

THÈSE de DOCTORAT



de l'UNIVERSITÉ TOULOUSE CAPITOLE

Présentée et soutenue par

Monsieur GREGOIRE BAKANDEJA MUKENGE

Le 3 octobre 2025

**LE DÉNI DE JUSTICE ET LA COUR EUROPÉENNE DES
DROITS DE L'HOMME**

École doctorale : **Droit et Science Politique**

Spécialité : **Droit**

Unité de recherche : **IRDEIC - Institut de Recherche en Droit
Européen, International et Comparé**

Thèse dirigée par Monsieur Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA

Composition du jury

Rapporteur : M. Yannick LECUYER

Rapporteur : M. Ivon MINGASHANG

Examinatrice : Mme Ana Maria GUERRA MARTINS

Examinatrice : Mme Marie-Clotilde RUNAVOT

Directeur de thèse : M. Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA

**UNIVERSITÉ
TOULOUSE
CAPITOLE**



*« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les
opinions particulières de l'auteur. »*

*A ma très chère épouse Olga BAKANDEJA pour son soutien
et sa patience.*

REMERCIEMENTS

J'exprime ma gratitude à mon directeur de thèse, le Professeur ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, dont les instructions, la patience et les conseils pertinents ont été précieux pour ce travail de recherche. Son expertise et son soutien constant m'ont permis de surmonter les défis scientifiques et personnels rencontrés durant ce long parcours.

Mes remerciements également aux membres du jury, Mme la Juge à la Cour européenne des droits de l'homme MARIA GUERRA MARTINS Ana, M. le Maître de conférences HDR LÉCUYER Yannick, M. le Professeur MINGASHANG Ivon et Mme la Professeur RUNAVOT Marie-Clotilde d'avoir accepté d'évaluer cette thèse.

Tous mes remerciements également à l'Université Toulouse Capitole, notamment aux directeurs de l'École Doctorale de Droit et Science Politique (EDDSP) et de l'Institut de Recherche en Droit Européen, International et Comparé (IRDEIC) pour leur soutien institutionnel et les ressources mises à ma disposition durant ces études doctorales.

La famille a été d'un soutien inestimable dans la réalisation de ce projet d'étude. Mes pensées vont particulièrement à ma très chère épouse, ODIA BAKANDEJA Olga, pour sa patience et son soutien indéfectible, ainsi qu'à notre fille BAKANDEJA Hadassa Astrid. Toute ma reconnaissance à mes parents et belle-mère MUKENGE KAPINGA Léonard et BAKALELA TUSEKU-TUABU Astrid et KANJINGA Julienne pour leur amour, leur patience et leur soutien sans faille. Ma gratitude à mon frère et à sa chère épouse, PAKABOMBA Sylvestre et Ruth, dont la foi en moi et leurs encouragements constants ont été une source immense de motivation. Je ne saurais oublier mes autres frères et sœurs ainsi que beaux-frères et belles-sœurs, Evariste et Michelle, Boniface et Olga, Mireille, Marie-Thérèse et Blaise, Nelly Ruth et Anthony, Raphaël, Etienne et Jérémie.

Toute ma reconnaissance à mes chers amis Alsény, Arsène, Bernard, Patrick pour la relecture, les discussions enrichissantes, leurs conseils avisés et leur soutien moral. Leur présence a rendu cette aventure intellectuelle bien plus agréable et stimulante. Par ailleurs, j'exprime aussi ma gratitude à tous ceux qui, de près ou de loin, ont contribué à l'aboutissement de cette thèse. Vos encouragements et votre bienveillance ont été précieux.

Enfin, je ne saurais finir ces remerciements sans penser à mon Seigneur Jésus pour la grâce de la vie et de la force m'ayant permis de mener jusqu'à terme cette étude.

SOMMAIRE

Introduction	13
Première partie : La Cour européenne des droits de l'homme auteure de déni de justice structurel.....	29
Titre I : Un déni de justice « au nom de la préservation de l'ordre juridique international »	31
Chapitre I : Le refus de contrôle du respect des droits conventionnels pour la sauvegarde de l'ordre universel.....	35
Chapitre II : L'absence de contrôle juridictionnel réel des actes des institutions de l'union européenne	111
Conclusion du titre I.....	161
Titre II : Un déni de justice « au nom de la préservation des ordres juridiques nationaux »	163
Chapitre I : Le déni de justice relatif à l'état d'urgence et aux immunités étatiques.....	165
Chapitre II : Le déni de justice relatif aux actes de gouvernement et a certaines règles de prescription.....	229
Conclusion du titre II.....	285
Conclusion de la première partie	289
Deuxième partie : La Cour auteure de déni de justice juridictionnel	295
Titre I : Le déni de justice procédural par la Cour européenne des droits de l'homme	297
Chapitre I : Le déni de justice procédural civil	299
Chapitre II : Le déni de justice procédural pénal.....	359
Conclusion du titre I.....	405
Titre II : Le déni de justice matériel par la Cour européenne des droits de l'homme	409
Chapitre I : Le déni de justice par la Cour en matière sociale et environnementale.....	411
Chapitre II : Le déni de justice par la Cour en matière migratoire et électorale.....	481
Conclusion du Titre II.....	533
Conclusion de la deuxième partie	537
Conclusion	543

LISTE DES ABRÉVIATIONS

Abréviation	Terme développé
AFDA	Association française pour la recherche en droit administratif
AFDI	Association française de droit international
AIEA	Agence internationale de l'énergie atomique
AIJC	Annuaire internationale de justice constitutionnelle
AJDA	Actualité juridique droit administratif
AJIL	American journal of international law
AJNU	Annuaire juridique des nations unies
AGNU	Assemblée générale des Nations unies
ANR	Agence nationale de la recherche
ASE	Agence spatiale européenne
AUF	Agence universitaire de la francophonie
CAA	Cour d'appel administrative
C.Cass.	Cour de cassation
C.Const.	Conseil Constitutionnel
CE	Conseil d'État
CEDIN	Centre de droit international de Nanterre
CDE	Centre de droit européen
CDH	Conseil des droits de l'homme
CDI	Commission de droit international
CDFUE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme et des libertés ou « Convention »
CEE	Communauté économique européenne
CFDT	Confédération française démocratique du travail
Ch.	Chambre
CIJ	Cour internationale de justice
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes

CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CPJI	Cour permanente de justice internationale
Com. EDH	Commission européenne des droits de l'homme
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme ou la « Cour »
Cour IADH	Cour interaméricaine des droits de l'homme
CRIDEAU	Centre de recherches interdisciplinaires en droit de l'environnement de l'aménagement et de l'urbanisme
CRISP	Centre de recherche et d'information socio-politiques
CSNU	Conseil de sécurité des Nations unies
CUP	Cambridge university press
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
ECOSOC	Conseil économique et social de l'ONU
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
G.Ch.	Grande chambre
HCNUDH	Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme
IHEI	Institut des hautes études internationales
JCP	Juris-Classeur périodique
JDI	Journal du droit international
JLE	John Libbey Eurotext
KFOR	Force pour le Kosovo
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
MINUK	Mission des nations unies au Kosovo
OEA	Organisation des Etats américains
OIT	Organisation internationale du travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMP	Opération de maintien de la paix
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONU	Organisation des Nations Unies
OTAN	Organisation du traité de l'Atlantique nord
OUP	Oxford university press
PIDCP	Pacte international sur les droits civils et politiques
PIDESC	Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels

Pl.	Plénière
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUR	Presses universitaires de Rennes
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RDC	République démocratique du Congo
RDH	Revue des droits de l'homme
RDILC	Revue de droit international et de législation comparée
RDLF	Revue des droits et libertés fondamentaux
RDP	Revue de droit public
RDPC	Revue de droit pénal et de criminologie
RDUE	Revue de droit de l'Union européenne
RFA	République fédérale d'Allemagne
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RFFP	Revue française de finances publiques
RGDIP	Revue générale de droit international public
RLDC	Revue Lamy droit civil
RJE	Revue juridique de l'environnement
RRPP	Répertoire de la responsabilité de la puissance publique
RSCDPC	Revue de science criminelle et de droit pénal
RSDIDE	Revue suisse de droit international et de droit européen
RTDCiv	Revue trimestrielle de droit civil
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
RQDI	Revue québécoise de droit international
SDEDSI	Société pour le développement des études de défense et de sécurité Internationale
SDN	Société des Nations
Sect.	Section
SFDI	Société française pour le droit international

TPI	Tribunal de première instance (de l'Union européenne)
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
UA	Union africaine
UE	Union européenne ou l'Union
UNHCR	Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés

INTRODUCTION

1. Selon l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...), par un tribunal (...), qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations (...), soit du bien-fondé de toute accusation (...) contre elle ».

Assurément, pour cette disposition, l'idéale protection de l'égale dignité humaine implique que les droits de l'homme soient justiciables et que la justice soit effective pour éviter le déni de justice.

2. En droit international, le déni de justice a d'abord visé l'étranger avant l'Etat. Pour un étranger, au XIII^{ème} siècle, il s'entendait comme un « défaut de droit » d'obtenir satisfaction dans un territoire d'accueil contre un sujet hôte à la suite d'une plainte lui donnant le droit de recourir à son prince d'origine pour solliciter sa protection sous forme de représailles ou de demande de reddition de justice à l'autorité d'accueil¹. Dès le XVI^{ème} siècle, l'extension du déni de justice à l'Etat se précise doublement en s'entendant, non seulement comme un refus manifeste de rendre justice, mais aussi comme un retard dans l'administration de cette dernière et ce contrairement à un délai préétabli². Ainsi, au risque d'être tenu responsable d'un fait illicite ou de violation de l'obligation de protection juridictionnelle, le droit international contraint donc l'Etat à garantir une bonne administration de la justice³.

¹ A. ESMEIN, Histoire de la Procédure criminelle en France depuis le XIII^{ème} siècle jusqu'à nos jours, Larose, Paris, 1882, p.25. En effet, « Dès le Moyen Age nous voyons que l'individu qui subit un tort dans un pays étranger doit s'adresser d'abord au prince de ce pays pour obtenir réparation ; mais si ce recours à la justice reste vain ; si par mauvais vouloir, ou plus souvent par impuissance, le prince ne peut assurer la réparation du tort causé ; si à ce tort primitif vient s'ajouter ce que, dès cette époque, on appelle la *denegatio justitiae*, le refus ou déni de justice, l'individu lésé s'adresse à son propre prince. Celui-ci en vertu d'un usage dont les origines remontent au XIII^{ème} siècle, pourra lui délivrer des lettres de marque ou de représailles. La délivrance de ces lettres a pour but de régulariser l'exercice de la justice privée ». C. DE VISSCHER, Le déni de justice en Droit international, Cours de l'Académie de Droit international, La Haye, 1935. II (Tome 52), pp.370-371.

² Ibid., p.372.

³ Voir L.-M. HONG-ROCCA, Le déni de justice substantiel en droit international public. Thèse de doctorat en droit soutenue à l'Université Panthéon-Assas de Paris le 14 décembre 2012, p/11.

3. Dans l'évolution de ce droit international, la notion classique de déni de justice va s'adapter extensivement pour s'appréhender en refus injuste de réparation d'un tort initial ou toute défaillance quelconque de la fonction juridictionnelle induisant la violation d'une obligation internationale par l'Etat ; il y a donc ici mutation au niveau international d'une réclamation relevant du droit national ou de la justice interne⁴.
4. L'évolution de la notion de déni de justice » en droit international est marquée par l'écueil à le définir, au point qu'il serait mieux que son utilisation soit évitée autant que possible. En effet,

« les différentes formules utilisées pour déterminer le sens, le contenu ou la portée de cette notion par définition ou énumération laissent percevoir des difficultés presque insurmontables »⁵.

La véritable difficulté du déni de justice n'est pas son principe mais son étendue, notamment son essence principale et sa phase de survenance.

5. Sur l'essence principale de cette notion, deux conceptions s'opposent : celle de l'égalité de traitement et celle des standards minimaux. La première vision, promue par les Etats sud-américains, suppose que la seule obligation internationale de l'Etat est de protéger identiquement les étrangers et les nationaux et de manifester l'exclusivité tant des juridictions nationales que de la définition nationale du déni de justice ; sa faille est qu'elle n'endigüe pas le mauvais traitement des étrangers comparativement aux nationaux⁶. Eclairée de cette défaillance et soutenant que l'égalité de traitement n'est pas un argument pour se dédouaner de son obligation internationale, en dépit de la marge d'appréciation des Etats sur leurs territoires, la seconde conception animée par les Etats occidentaux relève qu'une standardisation minimale est utile dans l'administration de la justice concernant les étrangers⁷. Si

⁴ C. DE VISSCHER, Le déni de justice en Droit international, Cours de l'Académie de Droit international, La Haye, 1935. II (Tome 52), p.374.

⁵ C'est ce qui se traduit de la pensée de A. CANCADO TRINDADE lorsqu'il souligne que le déni de justice "has always presented insurmountable difficulties to the task of devising formulae for determining its meaning and scope and precise terms, either by definition or enumeration". A. A. CANCADO TRINDADE, "Denial of justice and its relationship to exhaustion of local remedies in international law", Philippine law journal, 1978, Vol.53, p.404.

⁶ F. MEGRET, « Qu'est-ce qu'une juridiction « incapable » ou « manquant de volonté » au sens de l'article 17 du Traité de Rome ? Quelques enseignements tirés des théories du déni de justice en droit international », RQDI, 2004, Vol.17, N°2, p.196.

⁷ Idem.

l'opposition est surmontée par le triomphe de la conception standardiste aspirant à la vision égalitariste en intégrant l'égalité dans les standards, elle va néanmoins provoquer un problème latent de précision du seuil d'harmonisation et plonger la notion de déni de justice dans une phase historique marquée par une délicate indétermination⁸. En d'autres termes, si la standardisation fait progresser la cause de la justice, c'est au désavantage de la clarté du droit. Par ailleurs, la standardisation minimale n'ambitionne pas l'instauration d'une justice internationalement symétrique, car, cela ne serait naturellement pas compatible avec les intérêts des Etats qui n'y trouveraient pas leur compte et contrarierait leur souveraineté. La standardisation est juste une « digue » parant à l'excès de contraindre les États à une vision mondiale conformiste de la justice dont il est important de prendre en compte les sensibilités dans son exercice⁹. Par cette limite, le déni de justice va toujours nécessiter de retenir des standards minimaux et interroger sur la meilleure conciliation entre des exigences internationales et l'agrément de la souveraineté étatique entendue comme la considération des spécificités des Etats - politique, culturelle, sociale ou économique. En ce sens, la jurisprudence internationale demande d'examiner l'ensemble des éléments déterminants pour prouver ou non un déni de justice comme le suggère l'arbitre Nielsen¹⁰.

6. Sur ce postulat, les recherches se poursuivant sur le déni de justice se concentrent sur sa typologie selon le degré de gravité et la phase de sa manifestation. A cet égard, pour Vattel :

« la justice se refuse de plusieurs manières : premièrement, par un déni de justice proprement dit, ou par un refus d'écouter vos plaintes ou celle de vos sujets, de les admettre à établir leur droit devant les tribunaux ordinaires ; deuxièmement,

⁸ Ibid., p.197.

⁹ C. DURAND, « La responsabilité des Etats pour déni de justice », RGDIP, 1931, Vol.38, pp.707-708.

¹⁰ « Je ne pense pas qu'il soit possible de parvenir à une solution adéquate des problèmes en relevant tel ou tel détail ou en formulant une conclusion sur le point de savoir si tel ou tel acte particulier a entraîné un déni de justice au sens où ce terme est entendu en droit et en pratique internationaux. Nous devons examiner tous les actes contre lesquels la plainte est formulée et déterminer si, à la lumière du dossier, on peut conclure qu'il y a eu manquement aux exigences de la règle du droit international selon laquelle des mesures rapides et efficaces doivent être prises pour appréhender et punir les personnes coupables de crimes contre les étrangers ». Traduction de: "I do not consider that a proper solution of issues can be reached by picking out this or that detail or formulating a conclusion as to whether some particular act resulted in a denial of justice as that term is understood in international law and practice. We must examine all the acts against which complaint is made and as certain whether or not in the light of the record it may be concluded that there was a failure to meet the requirements of the rule of international law that prompt and effective measures shall be taken to apprehend and punish persons guilty of crimes against aliens". Hall Case, Opinions, 1929, pp.321-322.

par des délais affectés dont on ne peut donner de bonnes raisons ; délais équivalents à un refus ou plus ruineux encore ; troisièmement par un jugement manifestement injuste et partial »¹¹.

7. Ce classement de Vattel, dans une conception moderne, donne trois sortes de déni de justice dont la complétude nécessite d'ajouter également une dernière catégorie incluant la phase d'exécution de la décision de justice. Tout d'abord, il y a le « déni de justice absolu » appréhendé comme l'absence d'exercice de la fonction de juger et manifestant dans une certaine mesure la version emblématique du déni de justice que toute la doctrine classique ou moderne ainsi que la pratique étatique tiennent comme une des situations les plus essentielles et les moins controversées du fait internationalement illicite¹². Ensuite, en cernant la justice comme processus, le « déni de justice procédural » s'assimile à l'absence de diligence et à une justice caricaturale¹³. En effet, en plus des délais abusifs, il faut comprendre dans cette catégorie également l'inverse, à savoir le procès expéditif selon l'approche moderne. Cela peut se manifester par une fausse inculpation, l'obstruction de comparution devant les juridictions ou le barrage de l'accès à la justice ou l'atteinte indéniable aux principes essentiels de la justice naturelle, comme le refus d'audition des parties ou l'empêchement de production de moyens de preuve¹⁴. Puis, en considérant la justice comme le résultat, on entend le « déni de justice substantiel » impliquant la responsabilité du « mal-jugé » mais qu'on assimile quelquefois au « défi de justice » plutôt qu'au « déni de justice » en paraissant comme le plus difficilement concevable

¹¹ E. DE VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, Imprimerie de la société typographique, Neuchâtel, 1758, Liv. II, chap. XVIII, §350.

¹² C'est le cas lorsqu' "Un étranger subit un déni de justice lorsque l'accès aux tribunaux lui est entièrement refusé ou, ce qui revient au même, lorsque le juge investi de la compétence sur une affaire donnée refuse arbitrairement d'exercer ses fonctions". Traduction de: "An alien has suffered a denial of justice when access to the courts is entirely refused to him, or, what amounts to the same thing, when the judge invested with jurisdiction over a given case arbitrarily refuses to perform his functions". A. V. FREEMAN, *The international responsibility of States for denial of justice*, Longmans Green and Company, New York, 1938, p.118 et Voir D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, Sirey, Paris, 1929, p.482.

¹³ En effet, « La justice internationale n'est pas satisfaite si un gouvernement se limite à engager et à poursuivre un procès sans parvenir à définir la culpabilité de l'accusé et à évaluer la peine appropriée » ou « la justice est réputée être refusée [...] si un jugement ne peut être obtenu contre une personne légalement coupable [...] dans un délai raisonnable ». Traduction de: "International justice is not satisfied if a government limits itself to instituting and prosecuting a trial without reaching the point of defining the defendant's guilt and assessing the proper penalty" ou "justice is held to be denied [...] if judgment cannot be obtained against a legally guilty person [...] within a reasonable time". Chase, *États-Unis c. Mexique*, 1928, 4.R.S.A. 337, p.19 et R. ZOUCHE, J. L. BRIERLY, *Exposition of feacial law and procedure or of law between Nations, and Questions concerning the same*, Canergie Institution, Washington, 1911, p.33.

¹⁴ Voir *Interoceanic Railway of Mexico*, Grande-Bretagne c. Mexique, 1931, 5.R.S.A.178 et Cotesworth and Powell, Moore, *Arbitrations*, II, pp. 2050 et s.

ou acceptable de toutes les catégories liées à l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les relations internationales¹⁵. La raison de la contestation se trouve dans le contresens qu'il y a d'exiger l'indépendance des juridictions au risque de déni de justice et de les tenir finalement comptables de décisions « arbitraires » alors qu'elles exercent leur liberté. En effet, pour une certaine doctrine, il n'y a de déni qu'en l'absence de jugement sur le litige car un juge n'est redevable que de sa conscience dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle¹⁶. En dépit de la controverse, force est de reconnaître l'autonomie du déni de justice substantiel se démarquant absolument de l'observance formelle de la procédure et également de tout argument de mauvaise foi des juges. Effectivement, le déni de justice ne peut pas uniquement s'assimiler au simple refus d'accès à la juridiction mais également au manque manifeste de justice dans la conduite du procès et son résultat qu'est le jugement : si l'inexécution est indéniable dans la première hypothèse, elle est cachée dans la seconde mais effective pour engager la responsabilité¹⁷. Ce genre de conception pouvant en permanence obstruer l'autorité de la chose jugée des juridictions nationales a mené à la différenciation entre le « *mal-jugé simple* » et l'« *injustice grave et manifeste* » découlant d'une faute lourde ou de la mauvaise foi à l'endroit des étrangers et démontrant incontestablement la corruption de la fonction juridictionnelle¹⁸. De cette distinction, seules les décisions manifestement injustes peuvent traduire le déni de justice et engager la responsabilité. La décision manifestement injuste est celle qu'une juridiction vraiment compétente ne peut raisonnablement ou honnêtement prendre et qui est « tangible », « manifeste », « abjecte », « impardonnable », « obstinée » et « complaisante » en atteignant un degré tel que l'on ne puisse la justifier par une considération de fait ou une motivation de droit valable¹⁹. Enfin,

¹⁵ C. DE VISSCHER, Le déni de justice en Droit international, op.cit., p.399.

¹⁶ « La justice n'est déniée que lorsqu'il n'intervient pas de jugement sur la contestation. Le juge ne répond que de sa conscience dans l'usage qu'il fait de son pouvoir ». E. BRUNET, J. SERVAIS et C. RESTEAU, Répertoire pratique du droit belge : législation, doctrine et jurisprudence, Tome 3, Bruylant, Bruxelles, 1949 -1967, p.627, §8.

¹⁷ D. ANZILOTTI, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par les étrangers », RGDIP, Vol. 14, N°1, p.25.

¹⁸ C. DE VISSCHER, Le déni de justice en Droit international, op.cit., p.382.

¹⁹ La consistance d'une décision manifestement injuste suppose qu'« aucun tribunal à la fois compétent et honnête n'aurait pu le rendre » (traduit de : « no court which was both competent or honest could have given it ») et que « la défaillance des juges atteigne un degré tel que l'on ne puisse plus expliquer la sentence rendue par aucune considération de fait ou par aucune raison de droit valable ». Elle induit donc une « erreur grossière, inexcusable, volontaire et malveillante ». J. L. BRIERLY, The Law of Nations : an introduction to the international Law of peace, Clarendon Press, Oxford, 1963, p.287 et C. DE VISSCHER, Le déni de justice en Droit international, op.cit., p.404 et O. UNDEN, Affaire Martini : une sentence arbitrale internationale, Uppsala, 1930, p.39.

concevant le déni de justice dans l'exécution de la décision, il existe un accord de principe - tant dans la coutume, la jurisprudence que la doctrine - validant qu'une inexécution partielle ou totale d'une décision, qu'importe le motif, exceptée la soustraction volontaire du sanctionné, vaut le déni de justice²⁰.

8. En général, pour le droit international classique, le déni de justice apparaît simplement comme un « *fait illicite d'un État à la suite de la violation d'une norme relative à l'exercice de la fonction juridictionnelle à l'égard des étrangers* »²¹. Cependant, en soulignant dans l'affaire *Barcelona Traction* qu'« *en ce qui concerne plus particulièrement les droits de l'homme (...), on doit noter qu'ils comportent aussi une protection contre le déni de justice* », la Cour internationale de justice conçoit que cette notion peut transiter du droit des étrangers aux droits de l'homme²². En rattachant le déni de justice aux droits de l'homme, le droit international le conçoit très restrictivement et l'associe au principe de non-discrimination pour le définir comme une « *violation caractérisée des droits fondamentaux* »²³. En effet, pour parer à toute discrimination, le principe irrésistible en droit international pour concevoir le déni de justice est d'exiger un « *droit de regard minimum* » sur les conditions pour rendre la justice nationale qui ne peut être immunisée pour sa conformité au droit national contre toute tendance de contrôle international²⁴.
9. Eviter la non-discrimination va faire ainsi migrer la notion de « déni de justice » du seuil minimal des étrangers en la ramenant en droit européen des droits de l'homme vers un seuil plus global à partir du droit au procès équitable conformément à l'article 6 de la Convention dont la jurisprudence dynamique va écarter ce renvoi limitatif à ce droit des étrangers²⁵. La condamnation du déni de justice va pousser la Cour, dans des cas extraordinaires, à réexaminer des questions de fait et de droit qui sont normalement tranchées par les juridictions des États membres et, dans cette visée, le

²⁰ F. MEGRET, « Qu'est-ce qu'une juridiction... », article précité, pp.212-213.

²¹ J. SALMON (dir.), Dictionnaire de droit international public, (Préface de G. Guillaume), Bruylant, AUF, 2001, pp.320 et 321.

²² Voir CIJ, affaire *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt du 5 février 1970, Rec.1970, p.47, §91. Voir aussi R. JENNINGS ET A. WATTS, *Oppenheim's International Law*, 9ème éd., Vol. I : Peace, Longman, Londres et New York, 1996, p.543.

²³ D. SPIELMANN, « La Cour européenne des droits de l'homme et le déni de justice ». In K. LEMMENS, S. PARMENTIER, L. REYNTJENS (des.), *Human Rights with a Human Touch. Liber Amicorum Paul Lemmens*, Intersentia, Cambridge, Anvers, Chicago, 2019, p. 506.

²⁴ F. MEGRET, « Qu'est-ce qu'une juridiction... », article précité, p.195.

²⁵ Voir D. SPIELMANN, « La Cour européenne des droits de l'homme et le déni de justice », article précité, spéc. pp. 509 et 510.

concevoir d'une double manière²⁶. D'une part, dans une approche « externe », la Cour, « très prudente », ne conçoit qu'un « *déni de justice flagrant* » et dans deux hypothèses ayant pour similitude leur origine dans un ordre juridique externe à la Convention qui demeure l'outil constitutionnel de l'ordre public européen²⁷. La première hypothèse concerne une situation d'extranéité vis-à-vis d'un État membre, notamment, l'extradition ou l'expulsion vers un État tiers, mais aussi la reconnaissance ou l'exécution d'une décision de justice prise par une juridiction étrangère à la Convention²⁸. La seconde hypothèse suppose un cas de contrôle dilué entrepris dans le but de respecter le système du droit de l'UE et exige que le déni soit manifeste pour écarter la présomption d'équivalence de ce dit droit²⁹. D'autre part, dans une approche « interne », la Cour insiste sur le déni de justice flagrant en considérant essentiellement la violation de l'article 6 et, parfois, indirectement la répercussion de cette violation sur une autre disposition conventionnelle³⁰. Pour la Cour, le déni de justice « flagrant » n'est pas le même que celui « simple » car il va « *au-delà de simples irrégularités ou de l'absence de garanties dans les procédures judiciaires aboutissant à une violation si « fondamentale » tant de l'article 6 de la Convention* » que des principes du procès équitable - et – ressemble à une annulation ou une destruction de l'essence même des droits protégés par cette disposition³¹. Dans cette perspective, l'atteinte au droit à un procès équitable est multiforme. D'emblée, bien que la Cour ne soit pas ouverte à réexaminer les faits analysés par les juridictions internes, le déni de justice peut impliquer occasionnellement « *la mauvaise appréciation des faits et des preuves* »³². En ce sens, l'analyse défailante des faits par les juridictions internes peut le constituer, à l'instar de l'affaire *Andelkovic* dans laquelle la Cour a estimé que le caractère arbitraire de la décision de justice nationale ne se fondait essentiellement sur aucune base légale et n'avait aucun lien avec les faits constatés, le droit à appliquer et le terme du procès³³. Toutefois, pour le juge

²⁶ Voir Ibid., p.522.

²⁷ Voir Ibid., pp.510-513.

²⁸ Voir Idem, p.513.

²⁹ Voir Idem.

³⁰ Voir Ibid., p.521.

³¹ Voir Cour EDH, *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, décision [Sect.4] du 17 janvier 2012, N° 8139/09, §260 et *Tsonyo Tsonev c. Bulgarie* (n°3), arrêt [Sect.4] du 16 octobre 2012, N°21124/04, §59.

