuel prévu à l'article 34 de la Convention soit efficace, il est de la plus haute importance que les requérants, déclarés ou potentiels, soient libres de communiquer avec la Cour, sans que les autorités les pressent en aucune manière de retirer ou modifier leurs griefs ». « Par le mot « presser » il faut entendre non seulement la coercition directe et les actes flagrants d'intimidation, mais aussi les actes ou contacts indirects et de mauvais aloi tendant à dissuader ou à décourager les requérants de se prévaloir du recours qu'offre la Convention ». « Par ailleurs, pour déterminer si des contacts entre les autorités et un requérant constituent des pratiques inacceptables du point de vue de l'article 34, il faut tenir compte des circonstances particulières de la cause. À ce propos, il faut évaluer la vulnérabilité du plaignant et le risque que les autorités ne l'influencent » (28). Le contentieux strasbourgeois démontre que les pressions exercées par les requérants sont multiples et qu'elles sont sanctionnées au titre de l'article 34. Ainsi, des interrogatoires subis par le requérant quand il est particulièrement vulnérable (29), la menace ou l'engagement de poursuites disciplinaires ou pénales contre la victime présumée ou contre ses avocats suite au dépôt d'une requête devant la Cour (30), la non-exécution des mesures provisoires ordonnées par la Cour (31), etc. Il s'agit d'un fléau très présent dans certains pays qui ont encore du mal à conjuguer un accès formel à la démocratie et un respect effectif et concret de la « prééminence du droit » pour reprendre la formule célèbre du statut du Conseil de l'Europe...

C. L'invocation éclairée

On pourrait débiter l'analyse de cette partie en s'interrogeant de la sorte : « Que serait aujourd'hui le prétoire de Strasbourg sans les interventions éclairées des *amici curiae*? ». Si on analyse la question sous le prisme de l'intervention des seules ONG à l'instance —

[21] CEDH, V^e section, 30 juin 2009, *Géorgie c/ Russie* : la requête déposée par la Géorgie le 26 mars 2007 est déclarée recevable à la majorité. À signaler que ces deux États ont également un différend pendant devant la Cour internationale de justice (CIJ) dans l'affaire relative à l'application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (*Géorgie c/ Fédération de Russie*). C'est le 12 août 2008 que la Géorgie déposait une requête introductive d'instance devant la CIJ en arguant de « violations graves des obligations fondamentales » découlant de ladite Convention par les autorités russes.

[22] Laurence R. Helfer dans un article récent paru au *European Journal of International Law* présentait les nouveaux défis que la Cour européenne devait affronter sous peine de ne plus être à l'origine d'une success story, « Redesigning the European Court of Human Rights : Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Right regime », *EJIL*, 2008, p. 125-131.

[23] CEDH, 26 oct. 2000, *Kudla c/ Pologne*.

[24] Déclaration d'Interlaken, Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, 19 févr. 2010.

[25] L. E. Pettiti, « Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention de l'idéal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui », *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, *Économica*, 1995, p. 27.

[26] E. Decaux, « Rapport », in *La réforme de la Cour européenne des droits de l'homme*, Gérard Cohen-Jonathan et Christophe Pettiti (éd.), Bruylant, coll. *Droit et justice*, n° 48, 2003, p. 111 et s.

[27] E. Lambert-Abdelgawad, « La saisine de la Cour européenne des droits de l'homme », *La saisine des juridictions internationales*, H. Ruiz-Fabri, J.-M. Sorel (dir.), Paris, Pedone, 2006, p. 219.

[28] CEDH, 12 avr. 2005, *Ilascu et autres c/ Moldova et Russie*, § 480 – CEDH, 12 avr. 2005, *Chamaev et 12 autres c/ Géorgie et Russie*, § 471.

[29] CEDH, 16 sept. 1996, *Akdivar et autres c/ Turquie* – CEDH, 25 mai 1998, *Kurt c/ Turquie* – CEDH, 16 nov. 2000, *Bilgin c/ Turquie* – CEDH, 30 janv. 2001, *Dulas c/ Turquie* – CEDH, 27 juill. 2004, *Ikincisoy c/ Turquie*.

[30] CEDH, 22 mai 2001, *Sarli c/ Turquie* – CEDH, 28 mai 2002, *McShane c/ Royaume-Uni*.

[31] CEDH, 6 févr. 2003, *Mamatkoulou et Abdurasulovic c/ Turquie* – CEDH, 4 févr. 2005, *Mamatkoulou et Askarov c/ Turquie* – CEDH, 10 août 2006, *Olaechea Cahuas c/ Espagne* – CEDH, 15 janv. 2008, *Mostafa et autres c/ Turquie*.

en laissant de côté celle des États dont on sait qu'il s'agit pour partie d'un vestige de la protection diplomatique (32) — c'est l'affaire *Tyrer* en 1978 (33) qui porta au grand jour leur volonté de participer à l'instance. Le National Council for Civil Liberties — qui avait représenté le demandeur devant la Commission européenne des droits de l'homme — demanda à pouvoir déposer un mémoire écrit et à présenter des observations orales : une chambre de la Cour refusa d'accéder à cette demande sans fournir d'explications. Il fallut attendre 1979 pour que l'essai d'intervention soit concluant dans l'affaire *Young, James et Webster* (34). Pour la première fois, la Cour acceptait les informations transmises par le Trade Union Congress (TUC), en utilisant d'ailleurs la même base juridique que celle qui fut mobilisée pour accueillir l'intervention du Royaume-Uni dans l'affaire *Winterwerp* (35). Cette très brève incursion dans l'histoire de l'intervention des organisations de la société civile dans le contentieux européen des droits de l'homme démontre que les temps sont loin où les ONG avaient du mal à voir leurs demandes d'intervention acceptées. Elles sont devenues des « acteurs » incontournables de la stratégie judiciaire internationale. Il faut dire qu'aujourd'hui l'organisation de la « tierce intervention » leur permet sans difficulté d'intervenir aisément à l'instance dans « l'intérêt d'une bonne administration de la justice » grâce au libellé des articles 36, § 2 de la Convention (36) et 44, § 2 du règlement intérieur interprétés de façon particulièrement libérale par la Cour (37). Aux côtés des individus ou des groupes d'individus, les véritables « stars » de l'intervention sont les ONG qui — il faut le signaler haut et fort — sont

essentiellement issues de l'univers anglo-saxon, certaines d'entre elles en provenance même d'outre-Manche. L'impact de leurs interventions a été majeur dans certaines affaires au point de participer à infléchir voire à bouleverser la jurisprudence de la Cour. Aux côtés de ces très puissantes ONG anglo-saxonnes, on recense bien quelques affaires où certains barreaux européens (38) ou des Instituts de formation à la profession d'avocats — parmi lesquels l'Institut de formation aux droits de l'homme du barreau de Paris (39) — ou encore des ONG de culture continentale comme la Fédération internationale des droits de l'homme (FIDH), se sont décidés à franchir le Rubicon en intégrant dans leur culture cette stratégie interventionniste. Il faut bien reconnaître toutefois que ces incursions stratégiques demeurent encore très faibles. Le temps là aussi ne devrait-il pas être au changement afin qu'un savoir faire de l'intervention judiciaire se développe parmi les universitaires et les grandes ONG francophones ?

De façon régulière désormais, la grande chambre accepte le jeu de cette technique qui enrichit sans contexte la procédure conventionnelle. Elle permet par exemple d'éclairer la Cour sur la jurisprudence d'autres tribunaux internationaux et/ou nationaux en « banalisant » le recours au droit comparé (40). Il ne faut pas voir cette évolution comme un engouement cosmétique pour les droits venus de tous les ailleurs ; il s'agit, de façon existentielle, de rendre effectif l'universalisme des droits afin d'éviter au maximum les divergences d'interprétation. Elle peut également jouer un rôle vital quand les

[32] A. Sicilianos, « La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, H. Ruiz-Fabri, J.-M. Sorel (dir.), Paris, Pedone, 2005, p. 123.

[33] CEDH, 24 avr. 1978, *Tyrer c/ Royaume-Uni*.

[34] CEDH, 13 août 1981, *Young, James and Webster c/ Royaume-Uni*, § 8. Elle l'autorisa également à intervenir dans le cadre des plaidoiries orales, alors que le règlement intérieur de la Cour ne le permettait pas (art. 37, § 2 du RI).

[35] CEDH, 24 oct. 1979, *Winterwerp c/ Pays-Bas*, § 7.

[36] Ce qui relevait uniquement du niveau réglementaire avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, fait donc une entrée remarquée au sein des dispositions conventionnelles qui ont été négociées et acceptées par tous les États. L'article 36, § 2 de la Convention se lit ainsi : « Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le président de la Cour peut inviter toute haute partie contractante qui n'est pas partie à l'instance ou tout autre personne intéressée autre que le requérant à présenter des observations écrites ou à prendre part aux audiences ». Contrairement au § 1 de l'article 36 qui reconnaît un véritable droit d'intervention au profit des États, le § 2 ne fait qu'offrir une possibilité. En fait, ce sont les tiers qui demandent à intervenir. L'« invitation » du président de la Cour dont il est question est en fait une autorisation.

[37] En effet, la condition d'être une « personne intéressée » n'est pas analysée dans un sens restrictif. On se reportera à titre d'exemple aux observations de la Cour dans l'affaire *Karner c/ Autriche*, 24 juill. 2003, § 6. D'une manière générale, v. K.-A. Lindblom, *Non-Governmental Organizations in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 300-345.

[38] P. Lambert, « La pratique de la tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme : l'expérience de l'intervention des barreaux » : *RTDH*, 2006, p. 331-336. L'auteur (avocat au barreau de Bruxelles) écrit que : « Tant aujourd'hui qu'hier, les barreaux se sont montrés réticents à introduire de telles requêtes en intervention. On peut penser que cette frilosité s'explique par les difficultés originaires à admettre même la présence de l'avocat du requérant au cours des débats » (p. 332). Avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, l'auteur recense trois interventions de barreaux ou de groupement d'avocats qui n'ont guère été couronnées de succès... Dans l'affaire *Goddi c/ Italie* du 9 avril 1984, la Cour refuse l'intervention de l'Ordre des avocats et avoués de Rome pour une question de délai (§ 7). Dans l'affaire *Capuano c/ Italie* du 25 juin 1987, la tierce intervention n'est accordée qu'à une association sur trois, l'Ordre des avocats et avoués de Rome (§ 6). Enfin, dans l'affaire *Pham Hoang c/ France* du 25 septembre 1992, c'est l'Ordre des avocats au Conseil et à la Cour de cassation qui fut autorisé à déposer des observations écrites afin d'expliquer le système d'aide judiciaire en vigueur à l'époque en matière pénale devant la Cour.

[39] Sur la base des résultats du moteur de recherche « Hudoc » [au 17 mars 2010], on constate que l'Institut de formation des droits de l'homme du barreau de Paris est intervenu dans seulement deux affaires. Elles étaient néanmoins très importantes. Les affaires *Bosphorus* [CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus c/ Irlande*, § 133] et *Sergueï Zolotoukhine* [CEDH, 10 févr. 2009, *Sergueï Zolotoukhine c/ Russie*]. Dans cette dernière espèce, l'Institut a plaidé en faveur du revirement de jurisprudence. On retranscrit ici le § 60 de l'arrêt de la Cour qui en témoigne : « La partie intervenante critique la jurisprudence de la Cour en raison de son imprévisibilité et de l'insécurité juridique qu'elle engendre ; elle invite la Cour à adopter une approche plus cohérente. Le critère d'identification de l'« idem », fondé sur les « mêmes faits », serait non seulement une voie beaucoup plus sûre pour les individus que celui fondé sur l'identité juridique, mais serait de nature à renforcer la crédibilité de la jurisprudence de la Cour relative à un droit indérogeable qui ne devrait en rien relever de la marge nationale d'appréciation ». L'Institut de formation des droits de l'homme fut magistralement entendu, puisque la Cour opéra un revirement important.

[40] Dans l'affaire *Timurtas* [CEDH, 13 juin 2000, *Timurtas c/ Turquie*], l'intervention de CEJIL qui présenta à la Cour européenne la jurisprudence de son homologue de San José sur les disparitions forcées a été déterminante pour jeter un éclairage de droit comparé sur la question et permettre à la Cour de Strasbourg d'opérer une modification substantielle dans l'approche de ce phénomène criminel.