³² Voir D. SPIELMANN, « La Cour européenne des droits de l'homme et le déni de justice », article précité, p.515

³³ Voir D. SPIELMANN, « La Cour européenne des droits de l'homme ». In I. RIASSETTO, L. HEUSCHLING et G. RAVARAN (coord.), *Liber amicorum Rusen Erger*, Imprimerie centrale, Luxembourg, 2017, pp.353-363 ; « le fait, le juge et la connaissance : aux confins de la compétence interprétative de la Cour européenne des droits

Spielmann, l'absence d'un examen juridictionnel adéquat ne peut constituer un déni de justice quoi qu'elle puisse entraîner l'atteinte au droit à un procès équitable³⁴. Par ailleurs, lorsqu'il s'agit d'accès à la justice, le refus de juridictions internes d'examiner un recours sans aucune preuve viole l'article 6 et constitue un déni de justice³⁵. Sur l'accès en question, même si la Cour nie la violation de l'article 6§1 de la Convention en dépit du refus des juridictions nationales d'examiner une action en réparation sur des actes de torture, ce même juge considère cela comme un déni de justice en trouvant que l'application et l'interprétation entreprises au niveau national sont arbitraires et clairement déraisonnables par rapport aux exigences du droit d'accès à un juge³⁶. Enfin, quant à la répercussion indirecte ou non du déni de justice sur une autre disposition de la Convention, la Cour insiste qu'il faille séparer la violation simple de l'article 6 de celle caractérisée et manifeste de la Convention³⁷. Dans cette dernière configuration, pour la Cour, le déni de justice apparaît comme une « *violation de la Convention dans des cas exceptionnels* » pouvant être « flagrants » ou « simples »³⁸.

10. Naturellement, pour la Cour, le déni de justice a une triple finalité³⁹. *Primo*, il vise la protection du justiciable contre l'injustice qu'il subit hors de la juridiction des Etats membres de la Convention. *Secundo*, il a pour but l'appréhension des cas très rares pouvant se répercuter sur le respect d'autres droits conventionnels, à l'instar du droit à la liberté et à la sûreté. *Tertio*, dans des situations extraordinaires de stigmatisation du déni de justice, la Cour recourt à cette notion pour réexaminer des questions de fait et de droit qui sont ordinairement de la compétence de juridictions internes. En s'appropriant cette triple finalité dans cette étude et en ciblant la façon dont la Cour rend justice dans certaines situations de manière exceptionnelle, il est possible de

de l'homme ». In P. D'ARGENT, B. BONIFÉ et J. COMBACAU (coord.), Les limites du droit international. Essai en l'honneur de Joe Verhoeven, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp.519-535 et Cour EDH, *Andelkovic c. Serbie*, arrêt [Sect.2] du 9 avril 2013, N° 1401/08, §27.

³⁴ Voir D. SPIELMANN, « La Cour européenne des droits de l'homme et le déni de justice », article précité, pp.516 et 517.

³⁵ Voir Cour EDH, *Adikanko et Basov-Grinev c. Russie*, arrêt [Sect.3] du 13 mars 2018, Nos 2872/09 et 20454/12, §55.

³⁶ « L'interprétation et l'application faites par le Tribunal fédéral de l'article 3 de la LDIP étaient arbitraires et manifestement déraisonnables, ce qui a entraîné un déni de justice et, partant une violation du droit d'accès à un tribunal, au mépris de l'article 6 de la Convention ». Opinion dissidente du juge SERGHIDES dans l'affaire Cour EDH, *Nait-Liman c. Suisse*, arrêt [Gr.Ch.] du 15 mars 2018, N°51357/07.

³⁷ Voir Cour EDH, *Hammerton c. Royaume-Uni*, arrêt [] du 17 mars 2016, N° 6287/10, §99.

³⁸ Voir D. SPIELMANN, « La Cour européenne des droits de l'homme et le déni de justice », article précité, p.521.

³⁹ Voir Ibid., pp.521 et 522.

concevoir le déni de justice doublement : d'une part, le déni de justice externe induisant l'absence de protection du justiciable contre l'injustice commise en dehors de la juridiction de la Convention ; et d'autre part, celui interne, lié à l'espace territorial de la Convention soit en vertu du droit à un procès équitable ou d'autres droits de la Convention et pouvant signifier le défaut de réexamen des questions de fait et de droit normalement de la compétence de juridictions nationales ou le défaut d'appréhension des cas très rares pouvant se répercuter sur le respect d'autres droits de la Convention. En général, il faudra comprendre par déni de justice l'absence de protection par la Cour du justiciable contre l'injustice – dans - ou - en dehors de - la juridiction de la Convention en vertu du droit à un procès équitable essentiellement ou d'autres droits de la Convention accessoirement. De cette manière, il peut impliquer le défaut de réexamen des questions de fait et de droit essentiellement de la compétence de juridictions nationales en vertu du droit à un procès équitable ou le défaut d'appréhender des cas très rares ayant une incidence sur le respect d'autres droits de la Convention.

11. En dehors du « déni de justice », le développement du droit international est aussi marqué par la prolifération des juridictions à compétence explicite ou implicite dans le domaine des droits de l'homme⁴⁰. Les « droits de l'homme » se conçoivent comme des droits et libertés préexistants et supérieurs au droit positif, mais immanents à l'homme du fait même de sa nature humaine, i.e., « *des droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme (...), applicables à l'ensemble de l'humanité en fonction d'une appartenance à l'espèce humaine, sans tenir compte de leur appartenance à l'Etat* »⁴¹. S'érigeant ainsi en principes suprêmes, les droits de l'homme vont s'imposer aux Etats et aux organisations internationales à telle enseigne que leur protection paraisse inéluctable et devienne une exigence de tout système de droits de l'homme, national ou supranational⁴². Cette visée protectrice pousse les Etats à établir tant des juridictions devant les protéger une fois saisies que des règles favorisant leur action de sorte que toute dérobade apparaisse en elle-même comme une violation, un déni de justice. Inévitablement, dans cette optique, le droit à une protection

⁴⁰ SFDI, La juridictionnalisation du droit international, colloque de Lille, A. Pédone, Paris, 2003, p.7 s, spéc.p.49.

⁴¹ C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCHAK, Droit européen des droits de l'homme, Dalloz, Paris, 2017, p.5 et H. OBERDORFF, Droits de l'homme et libertés fondamentales, LGDJ, L'extenso, 2015, p.46, 605 p.

⁴² J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, L. BURGOGUE-LARSEN et S. TOUZE, La protection des droits de l'homme par les cours supranationales, A. Pédone, Paris, 2016, p.15.

juridictionnelle des droits de l'homme va être assorti, non seulement des principes favorisant l'action du juge, mais aussi du pragmatisme et du volontarisme de ce dernier à servir les causes dont il est saisi ou, du moins, à en évaluer l'opportunité et la réalité par une procédure protégeant les justiciables contre l'arbitraire.

12. Dans cette juridictionnalisation des droits de l'homme en droit international, la Cour, par sa jurisprudence abondante permettant de tirer une certaine pratique, s'impose comme une juridiction objet d'étude⁴³. En effet, sa production jurisprudentielle est plus abondante en comparaison notamment avec celle de la très récente Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ou encore avec celle la Cour interaméricaine des droits de l'homme⁴⁴. De plus, même dans le cadre européen, son caractère purement juridictionnel - s'opposant par exemple à celui politique du Comité des Ministres et précédemment de la Commission européenne des droits de l'homme - est mieux attaché à l'expression du déni de justice. Véritablement, sans occulter le rôle des organes précités, la Cour est l'organe principal de protection de la Convention dans son application et interprétation après les juges des Etats membres du Conseil de l'Europe sur la base du principe de subsidiarité⁴⁵. Requête par des individus ou

⁴³ Instituée en 1959 avec son siège à Strasbourg en France, qualifiée de « conscience de l'Europe », la Cour enregistre de multiples arrêts depuis sa création en connaissant une saisine fulgurante entre 1998 et 2010 en rendant presque trois quart de ses arrêts avant une chute de sa saisine ces dernières années. Ibid., p.231 et X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, LGDJ, Collection Cours, 2024, p.331.

⁴⁴ Sur le rôle jurisprudentiel plus visible, on peut citer également la Cour Interaméricaine des droits de l'homme. Lire X. BIOY, *op.cit.*, p.331 ; F.SUDRE (dir.), J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, G. GONZALEZ, L. MILANO, H. SURREL, *Les grands arrêts de la cour européenne des droits de l'homme*, 7^{ème} éd., PUF, Paris, 2015 ; V. BERGER, *Jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme*, 13^{éd.}, Sirey, Paris, 2014 ; L. BURGOGUE-LARSEN, A. UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008 ; H. TIGROUDJA et I. PANOUSSIS, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme : analyse de la jurisprudence consultative et contentieuses*, Bruylant, Bruxelles, 2003 ; K. MBAYE et M. KAMTO, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme : commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2011 ; M. MUBIALA, *Le système régional africain de protection des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005 ; A.D. OLINGA, (dir.), *La protection internationale des droits de l'homme en Afrique. Dynamique, Enjeux et Perspectives trente ans après l'adoption de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Clé, Yaoundé, 2012 ; F. OUGERGOUZ, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, PUF, Paris, 1993 ; J. MATRINGE, *Tradition et modernité dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Etude du contenu normatif de la Charte et de son apport à la théorie du droit international des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996.

⁴⁵ Pour des détails en effet avant 1998, la Commission a joué un rôle important dans l'application de la Convention mais elle a été supprimée ou du moins absorbée par la Cour sur le fondement du Protocole n°11 signé le 11 mai 1994. Dans l'étude des requêtes recevables ou non devant la Cour, cet organe a joué un rôle non négligeable dans la précision du contenu et de la portée des droits garantis par la Convention et ses textes additionnels. Voir M. MELCHIOR, « La procédure devant la Commission européenne des droits de l'homme ». In M.-A. EISSEN et MELCHIOR M., *Introduire un recours à Strasbourg ? Némésis*, Bruxelles, 1986, p.11 et s, spéc. p.32 et J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français Conseil constitutionnel, Cour de justice des Communautés européennes et Cour*

par des Etats, la Cour juge en formation soit de juge unique, soit en comité de 3 juges, soit en chambres de 7 juges ou enfin en grande chambre de 17 juges⁴⁶.

13. Si le juge unique se prononce sur l'irrecevabilité, la radiation du rôle et la transmission d'une requête au comité de 3 juges, ce dernier fait de même mais par un jugement sur le fond⁴⁷. Le défaut de décision par le juge unique ou en comité habilite la chambre à recevoir et juger le fond des requêtes, sauf dessaisissement au profit de la grande chambre lorsqu'il s'agit de questions graves d'interprétation ou d'application conventionnelle et de risque de jurisprudence contradictoire⁴⁸. Enfin, sur saisine du Comité des Ministres, la grande chambre peut se prononcer sur le refus d'exécution d'un arrêt définitif par un Etat après sa mise en demeure⁴⁹.
14. L'intérêt d'étudier le déni de justice en lien avec la Cour part de plusieurs constats. Théoriquement, il part du peu d'analyses approfondies du déni de justice en droit international des droits de l'homme, les quelques études en la matière l'étant plus en droit international général et en droit interne⁵⁰. Sur le plan pratique, il part des attermoissements de la justice dans les États membres et de la timidité de la Cour à travers de nombreux rejets de requêtes non toujours justifiés⁵¹. Pour ce faire, cette étude pourrait permettre de corriger ces manquements des États et cette prudence de la Cour. Par ailleurs, cette étude a d'autres finalités. D'abord, elle a pour ambition d'analyser les cas de traitement de déni de justice par la Cour dont le rôle est de veiller au respect des droits de la Convention⁵². Ensuite, elle pourrait contribuer à améliorer les systèmes judiciaires nationaux en y facilitant l'accès au juge et des meilleurs

européenne des droits de l'homme, LGDJ, Paris, 1998, p.4.

⁴⁶ Voir Articles 33, 34 et 26.1 de la Convention.

⁴⁷ Voir Articles 27 et 28 de la Convention.

⁴⁸ Voir Article 29 et 30 de la Convention.

⁴⁹ Article 31 de la Convention.

⁵⁰ Lire P. SUCHARITKUL, *Le déni de justice en droit international*, thèse, Paris, 1964 ; L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, Paris, 1965 ; L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 2004 ; J. PAULSSON, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005 et L.-M. HONG-ROCCA, *Le déni de justice en droit international public*, Université Panthéon-Assas, Paris, 2012.

⁵¹ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, L. BURGOGUE-LARSEN et S. TOUZE, op.cit., A. Pédone, Paris, p.195. En effet, selon les statistiques incluant donc les affaires traitées par la Commission européenne des droits de l'homme avant 1959, de 1959 jusqu'en 2017, 752 415 requêtes ont été déclarées irrecevables ou rayées du rôle sur un total de 845 976 requêtes attribuées à une formation judiciaire. C'est ici près de 89% de requêtes déclarées non recevables. Voir. Cour européenne des droits de l'homme, *Aperçu 1959 – 2017 CEDH*, Strasbourg, mars 2018, p.5.

⁵² « Afin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses Protocoles, il est institué une Cour européenne des droits de l'homme, (...) ». Article 19 de la Convention.

jugements après l'identification de leurs faiblesses à travers la critique des arrêts et décisions de la Cour⁵³. En effet, « *la question du déni de justice (...)* » étant « (...) *aussi une question de procédure* », cette recherche vise promouvoir l'accès à la justice et garantir que les individus y aient un accès effectif, sans délais abusifs ou entraves procédurales⁵⁴. En outre, cette analyse pourrait faire évoluer les pratiques judiciaires nationales influencées par la jurisprudence de la Cour en donnant la possibilité aux avocats et juges de s'y fonder pour argumenter ou rendre justice conformément aux standards conventionnels⁵⁵. Aussi, une autre finalité est de sensibiliser le public et les professionnels du droit à connaître les voies de recours possibles en matière des droits de l'homme en cas de déni de justice⁵⁶. Enfin, simplement, cette recherche pourrait conforter la légitimité des juridictions étatiques et de la Cour auprès des justiciables⁵⁷.

15. L'intérêt précisé, la question essentielle implique de caractériser les interactions possibles entre la notion de déni de justice et la Cour. Précisément, il faut s'interroger sur l'existence du déni de justice dans sa dimension externe ou interne comme défini, et ce, après épuisement des voies de recours internes⁵⁸. Autrement dit, il faut chercher à savoir si la Cour peut être responsable du déni de justice dans cette double dimension dans des cas bien précis. Cette interrogation est importante, non seulement parce que

⁵³ En effet, évoquant une affirmation prétorienne de la Cour, pour M. Mord : « La Cour a (...) forgé les outils jurisprudentiels pour réguler un système qui fixe le standard européen minimum pour la protection des droits fondamentaux. Elle a affirmé la nécessité d'actualiser les droits consacrés, « à la lumière des conditions d'aujourd'hui » : elle s'assure ainsi, à l'égard des juridictions internes, le monopole de l'interprétation authentique. La Cour a aussi défini les modalités du suivi de l'application de ses propres décisions. Un État n'est pas à l'abri d'un second constat de violation, si ses organes n'ont pas tenu compte de la sanction prononcée à son endroit dans une précédente affaire. La Cour peut même condamner un État pour n'avoir pas tiré les conséquences de l'arrêt rendu à l'encontre d'un tiers ». O. DORD, « Systèmes juridiques nationaux et cours européennes : de l'affrontement à la complémentarité ? », Pouvoirs, 2001/1, N° 96, p.8.

⁵⁴ Voir F. MONNIER, « Le déni de justice », Revue Droits, N°34, 2001/2, p.93.

⁵⁵ Lire L'intervention en date du 24 octobre 2014 à la Cour suprême d'Azerbaïdjan du Président de section au Conseil d'État, Y. ROBINEAU, « L'application par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ». Consultable en ligne. Consulté le 30 août 2024. Voir aussi l'article consultable en ligne : « Quel rôle pour l'avocat une fois l'arrêt de la CEDH rendu ? ». Consulté le 30 août 2024.

⁵⁶ Voir Cour EDH, Cañete de Goñi c. Espagne, arrêt [Sect.4] du 15 octobre 2002, N° 55782/00, §36 et Zvolský et Zvolská c. République Tchèque, arrêt [Sect.2] du 12 novembre 2002, §51.

⁵⁷ M.-A. BEERNAERT et G. de LEVAL, C. De VALKENEER, Les droits de l'homme et l'efficacité de la justice, Larcier, Bruxelles, 2010, pp. 77 - 78.

⁵⁸ Dans le Conseil, selon la jurisprudence, c'est l'article 6§1 de la CEDH qui est le fondement de la consécration du droit au juge ou de l'accès au juge. En effet, lorsqu'il prévoit que chacun ait la possibilité de voir sa cause entendue devant un tribunal, cela suppose que le requérant doit disposer d'un recours approprié pour qu'un juge l'entende. Le droit au juge implique toutes les garanties d'effectivité allant jusqu'à l'exécution de la décision et ne doit pas seulement être affirmé de manière abstraite par un droit au tribunal mais être aussi effectif réellement dans son exercice par les justiciables, notant que la convention vise la protection des droits concrets et effectifs. Voir Cour EDH, Golder c. Royaume-Uni, arrêt [plén.] du 21 février 1975, N°4451/70 ; Hornsby c. Grèce, arrêt [Ch.] du 19 mars 1997, N°18357/91 et Airey c. Irlande, arrêt [Ch.] du 9 octobre 1979, N°6289/73.

la Cour, en tant que « *gardienne de la Convention* », est juge ultime en cas de déni de justice au niveau interne, mais aussi parce que l'exemplarité et les apparences de justice nécessitent de contrôler son œuvre bien qu'elle soit juridictionnellement subsidiaire en se fondant sur le sempiternel aphorisme latin « *Sed quis custodiet ipsos custodes ?* » qui s'enquiert sur le contrôle des contrôleurs⁵⁹. Sans doute, dans sa fonction d'interprétation et d'application de la Convention, la Cour dispose d'une certaine latitude pour limiter les cas de déni de justice⁶⁰. Dans cette optique, l'observation de son œuvre prétorienne montre, dans des situations exceptionnelles, qu'elle est auteure de déni de justice structurel (**Première partie**) et juridictionnel (**Deuxième partie**).

⁵⁹ Voir L. CORBION, Le déni de justice en droit international privé, op.cit., p.190.

⁶⁰ Voir J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Le Droit au juge, accès à la justice européenne, Le Seuil/Pouvoirs, 2001, Vol.1, N° 96, p.124. Par ailleurs, comme le souligne LOCHAK : « Certes, si l'influence de cette théorie de la justice-fonction liée a laissé des traces dans les esprits, aucun juriste ne prétend plus aujourd'hui que la tâche du juge se limite à exécuter purement et simplement les dispositions législatives. On admet qu'il dispose nécessairement d'une certaine part de liberté, tant sur le plan de la constatation des faits que sur le plan de l'application de la règle de droit. (...) Le juge peut donc être amené soit à combler les lacunes de la loi, soit à interpréter la loi. Par définition, il n'est plus lié absolument par elle. On admet qu'il puisse créer des règles jurisprudentielles, ou préciser des règles législatives ». D. LOCHAK, Le rôle politique du juge administratif français, LGDJ, Collection Anthologie du droit, Paris, 2015, p.10.

PREMIÈRE PARTIE : LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME AUTEUR DE DÉNI DE JUSTICE STRUCTUREL

16. Si le terme « structurel » fait référence à ce qui est relatif à la « structure » entendue comme la manière d'interagir entre différents éléments constitutifs d'un système, le déni de justice structurel » par la Cour va s'entendre comme l'absence de protection du justiciable contre l'injustice dans ou en dehors de la juridiction de la Convention et résultant d'une interaction complexe entre les différentes règles de divers ordres juridiques en droit international. Le droit international est un vaste système constitué par des ordres étatiques produisant leurs propres droits nationaux ainsi que des ordres dérivés créés par les Etats et qui créent également leurs droits spécifiques en fonction de leur finalité. En tant que gardienne du droit conventionnel européen des droits de l'homme, il est clair que la Cour ne peut ignorer ce système.
17. Outre l'interaction entre les différents ordres, lorsque l'on compare le droit international aux droits étatiques, on remarquera qu'il n'est pas pourvu d'un moyen institutionnel assurant de manière adéquate l'efficacité générale du système. Si les ordres juridiques étatiques disposent des pouvoirs hétéronomes - de nature normative, juridictionnelle et exécutive - enjoignant d'autorité des exigences juridiques aux autres membres de la communauté tout en assurant une interprétation exacte et objective, voire par l'exécution forcée, ce n'est pas le cas dans l'ordre international où manque un tel pouvoir institutionnel soumettant la communauté des Etats⁶¹.
18. Prise dans cette interaction des ordres juridiques et devant cette absence d'un pouvoir hétéronome pour rendre cohérent et efficace le droit international, la Cour en arrive, dans certains cas exceptionnels, à manquer de protéger les requérants afin de ne pas perturber ses rapports structurels avec l'ordre international et les ordres nationaux des Etats membres du Conseil de l'Europe. Ce manquement à protéger le justiciable est

⁶¹ G. BARILE, La structure de l'ordre juridique international : règles générales et règles conventionnelles, Vol. 161, Koninklijke Brill NV, Leiden, 1978, p.23.

justifiée par l'idée de préserver soit l'ordre juridique international (**Titre I**), soit les structures juridiques nationales (**Titre II**)

TITRE I : UN DÉNI DE JUSTICE « AU NOM DE LA PRÉSERVATION DE L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL »

19. L'ordre international, notamment en matière de droits de l'homme, repose sur de nombreux blocs de protection constitués de normes, de mécanismes divers et d'organes le protégeant et le promouvant. Ces blocs, résultat des éternelles tractations diplomatiques et juridiques entreprises au sortir de la Seconde guerre mondiale, n'ont pas émergé séparément, mais plus largement d'organisations ou d'associations internationales recherchant le développement de la coopération interétatique et surtout le maintien de la paix et la sécurité internationales⁶². En outre, des blocs d'intégration ou unions économiques, s'activant beaucoup à étoffer leurs propres systèmes de protection et de promotion des droits de l'homme, améliorent et consolident les systèmes régionaux en palliant leurs carences ou défaillances⁶³. Nettement, la structure juridique internationale en matière des droits de l'homme est, par conséquent, un bloc institutionnel de mécanismes ayant leur origine soit dans les traités internationaux, soit dans les résolutions ou décisions politiques à incidence générale ou poursuivant la sauvegarde et la garantie des droits de l'homme. Par conséquent, le droit international des droits de l'homme est institutionnellement marqué par une diversité proluxe avec une structure reconnaissable, mais bien anarchique, aux accès complexes et aux organes différents, aux limites brouillées et mal déterminées, en continuelle évolution.
20. Cet échafaudage institutionnel s'est façonné à travers des circonstances historiques empruntant nécessairement un chemin irrégulier, notamment en 1945 par la création de l'Organisation des nations unies au niveau universel et ensuite au niveau régional d'autres organisations par les Etats comme le Conseil de l'Europe ayant créé la Cour ou l'Union européenne, etc. Ce sont les mécanismes de ces structures qui promeuvent et protègent les droits de l'homme en créant isolément des systèmes de protection et

⁶² L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA, Traité de droit international des droits de l'homme, A. Pédone, Paris, 2018, p. 247.

⁶³ Idem.

en brodant un bloc normatif guidés par l'entente qui se développe entre les Etats contractants. Face à cette toile institutionnelle et normative dans l'application et l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour manque parfois de protéger le requérant en refusant de contrôler le respect de la Convention afin de préserver l'ordre universel (**Chapitre I**) mais aussi en diluant son contrôle dès lors qu'il s'agit de l'ordre régional de l'Union européenne (**Chapitre II**).

CHAPITRE I : LE REFUS DE CONTRÔLE DU RESPECT DES DROITS CONVENTIONNELS POUR LA SAUVEGARDE DE L'ORDRE UNIVERSEL

21. La bonne analyse du déni de justice implique d'adopter une méthode pluraliste et ostensible pour capter l'enchevêtrement institutionnel et normatif tout en se libérant un peu du modèle régional de référence qu'est le Conseil de l'Europe. L'ordre universel se fonde essentiellement sur des actions découlant d'organisations internationales, les Nations Unies et d'autres organisations régionales, ainsi que d'autres actions interétatiques en marge. Ces organisations internationales ou ces initiatives interétatiques, relativement aux droits de l'homme, se révèlent des cadres de débat où se négocient les engagements et autres textes normatifs et où s'aménagent la surveillance et le contrôle de ces droits. En effet, Les Etats y déterminent les règles qui gouvernent le débat sur les droits de l'homme et l'accès à la justice. L'analyse du contexte institutionnel pluraliste en rapport avec le déni de justice structurel vise à mieux cerner cet ordre international complexe et à expliquer comment sa complexité influence le contrôle de la Cour des requêtes qui lui sont soumises par le requérant.
22. Dès leur création, les Nations unies ont principalement contribué à former, promouvoir et sauvegarder le droit international des droits de l'homme⁶⁴. Par la portée géographique des Etats membres qui la composent, l'ONU a incontestablement une nature mondiale ou universelle et dispose d'une légitimité certaine qui ne peuvent être omise d'une étude structurelle du droit international des droits de l'homme dans son interaction avec la Cour relativement au déni de justice. Malgré le mandat de cette organisation touchant presque toutes les questions mondiales avec l'évolution, le constat est que les conséquences de sa mission spécifique de maintien de la paix et de la sécurité, à travers les actes qu'elle prend, affectent remarquablement le requérant à la Cour qui peine à voir ses droits conventionnels être réellement contrôlés (**Section I**). Certes, n'étant pas systématique, cette absence de contrôle juridictionnel est aussi

⁶⁴ Lire P. ALSTON et R. GOODMAN, *International Human Rights*, OUP, Oxford, 2013, pp.685 et s. et J. MERTUS, *The United Nations and Human Rights: A Guide for a New Era*, Routledge, London, 2009, 224p.

sensible quant à certains actes atteignant les droits conventionnels en dehors du cadre onusien (**Section II**).

Section 1. Le refus de contrôle des actes onusiens en matière de maintien de la paix

23. La pensée d'une sécurité collective était l'une des préoccupations de la Charte de l'ONU qui prévoit dans son article 43 que les pays membres contribuent à la fourniture des forces armées pour mener des actions de sécurité collective⁶⁵. Cependant, faute d'accord sur la mise en œuvre de cette disposition, l'organisation allait doucement délaisser cette méthode de sécurité collective pour tendre vers celle d'opérations de maintien de la paix qui n'indexe aucun État comme agresseur mais exige le consentement de l'État hôte pour tout déploiement des forces de maintien de la paix⁶⁶. Non expressément utilisé par ladite Charte, l'« opération de maintien de la paix » est un outil pour prévenir, endiguer, décroître et faire cesser les conflits entre ou au sein des États par l'intervention d'une tierce partie pacifique qui, sous l'égide onusienne, recourt aux forces multinationales de soldats, de policiers et de civils pour rétablir et maintenir la paix⁶⁷. Si ces opérations pouvaient au départ exiger de : déployer préventivement des forces, maintenir la paix ordinaire, assister une transition politique ou les administrations territoriales temporaires et soutenir la paix ; de nos jours, elles ont évolué vers des missions dépassant la prévention des hostilités comme – superviser les élections, démocratiser, assister humanitairement, désarmer, démobiliser, réintégrer et protéger les droits de l'homme⁶⁸. Dans leur mise en œuvre, ces opérations peuvent se décliner en opérations soit dirigées directement par l'ONU,

⁶⁵ « Tous les Membres des Nations Unies, afin de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales, s'engagent à mettre à la disposition du Conseil de sécurité, sur son invitation et conformément à un accord spécial ou à des accords spéciaux, les forces armées, l'assistance et les facilités, y compris le droit de passage, nécessaires au maintien de la paix et de la sécurité internationales (...) ». Article 43 de la Charte des Nations Unies

⁶⁶ « Les accords nécessaires à la mise en œuvre des dispositions de l'article 43 n'ont toutefois jamais été négociés avec succès. Ainsi, l'absence de forces militaires disponibles rend les menaces d'agression de l'ONU quelque peu creuses. En outre, l'absence de consensus entre les membres permanents du Conseil de sécurité exclut pratiquement toute forme d'action coercitive militaire » (traduction de : « The agreements necessary to implement the provisions of article 43, however, were never successfully negotiated. Thus, the lack of available military forces makes UN threats against aggression appear somewhat hollow. Furthermore, the absence of consensus among the permanent members of the Security Council virtually precludes any form of military enforcement action »). P. F. DIEHL, « Peacekeeping operations and the quest for peace », *Political science quarterly*, 1988-10, Vol.103, N°3, p. 486. Voir aussi A-L. SANGUIN, « Les opérations de maintien de la paix des Nations unies, une géographie politique appliquée », *L'Espace Politique*, 23 | 2014-2, [mis en ligne](#) le 04 juillet 2014. Consulté le 09 septembre 2024.

⁶⁷ C'est ce qui se traduit de la définition de l'Académie internationale pour la paix: « The International Peace Academy defines peacekeeping as: the prevention, containment, moderation, and termination of hostilities between or within states, through the medium of peaceful third-party intervention, organized and directed internationally, using multinational forces of soldiers, police, and civilians to restore and maintain peace. » P. F. DIEHL, « Peacekeeping operations and the quest for peace », article précité, p. 487.

⁶⁸ A-L. SANGUIN, « Les opérations de maintien de la paix des Nations unies, une géographie politique appliquée », article précité.

soit validées par cette dernière et déléguées à une autre organisation internationale militaire ou civile comme l'OTAN ou l'UA, soit menées hors du cadre onusien⁶⁹. En effet, dans le cadre onusien, les actes qui s'y rapportent sont souvent l'œuvre du Conseil de Sécurité en vertu du *chapitre VII de la Charte* et se fondent sur la doctrine de la « *Sainte Trinité* » -exigeant l'accord des parties en conflit, l'impartialité des forces de maintien de la paix devant rester neutres face à ces parties et le non-recours à la force, sauf pour se défendre ou protéger la mission⁷⁰. Concernant les conséquences pour les justiciables liées à l'application des actes onusiens dans le maintien de la paix, la Cour refuse presque systématiquement de contrôler leur respect de la Convention⁷¹. Ce refus se fonde sur la volonté de la Cour d'éviter une hiérarchisation entre la Convention et la Charte onusienne en immunisant l'organisation des Nations Unies (§1) et rend, dans ce contexte, réellement impossible, l'accès à la Cour pour le requérant (§2).

§1. L'évitement d'une hiérarchisation entre la Convention et la Charte onusienne

24. Dans certains contentieux liés aux opérations de maintien de la paix, confrontée à la thèse de la primauté de la Charte des Nations unies (A) bien consolidée par la jurisprudence de la CIJ (B), la Cour s'abstient d'entrer directement en conflit avec cette primauté en essayant de l'harmoniser avec la Convention, ce, malgré l'incompatibilité (C).

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Voir R. HATTO, « Le Conseil de sécurité et les opérations de maintien de la paix », RQDI, Hors-série, décembre 2021, p.60.

⁷¹ Comme conséquences, il faut souligner que ces opérations sont souvent « complexes » et « le théâtre d'activités criminelles et de mauvaises conduites (...) Les fonctionnaires de l'ONU de rang supérieur et les casques bleus déployés au sein d'un contingent (la plupart du temps un bataillon) national sont protégés par une immunité absolue à l'égard de la juridiction de l'État hôte. La plupart des autres personnels comme les observateurs militaires (hors contingent national) ou les membres de la police civile se voient accorder une immunité fonctionnelle ou provisoire (...) Enfin, dans certaines grandes opérations multifonctionnelles, les autorités nationales de l'État hôte sont quasi inexistantes ou le système juridique n'est pas en état de fonctionner. C'est pourquoi l'impunité sur le terrain n'est pas seulement imputable à l'exercice de l'immunité, mais aussi à l'absence de système juridique local ». Ibid., p.63.

A. La thèse de la primauté par la Charte onusienne

25. L'article 103 de la Charte onusienne fait prévaloir ses propres obligations aux Etats membres de l'ONU en cas de conflit avec d'autres obligations de ces derniers en vertu d'autres accords internationaux. Ces dites obligations découlent de la Charte elle-même et du « droit dérivé » produit par différents organes onusiens dans la sphère de leurs compétences et visant l'organisation interne ou des comportements et obligations des Membres dans leurs relations bilatérales hors de l'organisation ou des accords de siège conclus par cette dernière. Par ailleurs, cette disposition, se rapportant à l'éventualité d'un antagonisme entre les obligations de la Charte et celles d'autres textes internationaux contraignants pour un Etat membre, établit le principe de primauté du droit onusien sur tout autre accord en cas d'incompatibilité. Cette primauté n'exige pas la nullité des engagements contradictoires, même si dans la pratique celle-ci est concevable si les Etats abrogent ou modifient l'engagement contraire, toutefois, l'accord incompatible peut retrouver effet lorsqu'un droit dérivé de la Charte auquel il s'oppose est modifié ou abrogé⁷². Si selon cette disposition le droit onusien prime sur toute autre obligation conventionnelle, cela n'inclut pas le droit international général, puisque les auteurs de la Charte ont abdiqué face à cette question car très complexe et que, de plus, cette hypothèse est apparue plus tard avec la notion du *jus cogens* non reconnue à l'époque et non élaborée comme elle l'est actuellement⁷³. Les Nations Unies, ses organes, ses Etats membres comme dans n'importe quelle organisation internationale sont liés par les règles de *jus cogens* que l'on peut incontestablement considérer comme une limite à leurs actions. La primauté de la Charte n'autorise pas les Nations Unies à obliger les Etats de contrevenir à une obligation liée au *jus cogens*.
26. La primauté de la Charte entraîne l'exclusivité de la compétence des organes onusiens, en cas d'incompatibilité de la Charte avec tout autre accord international en matière de maintien de la paix et de la sécurité. En cette matière, les compétences

⁷² Voir B. SIMMA et al., *The Charter of the United Nations*, OUP, New York, Oxford, 1994, p. 1117.

⁷³ Voir L. KOPELMANAS, *L'Organisation des Nations Unies*, Sirey, Paris, 1947, p. 191. Sans aucun doute, l'objet essentiel du droit international général est constitué en termes quantitatifs de normes coutumières valables entre les Etats en l'absence d'accord. Par conséquent, le droit conventionnel, mais aussi le droit secondaire découlant d'une compétence d'attribution à l'instar du droit onusien, prime, pour les Etats membres onusiens, sur leurs engagements coutumiers sur le fondement de la *lex specialis* sous-réserve d'une règle de *jus cogens* le rendant nul en vertu des articles 53 et 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

de ces organes sont tellement liées qu'il est difficile de les distinguer, surtout que le Conseil de sécurité ne distingue pas ses pouvoirs en la matière en évitant de se référer aux chapitres VI et VIII y afférents dans ses résolutions⁷⁴. Si les autres organes ont un pouvoir d'alerte dans ce domaine, celui de décision revient principalement au Conseil de sécurité et à l'Assemblée générale onusienne dont le rôle s'est confirmé pragmatiquement⁷⁵. En effet, si la Charte reconnaît à l'Assemblée générale un pouvoir de débat et de recommandation au Conseil dans ce cadre, elle a néanmoins restreint son intervention en consacrant une prééminence procédurale du Conseil de sécurité qui apparaît comme une restriction temporelle⁷⁶. Aussi, à toute occasion exigeant le déclenchement d'une action coercitive fondée sur le chapitre VII de la Charte, l'Assemblée a l'obligation de renvoi au Conseil avant ou après le débat, et ce nonobstant le fait qu'elle tente ponctuellement de déroger à cette interprétation restrictive en révisant sa compétence pour transcender l'esprit et la lettre de la Charte en cas de blocage du Conseil de sécurité par veto ou pour publier des mesures collectives liées à la rupture de la paix, un acte d'agression ou d'usage de la force et une session extraordinaire d'urgence sur demande du Conseil⁷⁷. Si cette redéfinition est manifestement incompatible avec la Charte, surtout en l'absence de saisine du Conseil, elle demeure toutefois bien ancrée en pratique, au point d'apparaître comme une coutume modificatrice, provoquant une constante opposition de la France⁷⁸.

27. La compétence principale du Conseil de sécurité pour décider sur le maintien de la paix se fonde sans ambages sur l'article 24§1 de la Charte. Elle implique un pouvoir délégué des Etats membres dans une visée d'efficacité qui n'est réalisable que par un organe resserré, un vœu déjà apparent dans le Pacte de la Société des Nations qui reconnaissait l'importance d'ériger un comité de gouvernance mondiale⁷⁹. Ce pouvoir

⁷⁴ NGUYEN QUOC DINH, P. DAILLER, A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 1992, p.782.

⁷⁵ Voir Articles 99, 35§§1 et 2 de la Charte de l'ONU et M. FLORY, « L'Organisation des Nations Unies et les opérations de maintien de la paix », *AFDI*, 1965, p.450.

⁷⁶ Voir J. COMBACAU, *Le pouvoir de sanction de l'ONU*, Etude théorique de la coercition non militaire, Pédone, Paris, 1974, p.113.

⁷⁷ C'est dans le contexte de la guerre de Corée et la crise de Suez. Résolution 377 (V) de l'AGNU, « Union pour le maintien de la paix », 3 Novembre 1950, AR/RES/377(V) et Résolution 997(ES-I) de l'AGNU, 2 Novembre 1956, AR/RES/997(ES-I).

⁷⁸ Voir Articles 11§2 et 12 de la Charte de l'ONU et NGUYEN QUOC DINH, P. DAILLER, A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 1992, p. 911.

⁷⁹ Voir J-P. COT et A. PELLET (dir.), *La Charte des Nations Unies - commentaire article par article*, Economica/Bruylant, Paris/Bruxelles, 1985, p.452 et M. KAMTO, « Le cadre juridique des opérations de maintien de la paix des Nations Unies », *International Law Forum du droit international*, Vol. 3 (2) : 95, 1 janvier 2001, p.97.

de décision est en revanche limité intrinsèquement par les prescriptions de la Charte et extrinsèquement par les obligations intransgressibles du droit international.

28. Les limites intrinsèques, supposant la conformité des décisions du Conseil à la Charte et considérées ici exclusivement dans la perspective des obligations des Etats membres, concernent le pouvoir de qualification d'un conflit ou d'une situation, le pouvoir d'injonction et celui de sanction⁸⁰. Ces dernières limites sont réelles à condition qu'elles se conforment également aux limites externes à l'action des Nations Unies comprenant le Conseil de sécurité. L'action du Conseil peut être restreinte par le droit international humanitaire eu égard à son rôle direct, par les opérations militaires, et, indirect, par son action normative de qualification et d'injonction.
29. Inévitablement, les règles du droit international humanitaire limitent l'action onusienne et particulièrement celle du Conseil de sécurité, puisqu'elles garantissent les droits de la personne humaine dont certains font partie du *jus cogens* et que les troupes onusiennes sont rattachées aux Etats eux-mêmes liés par les Conventions de Genève⁸¹. Cette limitation directe du Conseil est accidentelle et ne le vise pas particulièrement, car le droit international humanitaire s'applique dès lors qu'il existe un rapport horizontal entre toutes les parties prenantes au conflit ; or le Conseil

⁸⁰ Voir C. DOMINICE, L'ordre juridique international entre tradition et innovation-recueil d'études, Graduate Institute Publication, Genève, 1997, pp.220 -222. Pour plus de précision, tout d'abord, le pouvoir de qualification se fonde sur l'article 39 de la Charte et permet au CSNU de définir une situation de menace potentielle à la paix, ce parfois contrairement à la réalité de ces circonstances, car interprétant très souvent la Charte comme un texte réglementant essentiellement les rapports interétatiques et oubliant qu'elle contient aussi des règles de protection des droits de l'homme, le Conseil crée souvent un décalage entre la qualification d'un conflit ou d'une situation et la réalité. Voir I. COUZIGOU, « Le Conseil de sécurité doit-il respecter les droits de l'homme dans son action coercitive de maintien de la paix ? », RQDI, Vol.20, N°1, 2007, pp. 107-135. Ensuite, le pouvoir d'injonction ressort des résolutions du Conseil de sécurité par lesquelles il ordonne à un ou nombreux Etat(s) d'adopter un comportement précis soit en prenant des mesures non militaires à l'encontre d'un Etat membre, soit en obligeant la prise de mesures conservatoires ou en enjoignant de se plier aux obligations internationales tirées de la Charte ou d'autres textes. Voir Articles 40 et 41 de la Charte de l'ONU. Enfin, le pouvoir de sanction est contraignant car il impose aux Etats des mesures obligatoires visant à faire pression pour mettre fin à certains comportements intolérables d'un Etat, il peut signifier une sanction non militaire sur le fondement de l'article 41 de la Charte, consister en des opérations militaires sur le fondement de l'article 42 lorsque les conditions sont remplies et que les moyens existent en vertu de l'article 43. La condition de l'article 43 étant difficilement matérialisable, cela a poussé le Conseil à autoriser certains Etats d'user des moyens utiles comme l'emploi de la force militaire par pragmatisme. C. DOMINICE, L'ordre juridique international, op.cit., pp.169 et 182.

⁸¹ Institut de Droit International, Résolution de Zagreb dénommée « Les conditions d'application des règles humanitaires relatives aux conflits armés, aux hostilités dans lesquelles les Forces des Nations Unies peuvent être engagées », 3 septembre 1971, p.2 et D. SHRAGA, « The United Nations as an Actor Bound by International Humanitarian Law ». In L. CONDORELLI, A.-M. LA ROSA, S. SCHERRER, Les Nations Unies et le droit international humanitaire, Actes du colloque international à l'occasion du 50^e anniversaire de l'ONU, A. Pédone, Paris, 1996, pp. 317-338.

pendant les opérations militaires, au travers de ses troupes, se trouve dans une situation comparable à celle des belligérants⁸².

30. Indirectement, l'action normative du Conseil en qualifiant ou en donnant des injonctions aux Etats est également limitée ; bien qu'elle se fonde sur la primauté de la Charte en suspendant toute autre obligation conventionnelle contraire, elle doit cependant considérer l'autorité normative du *jus cogens* en tenant compte des règles fondamentales liées au respect de la vie humaine d'essence impérative en toutes circonstances indépendamment de la nature du conflit ou de la situation justifiant l'injonction. Ces règles qualifiées de « principes d'humanité » consistent à protéger l'existence, l'intégrité physique et morale de l'homme sont reconnues par la jurisprudence internationale partant de l'affaire du *détroit de Corfou* puis de celle sur les *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*⁸³. Ces règles d'humanité imposent au Conseil de sécurité d'exclure des mesures de contrainte économique, à l'instar de l'embargo, les besoins humanitaires en produits médicaux, pharmaceutiques et l'alimentation de base notamment pour les enfants. En outre, si ces règles sont facilement identifiables, leur transgression est difficilement démontrable : en réalité il est complexe de préciser si une résolution est nulle en l'absence de mention de ces règles lorsqu'elle ordonne un embargo puisqu'une résolution peut être régulière en vertu de l'article 41 de la Charte onusienne sans mentionner cette exception humanitaire⁸⁴. S'il est encore difficile de déterminer le moment de transgression de la règle d'humanité dans l'hypothèse de prolongation d'un embargo impactant la population, force est de noter qu'en tout état de cause, l'absence de l'exception humanitaire dans une résolution ne vaut pas son inapplication.
31. La primauté de la Charte onusienne entraîne la primauté organique des Nations unies en toute matière touchant à la paix et à la sécurité internationale. Ceci signifie qu'en

⁸² C. DOMINICE, L'ordre juridique international entre tradition et innovation, op.cit., p.7.

⁸³ Dans ces deux affaires, la CIJ estime que « Ces obligations sont fondées non pas sur la Convention III de la Haye de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre [...] ». CIJ, affaire du *détroit de Corfou*, Royaume-Uni c. Albanie, Rec. 1949, p.22 et affaire relative aux *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique (fond), Rec. 1986, pp. 14, 114.

⁸⁴ C'est l'exemple pendant la crise du Golfe de la Résolution 661 (1990) instaurant un embargo commercial et financier en excluant dans sa mise en œuvre « [...] les fournitures à usage strictement médical et, dans des cas où des considérations humanitaires le justifient, les produits alimentaires [...] » Voir §3et §4.

la matière, la Charte et les organes onusiens prévalent face à toute autre accord international et à toute personne en conflit avec ce texte et ces dits organes. Toute juridiction se retrouvant devant un tel conflit ne peut qu'accorder l'immunité de juridiction aux instances onusiennes en vertu de cette primauté. C'est cela qui explique le fait que la jurisprudence de la CIJ consolide cette prévalence relativement aux opérations de maintien de la paix coordonnées par le Conseil de sécurité.

B. La consolidation de la primauté de la Charte par la jurisprudence de la Cour internationale de justice

32. Si l'établissement du soubassement juridique des opérations de maintien de la paix n'est pas clair, cela ne traduit pas pour autant son inexistence. En effet, la pratique en marge de la Charte développée avec la multiplication de conflits armés non internationaux a favorisé l'évolution des missions de troupes pour maintenir la paix et la réforme de ces opérations en les fondant sur le chapitre VII de la Charte onusienne.
33. Dans la vision classique, ces opérations visent exclusivement à l'interposition des troupes entre les parties belligérantes pour diminuer les tensions et constituent une action non coercitive mais consensuelle en exigeant l'accord des Etats en cause, surtout de celui du lieu de leur déroulement⁸⁵. Si la logique de cette conception traditionnelle tente de fonder ces opérations sur le chapitre VI de la Charte puisqu'il concilie l'aspect militaire et la finalité non coercitive, c'est pragmatiquement par le droit dérivé onusien, à travers les résolutions du Conseil de sécurité essentiellement et accessoirement de l'Assemblée générale que leur encadrement s'est fait⁸⁶.

⁸⁵ E. SUY, « Peace-keeping operations ». In R.-J. DUPUY, Manuel sur les organisations internationales, Académie de droit international de La Haye, Nijhoff, 1988, pp.379-396 et J. W. HALDERMAN, « Legal Basis for United Nations Armed Forces », AJIL, Vol. 56, N°4, Octobre 1962, p.989.

⁸⁶ En réalité, la tentative a pour but d'écarter le chapitre VII comme socle juridique des OMP et comme faiblesse son rattachement à une source exclusive des circonstances très disparate, ce contrairement à l'opinion d'une grande partie de la doctrine de l'époque estimant que le fondement juridique doit s'établir *in concreto* en vertu de chaque résolution, ce qui est plus cohérent car l'on ne peut pas assimiler l'édification d'un Etat de droit, la surveillance des élections, l'instauration d'un gouvernement ou le cessez-le-feu. ASSOCIATION DROIT DES GENS, A la recherche du nouvel ordre mondial, Tome II, Complexes, Bruxelles, 1993, p.34; R. HIGGINS, The Development of international law through the Political Organs of the United Nations, OUP, London, 1963, pp. 235-237 ; Ph. MANIN, L'organisation des Nations Unies et le maintien de la paix – le respect du consentement de l'Etat, LGDJ, Paris, 1971, p.31 et O. CORTEN et P. KLEIN, « Action humanitaire et chapitre vii : la redéfinition du mandat et des moyens des forces des Nations Unies », AFDI, 1993, p.119.

34. Si l'approche classique écarte le chapitre VII comme fondement parce qu'il nécessite des mesures coercitives, celle contemporaine l'adopte incontestablement en ajoutant un mandat humanitaire aux opérations classiques et en tenant compte du développement des missions de maintien sous la montée de conflits armés nationaux et mixtes⁸⁷. Le virage décisif vers la vision actuelle se révèle avec les résolutions 770 et 794 du Conseil de sécurité sur la Bosnie-Herzégovine et la Somalie en permettant l'action onusienne justifiée par le chapitre VII et de nature coercitive par la prévision de l'usage de la force et de tous les moyens utiles par les Etats pour assurer l'aide humanitaire⁸⁸. Cette extension du mandat des forces onusiennes reste néanmoins émaillée de quelques problèmes de financement, de limites du recours au chapitre VII, de légalité et des obligations du pouvoir délégué aux organes régionaux et par la responsabilité liée aux effets des opérations d'une telle délégation⁸⁹.
35. C'est en conséquence des contentieux de ces opérations que la jurisprudence de la CIJ consolide pratiquement la primauté de la Charte en créant l'immunité de juridiction du Conseil de sécurité. En effet, il existe une présomption de validité des décisions du Conseil de sécurité en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationale. Ceci implique qu'il n'est pas certain devant le juge international d'obtenir une décision reconnaissant l'illicéité de la résolution de cet organe. Motivée par la conception que les États en mettant en œuvre une résolution du Conseil conçoivent son adoption comme une circonstance supprimant en principe toute illicéité, la CIJ dispense la résolution du Conseil de sécurité de la preuve de sa validité en estimant qu'elle n'est pas entachée de vice. C'est d'ailleurs tout acte des organes onusiens adopté sans vice et visant l'atteinte des objectifs affirmés de l'organisation qui est présumé valide selon cette juridiction quand elle affirme dans l'affaire sur le *Sud-Ouest africain* que

⁸⁷ Voir Résolution 688 (1991) du CSNU, Condamnation de la répression contre les Kurdes en Iraq, 5 avril 1991 ; O. CORTEN et P. KLEIN, *Droit d'ingérence ou obligation de réaction ?* Bruylant, Bruxelles, 1996, 283p.

⁸⁸ La Force de l'ONU en Somalie (UNISOM II) est la première opération marquante imposant la paix et formulée sans ambages sur le fondement du chapitre VII contrairement à l'idée d'interposition antérieure. Par ailleurs, la Force de Protection des Nations Unies confirmé cette nouvelle vision en suggérant parmi tous les moyens utiles le recours à -la force en riposte aux bombardements de zones de sécurité par les parties belligérantes, des incursions armées.

⁸⁹ Lire D. DORMOY, « Aspects récents de la question du financement des opérations de maintien de la paix de l'organisation des Nations unies », AFDI, 1993, pp. 131-156 et L. BALMOND, *Arrangements régionaux et sécurité collective -ARES*. Colloque de Nice du 11-12 mai organisé par l'Institut de sécurité de l'UEO et de l'OTAN, SDEDSI, Grenoble, vol. XV, N°02, 1996.

« toute résolution émanant d'un organe des Nations Unies régulièrement constitué, prise conformément à son règlement et déclarée adoptée par son président, doit être présumée valable »⁹⁰.

36. Cette affirmation vient après l'objection du gouvernement sud-africain soutenant que la résolution 284 (1970) du Conseil de sécurité à l'origine de cet avis sur la Namibie n'est pas valable et prive ainsi la Cour internationale de justice de sa compétence. La présomption de validité contraint les Etats à appliquer les obligations de la Charte et les décisions du Conseil au mépris de leur position sur leur légalité et de leurs autres engagements internationaux incompatibles. L'Etat mettant en œuvre une résolution de cet organe ne fait qu'assumer sa responsabilité à faire primer l'obligation onusienne sur ses autres engagements internationaux.
37. Présumer la validité n'est pas sans réserve, puisqu'il est possible qu'une résolution soit manifestement illicite et caractérisée par l'excès de pouvoir, même si la Charte ne l'a pas envisagé. En pratique, la présomption de validité a déjà été écartée, parfois, notamment lors d'une saisine de la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie donnant lieu à la reconnaissance de la compétence pour examiner la licéité de l'acte du Conseil de sécurité en relevant que

⁹⁰ CIJ, *Les conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif du 21 juin 1971, Rec. 1971, p. 22, §20.

« De toute évidence, plus le pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité dans le cadre de la Charte des Nations Unies est large et plus le pouvoir du Tribunal international de réexaminer ses actions est étroit, même au plan de la compétence subsidiaire. Cela ne signifie pas, néanmoins, que ce pouvoir disparaît complètement, en particulier dans les affaires où l'on peut observer une contradiction manifeste avec les Principes et les Buts de la Charte »⁹¹.

38. Sur ce fondement, sachant que le règlement juridique de tout différend entre les Etats pour maintenir la paix est une tâche de la Cour internationale de justice, celle-ci n'est pas non plus tenue par la présomption de validité sur cette question répétitive que lui pose le Conseil de sécurité. Elle le souligne dans certaines affaires en ces termes :

« C'est à la Cour, organe judiciaire principal des Nations Unies, qu'il appartient de résoudre toute question juridique pouvant opposer des parties à un différend ; et la résolution de ces questions juridiques peut jouer un rôle important et parfois déterminant dans le règlement pacifique du différend »⁹².

39. L'affermissement de la primauté de la Charte onusienne par la jurisprudence de la CIJ peut justifier le refus de contrôle par la Cour des actes onusiens en rapport avec la Convention. En revanche, si pour se révéler, la primauté implique la confrontation de l'engagement onusien avec un autre engagement, c'est qu'elle doit avoir un ancrage en droit européen des droits de l'homme. C'est dans cette perspective que la Cour, malgré l'incompatibilité du droit onusien dans le contexte de maintien de la paix avec la Convention, essaye d'harmoniser cette dernière avec ce dit droit pour éviter tout conflit ouvert de primauté.

⁹¹ Voir TPIY (Chambre d'appel), L'appel à la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, arrêt du 2 Octobre 1995, Rec. jud. 1994-1995, §§21 - 22 et s et J.-F. MARCHI, « L'affaire Dusko Tadic devant le tribunal : Remarques sur le premier contrôle de la légalité d'une résolution du Conseil de sécurité. L'Observateur des Nations Unies, 1996, pp.75-90. Dans cette affaire dite « Tadic », par le biais de sa résolution 808 du 22 février 1993, le Conseil de sécurité a créé le tribunal international en charge du jugement des individus responsables des atteintes graves au droit international humanitaire en ex-Yougoslavie. Devant ce tribunal, il s'est notamment posé la problématique de la légalité de création de ce tribunal par la résolution et, à propos, la chambre d'appel du TPIY a établi sa compétence qu'elle considère comme « subsidiaire » pour contrôler la légalité en validant le fait que le C.S.N.U a légalement fondé ce tribunal.

⁹² CIJ, affaire du personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, arrêt du 24 Mai 1980, Rec. 1980, p.22, § 40 et 44 et affaire sur les activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, arrêt du 26 novembre 1984 (compétence et admissibilité), Rec. 1984, pp.434-435, §§ 93 et 95.

C. La tentative d'harmonisation de la Convention avec la primauté de la Charte onusienne par la Cour

40. Visant principalement à assurer la paix et la sécurité dans le monde, la Charte onusienne, bien que faisant souvent mention de la nécessité de protéger les droits de l'homme n'en a pas fait une priorité et a reporté l'adoption d'un texte les consacrant⁹³. Ce vœu différé prend forme le 10 décembre 1948 à Paris avec l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme par une résolution non contraignante de l'Assemblée générale onusienne. Cet instrument, énonçant des droits politiques, économiques et sociaux, marque la reconnaissance progressive par les Nations Unies des droits individuels et incarne le résultat d'un grand idéal, et ce, en dépit de sa portée juridique molle, liée à son caractère non dirimant obstruant son invocation devant une juridiction.
41. Cette mollesse n'a pas empêché la Convention européenne de s'en inspirer profondément et de pallier sa défaillance en instaurant un mécanisme juridictionnel régional exclusivement incarné par la Cour depuis l'entrée en vigueur le 11 novembre 1998 du Protocole 11 supprimant la Commission européenne des droits de l'homme. Ce pas est une volonté de compléter le système international de protection des droits de l'homme dont les mécanismes sont inefficaces - en s'attelant à publier les manquements des Etats sans condamnation ni exigence de réparation. Concrètement, dans le cadre onusien, ce système est constitué des organes principaux et de ceux dérivés des traités spéciaux dont l'effectivité est relative en matière de protection.
42. Des organes subsidiaires, l'on peut citer le Conseil des droits de l'homme - ayant remplacé la Commission des droits de l'homme mise en place par le Conseil économique et social (ECOSOC) – et le Haut-Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme (HCDH) – subsidiaire au Secrétariat général. Bien que le Conseil des droits de l'homme soit doté d'un mécanisme prometteur ouvrant un nouveau chapitre de promotion universelle des droits de l'homme, à savoir l'examen périodique universel auquel contribue également le Haut-Commissariat par un rapport traitant les

⁹³ L'article 55 de la Charte notamment dispose que les Nations Unies pouvaient simplifier le respect universel et effectif des droits de l'homme et libertés fondamentales sans discrimination raciale, sexuelle, linguistique ou religieuse.

informations des organisations non gouvernementales, celui-ci est dépendant de la bonne volonté de coopérer entre les Etats qui réduit son efficacité⁹⁴.

43. Des organes dérivés de traités spéciaux pour une protection sectorielle des droits de l'homme, on peut classifier deux types de mécanismes en résultant : le contrôle sur rapport étatique – requérant aux Etats de transmettre des rapports périodiques informant sur le respect de leurs engagements internationaux - et celui sur plainte individuelle - marqué par l'autorisation de certains organes quasi-juridictionnels à être saisis de plaintes individuelles⁹⁵. Cependant, il faut modérer l'efficacité de ces organes à cause de leurs conséquences diplomatiques différées sur les détenteurs du pouvoir politique lorsque les rapports publiés sont pessimistes sur la protection des droits de l'homme⁹⁶.
44. Si reconnaître les droits individuels est un acquis dans le système international, ces mécanismes quasi-juridictionnels aboutissant à publier des rapports inefficaces pour protéger les droits de l'homme nécessitent inévitablement d'être complétés par la prérogative de les faire valoir devant une juridiction. C'est ce complément qu'apporte la Convention en perfectionnant les procédures inachevées au niveau onusien et en manifestant une certaine continuité spirituelle avec la Déclaration universelle des droits de l'homme. La particularité de la Convention n'est pas le rappel des droits inhérents à l'individu mais la conviction que leur reconnaissance sans protection

⁹⁴ Evoquant l'examen périodique universel, l'ancien secrétaire général de l'ONU Ban Ki Moon le qualifiait de mécanisme « plein de promesses en ce qu'il ouvre un nouveau chapitre dans la promotion des droits de l'homme et souligne l'universalité » Communiqué de presse du Secrétaire général des Nations unies, 20 juin 2007, « Ban Ki-Moon salue l'adoption du mécanisme d'examen périodique universel et demande au Conseil des droits de l'homme de continuer à améliorer ses travaux ». Consultable en ligne. Consulté le 11 avril 2022.