tiers intervenants alertent les juges sur la situation générale en matière de droits de l'homme affectant certains pays, qu'ils soient parties ou non à la Convention (41). Ce dernier point prendra à n'en pas douter de l'importance dans le cadre du nouveau contexte géopolitique. À cet égard, une des nouveautés du Protocole n° 14 qui permet au commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe d'intervenir à l'instance (article 36, § 3) (42) va s'avérer fondamentale, surtout quand on rappelle que ses attributions s'inscrivent dans les domaines de la promotion des droits de l'homme et de la prévention de leurs violations (43). Dit autrement, son intervention se fera au nom de la « défense de l'intérêt général à ce que l'ordre public européen soit respecté » (44). Dans la période actuelle marquée par l'existence de conflits armés internes et de troubles internes préoccupants, cette tâche va s'avérer fondamentale. Dans ce contexte, le 10 mars 2010 est à marquer d'une pierre blanche dans la petite histoire du tiers à l'instance. Il s'agit en effet de la date à laquelle le commissaire aux droits de l'homme (45) présentait pour la première fois — à l'invitation de la Cour européenne — sa première « tierce intervention » dans un groupe d'affaires relatives au transfert de demandeurs d'asile des Pays-Bas vers la Grèce en vertu du règlement CE de Dublin (46). La base juridique d'une telle innovation fut toutefois l'article 36, § 2 de la convention et non son article 36, § 3. Au moment où la Cour européenne invitait le commissaire à intervenir à l'instance (c'est-à-dire le 9 novembre 2009), on sait que le protocole n° 14 n'était pas encore entré en vigueur et que l'avenir se présentait sous un jour assez sombre. Sans doute la Cour voulut-elle par cette invitation utiliser toutes les potentialités offertes par l'instrument conventionnel pour que le Commissaire aux droits de l'homme puisse jouer un rôle judiciaire en éclairant la Cour de toutes ses compétences... Le Protocole n° 14 ayant fini, non sans peine, par entrer en vigueur, nul doute désormais que le Commissaire mettra à profit la faculté d'intervenir à l'instance *proprio motu*, sans attendre les invitations de la Cour comme le lui permet

l'article 36, § 3. La protection de l'ordre public européen sera plus que jamais à l'œuvre.

II. Une protection protéiforme

Le panorama jurisprudentiel de la protection assurée par la Cour — son étendue et son intensité — porte au grand jour un tableau très contrasté, sans doute bien plus nuancé que l'opinion banale assez répandue selon laquelle la Cour élargirait sans cesse son contrôle à tout type de situations. Si l'utilisation des techniques aussi variées que l'autonomisation des notions, la théorie de l'inhérence, la protection par ricochet, le « cosmopolitisme normatif » permettent d'élargir le champ d'application de la Convention en octroyant aux requérants une protection élargie (B), on verra avant tout que la Cour sait être également, dans certaines circonstances, intransigeante en refusant d'accorder tout simplement la protection conventionnelle (A), ce qui est intéressant et important de rappeler à l'heure des bilans. Sans doute plus préoccupant — à tout le moins perturbant — est de constater que dans certains domaines la protection qu'elle accorde n'a pas les atours de ce que l'on a coutume d'appeler un caractère progressiste. La protection est alors malmenée (C).

A. La protection refusée

2 mai 2007. Voilà une date qui, pour certains auteurs, est à marquer au fer rouge. Elle serait en effet la manifestation de la démission de la Cour de Strasbourg devant ses responsabilités qui devraient entièrement tourner autour de la protection des droits et non celle de la « raison d'État » qui prendrait l'allure, *in casu*, d'une sorte de raison « onusienne », incarnée par l'impératif existentiel, l'impératif exigeant, bref, l'impératif prévalent du « maintien de la paix et de la sécurité internationales ». Les décisions d'irrecevabilité Saramati et Behrami (47) — confirmées par les décisions Beric (48) et Galic (49)

[41] On se reportera notamment à la prise en considération dans le corps de l'arrêt Mamatkoulou et Askarov des observations présentées par les ONG de défense des droits de l'homme. Elles influencèrent à n'en pas douter la grande chambre qui consacra le caractère contraignant des mesures provisoires indiquées sur la base de l'article 39 du règlement, V. CEDH, 4 févr. 2005, Mamatkoulou et Askarov c/ Turquie, § 72.

[42] La reconnaissance d'un tel droit a été effectuée par l'article 13 du Protocole n° 14 ; V. également le rapport explicatif du protocole n° 14, § 86-89.

[43] V. le mandat du commissaire tel qu'établi par la résolution du comité des ministres, Res 99 [50] du 7 mai 1999. V. J. Schokkenbroek, « The Preventive Role of the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe », L.-A. Sicilianos (ed.), *The Prevention of Human Rights violations, The Hague/New York/London/Athens*, M. Nijhoff/A/N/Sakkoulas, 2001, p. 201-213 ; T. Hammarberg, J. Dalhuisen, « The Council of Europe Commissioner for Human Rights », *International Human Rights monitoring mechanisms : essays in honour of Jakob Th. Möller*, 2009, p. 515-521.

[44] L.-A. Sicilianos, « La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 150.

[45] Le premier commissaire, Alvaro Gil-Robles, a occupé cette fonction du 15 octobre 1999 au 31 mars 2006 tandis que Thomas Hammarberg, le commissaire actuel, a démarré ses activités le 1^{er} avril 2006.

[46] Commissaire aux droits de l'homme / Commissioner for Human Rights, *Third party intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Article 36, paragraph 2, of the European Convention of Human Rights, Strasbourg, 10 march 2010, CommDH (2010) 9* [texte disponible uniquement en anglais].

[47] CEDH, 2 mai 2007, Behrami et Behrami c/ France et Saramati c/ France, Allemagne, et Norvège, P. Palchetti, RDI 2007, p. 681-704 ; P. Klein, AFDI 2007, p. 43-64 ; C. Laly-Chevalier, RBDI 2007, p. 627-661 ; P. Lagrange, RGDI, 2008, p. 85-110 ; S. Aktypis, JDI, 2008, p. 776-778 ; P. Bodeau-Livinec et al., AJIL 2008, p. 323-330 ; H. Kreiger, *International Peacekeeping*, 2009, p. 154-180.

[48] CEDH, 2 mai 2007, Behrami c/ France – CEDH, 2 mai 2007, Saramati c/ France, Norvège et Allemagne – CEDH, 16 oct. 2007, Beric c/ Bosnie-Herzégovine. Dans ces trois affaires, la Cour a déclaré que les griefs des requérants étaient incompatibles *ratione personae* avec les dispositions de la Convention.

[49] CEDH, 9 juin 2009, Galic c/ Netherlands ; la Cour applique ici sa jurisprudence Behrami, Saramati et Beric à l'endroit des jugements du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et déclare à l'unanimité la requête irrecevable *ratione personae*. Les allégations de violations provenaient d'un requérant qui fut condamné par le TPIY à une peine d'emprisonnement à perpétuité pour avoir commis des violations graves du droit international humanitaire (plus spécialement, des crimes contre l'humanité).