⁹⁵ Le mécanisme de contrôle sur rapport est envisagé par sept conventions internationales : La convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et la convention internationale des droits de l'enfant. Le mécanisme de contrôle sur plainte individuelle est l'exemple de deux comités – Comité des droits de l'homme et Comité des droits économiques, sociaux et culturels - investis pour surveiller les deux Pactes de 1966 sur les droits civils et politiques et sur les droits économiques, sociaux et culturels entrés en vigueur notamment les 23 mars et 3 janvier 1976 – et du Comité pour l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales, du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et du Comité contre la torture. Article 14 de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, articles 8 et 9 du Protocole facultatif à la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, article 23 de la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

⁹⁶ M. EUDES, « De la Commission au Conseil des droits de l'homme : vraie réforme ou faux-semblant ? », AFDI, Vol.52, 2006, p.599.

juridictionnelle est aberrante : c'est l'idée qui a poussé ses concepteurs à créer la Cour.

45. Dotée d'un organe juridictionnel de protection, cette convention est aussi attachée à la Charte onusienne. En effet, le chapitre VIII de cette Charte fonde constitutionnellement la participation du Conseil de l'Europe en tant qu'organisation internationale à l'objectif de maintien de – paix et sécurité – dans le monde dévolu principalement au Conseil de sécurité. En vertu de l'article 52 de ladite Charte, la légalité de la convention est acquise du moment que les activités des organes qui la protègent, notamment la Cour, sont conformes aux buts et principes onusiens de règlement pacifique des différends⁹⁷. Le Conseil de l'Europe, ni aucun de ses organes dont la Cour, ne peut entreprendre aucune action coercitive sans l'aval préalable du CSNU, qui contrôle et doit être constamment informé de toutes les activités liées au maintien de la paix et de la sécurité⁹⁸. En revanche, il est possible qu'il se décharge sur le Conseil de l'Europe pour appliquer les mesures qu'il a prises. Dotée d'un organe juridictionnel de protection, la Convention devrait normalement se rattacher à la primauté de la Charte. En pratique, les obligations résultant des traités constitutifs d'organisations internationales ou régionales sont évidemment aussi concernées par l'article 103 de la Charte, en dépit du fait que ces organisations n'y sont pas parties⁹⁹. Selon la Charte, le Chapitre VIII fonde constitutionnellement la participation du Conseil de l'Europe, en tant qu'organisation internationale, à l'objectif de maintien de la paix et de la sécurité mondiale dévolu principalement au Conseil de sécurité. En effet, en vertu de l'article 52 de la Charte, la légalité de la Convention devrait s'acquérir du moment que les activités de ses organes protecteurs dont la Cour, sont conformes aux buts et principes onusiens de règlement pacifique des différends¹⁰⁰. S'il peut arriver que le Conseil de sécurité puisse se décharger sur le Conseil de l'Europe pour appliquer les mesures qu'il prend, celui-ci, ni aucun de ses Etats membres ou organes dont la Cour, ne saurait entreprendre aucune action coercitive sans son aval au préalable car c'est lui qui contrôle et doit être constamment informé

⁹⁷ P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, p.1115.

⁹⁸ Voir respectivement les articles 53§1, 54 et 107 de la Charte de l'ONU.

⁹⁹ Voir Opinion concordante du juge PINTO DE ALBUQUERQUE obtenant ralliement des juges HAJIYEV, PEJCHAL et DEDOV dans l'affaire Cour EDH, *Al-Dulimi c. Suisse*, arrêt [Gr.Ch.] du 21 juin 2016, N° 5809/08, point 3.

¹⁰⁰ P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, p.1115.

de toutes les activités liées au maintien de la paix et de la sécurité¹⁰¹. Si telle est la lecture de la primauté selon la Charte, tel n'est pas le cas sous l'angle de la Convention dont la Cour semble reconnaître la primauté au sein du Conseil de l'Europe sur tout engagement international selon la jurisprudence *Al-Dulimi*¹⁰². Dans cette jurisprudence, confirmant un arrêt rendu par la Chambre, la Cour sanctionne la Suisse pour violation du droit d'accès au tribunal en vertu de l'article 6§1 de la Convention dans sa mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité liées à l'embargo contre l'Irak. En fait, s'appuyant sur la résolution 1483 (2003) du Conseil de sécurité, l'ancien Département fédéral de l'économie, actuellement Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche, avait non seulement ordonné en 2004 le blocage de tous les biens du requérant Khalaf M. Al-Dulimi, ressortissant irakien et de sa société Montana Management, mais aussi prononcé leur saisie pour leur transfert en Irak en 2006. Contestant ces décisions du Département jusqu'en dernière instance devant le Tribunal fédéral, le requérant voit ses recours rejetés au motif que les sanctions prises conformément à la Charte de l'ONU primaient toutes les autres obligations internationales des Etats membres des Nations unies sous réserve du *jus cogens*. Le requérant, avec sa société, porte l'affaire au niveau supranational, arguant la violation de leur droit d'accès au juge pour absence de contrôle de la légalité des sanctions par une juridiction impartiale ; une Chambre de la Cour le 26 novembre 2013 va établir que les requérants disposent du droit de faire contrôler par les juridictions internes les mesures prises sur la base des sanctions onusiennes et reconnaître la violation par la Suisse de leur droit à soumettre leur cause devant un tribunal en matière civile. Non satisfaite de cette décision, la Suisse sollicite un réexamen de l'affaire par la Grande Chambre le 24 février 2014 soutenant qu'un conflit oppose deux obligations internationales, entre d'une part l'obligation des Etats onusiens d'appliquer pleinement les sanctions prises par le Conseil de sécurité et d'autre part celle liée au droit à un procès équitable assurée par la Convention et impliquant de s'enquérir de la compatibilité des sanctions avec la Convention. Répondant minutieusement à la problématique sur le principe, la Grande Chambre affirme l'importance sur le plan de la Convention du droit d'accès à un juge en matière civile soulignant qu'une résolution ne comportant pas explicitement l'exclusion d'un

¹⁰¹ Voir respectivement les articles 53§1, 54 et 107 de la Charte de l'ONU.

¹⁰² Cour EDH, *Al-Dulimi*, arrêt précité.

contrôle juridictionnel des sanctions ordonnées doit être conçue comme permettant le contrôle approprié par les juridictions nationales et restreint à l'arbitraire pour permettre le juste équilibre ou l'harmonie entre le respect des droits de l'homme et les impératifs du maintien de la paix et de la sécurité. Par ailleurs, le requérant ayant disposé de 90 jours pour faire une demande de révision de l'arrêt du Tribunal fédéral, ses biens resteront saisis jusqu'au terme de la procédure de révision. Soutenant en plus qu'il n'y a pas de rapport de causalité entre la violation de l'article 6 de la Convention et la réalité d'un dommage matériel, car purement spéculatif à l'époque, la Cour va refuser unanimement l'indemnisation des requérants. Pour la Cour, selon cette jurisprudence, la Suisse et tous les Etats devront continuer à promouvoir le développement du mécanisme de sanctions onusien et la protection juridique des individus dont les droits sont graduellement consolidés, même si pour l'heure le degré de protection n'équivaut pas à celui de la Convention.

46. Si téléologiquement, la condamnation de la Suisse par la Cour vise à éviter l'éclatement des approches qui seraient liées aux spécificités de diverses méthodes nationales de contestation et de recours contre les décisions de confiscation, on peut dans le contexte d'une lutte antiterroriste regretter la non prise en compte dans cette décision des régimes de dérogation d'autres résolutions ne permettant pas la confiscation des actifs, d'autant plus que la résolution en cause n'en prévoyait pas¹⁰³. La Cour n'a pas véritablement tranché la question essentielle dans cette affaire tenant à un conflit normatif entre les obligations de la Convention et celles des engagements internationaux en vertu de la Charte onusienne en préférant l'éviter par une forme d'harmonisation. En fait, au lieu d'essayer d'harmoniser ces obligations incompatibles, la Cour devait soit reconnaître la primauté de la Charte face aux autres traités de droits de l'homme comme l'a déjà fait le Tribunal de première instance des Communautés européennes dans l'affaire *Kadi I* ou écarter tout affaiblissement de la sauvegarde des droits de l'homme par une soumission aux résolutions du Conseil de sécurité selon la Charte onusienne¹⁰⁴. Cette posture est triplement déplorable : c'est une forme de déloyauté, une consécration implicite de la nature constitutionnelle du droit d'accès au tribunal et une solution *Bosphorus* maquillée¹⁰⁵. Tout d'abord, la

¹⁰³ Opinion concordante du juge PINTO sur Cour EDH, *Al-Dulimi*, arrêt précité, points 13 et 15.

¹⁰⁴ *Ibid.*, points 38, 39, 40.

¹⁰⁵ *Ibid.*, points 45, 46, 48, 49, 50, 55, 56.

déloyauté tient au manquement par la Cour de sa promesse faite au paragraphe 139 de l'arrêt en cause d'interpréter la résolution 1493 en cause ; en effet, il n'y a pas eu d'interprétation du texte mais plutôt sa réinvention, une extension de ses sens et libellé frisant la décontextualisation dans l'absence d'effort d'harmonisation de certaines expressions, voire la superficialité en déconsidérant des régimes de sanctions parallèles, notamment ceux des Comités du Conseil de sécurité liés à d'autres résolutions visant le terrorisme¹⁰⁶. Ensuite, c'est une consécration implicite de l'essence constitutionnelle du droit d'accès au tribunal en ce que, en rappelant que le fait pour un particulier de figurer sur la liste de sanctions peut avoir des effets extrêmement graves ou lourds et que la mise en œuvre d'une telle liste ne saurait se passer d'un droit à un contrôle adéquat, la Cour a visé intentionnellement à orienter le débat au cœur de l'ordre public européen fondé sur le principe de l'Etat de droit et conjurant tout arbitraire¹⁰⁷. Cette orientation du débat partant d'une nature incertaine du constat des faits n'énonçant que des conséquences éventuelles – « pouvant être d'une extrême gravité » ou « peuvent être si lourdes » - est une « faute intellectuelle » par le raisonnement trompeur qui le sous-tend selon le juge PINTO¹⁰⁸. Enfin, c'est une mascarade de la solution *Bosphorus* puisqu'en fait la conclusion de la Cour aboutit à l'application du critère de protection équivalente alors qu'elle voulait l'éviter, surtout lorsqu'elle souligne que même l'amélioration du système de protection de la résolution 1483 en cause ne peut offrir une « protection satisfaisante »¹⁰⁹. La majorité de la Cour dans cette affaire joue sur deux tableaux en reconnaissant dans un sens la nature essentielle du droit au contrôle juridictionnelle sans oublier ses garanties procédurales et substantielles et dans l'autre en succombant à la séduction d'une comparaison globale du système conventionnel avec celui des Nations unies défaillant¹¹⁰.

47. Théoriquement, la thèse de la primauté du droit onusien consacrée par la Charte et consolidée par la jurisprudence de la CIJ ainsi que de la Cour dans sa tentative d'harmonisation, milite en faveur du refus de la Cour de contrôler le respect de la convention face aux actes onusiens en matière de maintien de la paix. De ce constat

¹⁰⁶ Idem, points 45, 46.

¹⁰⁷ Idem, points 48 et 49.

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ Ibid., points 55 et 56.

¹¹⁰ Ibid., point 57.

découle une sorte d'immunité de juridiction des Nations unies et, pour le requérant à la Cour, une sorte d'impossible accès dans un autre sens confirmant le déni de justice, dès lors qu'il y a le contexte de maintien de la paix.

§2. La manifestation d'un impossible accès à la Cour pour le requérant dans certaines situations de maintien de la paix

48. En protégeant la primauté du droit onusien face aux droits conventionnels des requérants, la Cour déresponsabilise l'organisation onusienne et les Etats pour leurs actions dans le cadre du maintien de la paix. Elle apparaît non accessible pour le requérant et, c'est remarquable, tant les arguments d'incompétence qu'elle invoque sont injustifiés, que ce soit sur le plan *ratione loci* comme dans l'affaire *Berhami et Saramati* (A) ou celui *ratione personae* lié aux affaires *Béric* et *Stichting mothers of Srebrenica* (B)¹¹¹. Face à ce refus de contrôle du respect des droits conventionnels au nom de la primauté de la Charte, l'issue serait de mettre en cause de la responsabilité des Etats à défaut d'existence des voies de recours alternatifs dans cette organisation onusienne (C).

A. La contestable incompétence *ratione loci* de la Cour : Cas de l'affaire *Berhami et Saramati*

49. L'affaire *Berhami et Saramati* permet de cerner certaines perspectives relatives au partage de la responsabilité entre les organisations internationales, tout en épinglant les rapports étroits tissés par la Cour avec le domaine institutionnel de la Charte onusienne¹¹². Il s'agit d'une décision concernant deux affaires, par laquelle la Cour a

¹¹¹ Cour EDH, *Berhami et Berhami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, décision [G.Ch.] du 10 mai 2006, Nos 71412/01 et 78166/01 ; *Béric et autres c. Bosnie-Herzégovine*, décision du 16 octobre 2007, N°36357/04 et autres et *Stichting mothers of Srebrenica et autres c. Pays-Bas*, décision [Section 3] du 11 juin 2013, N° 65542/12.

¹¹² L. BOISSON DE CHAZOURNES et V. PERGANTIS, « A propos de l'arrêt *Berhami et Saramati* : un jeu d'ombre et lumière dans les relations entre l'ONU et les organisations régionales (Concerning the *Berhami and Saramati Case* : A game of shade and light in the relations between the UN and regional organisations). In M. KOHEN, R. KOLB, D.L. TEHINDRAZANARIVELO (eds.), *Perspectives of international Law in the 21st Century. Liber Amicorum Professor Christian Dominicé in Honour of His 80th Birthday* (2021), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, p. 193.

nié sa compétence pour examiner la question liée aux interventions de certains Etats défenseurs au Kosovo opérées à l'occasion de la *Mission d'administration intérimaire des Nations unies* et de la *Force armée au Kosovo*, créées par la résolution du Conseil de sécurité¹¹³.

50. La première affaire implique devant la Cour une plainte pour négligence contre l'Etat français du requérant Agim Berhami l'accusant d'avoir omis de désamorcer des bombes larguées par l'Organisation du traité de l'Atlantique nord lors des bombardements du Kosovo en 1999, une omission ayant causé respectivement la mort et la blessure grave de ses deux fils¹¹⁴. En effet, c'est à la suite d'une plainte non considérée devant le Bureau des plaintes du Kosovo et le refus de la France de la transmettre devant le tribunal aux armées de Paris pour jugement que le requérant a saisi la Cour pour atteinte du droit à la vie en vertu de l'article 2 de la convention, et ce puisque son inaction la rendait responsable comme État dirigeant le bataillon multinational de la KFOR dans le Nord-Est du Kosovo¹¹⁵.
51. La seconde affaire, concernant une plainte dirigée contre la France, l'Allemagne et la Norvège, est relative à des faits d'arrestation et de détention pour meurtre et possession illégale d'armes par la police et par la *Force armée au Kosovo*, une structure militaire visant à garantir la sécurité en remplacement des forces militaires de la Yougoslavie dans la province du Kosovo en vertu de la résolution 1244 évoquée prévoyant également de substituer l'administration par la *Mission des Nations unies au Kosovo*¹¹⁶. En réalité, le requérant, inculpé en avril 2001 et libéré trois mois plus tard en juillet, fut détenu pour meurtre en janvier 2002 dans un centre de ladite *Mission* à Pristina jusqu'à la cassation de son jugement par la cour suprême du Kosovo et renvoi au fond¹¹⁷. Non content de cette situation, il va requérir la Cour pour

¹¹³ « Le Conseil de sécurité (...) agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies (...) décide du déploiement au Kosovo, sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies, de présences internationales civile et de sécurité ». Résolution 1244 du CSNU, Situation du Kosovo, 10 juin 1999, S/RES/1244, §5.

¹¹⁴ Voir P. KLEIN, « Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d'opérations de paix et étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme : quelques considérations critiques sur l'arrêt Behrami et Saramati », AFDI, Vol. 53, 2007, p.45.

¹¹⁵ Voir Ibid., pp.45et 46.

¹¹⁶ Résolution 1244 du CSNU précitée, §§ 5, 9, 10 et 11.

¹¹⁷ Voir Cour EDH, Berhami et Saramati, décision [Gr.Ch.] précité, §§8-14.

violation de droits à la liberté et sûreté, au procès équitable et à un recours effectif contrairement aux articles 5, 6 et 13 de la convention¹¹⁸.

52. Jointes en grande chambre, ces deux affaires sont considérées irrecevables pour incompétence, non seulement à cause de leur dimension extraterritoriale rompant l'identité du lieu de production des faits avec le territoire des défendeurs, mais aussi du défaut d'être « parties à la convention » du Kosovo et de la République fédérale yougoslave¹¹⁹. Pour justifier son incompétence, la Cour considère, dans un sens, que les opérations entreprises par les États défendeurs sont fondées sur un mandat du Conseil de sécurité et que la Force militaire dirigée par l'OTAN dépend directement de cet organe qui la contrôle en ultime responsable ; et, d'un autre côté, elle souligne son incompétence pour trancher de la validité des décisions du Conseil afin de ne pas interférer dans la réalisation de la fonction essentielle onusienne, à savoir maintenir la paix et la sécurité¹²⁰.
53. L'intrication structurelle caractérisant cette affaire est limpide dans le dilemme devant lequel elle place la Cour¹²¹. En effet, d'une part, n'ayant pas le pouvoir d'interpréter d'autorité le sens et la portée des dispositions de la Charte onusienne et d'autres textes internationaux, la Cour devait s'assurer que rien ne dégénère en simple déresponsabilisation face au respect de l'obligation de protéger les droits de l'homme à cause du transfert partiel de la souveraineté aux Nations unies par les Etats

¹¹⁸ « En ce qui concerne sa détention, le requérant se fondait sur l'article 5 (« Droit à la liberté et à la sûreté ») de la Convention européenne, seul et combiné avec l'article 13 (« Droit à un recours effectif »), et, en ce qui concerne son manque d'accès à un tribunal, sur l'article 6 (« Droit à un procès équitable »), paragraphe 1 ». Traduction de : "With regard to his detention, the applicant's complaint was based on Article 5 ("Right to Liberty and Security") of the European Convention, alone and in conjunction with Article 13 ("Right to an Effective Remedy"), and with regard to his lack of court access, on Article 6 ("Right to a Fair Trial"), paragraph 1". P. BODEAU-LIVINEC, G.P. BUZZINI and S. VILLALPANDO, «Agim Berhami & Bekir Behrami v. France; Ruzhdi Saramati v. France, Germany & Norway. Joined App. Nos. 71412/01 & 78166/01 », AJIL, Vol.102, N°2, 2008, p.323.

¹¹⁹ Cour EDH, Behrami et Saramati, arrêt précité, §121.

¹²⁰ Ibid., §133.

¹²¹ « Ce faisant, la Cour a gardé à l'esprit qu'il ne lui appartient pas d'interpréter, par voie d'autorité, le sens et la portée des dispositions de la Charte de l'ONU et d'autres instruments internationaux ; elle n'en peut pas moins examiner si ces textes fournissent une base plausible pour les questions soulevées devant elle (Brannigan et McBride c. Royaume-Uni, arrêt du 26 mai 1993, série A no 258-B, § 72).

La Cour réaffirme en outre que les principes qui sous-tendent la Convention ne peuvent s'interpréter et s'appliquer dans le vide. Elle doit aussi prendre en compte toute règle pertinente du droit international lorsqu'elle se prononce sur des différends concernant sa compétence et, par conséquent, déterminer la responsabilité des Etats conformément aux principes du droit international régissant la matière, tout en tenant compte du caractère particulier de la Convention, instrument de protection des droits de l'homme (article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités ; Al-Adsani c. Royaume-Uni [GC], no 35763/97, § 55, CEDH 2001-XI ; voir aussi la décision Banković et autres précitée, § 57) ». Ibid., §122.

membres¹²². D'autre part, notant que la Convention ne peut s'interpréter et s'appliquer dans le vide, la Cour devrait aussi éviter l'éventuelle dérobade des Etats membres onusiens et parties à la Convention à ne pas appliquer les obligations onusiennes au motif qu'ils mettent en œuvre les obligations de la convention¹²³. L'impossible accès à son office pour le requérant résultant du traitement de ce dilemme surprend par son fondement juridique contestable et sa visée répondant aux préoccupations politiques.

54. Juridiquement, le fait d'attribuer à l'ONU les actes des forces « autorisées » remet en cause les principes bien établis par la pratique constante et le droit de la responsabilité internationale¹²⁴. En effet, c'est clairement une « *injustice fondamentale* » et « *un problème d'efficacité* » dans la mesure où la Cour ne peut assurer un contrôle concret des agissements des forces « autorisées » attribuées à l'ONU, notant surtout qu'il est fermement établi qu'elle s'est toujours opposée aux demandes en réparation provenant des États tiers dans le cadre du maintien de la paix et, par conséquent, ce sont les États parties prenantes aux opérations de maintien dont les forces armées sont accusées qui acceptent rationnellement de faire face aux effets de leurs comportements dommageables¹²⁵. En outre, rappelant que l'autorité et le contrôle qu'exerce l'ONU dans ce contexte est uniquement d'essence institutionnelle et abstraite, une telle approche théorique par la Cour est incompatible avec le droit de la responsabilité internationale qui accorde la plus grande importance aux situations de fait relativement aux exclusifs rapports juridiques¹²⁶. La méconnaissance par la Cour du droit de la responsabilité est indéniable puisqu'il n'y a pas une simple référence à « l'autorité » et au dernier contrôle entrepris par le Conseil de sécurité quant à cette opération, ce qui corrobore bien la réalité en la cause que la ligne du commandement se limite au niveau de l'OTAN et ne va pas jusqu'aux Nations-Unies¹²⁷. L'issue de cette affaire serait différente si la Cour s'attelait sur la réalité des faits tant dans les rapports entre l'ONU et la KFOR que dans la portée du contrôle réellement exercé par l'ONU sur la seconde institution¹²⁸. Par ailleurs, les actes du Conseil de sécurité

¹²² Voir Idem.

¹²³ Idem.

¹²⁴ Voir P. KLEIN, « Responsabilité pour les faits commis... », p.50.

¹²⁵ Voir Ibid., pp.50 et 52.

¹²⁶ Voir Ibid., p.53 et A. SARI, « Jurisdiction and international responsibility in peace support operations: The Behrami and Saramati Cases », Human Rights Law Review, Vol.8, 2008, p.164.

¹²⁷ Voir A. SARI, « Jurisdiction and international responsibility... », article précité, p.164

¹²⁸ Voir P. KLEIN, « Responsabilité pour les faits commis ... », article précité, p.53.

en matière de maintien de la paix dont l'application remet en cause une norme impérative comme le droit à la vie ne peuvent échapper au contrôle en se fondant simplement sur l'article 103 de la Charte, car, la primauté des engagements en vertu de ce texte sur d'autres en droit international ne rime pas avec l'opposition à protéger des droits fondamentaux comme celui au juge¹²⁹. Ainsi, même si la situation de conflit armé provoquant les opérations de maintien de paix exige des règles spécifiques, l'obligation de respect des droits de l'homme ne se dénature pas dans ce contexte, à moins d'invoquer d'éventuelles dérogations en la matière ne contenant pas pourtant ces opérations, puisque non systématiques pendant la guerre¹³⁰.

55. En outre, le refus de la Cour de juger en l'espèce motivée politiquement non seulement par l'objectif de protéger les Etats parties à la Convention de la crainte d'être tenus responsables des actes de leurs contingents militaires violant les droits de l'homme lorsqu'ils exécutent des résolutions liées aux opérations de maintien de la paix, mais aussi par celui de parer pour son compte à l'engorgement juridictionnel par une surcharge de requêtes individuelles ciblant au fond ces opérations¹³¹. Si cette entrave de l'accès à la Cour pour les requérants peut se comprendre en termes politiques, il ne se conçoit pas en droit, une perspective selon laquelle ladite Cour a clairement abdiqué à assumer son rôle protecteur des droits de la Convention au bénéfice des justiciables des Etats parties impliqués dans les missions onusiennes de maintien de la paix, surtout en l'absence d'une autre alternative. Laissant les requérants en l'espèce sans autre protection, cette incompétence de la Cour ou refus de juger traduit bien un déni de justice ; elle indispose même le Conseil de sécurité dans la mesure où il valide parfois les interventions unilatérales de certains États par

¹²⁹ Dans l'affaire Al-Jedda, le juge britannique relève que le maintien de la paix ne permet d'aller au-delà de ce que l'opération prévoit : « Nous ne pouvons pas aller plus loin que ce que l'ONU nous a implicitement demandé d'aller pour rétablir la paix et la sécurité dans un pays en proie à des troubles. Le droit [le droit garanti par la convention européenne des droits de l'homme dont le respect est en cause ici] n'est restreint que dans la mesure requise ou autorisée par la résolution. Ce qui reste ensuite doit être respecté ». Traduction de : « *We can go no further than the UN has implicitly required us to go in restoring peace and security to a trouble land. The right [le droit garanti par la convention européenne des droits de l'homme dont le respect est en cause ici] is qualified only to extent required or authorised by the resolution. What remains thereafter must be observed* ». House of Lords, R. (app. OF Al-Jedda) (F.C) v. Secretary of State for Defence 2007 UKHL 58, per Baroness Hale of Richmond, §126.

¹³⁰ Même pour la CIJ, la sauvegarde assurée par les conventions relatives aux droits de l'homme ne s'interrompt pas en temps de guerre, sauf par l'effet de clauses dérogatoires similaires à celle de l'article 4 du PIDCP. CIJ, Les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif du 9 juillet 2004, Rec. 2004, p. 178, §106 et la licéité de la menace ou l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif du 8 juillet 1996, Rec. 1996, p.240, §25.

¹³¹ P. WECKEL et T. COUMA, « Chronique de jurisprudence internationale », RGDI, 2007, p.950.

ses résolutions, à l'instar de celles américano-britanniques en Irak avec les résolutions 1483 (2003) et 1511 (2003)¹³². Concrètement, la conclusion de la Cour en l'espèce doit profondément interpeller le Conseil avant qu'il n'autorise des missions de maintien de paix s'il ne désire apparaître comme un simple organe de validation du recours à la force armée par certains États pourtant en principe interdit par la Charte onusienne dans son article 2§4.

56. Simplement, l'incompétence *ratione loci* de la Cour est contestable dans l'affaire *Berhami et Saramati*. Dans le même sens, la réaffirmation de son incompétence dans une approche *ratione personae* quant aux affaires *Stichting mothers of Srebrenica* et *Béric* est aussi critiquable.

B. La critiquable incompétence *ratione personae* de la Cour : Cas des affaires *Stichting mothers of Srebrenica* et *Béric*

57. L'incompétence *ratione loci* de la Cour dans la mise en œuvre du droit onusien lié au maintien de la paix et de la sécurité n'est pas justifiable vu qu'elle entraîne l'injusticiabilité des actions et omissions du CSNU agissant par - l'intermédiaire des Etats comme dans l'affaire *Stichting mothers of Srebrenica* (1) ou par délégation de pouvoir d'administration civile internationale d'un territoire à un Haut représentant se révélant abusive par la suite comme dans l'affaire *Béric* (2)¹³³.

¹³² D'une part, si la résolution 1483 (2003) rappelle toutes les résolutions précédentes sur le cas entre l'Irak et le Koweït, elle valide, sauf l'embargo sur les armes, la levée des sanctions commerciales contre l'Irak et met un terme au programme pétrole contre nourriture. Ecrite par les États-Unis avec la coopération de l'Espagne et du Royaume-Uni, c'est par 14 voix sur 15, avec l'absence au vote de la Syrie, qu'elle sera adoptée. Dans cette résolution, le Conseil de sécurité résout de multiples équivocités juridiques et gouvernementales découlant de l'invasion irakienne, essentiellement par la reconnaissance de la coalition américano-britannique comme une puissance occupante sur le fondement du droit international applicable. Voir CSNU, Résolution S/RES/1483(2003), 23 mai 2003, spéc. p.2. D'autre part, la résolution 1511 (2003) impliquant dans sa rédaction les États-Unis et le Royaume-Uni réaffirme aussi les résolutions antérieures, y compris la résolution 1483(2003) en exhortant les Etats membres onusiens à promouvoir la mise en place d'une force multinationale pour le maintien de la sécurité et la remise du pouvoir au peuple irakien au moment opportun. Dans cette optique, selon le chapitre VII de la Charte des Nations unies, le Conseil de sécurité y souligne l'aspect temporaire de l'Autorité de la coalition en se félicitant de la réaction positive de la communauté internationale pour créer le Conseil gouvernemental. Voir CSNU, Résolution S/RES/1511(2003).

¹³³ Cour EDH, *Stichting mothers of Srebrenica et autres et Béric et autres c. Bosnie-Herzégovine*, arrêts précités.

1. La réfutable injusticiabilité des actions et omissions du Conseil de sécurité agissant par le biais des Etats

58. L'affaire *Stichting Mothers of Srebrenica* et autres jugée le 13 juin 2013 par la Cour illustre bien les problématiques des « droits de l'homme face à la guerre » et de la victime de cette dernière face à la justice pénale internationale qui voile le massacre par l'immunité de juridiction des Nations Unies¹³⁴. A l'initiative de cette affaire à la suite du massacre de Srebrenica en 1995, une association requérante représentant les mères des victimes ainsi que d'autres parents survivants de personnes tuées lors de ce massacre vont poursuivre l'Etat néerlandais et les Nations Unies pour leur rôle dans l'incapacité à assurer la protection des civiles lors de ce massacre¹³⁵. La Cour va juger la requête irrecevable et dépourvue de fondement à cause du jeu de l'immunité des Nations Unies qu'elle considère comme couvrant également les Pays-Bas, Etat défendeur, agissant sous-mandat de cette organisation et auquel on ne peut pas imputer l'absence de recours¹³⁶.
59. Dans les faits, en avril 1993, le Conseil de sécurité, après avoir déclaré Srebrenica et ses environs « zone de sécurité » hors de portée de toute attaque armée en adoptant une résolution, va malheureusement constater en juillet 1995 le massacre de 7000 hommes et adolescents par des militaires de la République serbe de Bosnie commandés par le général Ratko Mladic contrôlant ladite zone sous le regard impuissant d'un contingent onusien constitué de militaires hollandais faiblement équipés et en sous-effectif¹³⁷. La publication d'un rapport accablant sur ces événements par un institut de recherche provoque en avril 2002 la démission du gouvernement néerlandais et la création d'une fondation de droit néerlandais pour faire le recours au bénéfice de proches de victimes accompagnés de 10 ressortissants de Bosnie-Herzégovine également proches¹³⁸. Engageant une action civile devant les juridictions hollandaises contre l'Etat hollandais et l'ONU pour génocide et manquement à l'obligation de protéger la population dans cette zone en ne désarmant

¹³⁴ Voir J.-P. MARGUÉNAUD, « Les droits de l'homme face à la guerre : le massacre de Srebrenica voilé par l'immunité de juridiction de l'ONU (CEDH, déc., 3^e section, 11 juin 2013, n°65542/12, *Stichting Mothers of Srebrenica et autres c/Pays-Bas*) », RSCDPC, 2013/3, N°3, p.659.

¹³⁵ Voir Cour EDH, *Stichting mothers of Srebrenica et autres*, §§1 et 2.

¹³⁶ Voir Ibid., spéc. §§154 et 165.

¹³⁷ Voir Ibid., §§15-20.

¹³⁸ Voir Ibid., §§27-28

pas les forces bosniaques auteurs du massacre, les requérants vont constater le rejet et le refus de renvoi de leur recours par la cour suprême à la CJUE pour motivation sommaire à cause de l'immunité de juridiction onusienne¹³⁹.

60. Considérant un tel rejet incompatible avec le droit conventionnel au procès équitable, les déboutés saisissent la Cour qui juge irrecevable leur requête en rappelant que l'immunité juridictionnelle ne l'habilite pas à interpréter la convention pour contrôler la validité des actions et omissions du Conseil si celui-ci ne l'y autorise¹⁴⁰. La Cour considère aussi impossible le contrôle conventionnel des actions et omissions en exécution par les Etats des actes du Conseil, et ce, avant ou pendant une mission de paix et de sécurité dans le monde et au risque de - s'ingérer ou de nuire - à l'efficacité onusienne dans l'accomplissement d'une fonction essentielle¹⁴¹.
61. Dans cette affaire, la Cour ne considère pas la fondation, personne morale, comme affectée par le massacre, mais uniquement les 10 requérants personnes physiques et parents des victimes¹⁴². Aussi, elle refuse l'examen direct de la question sur la responsabilité ou non de l'Etat partie à la convention dans l'accomplissement d'une mission onusienne¹⁴³. L'irrecevabilité de la requête en cause par la Cour est réfutable puisque manifestant un recul dans l'interprétation de la convention en harmonie avec d'autres sources du droit international et contredisant l'interprétation progressiste de l'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* du 12 novembre 2012 au service d'une bonne synergie entre ces sources par le défaut de reconnaissance de la requête d'une personne morale¹⁴⁴. Sans doute, la Cour laisse au bon vouloir de l'ONU la solution

¹³⁹ Voir Ibid., §112.

¹⁴⁰ Voir Ibid., §§143 et 145.

¹⁴¹ Voir Ibid., §154.

¹⁴² Voir Ibid., §§116 et 117.

¹⁴³ Voir Ibid., §137.

¹⁴⁴ Dans cette affaire, la Cour a reconnu qu'il y avait violation par la Turquie de la liberté d'association en vertu de l'article 11 de la Convention à cause de l'interdiction faite à des fonctionnaires municipaux de créer un syndicat et l'annulation rétroactive d'une convention collective. D'une part, concernant l'interdiction, la Cour considère que son caractère absolu en droit turc comme appliquée au moment des faits ne correspondaient pas à un besoin impérieux et que nombreux textes internationaux et régionaux reconnaissent aux fonctionnaires le droit de fonder des syndicats et de s'y affilier, ce qui donc était aussi reconnu aussi dans la totalité des Etats du Conseil de l'Europe. A cet égard, bien au-delà du texte fondamental en la matière, la *Convention n°87* de l'OIT ayant déjà force de loi en Turquie conformément à la Constitution et à la pratique ultérieure de l'Etat, le défendeur était aussi engagé depuis 2000 par deux textes des Nations unies fondant le droit de créer un syndicat. De ce fait, pour la Cour, malgré l'adoption en 2001 de la loi pour appliquer la Convention n°87 depuis la ratification en 1993, la période transitoire d'immobilisme législative ne pouvait pas obstruer le droit à créer un syndicat par les fonctionnaires et constitue un manquement à l'obligation positive d'assurer aux requérants la jouissance des droits syndicaux par une interprétation restrictive du droit national sur la fondation des personnes morales. D'autre part,

sur les litiges liés aux effets de ses actions et manquements en s'abritant derrière l'immunité de juridiction et en refusant sa protection aux requérants, victimes directes ou collatérales des bombes larguées et massacres évitables par les Etats parties à la convention. Il est aberrant que des opérations militaires menées publiquement en vertu des droits de l'homme soient entreprises en dehors et hors de leur empire ou supervision en étant simplement injusticiables. Cela est d'autant plus aberrant que dans une récente décision marquant un terme à ce long litige, la cour suprême néerlandaise, à la suite des juridictions inférieures, a pu reconnaître la responsabilité de l'Etat pour les dommages subis par les personnes représentées par l'association *Stichting mothers of Srebrenica*¹⁴⁵. En effet, tout d'abord le tribunal de district a soutenu que l'Etat était responsable des dommages subis par les personnes représentées par l'association *Stichting mothers of Srebrenica* en commettant une faute par la facilitation de l'évacuation d'hommes et garçons dans les bus fournis par les forces armées serbes de Bosnie et en n'accordant pas aux réfugiés restants la possibilité de rester sur place. Si cette responsabilité a ensuite été confirmée pour 30% en appel, c'est enfin dans la même lignée que ladite cour suprême va la reconnaître partiellement dans la conduite des casques bleus ouvrant ainsi la porte à d'éventuelles réparations pour les victimes des forfeitures de ces derniers, toutefois en réduisant la responsabilité jusqu'à 10% sur le fondement du droit néerlandais de la responsabilité délictuelle et sur l'appréciation factuelle par la cour suprême des événements entre le 11 juin et le 13 juin 1995. La juridiction suprême nationale en cause estime qu'il n'y avait que 10% de chances que les casques bleus néerlandais puissent sauver les victimes, considérant le contrôle de la zone exercé par les forces serbes de Bosnie¹⁴⁶. Cette issue nationale est importante, non seulement en mettant l'accent sur la responsabilité de l'État pour fait illicite, même si c'est au détriment de

s'agissant de l'annulation de la convention collective, la Cour soutient qu'elle n'était pas nécessaire dans une société démocratique puisque le refus aux requérants à l'époque des faits le droit de mener des négociations collectives pour convaincre l'administration de conclure une convention collective ne correspondait pas à un besoin impérieux. Tout ceci eu égard surtout à la reconnaissance de ce dit droit par des textes et instruments de droit international au niveaux universel, régional que national dans la plupart des Etats membres y compris la Turquie ayant ratifié la Convention n°98 de l'OIT, texte principal en la matière. Voir Note d'information sur la jurisprudence de la Cour n°113 sur l'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* [Gr.Ch.] du 12 novembre 2008, N°34503/97.

¹⁴⁵ Voir K. BOON, « The State of the Netherlands v. Respondent & Stichting mothers of Srebrenica », *AJIL*, 2020, vol.114 (3), p.479.

¹⁴⁶ « La Cour a estimé qu'il n'y avait que 10 pour cent de chances que le bataillon néerlandais ait pu sauver les victimes, étant donné le contrôle de la zone exercé par les forces serbes de Bosnie ». Traduction de : « The Court reasoned that there was only a 10 percent chance that Dutchbat could have saved the victims, given the control of the area exercised by the Bosnian Serb forces ». K. BOON, « The State... », article précité, p.479.

la responsabilité de l'organisation internationale, mais en prouvant aussi le déni de justice par la Cour qui, elle, a préféré l'irrecevabilité en s'abritant uniquement derrière l'immunité et l'hypothétique compromission du maintien de la paix en cas d'ignorance de l'immunité.

2. L'inacceptable injusticiabilité des actions onusiennes dans l'exercice abusif d'une délégation de pouvoir par le Conseil de sécurité à un Haut représentant

62. Face à l'illicite, une collectivisation des réactions est survenue avec l'avènement de la Charte onusienne chargeant le Conseil de sécurité de prendre une sanction - au constat d'une situation compromettant la paix et la sécurité dans le monde ou portant atteinte aux droits et intérêts fondamentaux des Nations Unies – et dont les mesures d'application qu'il choisit créent des obligations à la charge des Etats¹⁴⁷. Si mettre en œuvre ces sanctions s'est avéré appréciable face à certains faits étatiques ou infra-étatiques menaçant la paix et la sécurité dans le monde, cela ne s'est pas fait sans tracasseries quant aux mesures d'application non prévues par la Charte et dont la portée inopinée par les fondateurs de l'ONU ne manque pas de produire des effets sur la population civile en général ou les individus de l'Etat visé, voire au-delà¹⁴⁸. Avec l'affaire *Béric et autres*, dans un contexte de maintien de la paix en ex-Yougoslavie où le Conseil de sécurité délègue ses pouvoirs à un Haut-représentant, ces difficultés d'appliquer les mesures résultant de ces sanctions sont tellement réelles. Dans cette affaire, les requérants victimes de telles sanctions vont saisir la Cour, qui, va s'opposer à recevoir leurs requêtes dirigées contre le gouvernement défendeur de Bosnie-Herzégovine.
63. Dans les faits, entre le 29 juin et 16 décembre 2004, les requérants- considérés responsables de l'échec des actions publiques pour avoir fait soustraire à la justice pénale internationale pour l'ex-Yougoslavie des personnes menaçant la paix en Bosnie et accusés en vertu de l'article 19 du statut du Tribunal pénal international – sont révoqués sans formalité et interdits d'exercer leurs fonctions dans

¹⁴⁷ Voir D.L. TEHINDRAZANARIVELO, Les sanctions des Nations Unies et leurs effets secondaires-Assistance aux victimes et voies juridiques de prévention, Graduate Institute Publications, Genève, 2005, p. 15.

¹⁴⁸ Voir Ibid., pp. 15 et 20.

l'administration publique et les partis politiques par le Haut-représentant de l'ONU¹⁴⁹. Le 4 novembre 2005, voyant l'interdiction levée après leur serment de respecter la constitution bosniaque, les requérants ne sont pas pour autant réintégrés de plein droit dans leurs fonctions ni indemnisés¹⁵⁰. Non satisfaits, ils saisissent la Cour en reprochant à la Bosnie de violer les droits conventionnels au procès équitable pour le volet pénal, à la liberté d'association et au recours effectif¹⁵¹.

64. Devant la Cour, l'Etat défendeur estime que l'action du Haut-Représentant relève de la responsabilité des Nations unies et non de la sienne¹⁵². Ce n'est pas l'avis des requérants qui rappellent l'absence de contrôle effectif de l'organisation, l'excès de pouvoir entachant l'action du Haut-représentant selon les prescriptions de l'Accord de paix et la résolution 1031 du Conseil de sécurité et la confirmation par la cour constitutionnelle bosniaque de la responsabilité de l'État pour les actions de ce représentant dans ses décisions du 3 novembre 2000 et 8 juillet 2006¹⁵³. Sur la question du contrôle général et effectif onusien malgré la délégation des pouvoirs en vertu de la résolution précitée, la Cour considère cette délégation explicite en confirmant le Haut-représentant dans ses attributions parce qu'en dépit d'une certaine latitude dans l'administration du territoire comprenant même l'effet direct de ses décisions sans autre formalité, il doit rapporter ses actions au Conseil de sécurité en exerçant un contrôle général¹⁵⁴. Pour la Cour, la décision de la cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine validant le contrôle du Haut-représentant n'entame pas l'essence des décisions de ce dernier, surtout que la mesure litigieuse est organisationnelle et dépend d'une délégation régulière en vertu du chapitre VII de la Charte onusienne et de l'article 3 du projet d'articles de la Commission de droit international sur la responsabilité des organisations internationales. Surenchérissant sa motivation, la Cour estime que même l'attribution aux Nations unies de la mesure

¹⁴⁹ L'article 19 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex- Yougoslavie relatif à l'examen de l'acte d'accusation : « 1. Le juge de la Chambre de première instance saisi de l'acte d'accusation examine celui-ci. S'il estime que le Procureur a établi qu'au vu des présomptions, il y a lieu d'engager des poursuites, il confirme l'acte d'accusation. A défaut, il le rejette. 2. S'il confirme l'acte d'accusation, le juge saisi, sur réquisition du Procureur, décerne les ordonnances et mandats d'arrêt, de détention, d'amener ou de remise de personnes et toutes autres ordonnances nécessaires pour la conduite du procès. ». Voir aussi Cour EDH, *Béric et autres c. Bosnie-Herzégovine*, §2

¹⁵⁰ Voir Cour EDH, *Béric et autres c. Bosnie-Herzégovine*, §3.

¹⁵¹ Voir *Ibid.*, §20.

¹⁵² Voir *Ibid.*, §21.

¹⁵³ Voir *Ibid.*, §22.

¹⁵⁴ Voir *Ibid.*, §28.

litigieuse ne saurait engager sa responsabilité au risque d'interférence dans la mission très importante de maintien de la paix, et ce, malgré l'acceptation par un Etat d'une administration civile internationale sur son territoire. Pour toutes ces raisons, la Cour considère irrecevable la requête et reconnaît son incompetence *ratione personae*.

65. La reconnaissance par la Cour que l'on peut attribuer au Conseil de sécurité la mesure litigieuse dans cette affaire, sans confirmer la responsabilité au risque d'une ingérence compromissive au maintien de la paix, constitue sans ambages un déni de justice par l'irrecevabilité opposée aux requérants. Juridiquement injustifiable, cette conclusion cristallise l'inconciliabilité entre le maintien de la paix et le respect des droits de l'homme, notamment celui à la justice, pourtant deux objectifs majeurs des Nations unies dont l'effectivité doit être concomitamment assurée par le Conseil. Indubitablement, la Charte onusienne, dans ses articles 1§1 et 2, en énonçant que l'organisation a pour but non seulement de maintenir la paix et la sécurité, mais aussi le développement et la protection des droits de l'homme et libertés fondamentales en matière de coopération internationale, a, en outre, intimé au Conseil de sécurité d'agir conformément à ces finalités. Pourtant, dans l'affaire en cause, un droit de l'homme, celui d'accès au juge, est refusé aux requérants pour la raison que son application compromettrait l'action onusienne de maintien de la paix dans l'administration territoriale de la Bosnie-Herzégovine.
66. Bien plus, l'impossibilité d'accéder à la Cour en l'espèce encourage les pratiques anti-démocratiques entretenues par le Conseil de sécurité dans la délégation de ses pouvoirs pour l'administration civile d'un territoire, notamment celui de révoquer les fonctionnaires, qui est excessif par l'« *entrave sérieuse à l'exercice des droits de la personne* » qu'il entraîne, selon l'avis de la Commission européenne pour la démocratie par le droit appelée « Commission de Venise ». En effet, pour cet organe,

« Il semble en principe inacceptable que des décisions affectant directement les droits des particuliers prises par un organe politique ne fassent pas l'objet d'un procès équitable ou, à tout le moins, puissent être prises sans que les intéressés bénéficient des garanties minimales d'une procédure régulière et sans qu'un tribunal indépendant puisse contrôler ces décisions »

155.

67. Si cette Commission considère nécessaire le contrôle juridictionnel des décisions du Haut-représentant et n'admet pas une délégation de pouvoir sans possibilité de recours ni intervention d'une institution indépendante en cas d'exercice abusif, l'irrecevabilité ne saurait se justifier sous couvert de l'argument que la sanction des dommages et préjudices résultant de la mise en œuvre des résolutions du Conseil dans un contexte de maintien de paix mettrait en péril cette dernière en violant le principe d'indépendance¹⁵⁶.
68. Face à cette critiquable incompétence tant *ratione personae* que *loci*, le dénouement pour permettre le contrôle par la Cour du respect de la Convention dans le contexte du maintien de la paix exige de mettre en cause la responsabilité des Etats en l'absence de mécanismes de recours alternatifs, puisque ce sont eux au fond qui gèrent l'ONU en tant qu'acteurs primaires de son droit en particulier et du droit international de manière générale.

C. La mise en cause de la responsabilité étatique en l'absence de voies de recours alternatifs onusiens

69. La justification du refus de juger les actes du Conseil par la Cour tient souvent à l'immunité de juridiction au risque d'interférer dans sa mission de maintien de la paix et de nuire à son efficacité en atteignant son indépendance fonctionnelle. L'indépendance fonctionnelle ne saurait justifier l'absence de contrôle d'un droit conventionnel à la Cour de manière absolue, surtout lorsqu'on sait par analogie que le paravent de « souveraineté » pour expliquer l'immunité étatique a souvent été

¹⁵⁵ §96 de l'arrêt en cause.

¹⁵⁶ §§ 97 et 98 de l'arrêt en cause.

employé sans obstruer sa limitation. En effet, « *de même que l'affermissement de l'autorité de l'Etat a rendu possible sa soumission au droit, l'enracinement des organisations dans l'ordre juridique international est tel qu'il leur permet désormais de tolérer, lorsque des impératifs de la justice l'exigent, que la cause des particuliers avec lesquels elles sont en litige soit entendue* »¹⁵⁷. Sur ce postulat, il est illogique d'expliquer que l'observance de l'indépendance fonctionnelle du Conseil de sécurité ou des Nations unies en général suppose impérativement la proscription de la compétence juridictionnelle qu'importe l'essence des actes en cause ; car, s'il peut être normal que les contestations capables d'atteindre les prérogatives centrales d'une organisation se dérobent au contrôle juridictionnel, ce n'est pas le cas pour toutes ses actions¹⁵⁸.

70. La Cour doit écarter l'immunité de juridiction de l'ONU et mettre en cause la responsabilité individuelle des Etats dans la mise en œuvre des décisions du Conseil en l'absence de prévision de voies de recours alternatifs puisque c'est là le problème véritable au sein de cette organisation. Ne pas prévoir de modes alternatifs de règlement de litiges par les Nations unies dans le cadre des opérations de maintien de la paix rend directement impossible l'accès au juge, si ce n'est formellement dans la lettre, dans l'esprit de nombreux instruments internationaux dont la convention européenne des droits de l'homme¹⁵⁹. En effet, le défaut de prévision de modes alternatifs de recours en plus de la non-prévision d'un contrôle juridictionnel dans certains instruments serait une violation du jus cogens dont la conséquence rendrait nuls tous ces actes conformément à l'article 53 de la convention de Vienne sur le droit des traités¹⁶⁰.
71. L'immunité doit être une nécessité fonctionnelle pour une organisation, donc, elle doit dans le cadre du maintien de la paix et de la sécurité des Nations unies être

¹⁵⁷ E. GAILLARD et I. PINGEL, « L'immunité de juridiction des organisations internationales : restreindre ou contourner ». In Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle, Litec, Paris, 2000, p.206.

¹⁵⁸ Ibid., spéc. p.207.

¹⁵⁹ La création de modes alternatifs de règlement de différends comme condition pour valider l'immunité de juridiction est proposé par une certaine doctrine. E. DAVID, note sous cassation (3^{ème} Chambre) du 12 mars 2001, J.T., 2001, spéc. p. 212 et SFDI, La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme-journée d'études de Strasbourg, Pédone, Paris, 2009, pp.133-136.

¹⁶⁰ Voir SFDI, op.cit., spéc. pp. 61-62.

circonscrite au nécessaire pour réaliser les missions et objectifs des Nations unies¹⁶¹. Cette approche limitant l'immunité de juridiction des organisations à la nécessité fonctionnelle ne peut être qu'équitable, puisqu'en conformité avec le principe de spécialisation caractérisant les organisations internationales dont les Nations unies ; ainsi, si elle s'accorde mal avec une immunité de juridiction absolue, elle peut constituer un point de départ pour justifier le refus de juger par la Cour. La nécessité fonctionnelle peut être décelée par la Cour dans le texte constitutif de l'organisation mais encore dans les actes successifs, la pratique et d'autres considérations¹⁶². Notant la difficulté à laquelle la Cour peut être confrontée du fait de l'interprétation des buts et missions dont la définition est faite parfois dans des formules générales, il sera important, sauf précision, que les Etats s'accordent à inventorier des actions interdites à une organisation internationale et à y inclure les actions dommageables rattachables causées aux agents des Nations unies ou causées dans l'exécution des résolutions du Conseil qui sont des moyens pour accomplir les buts et missions onusiens¹⁶³. Il est vraiment inconcevable que l'accès à la Cour pour réclamer la réparation des dommages causés par les actions ou omissions des agents des Nations unies ou exerçant sous leur contrôle soit dénié aux requérants au motif d'ingérence dans l'indépendance fonctionnelle onusienne. Ne pas circonscrire le régime d'immunité par les États et la justifier de manière absolue sans nécessité fonctionnelle revient juste à cautionner le déni de justice par la Cour. Si déjà le juge américain dans l'affaire *Ranollo* a estimé que le bénéfice des immunités doit être réservé uniquement pour les actes impérieux à la réussite d'une organisation, car tous leurs actes de fonctions n'ont pas le même degré d'importance eu égard au but de l'organisation, l'on digère difficilement que la Cour ne le fasse pas face à l'invocation de l'immunité juridictionnelle organisationnelle sous couvert d'un certain argument d'ingérence risquant de compromettre la paix mondiale¹⁶⁴. Même le juge de cassation belge a déjà

¹⁶¹ Voir P. H.F. BEKKER, *The legal position of intergovernmental organizations – A functional necessity analysis of their legal status and immunities*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyden, 1994, pp. 152-160.

¹⁶² Ibid., pp. 84-85 et 133.

¹⁶³ Lire sur la proposition d'une liste négative des actions des organisations internationales. Conseil de l'Europe, Rapport du Sous-Comité d'experts en matière de privilèges et immunités des organisations internationales et des personnes affectées à celles-ci, 15 octobre 1968 cité par J. DUFFAR, *Contribution à l'étude des privilèges et immunités des organisations internationales*, LGDJ, Paris, 1982, p.251.

¹⁶⁴ NGUYEN QUOC DINH, « Les privilèges et immunités des organismes internationaux d'après les jurisprudences nationales depuis 1945 », AFDI, 1957, pp. 262 et 277-280. Dans l'affaire *Ranollo*, les tribunaux américains ont considéré que l'excès de vitesse par le chauffeur du Secrétaire général de l'ONU lorsqu'il conduisait à New-York n'était pas accompli dans l'exercice de sa fonction, même si le Secrétaire lui-même et le

eu à rejeter l'exception d'irrecevabilité d'immunité tant de juridiction que d'exécution dans trois arrêts concernant des organisations internationales possédant leur siège en Belgique, notamment le Secrétariat du *Groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique* (ACP) et de *l'Union de l'Europe occidentale* (UEO)¹⁶⁵. Contre ces arrêts, les organisations vont introduire un pourvoi ; la Cour de cassation va, le 21 décembre 2009, rejeter celui fondé sur l'immunité de juridiction ou d'exécution de ces trois organisations tout en validant néanmoins pour un arrêt le pourvoi établi sur un autre argument¹⁶⁶. En vrai, la préoccupation essentielle dans ces trois arrêts consistait à trancher si les immunités de juridiction et d'exécution des organisations en cause fondées sur leurs textes créateurs pouvaient empêcher les requérants en cause de se prévaloir en justice des griefs établis sur le droit belge du travail ou sur celui des contrats et d'obligation d'exécution de jugement. Face aux organisations soulevant leur immunité de juridiction et d'exécution, les agents ciblés arguaient le droit au juge conformément à l'article 6 de la Convention ou à l'article 14 du Pacte relatif aux droits civils et politiques. Devant ce conflit normatif, le juge de cassation belge fait primer le droit au juge sur le droit à l'immunité. Dans son raisonnement, il considère que l'immunité est légitime pour le bon fonctionnement des organisations internationales mais qu'elle ne doit pas accorder à ces dernières plus d'avantages en limitant le droit des particuliers au juge pour mettre fin aux litiges qui les opposent ; il conditionne ainsi l'immunité à la création d'autres voies raisonnables pour protéger efficacement les droits garantis par la Convention¹⁶⁷. Prévoir l'existence d'autres voies raisonnables dans un objectif de proportionnalité entre les bénéficiaires de l'immunité et les particuliers s'y opposant est d'abord en accord avec la pratique internationale. En effet, concernant le règlement des différends de type administratif entre les organisations internationales et leurs agents, certaines de ces organisations ont mis en place d'une part des tribunaux administratifs, comme les Nations unies et

Département d'Etat étaient favorables à l'octroi de l'immunité. L'immunité a finalement été levée malgré son désaccord avec la décision. L. PREUSS, « Immunity of officers and employees of the United Nations for official acts: the Ranollo case », *AJIL*, July 1947, Vol. 1, pp.555-578.

¹⁶⁵ Ces affaires concernaient le licenciement ou le non-renouvellement de contrats des requérants, précisément une interprète et une traductrice de la première organisation, sans oublier une agente des services financiers de la seconde ayant perdu leur travail dans ces organisations. Saisies par les requérants, la Cour d'appel et la Cour du travail de Bruxelles, vont écarter l'exception d'irrecevabilité invoquée sur le fondement de l'immunité de juridiction de *l'Union de l'Europe occidentale* et de l'immunité d'exécution d'*Afrique, Caraïbes et du Pacifique* en toute harmonie justifiée par la prévalence du droit au juge. Voir E. DAVID, « L'immunité des organisations internationales », p.1. Consultable en ligne. Consulté le 13 janvier 2023.

¹⁶⁶ *Idem*.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p.3.

ses institutions spécialisées, ou, d'autre part, des juridictions pouvant exercer ce type de compétence, à l'instar de l'Union européenne avec son Tribunal de la fonction publique, et ce conformément à leurs engagements internationaux¹⁶⁸. Bien au-delà du droit administratif, respectivement en matière contractuelle et même non-contractuelle, l'Union européenne prévoit soit une clause compromissoire envisageant la compétence d'une juridiction ordinaire ou spéciale, soit une compétence de juridiction spécifique¹⁶⁹. Ensuite, l'exigence d'existence d'autres voies de recours raisonnables est en conformité avec la vision de la Cour dans les affaires *Waite et Kennedy* ainsi que *Beer et Regan* qui conditionne, dans le but d'une protection efficace des droits de la Convention, l'admissibilité de l'immunité d'une organisation internationale devant les juridictions nationales au regard de la Convention à l'existence de la mise à disposition au bénéfice des requérants de voies alternatives raisonnables¹⁷⁰. Cette condition est d'autant plus importante que, dans le cas particulier du recours juridictionnel ou du droit au juge, on peut la considérer comme « une norme impérative de droit international » en s'inspirant de la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie reconnaissant l'article 14 du Pacte international des droits civils et politiques qui implique le droit au juge comme indérogeable, même s'il n'est pas prévu par un texte¹⁷¹. Dès lors, il est tout à fait logique qu'en l'absence de prévision d'autres mécanismes de recours compensant l'immunité par les Etats lors de la mise en place des organisations, ces derniers soient considérés comme responsables en tant que principaux acteurs du droit international.