— seraient à reléguer très vite pour beaucoup aux magasins des décisions à oublier. De quoi s'agit-il ? Il s'agit d'une question qui, en réalité, n'est guère novatrice. Il est question de la responsabilité des États membres d'organisations internationales pour les activités menées dans le cadre ou sous les auspices de ces dernières, plus particulièrement pour ce qui nous concerne ici de l'ONU, alors que les requérants avaient habilement placé la question sous l'angle de la question est on ne peut plus classique en droit international public. Elle « a toujours été au cœur des travaux de codification de la commission du droit international, passant du droit des traités à la responsabilité internationale, en transposant les règles valables pour les relations interétatiques aux relations impliquant un ou plusieurs organisations internationales (50) ». Paul Reuter, qui avait été le rapporteur spécial de la commission du droit international pour la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités passés entre États et organisations internationales, soulignait déjà le risque de voir certains États échapper à leur responsabilité pour des « activités dangereuses » écrivait-il ; États qui ne manqueraient pas de se cacher derrière le paravent d'une personnalité collective, à responsabilité limitée. Il prenait à l'époque l'exemple des ancêtres de l'Agence spatiale européenne. Les travaux en cours au sein de la Commission du droit international pour transposer sur le terrain de la responsabilité des organisations internationales les articles adoptés en matière de responsabilité de l'État, montrent toute l'ampleur du sujet. L'articulation entre les deux types de responsabilité est examinée dans le quatrième rapport du professeur Giorgio Gaja qui évoque notamment la « responsabilité d'un État membre d'une organisation internationale à raison du fait internationalement illicite de cette organisation » (article 29) pour souligner son caractère « subsidiaire » (§ 2 de l'article 29).

Si c'est une question classique de droit international public qui est aujourd'hui examinée de près dans le cadre des travaux de la commission du droit international, c'est également une question qui a

irrigué la jurisprudence de la Cour européenne bien avant 2007. Il suffit d'égrener quelques noms d'affaires parfaitement célèbres pour rappeler à tous que la question hante le prétoire de Strasbourg depuis pas mal de temps. La responsabilité des organisations internationales au travers les activités de leurs membres a été examinée dans plusieurs affaires mettant aux prises des organisations internationales les plus variées les unes que les autres. De l'Agence spatiale européenne (51), à Eurocontrol (52), en passant par l'Otan (53) et l'Union européenne, la Cour a eu la possibilité de forger les grandes lignes de sa politique jurisprudentielle. En remplaçant le duo contentieux contesté — les affaires *Saramati*, *Behrami* — dans le cadre du contentieux global de la Cour européenne, on se rend compte en réalité que la jurisprudence de la Cour est assez frileuse. Elle n'accepte pas si facilement de faire sauter ce que l'on pourrait appeler l'« écran organisationnel ». L'imputabilité à une organisation internationale des actes accomplis par ses organes n'est guère possible, sauf à ce que les membres de l'organisation prennent des mesures d'exécution (54). Cela a été mis en évidence à l'égard de actes de l'Union européenne — des affaires *Matthews* (55), *Cantoni* (56) *Bosphorus* (57) ou encore *Biret* (58), le raisonnement est le même. Si elle n'a point activé son incompétence, c'est qu'elle était confrontée à des actes nationaux pris en application d'engagements communautaires — tantôt issus du droit primaire (*Matthews*), tantôt issus du droit dérivé (autres affaires) (59). Avec les arrêts *Saramati*, *Behrami*, *Beric*, on retrouve la ligne jurisprudentielle la plus orthodoxe de la Cour. Elle décline sa compétence *ratione personae* considérant que les actes accomplis dans le cadre des activités de la Minuk et de la KFOR l'étaient sous l'autorité et le contrôle, en dernier ressort, de l'ONU, celle-ci n'étant pas partie à la convention, la Cour ne peut être compétente pour examiner les requêtes. *A contrario*, cela voudrait dire qu'en présence d'actes d'exécution imputables aux États dans le cadre de ce genre de missions, l'écran organisationnel ne jouerait plus...

[50] E. Decaux, « Responsabilité des États et responsabilité des organisations internationales : les opérations extérieures et la Convention européenne. L'affaire *Behrami* et *Behrami c/ France* et *Saramati c/ France*, Allemagne, et Norvège, déc. 2 mai 2007 », la France et la Cour européenne des droits de l'homme : 1998-2008 : Une décennie d'application du Protocole XI, P. Tavernier (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 70.

[51] L'affaire *Waite et Kennedy c/ Allemagne* du 18 février 1999 pourrait ainsi être résumée. « Oui » à la possibilité traditionnelle pour les États d'accorder généralement l'immunité de juridiction aux organisations internationales, mais pas à un n'importe quel prix, notamment pas au détriment du droit d'accès aux tribunaux (§ 157). Autrement dit, la Cour a dû, pour déterminer si l'immunité de juridiction attribuée à l'ASE devant les juridictions allemandes était admissible au regard de la Convention, examiner si les requérants disposaient d'autres voies raisonnables pour protéger efficacement leurs droits garantis par la convention (§ 58). V. également CEDH, 18 févr. 1999, *Beer et Regan c/ Allemagne*.

[52] CEDH, 9 sept. 2008, *Boivin c/ la France et la Belgique et les trente-deux autres États membres du Conseil de l'Europe*.

[53] CEDH, 12 déc. 2001, *Bankovic et autres c/ Belgique et 16 autres États de l'OTAN*, G. Cohen-Jonathan, J.-F. Flauss, AFDI 2001, p. 434-442 ; G. Cohen-Jonathan, RTDH 2002, p. 1055-1082 ; S. Williams, *European Human Rights law review*, 2002, p. 775-781.

[54] Le nœud gordien de la justiciabilité s'articule bien autour de l'imputabilité à l'État membre d'une organisation des actes de celle-ci. Le particularisme de chaque espèce est, ce faisant, à chaque fois déterminant pour la suite des événements judiciaires, V. L. Burgogue-Larsen, « Chronique de jurisprudence européenne comparée » : RDP 2009-4, p. 1259.

[55] CEDH, 18 févr. 1999, *Matthews c/ Royaume-Uni*.

[56] CEDH, 15 nov. 2006, *Cantoni c/ France*.

[57] CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava c/ Irlande*.

[58] CEDH, 9 déc. 2008, *Biret c/ les 15 États membres de l'Union européenne*.

[59] Un autre cas de figure émerge de la jurisprudence : l'hypothèse où un requérant articule expressément son grief sur le non-respect par l'organisation internationale de l'« équivalence des protections ». Une stratégie argumentaire qui s'inspire habilement de la jurisprudence « *Bosphorus* ». L'affaire *Gasparini c/ Italie et Belgique* du 12 mai 2009 est révélatrice de cet état de fait.