72. La mise en cause de la responsabilité individuelle des Etats est la solution face à l'impossible accès à la Cour pour le requérant. Cette impossibilité résulte de la volonté

¹⁶⁸ Voir successivement Sections 29 et 31.A des Conventions relatives aux privilèges et immunités des Nations unies du 13 février 1946 et des Institutions spécialisées du 21 novembre 1947 et les articles 256, 257 et 270 du TFUE.

¹⁶⁹ Voir Articles 272 et 268 du TFUE.

¹⁷⁰ Cour EDH, *Waite et Kennedy et Beer et Regan c. Allemagne*, arrêts [Gr. Ch.] du 18 février 1999, Nos 26083/94 et 28934/95.

¹⁷¹ « La chambre a considéré qu'en dépit du fait « que l'article 77 du Règlement ne prévoit pas expressément de droit d'appel d'une condamnation pour outrage prononcée par la Chambre d'appel, [...] le Règlement doit être lu à la lumière des dispositions du Statut ». Or le Secrétaire général des Nations unies a souligné que le Tribunal « doit respecter pleinement les normes internationalement reconnues touchant les droits de l'accusé [...] notamment énumérées à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ». La Chambre d'appel a qualifié ce texte de « norme impérative de droit international » et a estimé que le Tribunal ne saurait par conséquent y déroger ». TPIY, *Procureur c. Dusko Tadic*, « arrêt confirmatif relatif aux allégations d'outrage formulées à l'encontre du précédent conseil, Milan Vujan » du 27 février 2001, Aff. N° IT-94-1-A-AR77.

de la Cour d'harmoniser la primauté de la Convention avec celle du droit onusien. C'est cette analyse qui explique le refus de contrôle des droits conventionnels par la Cour confrontée à l'application du droit onusien en matière de maintien de la paix et de la sécurité. Par ailleurs, en dehors du cadre onusien, relativement à d'autres organisations et à certaines actions interétatiques, la Cour démontre presque le même déni.

Section 2. Le refus de contrôle de certains actes internationaux hors du cadre onusien

73. En dehors des actes onusiens, la Cour affiche également une attitude de refus de contrôler le respect de la Convention lorsque des actes internationaux influencent certains de ses droits garantis pour les requérants. Cela est palpable concernant les actes d'autres organisations internationales (§1) et certains actes interétatiques (§2).

§1. Le défaut de contrôle des actes d'autres organisations internationales

74. Concernant les actes des Etats membres de la Convention au sein des organisations internationales, le refus de les contrôler par la Cour a divers fondements apparents (A) qui cachent les réelles motivations (B).

A. Les fondements apparents du défaut de contrôle

75. Le refus de contrôle par la Cour se fonde généralement en apparence sur le respect du droit international et du droit interne (1) et particulièrement soit sur l'inapplication extraterritoriale de la Convention (2), soit sur l'immunité de juridiction de l'organisation internationale (3).

1. Le respect du droit international et du droit interne

76. En matière de droits de l'homme, la participation des États parties à la Convention dans d'autres organisations internationales n'engage pas en principe ces dernières dont les obligations diffèrent selon leur nature, sauf en droit international coutumier¹⁷². Cette soumission exceptionnelle s'explique jurisprudentiellement par le fait que les organisations, comme sujets de droit international, sont tenues au respect des

¹⁷² Voir T. GILL, D. FLECK, W. BOOTHBY, A. VANHEUSDEN, Manuel de Leuven sur le droit international applicable aux opérations de maintien de paix, Bruylant, Bruxelles, 2021, p.93.

obligations à leur charge conformément aux règles générales du droit international, à leur constitution ou aux accords internationaux dont elles sont parties¹⁷³.

77. Sur la base d'une vision volontariste du droit international, il est justifié de considérer les organisations liées par le respect des droits de l'homme en matière coutumière, car, créées par les États, elles doivent être soumises au droit international par cette volonté étatique. Cette logique est partagée par le professeur Éric David, pour qui, l'organisation internationale, plongée dans l'environnement international, ne peut qu'y être soumise ou « mouillée » en tant que sujet de droit international, et ce selon la lapalissade parodique du principe d'Archimède de Jean-Louis Marcel Charles impliquant que « *tout corps plongé dans un liquide en ressort mouillé* »¹⁷⁴. Cette vision est également partagée par les Nations unies dont les résolutions sont parfois destinées simultanément aux États et organisations internationales régionales¹⁷⁵. Dans la même perspective, le règlement de procédure du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie envisage qu'un mandat d'arrêt contre un accusé peut être transmis « à l'autorité ou à l'institution internationale compétente » visant particulièrement l'« *Implementation Force* », à savoir la force opérationnelle de l'Organisation du traité de l'atlantique nord en ex-Yougoslavie¹⁷⁶.
78. Toutefois, le droit international applicable à l'organisation internationale n'inclut pas l'ensemble des règles engageant les États ; il est constitué d'emblée par son acte constitutif et ses pratiques coutumières. Effectivement, n'étant pas partie à l'acte constitutif, l'organisation y est inséparablement liée puisqu'y sont précisés ses – buts, mission, pouvoirs, compétences, procédures – et, qu'en outre, peut s'y ajouter implicitement dans son évolution, en fonction des circonstances, un « acquis » ou de nombreuses règles justifiées par les besoins de l'organisation selon les objectifs qui

¹⁷³ Voir CIJ, L'interprétation de l'Accord du 25 mars 1951 entre l'Organisation mondiale de la santé (OMS) et l'Égypte, avis consultatif du 20 décembre 1980, Rec.1980, p.73, §37.

¹⁷⁴ Voir É. DAVID, Droit des organisations internationales, LGDJ, Paris, 2016, p.45.

¹⁷⁵ C'est le cas de la résolution du Conseil de sécurité des Nations unies en 1993 infligeant des sanctions économiques contre Haïti demandant « à tous les États et à toutes les organisations internationales de se conformer strictement » à ses dispositions. Résolution 841(1993) du CSNU, S/RES/841 (1993), 16 juin 1993, §9. Voir également Résolution 217 (1965) du CSNU, Question concernant la situation en Rhodésie du Sud, S/RES/217(1965), 20 novembre 1965, §10 ; Résolution 662 (1990) du CSNU, Programme « pétrole contre nourriture », S/RES/662(1990), 9 août 1990, §2 et Résolution 733 (1992) du CSNU, Situation en Somalie, S/RES/733(1992), 23 janvier 1992, §9.

¹⁷⁶ Voir Article 19 du Règlement de procédure et de preuve du TPIY.

lui sont conférés¹⁷⁷. Plus simplement, si l'État est lié totalement par les droits et devoirs prévus par le droit international, ce n'est pas le cas pour l'organisation dont les prérogatives et responsabilités dépendent des buts et fonctions énoncés ou implicites qui lui sont reconnus par son acte constitutif et adaptés par la pratique¹⁷⁸. Ensuite, l'organisation est aussi tenue comme un État par les traités qu'elle conclut. Néanmoins, compte tenu de sa personnalité juridique distincte et du volontarisme en droit international, on comprendra que le droit international s'imposant à l'organisation ne s'assimile pas au droit international engageant chacun de ses États membres. A moins que les États ne veuillent lier une organisation aux mêmes règles que les leurs, l'unique droit international liant l'organisation est le *jus cogens* ainsi que d'autres règles coutumières non mises à part par l'acte constitutif, et ce parce que les États ne peuvent pas adopter un acte constitutif s'opposant à ces normes¹⁷⁹. L'organisation internationale n'est pas un sujet de droit international primaire, elle ne dispose que des prérogatives qui lui sont reconnues à sa création par les Etats en vertu du principe de spécialité et ne peut déployer son action que dans des circonstances bien déterminées ; c'est la raison qui justifie que les règles coutumières qui lui sont applicables ne sont que celles rattachées à ces situations. Le respect du droit international coutumier et non des traités engageant les Etats par l'organisation internationale n'est pas absurde, car un accord n'engage que par la claire manifestation de volonté et non par la coutume qui lie Etat et organisation avant et/ou après le traité.

79. Au-delà de l'engagement spécifique en droit international, l'organisation est aussi engagée par le droit national, puisque, sur son fondement, elle acquiert une personnalité juridique de droit interne pour réaliser ses missions à l'instar de - contracter, acheter, disposer, ester en justice, etc.¹⁸⁰ A ce niveau, l'action de l'organisation s'assimile à celle d'une personne privée, sous réserve des privilèges et immunités qui lui sont reconnus d'une part ou d'autres exceptions tant expresses -

¹⁷⁷ Voir CIJ, affaire sur les activités armées au Congo, RDC c. Rwanda, ordonnance du 10 juillet 2002, Rec. 2002, §82 ; Réparations des dommages subis au service des Nations unies, avis consultatif du 11 avril 1949, Rec. 1949, p.184 et Article 2§1 de la Convention de Vienne du 21 mars 1986.

¹⁷⁸ Voir Avis du 11 avril 1949, Réparations, rec. 1949, p.180.

¹⁷⁹ Voir Article 53 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

¹⁸⁰ Voir É. David, Droit des organisations internationales, op.cit., p.65.

dans l'acte constitutif, l'accord de siège ou tout autre instrument engageant l'État hôte – qu'implicites par l'interprétation permise par ses textes fondateurs¹⁸¹.

2. L'inapplication extraterritoriale de la Convention européenne des droits de l'homme

80. L'inapplication extraterritoriale de la Convention est son inapplicabilité aux circonstances ayant cours en dehors des territoires nationaux des États membres du Conseil de l'Europe, vu que son application extraterritoriale implique son applicabilité à de telles situations¹⁸². Autrement dit, ceci signifie qu'un État partie ne saurait, sur le fondement de cet instrument, voir sa responsabilité mise en cause pour des faits se produisant en dehors des frontières nationales.
81. La Convention en cause étant un texte régional sur les droits de l'homme, son inapplication extraterritoriale peut doublement se manifester. Si la manifestation est « intra-européenne » quand les faits ont lieu en dehors du territoire d'un État partie défendeur mais toujours au sein du Conseil de l'Europe, elle est « extra-européenne » lorsque les faits imputables à l'Etat défendeur se situent au-delà des limites territoriales de ce dernier.
82. L'usage de la notion d' « extraterritorialité » n'est pas le fait de la Convention, puisque son article 1 sur lequel se fonde cette notion emploie plutôt le terme de « juridiction » conçu comme la pratique légitime par un État du pouvoir d'affecter des personnes, des biens et des situations¹⁸³. Sur cette conception de la « juridiction », démontrer le défaut d'application extraterritoriale de la Convention appelle, pour chaque circonstance, au constat par l'individu de l'absence d'exercice du pouvoir juridictionnel par un État partie pour lui ou, autrement dit, l'inexistence d'un lien entre la victime d'une atteinte à la Convention et l'État partie prétendument

¹⁸¹ Ibid., p.66.

¹⁸² J. GRIGNON et T. ROOS, « La juridiction extraterritoriale des Etats parties à la convention européenne des droits de l'homme en contexte de conflit armé : Analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », RQDI, Vol. 33, n°2, 2020, p. 3.

¹⁸³ Conseil de l'Europe, Avant-projet du rapport du Comité Directeur pour les Droits de l'homme (CDDH) sur la place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique européen et international. Doc off DH -SYSC-II R7 Addendum (2019), §87.

responsable¹⁸⁴. L'absence de juridiction fonde l'incompétence de la Cour et l'inapplicabilité de la Convention en rapport avec les faits en cause. Ainsi, c'est en se référant à la juridiction des États et non au territoire d'un État partie que la Cour peut ou non élargir le champ d'application conventionnel au-delà des limites territoriales nationales, et ce, bien qu'une telle visée expansionniste fût systématiquement redoutée par les rédacteurs de la Convention qui ne voulaient pas l'étendre aux territoires coloniaux de certains États membres¹⁸⁵. Ce changement sémantique de « territoire » en « juridiction » augure une nouvelle ère de déploiement de cet instrument aux situations de violations impliquant les États membres hors de leurs frontières, essentiellement lors de conflits armés¹⁸⁶. Il est exceptionnel et ne remet pas en cause la conception principalement territoriale existante¹⁸⁷.

83. Historiquement, les germes de l'application ou de l'inapplication extraterritoriale de la Convention se trouvent dans les effets de la seconde guerre mondiale. En pratique, l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme avait relevé l'existence des obligations extraterritoriales en rapport avec l'occupation par les Forces alliées de l'Ouest dans les affaires *X c. République fédérale d'Allemagne* et *Ilse Hess c. Royaume-Uni*¹⁸⁸. Dans la première affaire, elle reconnaît, dans certaines circonstances, la responsabilité de l'État partie à la Convention pour des actions perpétrées par ses agents en dehors de son territoire national. Cette conclusion ressemble à celle de la Cour dans la jurisprudence *Hassan* considérant que dans certaines situations l'usage de la force par des agents de l'État opérant à l'étranger peut mettre sous sa juridiction tout individu que ces agents contrôlent¹⁸⁹. Dans la seconde affaire, il est question de la légalité de l'emprisonnement d'un ex- haut-fonctionnaire du régime nazi, Rudolf Hess, par les troupes alliées dans une prison en République fédérale d'Allemagne sous administration conjointe des pays alliés. A

¹⁸⁴ L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, p.135.

¹⁸⁵ Voir Conseil de l'Europe, *Avant-projet du rapport... précité*, §§93 et 94. Véritablement, l'interprétation des termes « (...) territoires dont il assure les relations internationales » dans l'article 56.1 de la convention européenne s'entend en territoires coloniaux de l'époque.

¹⁸⁶ Voir Cour EDH, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, arrêt [Ch.] du 2 mars 2010, N° 61498/08 ; *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, arrêt [Gr. Ch.] du 7 juillet 2011, N° 27021/28 ; etc.

¹⁸⁷ Voir Cour EDH, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, arrêt [Gr. Ch.] du 7 juillet 2011, N° 55721/07, §§ 130-150.

¹⁸⁸ Voir Com. EDH, *X. c. RFA*, décision du 25 septembre 1965, N°1611/62 et *Ilse Hess c. Royaume-Uni*, décision du 28 mai 1975, N°6231/73.

¹⁸⁹ Voir Com. EDH, *X. c. RFA*, décision précitée et Cour EDH, *Hassan c. Royaume-Uni*, arrêt [G.Ch.] du 16 septembre 2014, N° 29750/09, §74.

l'époque, le Royaume-Uni étant seul ratificateur de la Convention et le centre de détention se trouvant dans une partie de la capitale Berlin sous contrôle britannique, c'est donc contre lui que fut dirigée la requête. La Commission estima que la Convention était applicable au Royaume-Uni mais que l'administration conjointe de la prison empêchait d'imputer sa responsabilité à un État en vertu de l'article 1. Par cette conclusion, l'on comprend que sans administration conjointe ou avec l'adhésion de tous ces États à la Convention, la juridiction extraterritoriale serait applicable.

84. A dater de l'affaire *Hess* en 1975 jusqu'en 2004 avec l'affaire *Issa et autres*, l'extraterritorialité n'a eu qu'une manifestation intra-européenne sans que la Cour ne soit fermée aux circonstances extra-européennes¹⁹⁰. En effet, l'affaire *Issa* augure une approche personnelle de l'extraterritorialité de la Convention s'étendant jusqu'aux situations en dehors du Conseil de l'Europe et portant sur les allégations de violation du droit à la vie des bergers irakiens par des soldats turcs aux frontières entre la Turquie et l'Irak. A cet égard, la Cour relève l'absence de contrôle effectif par la Turquie de la zone de violation en Irak et son incompétence pour défaut d'un lien factuel irrécusable entre les atteintes alléguées et les prétendus violateurs¹⁹¹. Incontestablement, c'est la carence de preuve et non une supposée incapacité d'appliquer la Convention de manière extra-européenne qui a empêché la protection des victimes dans cette affaire. Cette jurisprudence fonde, dans le cadre des conflits armés, pour les personnes potentiellement victimes des agissements des troupes d'un État membre hors du Conseil de l'Europe le droit d'exiger la protection conventionnelle sans se soucier de leur nationalité, et ce bien que cette possibilité existât déjà en dehors des conflits armés¹⁹². Une telle protection personnelle est indéniable, puisque, sans ambiguïté, la Cour dans cette affaire *Issa* énonce que l'article 1 de la Convention ne peut se concevoir comme une carte blanche « à un État partie de commettre sur le territoire d'un autre État des violations de la Convention qu'il ne pourrait pas commettre sur son propre territoire ».

¹⁹⁰ Voir J. GRIGNON et T. ROOS, « La juridiction extraterritoriale des Etats parties... », article précité, p.6 et Cour EDH, *Issa et autres c. Turquie*, arrêt [2ème Section] du 16 novembre 2004, N° 31821/96.

¹⁹¹ Voir Cour EDH, *Issa et autres c. Turquie*, arrêt [2ème Section] du 16 novembre 2004, N° 31821/96, §§ 13-15 et 75-77.

¹⁹² En effet, la Commission dans l'affaire *M c. Danemark* bien avant énonce que « les fonctionnaires d'un Etat [...] attirent les personnes et les biens sous la juridiction de cet Etat dans la mesure où ils exercent leur autorité sur ces personnes ou sur ces biens ». Com. EDH, *M. c. Danemark*, 14 octobre 1992, N° 17392/90.

85. En dehors de cette vision personnelle de l'extraterritorialité, la jurisprudence *Al-Skeini* révèle aussi une vision spatiale de la juridiction n'exigeant pas l'exercice d'un contrôle par un État partie sur les politiques ou actions de l'administration locale sous sa subordination, mais simplement sur une portion de territoire étranger pour l'applicabilité de la Convention¹⁹³. Cette vision de l'extraterritorialité révèle qu'une violation de la Convention peut s'établir même à défaut d'un agissement par un agent de l'État, et, par conséquent, oblige tout État membre de protéger les droits conventionnels dans et hors de son territoire. Véritablement, dans cette affaire *Al-Skeini*, dont les faits se déroulent en Irak, la Cour estime que la femme tuée pendant les affrontements mettant aux prises les soldats britanniques et des tireurs non identifiés relève de la juridiction du Royaume-Uni bien qu'il soit impossible de confirmer le véritable auteur de la mort¹⁹⁴.

3. L'immunité de juridiction de l'organisation internationale

86. Malgré une certaine analogie avec l'immunité de l'État, l'immunité de l'organisation internationale est distincte et couvre tous ses actes¹⁹⁵. Dans la perspective du droit international, cette immunité est une interdiction aux dépens de l'État ciblant spécifiquement certains de ses pouvoirs, notamment celui juridictionnel, et apparaissant comme une notion de nature défensive et protectrice avec un régime de dispense, et ce, puisque l'organisation n'a pas de souveraineté territoriale et accomplit ses actions sur le territoire d'un État pour atteindre ses objectifs¹⁹⁶. L'immunité de juridiction est donc une interdiction faite à une juridiction de trancher une action contre une personne qui en bénéficie et toute procédure aboutira soit à l'incompétence, soit à l'irrecevabilité.
87. Historiquement, c'est à l'aube des organismes internationaux que l'immunité surgit comme une nécessité pour les protéger contre les institutions étatiques à cause du

¹⁹³ Voir Cour EDH, *Al-Skeini*, arrêt précité, §150.

¹⁹⁴ Voir *Idem*.

¹⁹⁵ Voir SEIDL-HOHENVELDERN, « L'immunité de juridiction et d'exécution des États et des organisations internationales ». In IHEI, *Droit international 1*, A. Pédone, Paris, 1981, pp.109-174, p.159.

¹⁹⁶ Voir C. DOMINICÉ, *L'immunité de juridiction et d'exécution des organisations internationale*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyden, Boston, 1984, p.158.

manque d'assise territoriale les obligeant à siéger dans les territoires des Etats¹⁹⁷. Si c'est à la création de la Société des Nations et de l'Organisation internationale du travail que l'immunité et les privilèges sont reconnus aux agents des organisations internationales, c'est finalement depuis 1945, avec l'augmentation de leur nombre, que de multiples textes internationaux les consacrent dans les rapports externes donnant ainsi naissance à un droit spécial distinct du droit d'immunité dans les relations interétatiques¹⁹⁸.

88. Le bien-fondé de l'immunité pour l'organisation internationale est en fait le besoin de préserver son indépendance fonctionnelle en parant à l'état de siège et à toutes les autres incommodités potentielles issues de procès occasionnés par des justiciables hargneux. L'indépendance est une sécurité logique et inhérente à toute institution publique.
89. L'immunité de juridiction a de nombreuses sources, à savoir : les conventions internationales, les actes constitutifs des organisations internationales, les conventions multilatérales entre Etats sur les privilèges et immunités, les accords bilatéraux, sans oublier les législations nationales. L'étendue de l'immunité de juridiction dans sa confrontation au droit au juge peut être envisagée dans une perspective générale, puis plus spécifique en lien avec le contentieux de travail avec ses agents, sans oublier d'autres litiges.
90. La vision générale appelle à préciser la nécessité ou non de la distinction comme pour l'immunité étatique entre actes de *jure imperii* et de *jure gestionis*, les responsabilités de l'organisation dans la résolution de différends avec les tierces personnes et la question de la renonciation. En réalité, la distinction entre les actes de *jure imperii* et de *jure gestionis* est simple pour l'immunité liée à l'État en ce que les premiers sont couverts par l'immunité de juridiction dans leur rattachement à la souveraineté de l'Etat et non les seconds qui ne le sont pas puisque l'État les prend comme une entité privée¹⁹⁹. En revanche, cette distinction n'est pas simple pour l'organisation internationale dont les rapports avec son personnel intègrent en même temps les actes

¹⁹⁷ Voir J. L. KUNZ, « Privileges and Immunities of international Organizations, AJIL, Vol.41, N°4, October 1947.

¹⁹⁸ Voir C. DOMINICÉ, L'immunité de juridiction..., op.cit., p.160.

¹⁹⁹ Voir L. MILANO, « Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne », RTDH, N°76, 2008, hal-02298680 , pp.3 et 21.

impératifs et les actes de gestion avec les tiers, lesquels, s'ils sont soustraits de la protection, vont dépouiller l'immunité de l'organisation de son utilité en mettant en péril son indépendance fonctionnelle²⁰⁰. Véritablement, comme l'organisation ne dispose pas de territoire propre, alors que l'Etat en plus de son immunité est également protégé par ses prérogatives de souveraineté territoriale, l'unique protection de l'indépendance de l'organisation est son immunité. En outre, dans ses rapports avec les tiers, si l'organisation a la possibilité de saisir les juridictions nationales, l'inverse n'est pas possible lorsqu'elle bénéficie de l'immunité de juridiction. Pour pallier un tel déséquilibre, les sources textuelles de l'organisation – conventions multilatérales, accords de siège, actes constitutifs et accords bilatéraux - peuvent l'obliger à établir une procédure de règlement de différends avec des tiers sans que l'absence de prévision d'une telle obligation n'affecte son droit à l'immunité juridictionnelle devant la juridiction nationale, non habilitée à apprécier un tel manquement²⁰¹. Cependant, il peut arriver que l'organisation laisse une juridiction régler un différend en renonçant à son immunité, soit conventionnellement de manière expresse, soit implicitement par un organe habilité comme le secrétaire général ou le directeur de l'organisation, ou contractuellement selon certains accords en insérant la clause de juridiction, ou enfin tout simplement de son initiative personnelle à saisir une juridiction. Renoncer supprime le droit à toute demande reconventionnelle liée à la demande principale mais ne signifie pas renoncer définitivement à l'immunité pour des litiges analogues postérieurs.

91. Les différends de l'organisation avec les agents rattachés au statut de son personnel font partie de son droit interne en échappant totalement aux juridictions nationales qui, automatiquement, doivent se déclarer incompétentes *ratione materiae* et non en raison de l'immunité de juridiction, surtout lorsque ce statut prévoit un mode de règlement des différends. En réalité, le statut du personnel est créé par l'organisation pour exercer les prérogatives tirées de son acte constitutif et intégrant ses pouvoirs de fonction publique - une fonction publique internationale écartant normalement le contrôle d'une juridiction nationale que les agents essaient constamment de saisir²⁰². Le mode de règlement des différends avec les agents du personnel doit être effectif

²⁰⁰ Voir Ibid., p.4.

²⁰¹ C. DOMINICÉ, L'immunité de juridiction et d'exécution... », op.cit., p.182.

²⁰² Ibid., p.185.

en leur donnant satisfaction ; c'est une exigence jurisprudentielle valable pour toute organisations internationale selon l'avis de la Cour internationale de justice sur l'effet des jugements du Tribunal administratif des Nations unies accordant l'indemnité et rappelant que l'abandon par l'organisation de ses propres fonctionnaires, sans protection judiciaire ou arbitrale pour le règlement des différends pouvant surgir dans leurs rapports, est incompatible avec les objectifs clairs de la Charte des Nations unies de promouvoir la liberté et la justice pour les individus²⁰³.

92. En revanche, c'est surtout dans les relations de l'organisation avec les agents locaux, non concernés par le statut du personnel, rendant des services subalternes spécifiques et dépendant en principe du droit national, que l'immunité juridictionnelle est prégnante. En effet, lorsque l'organisation en est bénéficiaire conventionnellement sans exception claire, l'irrecevabilité est automatique devant une juridiction nationale puisque l'immunité de juridiction conventionnelle est absolue. Cependant, l'absence d'une clause d'immunité habilite et oblige le juge national à s'auto-saisir à défaut d'une clause d'arbitrage dans le contrat²⁰⁴. Dans ces derniers rapports, l'organisation peut toujours renoncer à son immunité de juridiction pour résoudre rapidement et équitablement le conflit ou en insérant dans le contrat une clause de juridiction avec ses agents locaux. Néanmoins, la soumission du contrat à la législation nationale n'est pas une renonciation à l'immunité de juridiction dont la raison d'être est de garantir l'indépendance de l'organisation.
93. En théorie, les autres litiges liés aux contrats de l'organisation avec des personnes privées relèvent de la compétence de juridictions nationales, à moins qu'il n'existe une clause d'arbitrage et d'empêchement de l'immunité de juridiction. Pourtant, en droit européen conventionnel des droits de l'homme, le régime de cette situation n'est pas harmonisé : certaines organisations, surtout les grandes, jouissent de l'immunité de juridiction sans limitation ni précision, et d'autres n'en bénéficient pas ; et ainsi, l'organisation peut agir devant les juridictions nationales, mais comme elle bénéficie de l'immunité, le tiers ne peut rien, sauf renonciation de l'organisation ou clause d'arbitrage²⁰⁵. Par ailleurs, en matière de responsabilité non contractuelle, l'immunité

²⁰³ Voir CIJ, Effets de jugements du Tribunal administratif des nations unies accordant indemnité, avis consultatif du 13 juillet 1954, Rec. 1954, p.57.

²⁰⁴ Voir Tribunal du travail de Vienne, Jakesch c. AIEA, arrêt du 8 juillet 1971, AJNU, 1972, p.216.

²⁰⁵ Voir C. DOMINICÉ, L'immunité de juridiction et d'exécution... » ; op.cit., p.198.

de juridiction de l'organisation internationale est absolue lorsqu'elle en jouit et le tiers n'y peut rien. En définitive, lorsque l'immunité est accordée, elle est absolue sauf exception.

94. Si l'immunité de juridiction de l'organisation internationale, le défaut d'application extraterritoriale de la convention et le respect tant du droit international que de celui interne fondent diversement, en théorie, le refus de la Cour, il existe tout de même de réelles justifications à cela.

B. Les motivations réelles du défaut de contrôle

95. En réalité, eu égard à l'aspect territorial, le refus de la Cour se justifie par le régionalisme de la Convention, remédiable par une application extraterritoriale, lorsqu'on évoque la jurisprudence *Bankovic c. Belgique et 16 autres Etats contractants* (1)²⁰⁶. Par ailleurs, sous l'aspect matériel, il s'explique par l'exigence de favoriser la coopération internationale que l'on peut relativiser par un vrai contrôle de proportionnalité ou par l'instauration d'un moyen de recours juridictionnel ou simplement impartial, lorsqu'est rappelée la jurisprudence des affaires jointes c. l'Allemagne *Waite et Kennedy* ainsi que *Beer et Regan* du 18 février 1999 (2)²⁰⁷.

1. Le régionalisme de la Convention européenne des droits de l'homme et la nécessité de son applicabilité aux actes extraterritoriaux

96. L'affaire *Bankovic* impliquant six requérants ressortissants de la République fédérale yougoslave s'inscrit dans le contexte du conflit dans sa province du Kosovo. Le 23 avril 1999, les frappes aériennes des forces de l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord contre la Yougoslavie dont les bombes atteignent le siège de la radio-télévision serbe causent la mort de cinq proches des requérants et la blessure du sixième requérant.

²⁰⁶ Voir Cour EDH, *Bankovic c. Belgique et 16 autres Etats contractants*, décision [G.Ch.] du 12 décembre 2001, N° 52207/99.

²⁰⁷ Cour EDH, *Waite et Kennedy et Beer et Regan*, arrêts [G. Ch.] du 18 février 1999, Nos 26083/94 et 28934/95.

97. Considérant que cette opération, imputable à 17 États membres de cette organisation et également parties à la Convention, porte atteinte aux droits à la vie, à la liberté d'expression et au recours effectifs consacrés par les articles 2, 10 et 13 de la convention, les requérants saisissent la Cour en octobre 1999 qui charge la chambre de la 1^{ère} section d'examiner l'affaire. Cette dernière s'étant dessaisie de l'examen, va la porter devant la grande chambre le 14 novembre 2000. L'audience sur la seule recevabilité s'attèle à déterminer si les requérants sont de la « juridiction » des États défendeurs selon l'article 1 de la Convention et si ladite action en cause peut leur être imputable.
98. Pour les requérants, la juridiction est acquise, puisque les États parties en cause, membres de cette organisation, disposent d'un contrôle effectif de l'opération, même si elle est aérienne, et ce, arguant surtout la disponibilité et l'utilisation d'armes de précision modernes permettant une action extraterritoriale très destructrice et précise sans nécessiter de troupes au sol²⁰⁸. En revanche, pour les gouvernements défendeurs, la juridiction extraterritoriale, même reconnue par la Cour, est inexistante, car le comportement dénoncé ne saurait être considéré comme l'exercice d'une autorité ou d'une compétence juridique²⁰⁹.
99. La Cour va conclure à l'irrecevabilité et ne trouve pas de lien juridictionnel entre les victimes de bombardements et les États défendeurs ; elle considère impossible que les requérants et leurs proches ayant succombé puissent relever de la juridiction extraterritoriale.
100. Pour la Cour, la juridiction extraterritoriale est exceptionnelle. Elle suppose d'appliquer la Convention à une situation conforme au droit national d'un État partie mais ayant des effets contra-conventionnels dans un État tiers, à l'instar de la jurisprudence *Soering* où l'exécution d'une mesure d'extradition risquait de constituer une violation du droit à la vie ou de l'interdiction du traitement inhumain et dégradant prévus aux articles 2 et 3 de la Convention. En outre, elle implique que la Convention s'applique aux faits et actes attribuables à un ou nombreux États membres sur le territoire d'un État tiers, selon l'approche du contrôle effectif pouvant dépendre de plusieurs circonstances – l'occupation militaire comme dans l'affaire

²⁰⁸ Cour EDH, *Bankovic*, décision précitée. ; §52.

²⁰⁹ §§ 37-38.

Loizidou, le consentement ou l'invitation ou l'accord du gouvernement local, l'accomplissement des actes à l'étranger par des agents diplomatiques ou consulaires ou à bord d'aéronefs immatriculés dans l'État en cause ou de navires battant son pavillon.

101. Même si généralement le degré de contrôle de la Cour pour dégager la responsabilité rattachée à la juridiction extraterritoriale n'est pas clair, sa vision semble s'aligner sur celle du droit international public qui considère la compétence juridictionnelle d'un État comme principalement territoriale et exceptionnellement extraterritoriale. Cela est vrai lorsque l'on rappelle la jurisprudence de la Cour internationale de justice favorable à un contrôle effectif sur les particuliers et le contrôle global qui est préféré par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie²¹⁰. La Cour semble en cette cause choisir le contrôle effectif et l'impose désormais comme sa norme pratique, et ce sans discussion lexicale, l'important étant que la « victime » de la violation soit sous l'autorité effective de l'État défendeur : ce qu'elle n'observe pourtant pas dans cette affaire. En d'autres termes, pour la Cour, affirmer la juridiction extraterritoriale en cette cause serait donner une vocation quasi universelle - analogue à l'article 1 des quatre *Conventions de Genève* sur le droit humanitaire - à la Convention européenne, alors qu'elle instaure seulement un ordre public dans un cadre essentiellement régional, européen et circonscrit par le territoire des Etats parties n'incluant pas la Yougoslavie.
102. En réalité, c'est uniquement en dehors de l'Europe que la Cour doit agir pour parer à l'application à géométrie variable de la Convention puisque dans l'affaire *Ilascu* qui n'implique que l'espace européen, elle a jugé recevable la demande en interprétant extensivement la juridiction extraterritoriale, laissant ainsi supposer que l'affaire *Bankovic* est incontestablement une rétrogradation²¹¹. En dépit du constat mi-

²¹⁰ G. COHEN-JONATHAN, « La territorialisation de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme », RTDH, 2002, p. 1069 ; CIJ, Affaire sur les activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, Nicaragua c. Etats-Unis, arrêt du 27 juin 1986 (fond), Rec. 1986, §115 et TPIY, Appel interjeté par l'accusé Dusko Tadic et l'appel incident interjeté par l'Accusation, arrêt [Ch. d'appel] du 15 juillet 1999, §20.

²¹¹ L'affaire *Ilascu* concerne une requête à l'encontre de la République de Moldova et la Russie et pour laquelle des ressortissants moldaves, notamment MM. Ilie Ilascu, Alexandru Lesco, Andrei Ivantoc et Tudor Petrov-Popa, ont saisi la Cour. Elle vise essentiellement des actes perpétrés par les autorités de la « République moldave de Transnistrie (la « RMT ») », une région moldave ayant fait sécession en 1991 en proclamant son indépendance sans reconnaissance internationale. Les requérants arguaient que leur condamnation par un tribunal transnitrien n'était pas non seulement prononcée par un tribunal compétent selon l'article 6 de la Convention sur le procès équitable, mais aussi contraire à l'article 5 sur le droit à la liberté et à la sûreté ainsi qu'à l'article 3 sur l'interdiction

laudateur du professeur Renucci d'une forme de réalisme non apparent et protecteur des droits de l'homme dans l'attitude de la Cour dans cette cause qui évite un absolutisme des droits de l'homme potentiellement dangereux, il est clairement établi dans la solution – *Bankovic*, pour le professeur Cohen-Jonathan, que les conséquences meurtrières de l'emploi de la force militaire aérienne en dehors de l'Europe par les États parties à la Convention ne sont pas considérées dans le champ de l'ordre public européen²¹². Ainsi, la Cour, par son mutisme remarquable sur l' « écran – Organisation du traité de l'Atlantique Nord », épargne les organisations internationales en restreignant volontairement son champ d'action quant aux litiges les concernant et opère partiellement un revirement qui s'éloigne de l'interprétation antérieure et extensive de la Commission sur l'extraterritorialité²¹³.

103. Si stratégiquement le refus de la Cour d'exercer une compétence universelle s'explique en ce qu'elle évite l'encombrement de son office par des plaintes étrangères, indirectes ou politiquement délicates, sa solution réservée est cependant une véritable « baïonnette », un duplicateur de la consternation et de l'indifférence pour les victimes de bombardements des « forces alliées » de l'Alliance militaire

de la torture et l'article 8 sur le droit au respect de la vie privée et familiale en considérant leurs conditions de détention. Bien plus, ils affirmaient aussi l'atteinte au droit à la vie selon l'article 2 de la Convention. Ne soutenant pas uniquement que les autorités moldaves étaient responsables de toutes ces violations alléguées à leurs droits conventionnels en ne prenant pas des mesures appropriées pour changer la situation, les requérants tiennent aussi la Russie pour responsable, étant donné le contrôle de fait qu'elle exerçait dans la région sécessionniste par la présence de ses troupes et le soutien en équipements militaires russes qu'elle y apportait. La requête conférée à la première section de la Cour, sa chambre va se dessaisir le 20 mars 2001 au profit de la Grande chambre qui, par une décision du 4 juillet 2001 va la juger recevable. Sur le point intéressant cette analyse, à savoir la question de juridiction de la Cour conformément à l'article 1 de la Convention, si le gouvernement moldave la conteste eu égard aux requérants à l'époque pertinente en considérant la requête incompatible *ratione personae* avec les dispositions de la Convention et en soutenant avoir tout fait pour rétablir son contrôle, le gouvernement russe s'attèle à prétendre que seul le gouvernement moldave est seul responsable, car sa présence dans cette région l'était avec son consentement et que les faits en cause l'ont été avant l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Russie. Face à ces arguments, la Cour déresponsabilise les autorités moldaves notant qu'elles ont prises les mesures adéquates tant politiquement, administrativement pour les requérants sur un territoire dont elle n'avait aucun contrôle effectif. C'est donc la responsabilité de la Russie qui a été engagée pour les actes illégaux commis pas les sécessionnistes transnistriens, vu son soutien militaire et politique à cette sécession et son implication militaire dans les combats. La Cour va reconnaître que les requérants relèvent de la juridiction de la Russie selon l'article 1 en dépit du fait qu'à l'époque des faits la Convention n'était pas encore en vigueur à son égard. Voir Cour EDH, *Ilascu c. Moldavie et Russie*, décision [G.Ch.] du 4 juillet 2001, N°48787/99.

²¹² Si pour le Professeur RENUCCI « L'affaire *Bankovic* est sans doute significative d'un léger recul, mais elle est aussi significative d'un certain réalisme et d'un grand pragmatisme : or, au-delà même des apparences, une telle attitude peut finalement se révéler protectrice des droits de l'homme, tant il est vrai qu'une volonté tendant à l'absolutisme peut se traduire par des effets pervers particulièrement dangereux », pour le Professeur COHEN-JONATHAN « Hors de l'Europe, l'ordre public des libertés ne s'applique pas aux effets meurtriers de l'utilisation de la force militaire aérienne ». J.-F. RENUCCI, « L'applicabilité de la convention européenne des droits de l'homme n'est pas sans limite », *Rec. Dalloz* 2002, p. 2567 et G. COHEN-JONATHAN, « La territorialisation de la juridiction... », article précité, p. 1082.

²¹³ Voir G. COHEN-JONATHAN, « La territorialisation de la juridiction... », article précité, p. 1082.

auxquelles prennent part des États parties à la Convention. Dans le fond, nonobstant leur légitimité de plaider tant la violation du droit international des droits de l'homme que celle du droit international humanitaire se construisant contre l'opinion d'injusticiabilité des actes et faits de guerre, les victimes pâtissent d'un déni de justice flagrant à la Cour au nom d'un certain régionalisme territorial, qui découle d'une interprétation formelle de la Convention et protectrice de l'intention de ses auteurs, comme si le caractère vivant et dynamique de cette dernière venait de se dissiper à l'instar de la fumée.

104. L'option de cette jurisprudence *Bankovic* pour démontrer le déni de justice structurel en dehors du cadre des engagements onusiens s'explique spécifiquement par la réflexion qu'elle suscite sur l'aménagement de la responsabilité entre une organisation internationale et ses Etats contractants²¹⁴. Bien plus, cet intérêt se justifie dans l'inexistence de procédure spécifique internationale d'indemnisation des dommages et préjudices rattachables à l'opération « Force alliée » dans cette affaire, ce qui pousse à la recherche d'une certaine forme de justice pour ceux qui en sont victimes.
105. Cette forme de justice pour les victimes du déni de justice passe par la reconnaissance de l'applicabilité de la Convention aux actes en étendant leurs effets au-delà du champ territorial conventionnel ou national. C'est la considération de l'effet réel de tels actes qui pousse à une telle solution, qui n'est pas nouvelle : la Cour a déjà relevé dans l'affaire *Drozd et Janousek c. France et Espagne* que la « juridiction » peut se déployer aux actes étatiques mais produisant leurs effets au-delà des frontières nationales²¹⁵. Dans cette jurisprudence, même si les actes des juges français et espagnols mis à la disposition d'Andorre et n'intervenant pas pour la France ni pour l'Espagne étaient remis en cause et que la requête fut considérée comme étant irrecevable en raison de la personne, il demeure tout de même que, sur un plan principal, la Cour reconnaît la justiciabilité des actes liés à l'Etat ayant des effets extraterritoriaux dans la continuité du dénouement admis par la Commission européenne des droits de l'homme²¹⁶. Bien que cette jurisprudence n'implique que

²¹⁴ Voir H. BELRHALI, « A contre-courant : l'ilot de l'irresponsabilité de l'Etat du fait des opérations militaires », AJDA, N°40, 2010, p. 2269.

²¹⁵ Voir Cour EDH, *Drozd et Janousek c. France et Espagne*, décision [Pl.] du 26 juin 1992, N°12747/87.

²¹⁶ Com. EDH, X c. RFA, décision du 25 septembre 1965, N°1611/62, Annuaire de la Convention, vol.8, p.159 ;

les États, sans concerner une organisation internationale, l'analogie peut mener à substituer Andorre par une organisation internationale, incarnée en l'espèce par l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord que l'on peut considérer comme un prolongement de l'État, notant que les 17 États défendeurs sont doublement parties à cette organisation et à la Convention. Même si les faits peuvent être directement imputables à l'organisation selon une approche nationale, seule la responsabilité internationale des États défendeurs est en cause relativement à la Convention. La seule solution - à l'avantage de l'effectivité de l'accès à la Cour en particulier et du système conventionnel en général, et en harmonie avec la logique visant à imposer à toutes les organisations internationales d'intégration (ou y aspirant) d'interdire aux États de s'abriter derrière des considérations purement souverainistes pour se dédouaner de leurs obligations internationales – est de reconnaître l'applicabilité de la Convention aux actes étatiques produisant des effets extraterritoriaux²¹⁷. En revanche, si l'établissement de la juridiction des États se confirme lorsqu'ils sont à l'origine de l'acte, même matériellement entrepris en dehors de leurs frontières, force est de considérer que la mise à disposition de leurs troupes à l'Alliance militaire pour des frappes aériennes le confirme également, même sans troupes au sol. C'est exclusivement cette mise à disposition des troupes aériennes à l'organisation qui est réellement l'acte à l'origine des effets du bombardement sur les victimes. Pourtant tous ces États sont parties à la Convention et ce sont eux les sujets primaires dans le Conseil de l'Europe, tout comme dans l'organisation transatlantique. Une telle solution est d'autant plus soutenable que cette dernière organisation n'a envisagé aucune voie de recours ni d'indemnisation.

Hess c. Royaume-Uni, 28 mai 1975, N°6231/73, Décisions et Rapports 2, p.74 et W. c. Royaume-Uni, 28 février 1983, N°9348/81, Décisions et Rapports 32, p.201.

²¹⁷ P. DOURNEAU-JOSETTE et E. LAMBERT ABDELGAWAD, Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2011, p.117.

2. L'exigence de coopération internationale et la nécessité d'un réel contrôle de proportionnalité ou d'instauration d'une voie de recours juridictionnel ou simplement impartiale

106. Les affaires jointes *Waite et Kennedy* et *Beer et Regan* concernent d'un côté deux ressortissants britanniques ainsi que deux ressortissants allemand et britannique de l'autre²¹⁸. En fait, ces requérants employés de sociétés étrangères et mis à la disposition de l'Agence spatiale européenne pour une prestation de services au Centre européen d'opérations spatiales à Darmstadt en Allemagne, vont voir cette dernière leur refuser le renouvellement de leurs contrats.
107. Face à cet obstacle, ils saisissent le tribunal de travail de la ville en invoquant leur qualité d'agents de cette organisation internationale en vertu de la loi allemande sur les prestations de services et sont déboutés à la suite de l'irrecevabilité de leur requête au nom de l'immunité juridictionnelle soulevée par la défenderesse en vertu de l'article XV§2 de la Convention de l'ASE et de son Annexe I ainsi que de l'article 20§2 de la loi allemande sur l'organisation judiciaire. Faisant recours devant le tribunal régional du travail, ainsi que devant la Cour fédérale du travail, ces juridictions confirment la décision initiale énonçant que l'immunité de juridiction en cause empêche toute procédure judiciaire.
108. Cette impasse juridictionnelle interne les incite à saisir la Cour devant laquelle ils allèguent la violation de leur droit au juge conformément à l'article 6§1 et précisément sur la problématique de la réalité de leurs contrats avec l'Agence en vertu de la réglementation allemande sur les prestations de services. La Cour va considérer que l'entérinement par les juridictions allemandes de l'immunité juridictionnelle n'est pas « arbitraire », ni n'excède la marge nationale d'appréciation de la légitimité et de la proportionnalité. En effet, sous un angle, pour la Cour, limiter le droit d'accès à un tribunal par l'immunité de juridiction est légitime car cela est inhérent au bon fonctionnement des organisations internationales sans ingérence étatique²¹⁹. Sous un autre angle, considérant d'abord, selon l'article 33§1 du statut personnel de l'organisation, que les requérants disposaient d'une voie de recours alternative viable en la Commission de recours, un organe « indépendant » et habilité pour les litiges

²¹⁸ Cour EDH, *Waite et Kennedy* et *Beer et Regan*, arrêts précités.

²¹⁹ §63 et §53 respectivement.

liés à toute décision de l'Agence et à ses employés, la Cour va examiner ensuite la possibilité accordée aux travailleurs temporaires de demander réparation aux entreprises-employeur et les mettant à disposition de tiers. Elle va finalement conclure que la proportionnalité est inapplicable pour contraindre une organisation à se défendre devant les juridictions nationales sur les conditions de travail régies par la législation interne du travail²²⁰. Pour la Cour, une interprétation contraignant une organisation à être déférée devant un juge est une obstruction à son bon fonctionnement et est contradictoire à la tendance contemporaine visant à l'extension et à l'intensification de la coopération internationale.

109. Simplement, la Cour admet dans cette affaire la conformité à la Convention européenne, notamment son article 6§1, de l'immunité de juridiction, dès lors qu'elle est envisagée par un accord ou un texte, puisqu'elle estime que « *le fait pour les Etats d'accorder généralement l'immunité de juridiction aux organisations internationales en vertu des instruments constitutifs de celles-ci ou d'accords additionnels constitue une pratique de longue date, destinée à assurer le bon fonctionnement de ces organisations* » et du moment qu'il existe de voies de recours alternatives pour protéger efficacement les droits garantis aux requérants par la convention²²¹.
110. D'un double point de vue, cette solution de la Cour prive carrément les requérants d'accès à son office. *Primo*, il faut regretter le manque d'autonomie de ce droit d'accès au juge ou autrement dit son aliénabilité, puisqu'il est désormais soumis au droit à l'indépendance des organisations internationales, surtout lorsqu'on rappelle les termes de la Cour considérant qu' « *interpréter l'article 6§1, et ses garanties d'accès à un tribunal comme exigeant forcément que l'on applique la législation nationale en la matière entraverait ... le bon fonctionnement des organisations internationales et irait à l'encontre de la tendance actuelle à l'élargissement et à l'intensification de la coopération internationale* »²²². *Secundo*, cette solution déçoit par l'absence de contrôle par la Cour de la chance de réussite ou d'efficacité d'autres voies de recours raisonnables et déroge ainsi un peu au caractère conventionnel de protection des droits effectifs et réels²²³. Par ailleurs, la disponibilité d'une voie

²²⁰ §72 et §62 respectivement.

²²¹ §63 al.2 et 68 ainsi que §53 al.2 et 58 respectivement.

²²² §63 et §62 respectivement.

²²³ Cour EDH, Waite et Kennedy c. Allemagne, 18 février 1998, JDI, 2000, 102, obs., P. TAVERNIER, p.104.

alternative n'est pas absolument le chemin d'obtention de ce que l'on n'a pas pu obtenir par le jeu de l'immunité²²⁴. En réalité, reconnaître en cette cause la conventionnalité de l'immunité de juridiction des organisations internationales est illusoire en ce que « *le brevet de conventionnalité accordé à ladite immunité l'est dans des conditions qui révèlent une construction largement en trompe-l'œil* » puisque n'est pas établie la parfaite harmonie tant opinée entre le droit des requérants d'accès au juge et le droit à l'indépendance des organisations internationales²²⁵.

111. La non-violation du droit au juge dans cette affaire à cause de l'immunité est réellement un déni de justice maquillé par la Cour parce qu'elle se contente uniquement de restreindre son office face aux requérants en arguant simplement la prévision par un accord de l'immunité de juridiction des organisations internationales sans véritablement vérifier l'effectivité ou l'efficacité des autres voies de recours alternatifs envisagées.
112. Même si certains peuvent encore estimer justement qu'il faut maintenir l'immunité de juridiction des organisations pour ne pas permettre leur conduite devant les juridictions étatiques et faciliter la coopération internationale, il existe un dénouement à cette situation. En effet, avec le progrès du droit international, surtout celui des droits de l'homme, et des jurisprudences des juridictions tant internationales que nationales, la souplesse et la modération supposent que les requérants à la Cour, ne soient pas abandonnés sans accès au juge et, du moins accèdent à un règlement de litiges soumis aux principes processuels équitables avec au sommet celui du contradictoire.
113. Pour ce faire, la Cour doit d'abord différencier les actes de *jure gestionis* et *jure imperii*, bien que cette distinction soit essentiellement liée aux immunités étatiques. Par ailleurs, elle doit renforcer sa jurisprudence qui conditionne la reconnaissance de l'immunité de l'organisation à l'existence d'une voie de recours alternatifs par un contrôle réel de la proportionnalité non limité à l'énoncé de principe mais conforme à l'ordre public européen conventionnel en se déclarant compétente. La meilleure

²²⁴ Lire F. MARCHADIER, Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH, Bruylant, 2007, p. 118 et s.

²²⁵ Voir Cour EDH, Waite et Kennedy c. Allemagne, 18 février 1998, AJDA, 2000, obs. J.-F. FLAUSS, p.528. Sur l'immunité de juridiction des organisations internationales. J.-F. FLAUSS, « Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme », RSDIDE, 2000, spéc. p. 316 et s.

consolidation, à cet égard, serait de reconnaître l'immunité de l'organisation moyennant l'existence d'une voie de recours juridictionnel ou simplement impartial au sein de l'organisation, seule à même d'assurer véritablement l'équilibre entre les parties. Cela doit se faire tout en veillant au non-blocage de l'action de l'organisation par l'évitement de questionnement automatique et sans considération de leur imputation quasi-délictuelle devant les juridictions étatiques.

114. Si le régionalisme conventionnel et la coopération internationale sont les motivations réelles du refus de contrôle du respect des droits de la Convention par la Cour, c'est en revanche l'inapplication extraterritoriale de la convention, l'immunité de juridiction de l'organisation internationale, sans omettre le respect du droit international et du droit interne qui fondent théoriquement ce refus rendant impossible l'accès à la Cour pour un jugement équitable aux requérants confrontés à des organisations internationales. Par ailleurs, cet impossible accès peut aussi tenir à certains actes interétatiques.

§2. Le refus d'examen de certains actes interétatiques

115. Structurellement, le refus par la Cour d'examiner certains actes interétatiques ayant une incidence sur les droits conventionnels des requérants tient à certains soubassements juridiques (A) et manifeste réellement l'arbitraire²²⁶(B).

²²⁶ Dans le cadre du droit à un procès équitable, notamment le droit au juge, prévenir l'arbitraire est fondamental parce que cela permet d'asseoir la confiance du public dans une justice objective et transparente. L'on entendra cette notion selon le sens que lui donne la Cour elle-même. En effet, formellement, selon la Cour, l'arbitraire d'une décision de justice varie et peut impliquer le refus d'examiner une demande alors que les normes applicables n'envisagent pas d'exception ou son fondement sur d'autres motivations que celles prévues par ces normes ou sa mauvaise motivation quant à ces normes. Donc, sur la forme, l'arbitraire d'une décision est son édicition au bout d'une procédure qui ne présente pas les garanties de qualité, d'indépendance et de transparence. En revanche, sur le fond, l'arbitraire d'une décision est son irrationalité et sa non-poursuite d'un objectif d'intérêt général cachant en réalité une volonté de satisfaire son auteur. En bref, pour la Cour, l'arbitraire d'une décision comprend quatre caractères alternatifs, à savoir, « l'illégalité, l'obscurité du droit, la manipulation des textes et l'expression d'une volonté absolue ». Voir J. PORTIER, "La notion d'arbitraire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", Les Cahiers de la justice, Vol.3, N°3, 2016, pp.526, 529 et 531.

A. Les socles juridiques du refus d'examen

116. Juridiquement, les fondements de l'impossible accès à la Cour pour les requérants liés au refus d'examen de certains actes interétatiques tiennent à la persistance de l'immunité d'exécution des Etats (1) et à l'existence de certaines réserves, notamment la clause limitative de compétence juridictionnelle (2).

1. La rémanence de l'immunité d'exécution des Etats

117. En principe, l'immunité d'exécution est un privilège dont bénéficie l'Etat sur le territoire d'un Etat étranger et qui lui permet de contrecarrer toute mesure d'exécution forcée, provisoire ou définitive, que l'un de ses créanciers pourrait engager de manière directe ou indirecte sur ses biens ou plus ordinairement sur ses actifs²²⁷. En conséquence, c'est un avantage auquel peut recourir l'Etat pour empêcher la réussite d'une procédure d'exécution judiciaire à son encontre devant une juridiction étrangère et lui permettre de mener à bien ses fonctions étatiques. Simplement,

« l'immunité d'exécution de l'Etat étranger signifie que les biens qui lui appartiennent et qui sont situés ou qui se trouvent hors de son territoire, sont protégés contre n'importe quelle mesure d'exécution d'un autre Etat »

²²⁸.

118. Si réglementer les limites de l'action des juridictions d'un Etat à l'endroit d'un Etat étranger rapproche l'immunité d'exécution de celle de juridiction, elles diffèrent en ce que la première retransche certains biens de l'Etat étranger aux mesures d'exécution de ses créanciers alors que la seconde soustrait certains de ses actes au pouvoir juridictionnel²²⁹. C'est leur objet qui les démarque plutôt que leur nature, car il porte sur différentes étapes ou instants de l'exercice du pouvoir juridictionnel : si

²²⁷ A. PETERS, E. LAGRANGE, S. OETER et C. TOMUSCHAT (dir.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Brill/Nijhoff, Leyden, 2015, p.70.

²²⁸ R. VIENNEMANN, « L'immunité d'exécution de l'Etat étranger ». In Université libre de Bruxelles, Centre de droit international, Université catholique de Louvain (1970-), *L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats : à propos du projet de convention du Conseil de l'Europe : actes du colloque conjoint des 30 et 31 janvier 1969*, Editions de l'institut de sociologie, Bruxelles, 1971, p. 119.

²²⁹ Voir K. TAMAMIAN, *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger en droit international*, thèse de doctorat en droit privé soutenue à l'Université de Paris X en 2000 et sous la direction de G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, pp. 12 et 40.

l'immunité de juridiction s'oppose au pouvoir de dire le droit ou éventuellement de condamnation de l'Etat étranger, l'immunité d'exécution s'attèle au pouvoir de permettre ou de refuser d'appliquer la condamnation actée contre cet Etat²³⁰. De plus, l'immunité d'exécution se singularise en principe par son caractère « absolu », elle souffre rarement d'exception pour l'Etat et ses représentants ; sa renonciation n'est pas systématiquement une conséquence de la renonciation à l'immunité de juridiction puisque le juge s'intéresse plus au contrôle sur la nature des biens objets de l'exécution qu'à l'activité²³¹. Effectivement, renoncer à l'immunité d'exécution est un acte distinct de la renonciation à l'immunité de juridiction et devant être compatible avec le droit international²³².

119. A l'origine, entre le XIXe et la première moitié du XXe siècles, l'immunité d'exécution est marquée par son caractère absolu, eu égard à la pratique des juridictions dans les procédures d'exécution pouvant être appliquées aux États étrangers au moment des saisies préliminaires et requêtes d'exécution²³³. En revanche, elle a évolué dans un second temps et s'est vue restreinte sous l'influence de l'immunité de juridiction écartée dans de nombreux pays face à la multiplication de contentieux impliquant l'Etat étranger comme acteur privé n'exerçant pas une activité de puissance publique²³⁴.
120. L'inadmissibilité raisonnable d'entreprendre des mesures d'exécution contre un Etat étranger et les fonctions constructives de l'immunité d'exécution la fondent rationnellement. D'une part, raisonnablement, la souveraineté, principe le plus sacré en droit international, interdit d'emblée toute exécution et suppose qu'aucune personne ne gêne ni ne dérange l'État souverain étranger au moyen d'une action judiciaire contre sa personne ou la saisie - arrêt ou exécution – à l'égard d'un bien lui appartenant, en sa possession ou son contrôle²³⁵. Également, en tant que principe prévu par l'article 1 de la Charte des Nations unies interdisant toute subordination

²³⁰ Voir P. BOUREL, « Immunité de juridiction et d'exécution », *Jurisclasseur D.I.* Fasc. 580-50, 1993, n°208.