Autrement dit, sur le plan de la ligne jurisprudentielle qu'elle a tracé au fil des espèces, on est dans l'orthodoxie la plus flamboyante. La critique en doctrine a évidemment porté sur l'interprétation très particulière, certains diraient biaisée voire spéculaire, du contrôle effectif assuré par l'ONU, minorant le rôle des États et de leurs forces armées dans les chaînes de commandement des missions de la paix. Certains justifient in fine une telle politique jurisprudentielle (car il s'agit bien de cela), au nom du réalisme politique. Pouvoir contester les actions et/ou les omissions des missions de la paix, serait au bout du compte les anéantir car les États, devant cette épée de Damoclès de la contestation judiciaire, ne seraient plus enclins à fournir des contingents. D'autres s'en offusquent : soit au nom de la prééminence des droits fondamentaux qui doit l'emporter coûte que coûte (ces derniers ne pouvant être écartés même en présence du plus imposant des objectifs : le maintien de la paix) ; soit au nom d'autres arguments réalistes, loin d'être négligeables. On relèvera ici un argument intéressant soulevé par le professeur Emmanuel Decaux. En sacralisant dans les décisions d'irrecevabilité la mission du Conseil de sécurité et « l'impératif de sécurité collective » qui le guide, en portant au nu l'article 103 de la Charte des Nations unies et la hiérarchie qu'il instaure — en allant jusqu'à affirmer que le contrôle de la Cour « s'analyserait en une ingérence dans l'accomplissement d'une mission essentielle de l'ONU dans ce domaine, voire, comme l'ont mentionnées certaines des parties, dans la conduite efficace des opérations » (60). La Cour paradoxalement met en exergue la fragilité des autres hypothèses d'intervention internationale. Ne peut-on pas considérer en effet qu'aujourd'hui, de la crise des Balkans à l'Afghanistan, c'est autour du noyau dur de l'OTAN que s'organisent des coalitions solides (KFOR, ISAF). De même de l'Ituri (RDC) au Tchad, [n'est-ce pas] l'engagement de l'Union européenne en tant que telle qui est le meilleur atout pour agir efficacement sur le terrain ? (61) Les opérations de maintien de la paix sur le terrain sont d'une complexité inouïe : est-ce que le critère du contrôle effectif sera dans toutes ces situations opérationnel ? L'avenir qui s'annonce aboutira sans nul doute à une jurisprudence casuistique (et peut-être illisible) et, pis, contreproductive, au point de dissuader de façon effective les États de contribuer aux missions de la paix. Trêve de conjectures, nous n'en sommes pas là !

À ce stade, il faut évidemment convenir que le droit commun de la

garantie européenne des droits se trouve aux antipodes de ce refus d'accorder et de reconnaître l'existence de la protection conventionnelle. En effet, l'histoire de la « Convention interprétée » est celle d'un élargissement continu de la protection européenne.

B. La protection élargie

Le processus d'élargissement de la protection est le fruit de plusieurs techniques qui toutes concernent, mais par des biais différents, la question du champ d'application de la Convention (62). Les unes concernent l'élargissement de l'applicabilité des droits ; les autres, l'élargissement du contenu des droits (63).

1. L'élargissement de l'applicabilité du droit

Aux côtés de la technique de la protection par ricochet, c'est surtout celle de l'autonomisation des notions conventionnelles qui a mobilisé ces dernières années l'activisme prétoire de la Cour européenne. Afin que la Convention puisse s'appliquer de façon harmonieuse dans des systèmes juridiques d'un éclectisme désarçonnant, la Cour européenne s'est engagée très tôt dans un vaste processus d'interprétation uniforme de notions inscrites dans la Convention qui — bien qu'étant connues des différentes traditions juridiques nationales — n'en recouvrent pas forcément la même signification, un processus qui a attiré à juste titre l'intérêt de la doctrine. Si Marc-André Eissen dans une étude parue à la Revue du droit public en 1986 (64) recensait pas moins de quinze notions qui avaient été selon lui « autonomisées » par la Cour (65), d'autres auteurs n'en relevait pour leur part que sept. C'était le cas notamment de Frédéric Sudre pour qui, en 1998, les notions d'« arrestation », de « droits et obligations à caractère civil », de « matière pénale », de « témoin », d'accusation », de « peine » et de « biens » (66) étaient les seules « notions autonomes » qui valaient... De telles études démontrent la difficulté qu'il y a à tracer, en doctrine, des frontières analytiques sûres et indiscutables sur une matière mouvante et complexe. Ce qui est certain c'est que la technique existe, qu'elle a été mise en œuvre et qu'elle a permis à la Cour d'établir l'applicabilité

[60] CEDH, *Saramati*, § 149.

[61] E. Decaux, « Responsabilité des États et responsabilité des organisations internationales : les opérations extérieures et la Convention européenne. L'affaire Behrami et Behrami c/ France et Saramati c/ France, Allemagne, et Norvège, déc. du 2 mai 2007 », *op. cit.*, p. 91.

[62] On ne peut pas dans les limites de cette analyse aborder la question de la « marge nationale d'appréciation » qui est censée en quelque sorte contrebalancer l'élargissement progressif du champ d'application de la Convention. Pour une analyse critique extrêmement stimulante, on renvoie à J. García Roca, *El margen de apreciación en la interpretación del Convenio europeo de Derechos Humanos : soberanía e integración*, Madrid, Civitas-Thomson-Reuters, 2010, 389 p.

[63] Cette *summa divisio* est empruntée à F. Sudre dans son article classique intitulé : « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme » : *JCP G* 2001, I, p. 335.

[64] M.-A. Eissen, « La Cour européenne des droits de l'homme » : *RDP* 1986, p. 1539-1598 et p. 1773-1783.

[65] Ainsi, aux côtés de la très classique « accusation en matière pénale » et de l'« obligation de caractère civil », on compte également les notions d'« aliénés », de « peine », de « loi », de « magistrat », de « partie lésée », de « victime », de « témoin », de « tribunal », d'« utilité publique », de « vagabond », de « détention », de « condamnation », de « contestation ».

[66] F. Sudre, « Le recours aux notions autonomes », *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 93-131, coll. *Droit et justice*.

de la Convention à un nombre considérables de situations disparates. Surtout, la théorie des notions autonomes est « en mouvement » et, depuis ces analyses générales, la Cour a quant à elle poursuivi son œuvre. Aujourd'hui, on peut ainsi ajouter le « domicile » (67) ou encore l'« expulsion » (68) à la nomenclature des notions « autonomisées ». La Cour a également procédé à une interprétation spécifique de la notion mentionnée à l'article 1^{er} qui conditionne directement sa compétence : il s'agit de la notion de « juridiction » dont l'interprétation stricte ou large interdit ou à l'inverse admet la portée extraterritoriale de la Convention. À cet égard, il ne faut pas hésiter à rappeler que les temps sont loin où la Cour dans sa fameuse décision d'irrecevabilité *Bankovic et autres* (69) consacrait l'importance de la « territorialisation » de la juridiction des hautes parties contractantes. En effet, la jurisprudence ultérieure démontre qu'elle est revenue subrepticement sur la valorisation du caractère « régional » de la Convention en reconnaissant franchement l'application extraterritoriale de la Convention européenne. De l'affaire *Issa* (70) à l'affaire *Al Saadoon* (71), jusqu'à la récente affaire *Medvedyev* (72) — très médiatisée en France (73) — la théorie du contrôle effectif qui prend appui sur l'existence d'un « contrôle absolu et exclusif » a repris ses droits (74).

2. L'élargissement du contenu du droit

Si pendant de nombreuses années la « théorie de l'inhérence » a marqué le dynamisme interprétatif de la Cour (75), il appert aujourd'hui que ce mouvement ne semble plus être la « procédure

star » d'interprétation évolutive. Si elle n'a évidemment pas disparu, elle est complétée par un phénomène de « cosmopolitisme normatif » (76), ce que d'autres auteurs appellent un processus de « globalisation des sources » (77) ou encore d'« interprétation croisée » (78). Il s'agit d'une utilisation débridée par la Cour européenne de sources exogènes de tout type — qu'elles soient contraignantes ou non, qu'elles soient issues de l'univers judiciaire ou pas, qu'elles soient arrimées au territoire européen ou non — afin d'interpréter de façon compréhensive le contenu des droits. Ce phénomène a pris de l'ampleur depuis une dizaine d'années (79) et a atteint un paroxysme remarqué — que d'aucuns n'estiment point remarquable (80) — avec le désormais célèbre arrêt *Demir et Bakayra* (81). Cette démarche empreint d'une souplesse inouïe a été utilisée par la Cour jusqu'à présent dans un sens progressiste, c'est-à-dire *pro homine*. En d'autres termes, il s'est toujours agi — sauf dans une seule affaire à ma connaissance — d'élargir le contenu du droit en cause et, ce faisant, d'accroître la protection conventionnelle à l'égard des individus. Ainsi, contrairement à la technique de l'interprétation consensuelle qui se basait sur le seul « consensus européen » et qui, très souvent en réalité servait plutôt à réfréner l'évolution du droit (82), l'interprétation « cosmopolite », « ouverte », « croisée » ou encore « comparée » est un accélérateur de protection avec, à la clé, son lot d'ambivalences. La Cour, dans son opération interprétative choisirait les sources extérieures sur le mode discrétionnaire propre au

[67] CEDH, 18 nov. 2004, *Prokopovich c/ Russie*.

[68] CEDH, 5 oct. 2006, *Bolat c/ Russie*.

[69] CEDH, 12 déc. 2001, *Bankovic et autres c/ Belgique et seize autres parties contractantes*.

[70] CEDH, 16 nov. 2004, *Issa et a. c/ Turquie*, v. P. Tavernier, *JDI* 2005, p. 477-479.

[71] CEDH, 30 juin 2009, *Al Saadoon et Mufdhi c/ Royaume-Uni*, J.-F. Flauss, *AJDA* 2009, p. 1936.

[72] CEDH, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c/ France*, § 67 : « Partant, la cour considère que, compte tenu de l'existence d'un contrôle absolu et exclusif exercé par la France, au moins de facto, sur le Winner et son équipage dès l'interception du navire, de manière continue et ininterrompue, les requérants relevaient bien de la juridiction de la France au sens de l'article 1 de la convention (V. a contrario, *Bankovic*, préc.) ».

[73] L'affaire eut droit à un important traitement médiatique, v. *Le Monde* du 30 mars 2010 qui titrait : « La CEDH contourne la question du statut du parquet ».

[74] Une situation paradoxale surgit alors. Dans certaines affaires — qui peuvent mettre en péril l'action des Nations unies dans le cadre du maintien de la paix (notamment par le déroulement des missions de la paix) — elle écarte la question du contrôle effectif pour placer le curseur de son argumentation sur la question de sa compétence *ratione personae* (*Behrami et Saramati*), tandis que dans d'autres situations qui mettent moins directement en cause les activités de l'ONU, elle n'hésite pas à abattre la carte de la théorie du contrôle effectif ! Drôle de géométrie variable de l'applicabilité de la Convention et, partant, du champ d'application de la protection conventionnelle.

[75] F. Sudre, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme » : *JCP G* 2001, I, 335.

[76] C'est l'expression que nous avons utilisé dans l'article écrit en hommage à Jean-Paul Jacqué, « Le destin judiciaire strasbourgeois de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Vices et vertus du cosmopolitisme normatif », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010 (sous presse).

[77] F. Sudre, « L'interprétation constructive de la liberté syndicale au sens de l'article 11 de la CEDH. Note sous l'arrêt *Demir et Bakayra* », *JCP G*, 28 janv. 2009, n° 5.

[78] S. Turgis, *Recherches sur l'interaction entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, thèse, Université Paris II, 2009, 647 p.

[79] La doctrine n'a pas manqué de relever cette tendance de fond. Ainsi, J.-F. Flauss et G. Cohen-Jonathan, dans leur chronique sur la « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général » à l'*Annuaire français de droit international*, constatent dès 2001 ce mouvement de fond et le mettent depuis en exergue à chaque chronique (adde *AFDI* 2004, p. 776 ; *AFDI* 2006, p. 663 ; *AFDI* 2008, p. 529 et s.).

[80] On renvoie ici entre autres à l'analyse de J.-F. Flauss et G. Cohen-Jonathan dans leur chronique de l'*AFDI* 2008, p. 530 et s. Ces auteurs écrivent notamment que : « La propension croissante de la Cour de Strasbourg à banaliser l'option méthodologique du droit international comparé des droits de l'homme a donné lieu à une prise de position de principe, aussi retentissante qu'inquiétante ». L'analyse qui suit est particulièrement riche et soulève de légitimes interrogations.

[81] CEDH, 12 nov. 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*. Pour une analyse substantielle, v. S. Van Drooghenbroek, « Les frontières du droit et le temps juridique : la Cour européenne des droits de l'homme repousse les limites » : *RTDH* 2009, n° 79, p. 811-850.

[82] F. Sudre, « À propos du dynamisme interprétatif... », *op. cit.*, p. 335 et s.

cherry picking. La « manipulation normative » (83) ne serait pas loin. Quoi qu'il en soit, le processus est là et ne semble pas faiblir. L'arrêt Opuz (84) sur les discriminations à l'endroit des femmes ou encore l'arrêt *GN et autres* (85), qui érige les caractéristiques génétiques comme facteur de discrimination prohibée, démontrent que la Cour prend assurément au sérieux, très au sérieux, le monde (du droit) qui l'entoure. Pour combien de temps encore sans que les États et leurs pouvoirs judiciaires se rebellent, c'est toute la question...

C. La protection malmenée

On pourrait intégrer ici la question des revirements de jurisprudence qui ne cessent de se multiplier et qui mettent à mal la sécurité juridique ; on pourrait également pointer du doigt la tendance de fond de la Cour qui consiste à jouer avec le processus de « procéduralisation » des droits. Ce phénomène — qui est tout sauf un épiphénomène — amène à se demander s'il ne s'agit pas d'une politique jurisprudentielle délibérée afin d'éviter des condamnations politiquement incorrectes. N'est-il pas en effet plus facile de condamner la Russie pour violation de l'article 2 sous l'angle procédural dans des affaires disparitions forcées (par exemple) que sous l'angle matériel ? Les angles d'attaque analytiques étant très nombreux, il a été décidé de développer deux points parmi d'autres qui démontrent que la protection conventionnelle peut être « malmenée » de plusieurs manières. D'abord, en consacrant une protection régressive des droits ; ensuite, en mettant en place une protection incertaine.

Et si le niveau de protection assurée par la Cour européenne des droits de l'homme n'était pas ne varietur irréprochable ? Question iconoclaste, mais qui ne manque pas de surgir quand on examine de façon pointilleuse le contentieux strasbourgeois. Dans le maelström jurisprudentiel strasbourgeois, il est parfaitement possible de déceler des solutions qui entérinent une protection régressive des droits ; du coup, l'« affaiblissement du standard » de garantie pointe à l'horizon de temps à autre. Impossible toutefois ici dans les limites

de ce florilège contentieux de dresser un tableau exhaustif de cet état de fait pour savoir de façon scientifique si cette protection régressive est épisodique ou à l'inverse si, dans un nombre non négligeable de domaines, elle serait la marque d'une tendance de fond... On se contentera alors ici de détailler une affaire symptomatique, l'affaire Saadi c/ Royaume-Uni (86). Il s'agit en effet d'un arrêt de grande chambre qui témoigne d'une indulgence importante à l'endroit des intérêts sécuritaires des États (87). Les faits qu'elle porte au grand jour sont illustratifs des drames quotidiens vécus par moult déracinés fuyant guerres et cataclysmes en tout genre à l'aube du XXI^e siècle qui est, à n'en pas douter, le siècle des migrations forcées (88). Ressortissant irakien d'origine kurde, M. Saadi, médecin de profession, fuit l'Irak et demande immédiatement l'asile au Royaume-Uni. Il obtient par voie de conséquence un titre d'« admission provisoire ». Malgré la transparence de sa démarche et sa coopération avec les services de l'immigration, les autorités britanniques décident toutefois de le convoquer pour le détenir dans un centre de rétention — le centre d'Oakington — pendant sept jours. La grande chambre allait-elle confirmer l'interprétation pour le moins restrictive de l'article 5, § 1 f) (89) délivrée par la chambre de sept juges (90) ? Allait-elle se rallier à l'opinion dissidente commune des juges Casadevall, Traja et Sikuta qui contestait l'assimilation d'un demandeur d'asile à un étranger désirant entrer illégalement sur le territoire d'un État (91) ? Que nenni. La grande chambre persista et signa en dépit des arguments du requérant, du haut commissariat aux réfugiés et de trois organisations non gouvernementales qui demandaient instamment à la Cour de saisir l'opportunité qui lui était offerte de se prononcer pour la première fois sur la première branche de l'article 5, § 1 f) et ce, de façon progressiste. La grande chambre confirma l'arrêt de chambre, particulièrement sensible « au droit inaliénable des États de contrôler souverainement l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire » (§ 64). C'est ce postulat de départ — qui fut également celui adopté par la Chambre

[83] L'expression est de J.-F. Flauss alors qu'il présentait l'affaire jugée par la grande chambre le 13 décembre 2007, *Emonet c/ France*, où la Cour s'appuie sur un projet de révision de la Convention européenne en matière d'adoption d'enfants, v. « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme » (sept. 2007-févr. 2008), *AJDA* 2008, 979.

[84] CEDH, 9 juin 2009, *Opuz c/ Turquie*, F. Sudre, *JCP G* 2009, n° 29-30, n° 143, p. 36.

[85] CEDH, 1^{er} déc. 2009, *G.N. et autres c/ Italie*, § 126 : la cour met notamment avant l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux pour arriver à ce résultat.

[86] CEDH, 29 janv. 2008, *Saadi c/ Royaume-Uni*. C'est à la demande du requérant que l'affaire a été renvoyée à la grande chambre après que la IV^e section ait statué sur l'affaire, CEDH, IV^e sect., 11 juill. 2006, *Saadi c/ Royaume-Uni*.

[87] Pour une analyse percutante des nouveaux défis auxquels sont confrontés les États en termes de « sûreté » au point de mettre à mal les valeurs des États de droit, v. M. Delmas-Mary, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, Seuil, 2010, 273 p.

[88] L'importance de l'affaire n'est pas passée inaperçue au haut commissariat aux réfugiés (HCR) comme à trois organisations non gouvernementales qui, utilisant les ressorts de la procédure de tierce intervention, s'invitèrent dans le débat judiciaire. On se reportera également aux paragraphes 54 à 60 où sont exposés en détail les arguments de ces organisations.

[89] Il se lit ainsi : « 1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : [...] f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours ».

[90] CEDH, 11 juill. 2006, *Saadi c/ Royaume-Uni*. La chambre concluait par quatre voix contre trois à la non-violation de l'article 5, § 1^{er} et, à l'unanimité, à la violation de l'article 5, § 2.

[91] Ces trois juges dissidents font référence « au droit adopté dans d'autres cadres, tels l'Union européenne ou le Conseil de l'Europe » pour critiquer la solution dégagée par la chambre ; v. § 4 de l'opinion dissidente commune.

des lords (92) — que la Cour décida d'adopter et qui la conduisit à rejeter « l'idée que, si un demandeur d'asile se présente de lui-même aux services de l'immigration, cela signifie qu'il cherche à pénétrer « régulièrement » dans le pays, avec cette conséquence que la détention ne peut se justifier sous l'angle de la première partie de l'article 5, § 1 f) » (§ 65). C'est contre une telle interprétation de la première hypothèse mentionnée à l'article 5, § 1 f) que s'élevèrent, dans une opinion partiellement dissidente commune, les juges Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyev, Spielmann et Hirvelä qui mirent en avant, tant le droit des Nations unies (notamment l'article 9 du Pacte tel qu'interprété par le Comité des droits de l'homme) que celui de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe. On trouve notamment une mention à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (93) et plus spécifiquement son article 18 qui « garantit » le droit d'asile « dans le respect des règles de la [Convention sur les réfugiés] » mais qui ne joue pas cependant un rôle décisif (94). Déjà mentionnée dans la partie « En fait » de l'arrêt au titre des « Textes juridiques internationaux pertinents », sa mobilisation par les juges dissidents apparaît particulièrement formelle. Ils mettent plutôt l'accent sur la directive du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres (95). L'arrêt *Saadi* démontre que l'approche restrictive de la liberté individuelle des étrangers est à l'heure actuelle une tendance de fond de la jurisprudence strasbourgeoise. Dès lors, l'article 18 de la Charte serait-il en mesure d'apparaître in se comme un élément moteur pour une protection accrue ? Rien n'est moins sûr quand on se plonge dans les travaux préparatoires de cet article qui fut « très discuté » (96) au sein de la Convention et qui, de façon désespérément classique, ne lève pas les ambiguïtés sur la nature du droit d'asile : droit subjectif fondamental de l'individu à obtenir l'asile territorial ou prérogative souveraine de l'État d'examiner comme il l'entend les demandes d'asile ?

(97). Cette affaire démontre à l'envi que le cosmopolitisme normatif peut être — exceptionnellement — régressif. Juges majoritaires et minoritaires s'opposent en mettant en exergue des sources exogènes de différents types.

La transformation subreptice du contentieux européen des droits de l'homme confronte la Cour à la très difficile question du droit applicable aux conflits armés. Or, son office comme ses normes de référence n'ont strictement aucun lien avec le droit de la guerre. Le jus in bello n'est pas le droit qu'un juge des droits de l'homme a en charge d'appliquer. Sur la question de l'application du droit international humanitaire, la question est entendue ; se pose toutefois celle de l'interprétation de la Convention européenne à la lumière du droit de la guerre... Dit autrement, jusqu'à quel point les droits de La Haye et de Genève peuvent servir d'outil interprétatif des droits ou des régimes juridiques particuliers (comme celui des régimes d'exception) mentionnés au sein de la Convention ? Sur ce terrain, la Cour européenne déroge à sa méthodologie classique et progressiste en continuant peu ou prou — malgré de nombreuses critiques doctrinales — d'exclure *expressis verbis* le droit de La Haye et de Genève des sources extérieures qui permettent normalement de maintenir vivace l'interprétation finaliste (98). L'arrêt *Issaiëva* constitue un exemple parmi d'autres de ce refus (99). Les arrêts *Koberly* (100) et *Konokov* (101) infirment quelque peu cette retenue traditionnelle à l'endroit du droit international humanitaire. Dans la première affaire, la Cour se lance dans une analyse très poussée du droit international humanitaire en vérifiant précisément si les juridictions hongroises avaient correctement interprété et appliqué les conventions de Genève de 1949 à la protection des personnes civiles en temps de guerre. Dans la seconde, il est question d'examiner une requête dirigée contre une condamnation pour crimes contre l'humanité commis lors de la seconde guerre mondiale par l'agent

[92] UKHL, 13 oct. 2002, R. (on the application of Saadi and others) v. Secretary of State for the Home Department ([2002] UKHL 41), v. § 18 de l'arrêt.

[93] Ci-après « Charte » ou « Charte des droits fondamentaux ».

[94] Il est intéressant de relever que l'arrêt au § 39 ne mentionne pas l'intégralité du libellé de l'article 18, se contentant de présenter le texte ainsi : l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000) proclame : « Le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la [Convention sur les réfugiés] (...) ». La mention furtive de l'année de proclamation initiale est un signe qui démontrerait que c'est pour l'heure le seul texte qui fait foi... L'affaire est importante quand on connaît, au-delà des modifications d'ordre cosmétiques, les ajouts intégrés notamment au sein du très important article 52.

[95] JOCE L. 326 du 13 déc. 2005, p. 13.

[96] G. Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignage et commentaires*, Seuil 2001, p. 148.

[97] Sur cette thématique qui soulève de complexes questions juridiques, v. P. Guillot, « Les étrangers », in L. Burgorgue-Larsen (dir.), *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 273-316 et C. Teitgen-Colly, « Article II-78 », in L. Burgorgue-Larsen, A. Levade, F. Picod (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article. Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 253-268.

[98] J.-F. Flauss, « Le droit international humanitaire devant les instances de contrôle des Conventions européenne et américaine des droits de l'homme », J.-F. Flauss (dir.), *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, n° 52, Droit et justice, vol. 52, spéc. p. 120-126. Un élément de « sociologie judiciaire » peut expliquer (en partie) la difficulté de la Cour à manier aisément le droit international et plus particulièrement le droit international humanitaire. Lisons plutôt ce qu'écrivait J.-P. Costa dans un article intitulé, « Le rôle croissant du droit international dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *La France et la Cour européenne des droits de l'homme. 1998-2008 : une décennie d'application du Protocole XI. La jurisprudence en 2007*, P. Tavernier, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 66 : « ... cette tendance au développement du droit international ne fera probablement que s'accroître à l'avenir, ce qui obligera d'ailleurs les juges et les juristes du greffe à s'investir davantage encore dans le droit international général ainsi que dans le droit international humanitaire (...). Un problème me préoccupe un peu en tant que président de la Cour, c'est que, par la force des choses, parmi les juges, plusieurs internationalistes ont quitté la Cour et il y a actuellement peu d'internationalistes, mais beaucoup de constitutionnalistes ».

[99] La CEDH se refuse à mettre en œuvre sa méthodologie d'ouverture à l'endroit du droit international humanitaire, car qu'elle ne l'intègre pas, de façon expresse, dans sa technique d'interprétation finaliste. V. par exemple, CEDH, 25 févr 2005, *Issaiëva c/ Russie* ; v. égal. J.-F. Flauss et G. Cohen-Jonathan, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général », *AFDI* 2005, p. 676-677.

[100] CEDH, 19 sept. 2008, *Koberly c/ Hongrie*.

[101] CEDH, 24 juill. 2008, *Konokov c/ Lettonie*.

d'un État allié. Le caractère politique de l'affaire était renforcé par le fait que la Russie s'était présentée comme tiers intervenant à l'instance (...). Si la Cour a été contrainte d'examiner le droit humanitaire pour en dégager la notion de « civil » — au sens de population et personne civile dans le cadre des conflits armés — les juges dissidents ne se sont pas gênés pour affirmer que l'analyse du DIH effectuée par leurs collègues était particulièrement superficielle. Assurément, la lecture *du jus in bello* par la Cour européenne est encore « statique » (102) et s'oppose à l'interprétation évolutive qu'elle consacre à l'égard des autres branches du droit international.

Si les acquis conventionnels sont indéniables, les difficultés et les défis à relever n'en sont pas moins très nombreux. Directement ou indirectement, ils posent la question de la viabilité d'un système qui surplombe quarante-sept États parties et qui doit concilier efficacité et légitimité...

Laurence BURGORGUE-LARSEN

*Professeur à l'École de droit
de l'université Paris I (Panthéon-Sorbonne)
Directeur du Centre de recherches sur l'Union européenne*

[102] L'expression est celle de G. Cohen-Jonathan et de J.-F. Flauss, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international » : AFDI 2008, p. 541.