²³¹ Voir A. PETERS, E. LAGRANGE, S. OETER et C. TOMUSCHAT (dir.), *Immunities in the Age of Global ...*, op.cit., p.71.

²³² Voir D. ALLAND et Th. FLEURY GRAFF, « Les limites de la renonciation par l'Etat à son immunité d'exécution », *RCDIP*, 2016, Vol. 1, p.4.

²³³ Voir K. TAMAMIAN, op.cit., p. 15.

²³⁴ Voir I. PINGEL-LENUZZA, *Les immunités en droit international*, Bruylant, Bruxelles, 1997, spéc. p.181 et s.

²³⁵ S. SUCHARITKUL, *Les immunités juridictionnelles des navires publics affectés aux activités commerciales spécialement par rapport au droit anglais et américain*, thèse, 1954, p.71.

d'un Etat étranger à l'Etat du for pour la pleine jouissance d'un traitement égal devant les organes juridictionnels, l'égalité est inhéremment incompatible à l'autorisation d'une exécution judiciaire. D'autre part, si l'immunité d'exécution prévient les différends interétatiques en maintenant entre autres des relations amicales, elle manifeste aussi la courtoisie internationale et protège les activités de puissance publique des Etats étrangers²³⁶.

121. Malgré l'importance des justifications rationnelles de l'immunité d'exécution, l'action du juge ne peut se fonder juridiquement que par la consécration de cette notion en droit. De nombreux textes internationaux règlementent l'immunité d'exécution étatique, notamment l'article 31. 3 de la *Convention de Genève* sur les relations diplomatiques prohibant toute mesure d'exécution à l'endroit de l'agent diplomatique sauf pour des actions réelles, successorales ou professionnelles ou commerciales exercées à titre privée.
122. Si le droit international reconnaît l'immunité d'exécution, il ne lui accorde cependant pas un caractère absolu et reconnaît la possibilité d'y renoncer sans préciser auxquels biens renoncer. C'est ce qui ressort de l'article 23 de la *Convention européenne sur l'immunité des Etats* du 16 mai 1972 à Bâle interdisant l'exécution forcée sur les biens d'un Etat et envisageant la renonciation expresse à l'immunité d'exécution par des formules : « *sauf dans les cas et dans la mesure où celui-ci y a expressément consenti par écrit* ». C'est aussi déductible des termes de l'article 5.1 de la *résolution de l'Institut de droit international* - adoptée pendant la session de Bâle du 2 septembre 1991 relativement aux « *aspects récents de l'immunité de juridiction et d'exécution des Etats* » - mentionnant qu'« *un Etat étranger ne peut invoquer l'immunité de juridiction ou d'exécution à l'égard de compétences des tribunaux ou autres organes de l'Etat du for auxquelles il a expressément consenti [...] b) dans un contrat écrit* ». C'est par ailleurs perceptible à l'article 19 C de la *Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens* du 2 décembre 2004 soulignant que l'immunité d'exécution peut être levée par le juge pour des biens spécialement affectés ou destinés à être affectés par l'Etat autrement que pour des visées de service public non commerciales et ce, si les mesures d'exécution forcée

²³⁶ Voir G. DRESSLER, L'immunité de juridiction et d'exécution de l'Etat étranger devant la juridiction nationale, thèse soutenue à l'Université de Genève, 1978, p.189-190.

ultérieures se rapportent exclusivement à des biens en lien avec l'entité en cause dans la procédure intentée. Cette disposition valide réellement la possibilité pour un Etat de renoncer par écrit à l'immunité d'exécution sans pourtant imposer une renonciation particulière pour certains biens. En d'autres termes, cette disposition envisage deux options, à savoir, la possibilité de contraindre l'Etat à l'exécution par son propre consentement, ou celle de la lui imposer quand les mesures de contrainte portent sur des biens spécialement utilisés autrement qu'à des objectifs de service public non commercial²³⁷.

123. La Cour reconnaît l'immunité d'exécution en conformité avec le droit international pour favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre Etats dans le respect de la souveraineté²³⁸. En la matière, elle suit la tendance du droit international en différenciant les actes *iure gestionis*, plus facilement dérogeables à l'immunité, des actes *iure imperii* où l'immunité prévaut de manière presque absolue. En effet, dans le cadre des contrats de travail impliquant les agents de l'Etat à l'Etranger, l'immunité est disproportionnée quant à l'objectif poursuivi et peut constituer un obstacle à l'accès au juge pour le requérant²³⁹.

2. L'existence de la clause limitative de compétence juridictionnelle temporelle

124. En 1928, Charles De Visscher évoquait déjà les aversions des Etats - à soumettre leurs différends à la décision obligatoire d'un tiers impartial - qui étaient évidentes dans les premiers instruments au travers de l'insertion de réserves visant à empêcher la juridiction internationale la connaissance de certaines formes de litiges²⁴⁰. L'une des manifestations de ces réserves, la clause limitative de compétence juridictionnelle dans le temps, constitue définitivement un obstacle à l'accès au juge pour le requérant, même si les juridictions des droits de l'homme, comme la Cour, s'assurent *proprio*

²³⁷ Juge Ronny ABRAHAM, Intervention lors du débat. In. I. PINGEL (dir.), Droit des immunités et exigences de procès équitable, Pédone, Paris, 2005, 162 p., pp.140-141.

²³⁸ Voir Cour EDH, Cudak c. Lituanie, arrêt [G.Ch.] du 23 mars 2010, N° 15869/02, §60.

²³⁹ Voir Cour EDH, Sabeh El Leil c. France, arrêt [G.Ch.] du 29 juin 2011, N° 34869/05, §52 et Wallishauser c. Autriche, arrêt [Section 1] du 17 juillet 2012, N° 156/04, §68.

²⁴⁰ Voir C. De VISSCHER, « Justice et médiation internationales », RDILC., 1928, pp. 33-82, spéc. p.37.

motu que les faits qui leurs sont rapportés, en fonction de leur date de réalisation, sont conformes aux règles qu'elles appliquent²⁴¹.

125. Si la compétence est l'aptitude légale pour une action supposant de respecter la sphère de ladite action, la juridiction est le pouvoir reconnu à un juge ou à un tribunal de rendre justice ou autrement dit le fait de trancher un différend par une décision obligatoire en application du droit²⁴². En droit international, il est essentiel de s'enquérir de l'attribution de la compétence au juge pour trancher sur un litige dont il est saisi ou de s'assurer de sa qualification en droit pour décider sur telle ou telle requête²⁴³. S'opposer à la compétence peut viser la réalité ou le contenu de l'acte par lequel l'Etat a donné son consentement à l'organe saisi pour exercer son pouvoir²⁴⁴. Si en droit interne, la juridiction est déterminée par le droit objectif en étant indifférente de l'accord préalable des parties en cause, en droit international, elle est absolument limitée et consensuelle car elle n'existe qu'en étant admise par les Etats et n'est pas non plus générale pour connaître l'ensemble des différends²⁴⁵.
126. En impliquant le domaine d'exercice d'un pouvoir et l'aptitude légale de production d'un acte juridictionnel, la compétence s'imbrique ou se complète avec la juridiction. Sur ce postulat, la « compétence juridictionnelle » suppose en même temps la qualité reconnue à l'organe et ce que cette qualité permet réellement à cet organe de faire, entre autres le champ d'action dans lequel un organe compétent peut trancher un litige²⁴⁶. Dans l'un ou l'autre volet, la compétence est une condition d'exercice du

²⁴¹ Pour la Cour européenne, la limitation de sa compétence se trouve déterminée par la Convention européenne elle-même et par la règle de non-rétroactivité, et non par les considérations ou appréciations des parties dans une affaire déterminée. Cour EDH, *Bléic c. Croatie*, exceptions préliminaires [G. Ch.] du 8 mars 2006, N° 59532/00.

²⁴² Voir AFDA, *La compétence*. Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008, Litec, Paris, 2008, spéc. pp.145 et s. et Dictionnaire de l'Académie française, 9ème édition.

²⁴³ Voir CIJ, jugements du tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'UNESCO, avis consultatif du 23 octobre 1956, Rec. 1956, pp. 77-102, spéc. p. 87.

²⁴⁴ Voir CPJI, *Usine de Chorzów*, arrêt sur la compétence du 26 juillet 1927, Rec. CPJI. Série A, n°9, pp.4-35, spéc. p. 32.

²⁴⁵ Idem et Sh. ROSENNE, *The Law and Practice of International Court*, Leyden, Sijthoff, 1965, p.529. Le consentement de l'Etat est très généralement le fondement de l'organisation judiciaire en droit international où « (...) aucun Etat ne saurait être obligé de soumettre ses différends avec les autres Etats soit à la médiation, soit à l'arbitrage, soit, enfin, à n'importe quel procédé de solution pacifique, sans son consentement » ; et c'est exceptionnellement qu'il existe des juridictions internationales établies sans le consentement étatique par une méthode « autoritaire » comme le cas des tribunaux administratifs des organisations internationales dont le but est de trancher les litiges avec leurs agents ou des juridictions internationales pénales ad hoc. CPJI, *statut de la Carélie orientale*, avis consultatif du 23 juillet 1923, Rec. CPJI, Série B, n°5, pp. 7-29, spéc. p.27 ; CIJ, *affaire Timor Oriental*, Portugal c. Australie, arrêt du 30 juin 1995, pp. 90-106, spéc. p. 101, §26 et C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, pp. 122-123.

²⁴⁶ Voir AFDA, *La compétence*, op.cit., pp. 5-32, spéc. p. 17.

pouvoir juridictionnel, puisque, lorsqu'on la différencie du pouvoir auquel elle est souvent rattachée, elle apparaît comme une notion exclusivement négative induisant une limitation en ce qu'une autorité n'agit que dans la sphère de sa compétence²⁴⁷. En réalité, l'exercice d'une juridiction n'est pas une compétence neutre mais uniquement l'exercice du pouvoir de juger ; ainsi, évoquer l'exercice d'une compétence ou rappeler la « compétence juridictionnelle » d'une juridiction est un arrangement de langage. Ainsi, le juridictionnel est le pouvoir et non le titre fondant son exercice, l'emploi des termes « compétence juridictionnelle » ou « exercice de la compétence » est juste conventionnel : la compétence, à cet égard, est le pouvoir juridictionnel.

127. La compétence juridictionnelle dans le temps est une œuvre jurisprudentielle qui, en droit international, se rapporte au champ temporel dans lequel la juridiction devrait conserver son activité, plus exactement, le temps jusqu'auquel, ou pour lequel la juridiction serait agréée à examiner une affaire²⁴⁸. Quant à la clause limitative, elle est une disposition particulière d'un engagement apportant une limitation ou enfermant entre des bornes précises l'action d'une personne juridique²⁴⁹. Par conséquent, la clause limitative de compétence juridictionnelle dans le temps s'entendra comme une disposition qui empêche le règlement juridictionnel du litige en lien avec la durée de l'habilitation par le tribunal à exercer le pouvoir de juger ou autrement dit avec la durée de validité de l'engagement ou des engagements par lesquels les parties avaient consenti à se soumettre à la juridiction du tribunal. La clause limitative de compétence juridictionnelle dans le temps est une manière pour les Etats de régler les questions de succession de règles dans le temps en mettant en évidence celle potentiellement applicable à la procédure. Dans le discours juridictionnel, la clause limitative de compétence juridictionnelle dans le temps ressortira du registre de la compétence personnelle puisque son objection par le juge exigera de déterminer le consentement ou non à sa juridiction de l'Etat qui l'invoque²⁵⁰.

²⁴⁷ Voir SFDI, Les compétences de l'Etat en droit international- Colloque de Rennes, Pédone, Paris, 2006, p. 306.

²⁴⁸ Voir P.-F. LAVAL, La compétence ratione temporis des juridictions internationales, Thèse de doctorat en Droit dirigé par M. Carlo SANTULLI, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2011, p.26.

²⁴⁹ Dictionnaire de l'Académie française, 9ème édition.

²⁵⁰ G. HERCZEGH, « Les exceptions préliminaires à la lumière de la jurisprudence de la Cour internationale de justice (1994-2000) ». In L.C. VOHRAH, POCAR F., FEATHERSTONE Y. et autres (dir.), *Man's Inhumanity to Man – Essays on international Law in honour of Antonio Cassese*, Brill, Leyden, 2021, pp.399-422, spéc. p.406.

128. En général, les objectifs d'une clause limitative de compétence juridictionnelle sont l'évitement du réveil des griefs anciens, l'exclusion de la probabilité d'un déferrement par saisine de juridictions des situations ou faits datant d'une époque où l'État défendeur n'avait même pas envisagé le recours dont ces faits ou situations pourraient être l'objet²⁵¹. C'est quasiment la même vision qui anime la Cour pour admettre la réserve à sa compétence juridictionnelle sur les faits datant d'avant sa juridiction obligatoire lorsqu'elle énonce : « (...) que l'objet des limitations *ratione temporis* est d'empêcher que puissent être déférés par la voie d'une requête à la Cour des faits remontant à une époque où l'Etat défendeur n'était pas en mesure de prévoir la responsabilité internationale ou les procédures juridictionnelles auxquelles ces faits étaient susceptibles de donner lieu (...) »²⁵².
129. Par ailleurs, les clauses limitatives visant à exclure de la compétence juridictionnelle des événements futurs sont exceptionnelles. En effet, c'est l'hypothèse de toute disposition fondée l'article 124 du Statut de Rome accordant la possibilité aux Etats parties d'exclure de la compétence de la Cour pénale internationale pour une période transitoire de sept années à compter de son entrée en vigueur tous les crimes de guerre perpétrés par leurs ressortissants ou sur leur territoire. Ce genre de clause vise à soustraire certains épisodes militaires du contrôle juridictionnel. La clause limitative de compétence juridictionnelle pour des situations futures s'explique par la nécessité de prévenir les incertitudes liées à la forclusion de l'action internationale, entre autres par la quête de sécurité juridique pour réduire l'écart du temps susceptible de s'écouler entre la date d'accomplissement des faits litigieux et celle de leur instruction. Concrètement, elle constitue une riposte efficace aux problèmes complexes pouvant apparaître quant à l'administration de la preuve.
130. La tolérance de la clause limitative de compétence juridictionnelle dans le temps et la consolidation de l'immunité d'exécution des Etats par la Cour peuvent ériger en théorie une entrave pour le requérant °à l'accès à la Cour, en d'autres termes, son refus d'examiner certaines requêtes y afférentes. Cependant, en pratique, ce refus d'examen implique parfois l'arbitraire.

²⁵¹ CPJI, *Phosphates du Maroc, Italie c. France*, arrêt sur les exceptions préliminaires du 14 juin 1938, Rec. CPJI, série A/B, n°74, pp.10-30, spéc. p. 24.

²⁵² Cour EDH, *Blécic c. Croatie*, exceptions préliminaires [G. Ch.] du 8 mars 2006, N° 59532/00, §68.

B. Une manifestation de l'arbitraire

131. Le refus d'examen de certains actes interétatiques par la Cour manifeste l'arbitraire, d'une part, en ce qu'il vise absolument satisfaire la volonté de l'Etat défendeur en n'admettant pas d'exception à son immunité d'exécution et en limitant son accès garanti par la Convention au requérant, ce qui exige d'elle une conception modérée dans la limitation (1). D'autre part, l'arbitraire existe parce que la Cour n'envisage pas également d'exception à la clause limitative de compétence juridictionnelle pourtant contournable dans un véritable examen par une prise en compte du fait générateur du litige et du respect de la proportionnalité entre les parties au litige (2).

1. L'arbitraire dans la non-admission de l'exception à l'immunité d'exécution des Etats et l'exigence de modération de la Cour

132. Rappelant que l'arbitraire peut s'exprimer dans une certaine mesure comme le refus d'examen d'une demande dans l'absence d'exception à une norme applicable, force est de le constater à l'égard de la Cour dans l'affaire *Treska* où elle rejette de la demande des requérants uniquement au nom de l'immunité d'exécution des Etats défendeurs, l'Albanie et l'Italie, et malgré la reconnaissance par certaines juridictions internes de la violation de leur droit de propriété²⁵³. En effet, dans cette affaire, l'immunité d'exécution résiste bien à l'assaut des droits fondamentaux, notamment le droit d'accès au juge, en ce que la Cour n'en admet pas d'exception tirée de l'atteinte à ces droits²⁵⁴. En fait, impliquant les requérants MM. Nikolaus et Jurgen Treska de nationalité albanaise et résidant à Durrës, l'affaire en cause concerne la confiscation en 1950 sans compensation de la villa de leur père par l'Etat d'Albanie, sous régime communiste, qui va y construire une annexe. A une date non indiquée, l'Italie, par sa mission en Albanie, manifeste sa volonté d'acquérir les deux locaux et la réalise le 1^{er} juillet 1991 par un accord bilatéral. Cette entente, sans aliéner le terrain selon la législation albanaise, va reconnaître la propriété italienne sur les locaux et l'annexe comme résidence privée du chef de la mission italienne, mais tout cela se

²⁵³ Cour EDH, *Treska c. Albanie et Italie*, décision [Sect.4] du 29 juin 2006, N°26937/04.

²⁵⁴ Voir L. PERREAU SAUSSINE, « Immunité d'exécution et immunité de juridiction : distinction, comparaison, articulation », RIDE, 2023, p.26.

fait sans inscription du droit de propriété au registre foncier de Tirana, la capitale albanaise.

133. Informant le 5 août 1991 l'ambassadeur d'Italie de leur revendication sur la propriété de leur père confisquée et cédée, les requérants vont engager une action judiciaire en restitution immobilière devant le tribunal de district de Tirana. Le tribunal leur attribue la propriété en date du 9 septembre 1992 en ordonnant l'exécution de ce jugement au ministère des affaires étrangères albanais et cette décision devient finalement définitive en l'absence d'interjection d'appel par ce dernier. Par la suite, ils engagent un recours administratif devant la Commission de rétablissement du droit de propriété et de compensation et celle-ci y répond favorablement en confirmant l'illégalité de l'expropriation en plus de leur attribuer l'annexe de la villa, et ce avec l'inscription du droit de propriété sur les immeubles au registre foncier précité et l'obtention d'un certificat d'enregistrement le 20 décembre 1994. L'ambassadeur italien donne négativement suite à leur revendication et les renvoie pour le dénouement aux autorités albanaises. Pour rentrer en possession des biens, les requérants l'assignent en justice et sont déboutés par le tribunal qui se déclare incompétent le 31 octobre 2000 pour trancher la demande.
134. Déterminés, ils vont poursuivre d'autres procédures de recours visant cette fois-ci la restitution du terrain. Tout d'abord, en Albanie, en assignant à une date imprécise l'ambassade devant le tribunal de district précité pour une indemnisation liée à l'occupation du terrain, les requérants reçoivent gain de cause le 24 avril 1997 par un jugement devenant définitif et exécutoire respectivement les 2 et 10 juin de la même année. Devant les persistantes inexécutions de l'ambassade italienne et l'inaction des autorités albanaises, ils vont faire deux recours les 28 mai 1998 et 8 novembre 1999 devant la cour constitutionnelle qui va les rejeter successivement les 27 octobre 1998 et 10 mars 2002, tant pour non-exploration de toutes les voies de recours face à l'inaction du service des huissiers que pour l'immunité de l'ambassade italienne et l'inviolabilité de ses locaux. Ensuite, en Italie, ils vont saisir le 18 juin 2003 la cour d'appel de Rome pour *exequatur* aux fins de la reconnaissance et l'exécution du jugement définitif du 24 avril 1997 par le tribunal de district de Tirana, mais celle-ci rejette leur requête le 22 décembre 2004 en énonçant que le tribunal albanais avait méconnu l'égalité des armes par des assignations à bref délai de l'ambassade italien.

135. Non convaincus d'obtenir gain de cause en Italie, ils évitent le pourvoi en cassation et saisissent la Cour en arguant la violation de l'article 6§1 combiné à l'article 13 du fait de l'inexécution des décisions de justice et de l'impossibilité reconnue d'entrer en possession de leur propriété. La Cour va considérer la demande mal fondée en soulignant que sont justifiées, eu égard aux règles de droit international, les limitations du droit d'accès au tribunal autant sur les décisions juridictionnelles refusant d'ordonner à l'administration de prendre des mesures contraignantes en rapport avec les immeubles acquis par l'ambassade que sur l'inexécution du jugement en date du 24 avril 1997. Pour la Cour, la limitation est légitime dans sa visée, car l'octroi de l'immunité souveraine, entendue comme l'interdiction de soumettre un Etat à la juridiction d'un autre Etat, est conforme au droit international dans sa facilitation de la courtoisie et de la bonne entente entre les Etats en tant que pairs. Elle n'est pas non plus disproportionnée, car elle permet d'assurer le bon fonctionnement optimal des missions diplomatiques et facilite largement la coopération internationale conformément au droit international que la Cour ne peut ignorer même lorsqu'il s'agit du droit d'accès au juge. Pour le juge européen des droits de l'homme, autant le droit d'accès au juge est inhérent au procès équitable selon l'article 6§1 de la convention, autant certaines restrictions qui y sont liées sont inhérentes et, l'immunité des Etats comme limitation communément admise par la communauté des nations est du nombre de ces dernières. La Cour, en effet, conteste que l'immunité puisse apparaître comme une restriction disproportionnée au droit d'accès au juge, y compris dans son aspect de droit à l'exécution d'une décision de justice, ou une restriction justifiée du droit de propriété à la sauvegarde du droit de propriété²⁵⁵
136. En réalité, sous couvert du droit international, la Cour commet l'arbitraire, donc un déni de justice, en faisant prévaloir le droit d'immunité des États face au droit d'accès au juge, droits dont la confrontation ne semble laisser aucune issue au second. En d'autres termes, la Cour abandonne les requérants en cause au sort du droit international dont le champ d'application, pourtant, apparaît comme un rocher insurmontable sur lequel se brisent tous leurs espoirs, même inhérents aux droits fondamentaux en général et au droit d'accès au juge en particulier²⁵⁶. En droit

²⁵⁵ Voir L. PERREAU SAUSSINE, « Immunité d'exécution et immunité... », art. précité, p.26.

²⁵⁶ Voir F. MARCHADIER, Immunité souveraine en matière civile dans le contexte du droit européen des droits de l'homme, RCDIP, 2017, Vol.2, N°2, p. 161.

international, d'une part, l'immunité de juridiction ne céderait que devant les actes *iure imperii* ou *iure de gestionis*, et même, quand ces actes violent les droits fondamentaux ou traduisent d'extrêmes atrocités - crimes de guerre, terrorisme, torture - ou enfreignent le *jus cogens*, ils sont soustraits du contrôle des juridictions des autres Etats sauf existence d'une norme internationale pour la neutraliser ou la supplanter²⁵⁷. D'autre part, particulièrement à l'espèce, l'immunité d'exécution ne peut céder qu'à défaut de poursuivre « *une finalité de souveraineté des biens objets de la mesure de contrainte* »²⁵⁸. Malheureusement, en dépit de l'absence d'une finalité souveraine de l'immunité d'exécution, puisqu'en l'espèce la propriété en cause est une résidence privée du chef de la mission italienne acquise sur la base d'un accord en violation de la législation et de décisions judiciaires albanaises, la Cour s'oppose à y trouver exception.

137. Dans ce duel entre le droit d'immunité et un droit fondamental, comme celui d'accès au juge, la Cour considère que les règles généralement admises par la communauté des nations intègrent davantage le premier droit que le second²⁵⁹. Véritablement, en l'espèce, même en affirmant que la Cour souscrit au mouvement pour cantonner l'immunité aux actes souverains des Etats, puisque l'Italie a acquis les locaux sur la base d'un accord avec l'Albanie et non d'un contrat avec le requérant, cette restriction n'amoindrit pas la violation de l'accès au juge et démontre au contraire que l'exclusion de l'immunité d'exécution reste toujours une interrogation permanente sans solution. En effet, malgré l'atteinte à des droits aussi fondamentaux que celui de propriété ou d'accès au juge, comme en l'espèce, la posture de la Cour face l'immunité reste incertaine.
138. De toute évidence, bien que la Cour énonce que toute restriction du droit d'accès au juge est dépendante du principe de proportionnalité, sa solution en l'espèce ne traduit aucune avancée possible ni aucune inflexion devant l'immunité d'exécution. En réalité, une solution proportionnée de la Cour devrait être modérée, tant en équilibrant

²⁵⁷ Voir Ibid., p. 161.

²⁵⁸ Voir L. PERREAU SAUSSINE, « Immunité d'exécution ... », article précité, p.28.

²⁵⁹ « Il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'un accent est clairement mis sur la protection de l'État. Cela est d'autant plus vrai que les tribunaux internes d'États parties à la CEDH tirent parti de la souplesse laissée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour déclarer conforme à la CEDH les évolutions plus récentes, bien que controversées, du régime des immunités d'exécution ». V. GRAUDAUBERT, L'immunité de l'État étranger et des organisations internationales en droit international, Thèse, Université Paris-Nanterre, 2021, n°784.

les considérations publiques et privées en cause qu'en reposant sur une appréciation concrète de l'affaire, sauf à considérer le droit au juge comme l'obstacle absolu ou un procès pour juger l'immunité. En faisant prévaloir l'immunité *in specie*, la Cour se réfugie derrière un artifice et, en vrai, supprime la proportionnalité : sans doute, elle accommode l'inhérence de la restriction du droit au juge sur l'inhérence de la restriction du droit au procès équitable pour fonder la conventionnalité de sa solution en principe et non *in concreto*. Par conséquent, ce recours à la notion d'inhérence des droits conventionnels et leurs limitations est un leurre, surtout lorsque la Cour rappelle que l'inhérence du droit d'accès au juge au procès équitable justifie l'inhérence de sa limitation, car le droit au procès équitable est limité et que l'immunité en est une limite puisqu'acceptée par la communauté des nations. Pourtant, l'admission ou l'acceptation ne traduit pas le partage commun, surtout que l'on ne sait pas ce que l'on entend derrière la communauté des nations, à savoir s'il s'agit de nations du Conseil de l'Europe ou de celles des Nations unies en général.

139. Comme solution, la Cour devrait modérer sa conception de l'immunité d'exécution en exigeant sa levée lorsque l'Etat étranger agit en tant que personne privée comme dans le cas en l'espèce puisque la propriété en cause est une résidence privée dans sa destination²⁶⁰. Si en l'espèce la difficulté tient au fait que les biens en cause ont été acquis sur la base d'un accord étatique entre l'Italie et l'Albanie et non d'un contrat entre l'Italie et le requérant, au vu des décisions juridictionnelles favorables au requérant en Albanie, la Cour devrait se pencher sur la réalité des faits en confrontant les revendications des parties au lieu de bricoler ses motivations sur de simples principes alors que les droits protégés par la Convention, notamment celui à l'exécution d'une décision de justice et celui à la propriété, sont censés être effectifs²⁶¹. En l'espèce, rien n'augure l'existence de voies alternatives à l'immunité d'exécution face à l'inexécution des décisions de justice défavorables au requérant

²⁶⁰ En effet, l'immunité sans limite visant à retrancher à la compétence des juridictions toute une série d'actions civiles ou d'exonérer de toute responsabilité civile un ensemble de personnes est pourtant condamnée par la Cour en principe. Voir A. STEFF, « La protection de l'accès au juge judiciaire par les normes fondamentales », Les Annales du droit, Varia, N°11, 2017, p.252.

²⁶¹ Véritablement, il y avait nécessité de se pencher sur la réalité des faits parce que l'immunité de juridiction et celle d'exécution, et surtout celles dont jouissent les États sont désormais encadrées tant par une œuvre jurisprudentielle en droit interne s'inspirant de la coutume internationale que par des normes de droit international public régissant les rapports entre les États, mais encore par l'examen du juge européen au cas par cas de leur compatibilité avec le droit d'accès au tribunal. Voir A. STEFF, « La protection de l'accès au juge judiciaire par les normes fondamentales », Les Annales du droit, Varia, N°11, 2017, p.252.

et, en conséquence, au risque du déni de justice, le respect de l'orthodoxie conventionnelle - selon l'article 6§1 de la Convention consacrant le droit au procès équitable - doit prévaloir sur l'immunité tirée de la conclusion d'un accord bilatéral d'acquisition de biens privés. Une telle proposition de solution, bien que très marginale en l'état actuel du droit international, est en revanche la seule compatible avec les impératifs d'une justice moderne, et ce, « *pour autant, pas plus que l'immunité de juridiction, l'immunité d'exécution n'est pas absolue* »²⁶². Même si l'immunité n'est pas l'impunité, elle aboutit très fréquemment à lui ressembler au point que valider toute décision implique soit son resserrement, soit sa déviation.

2. L'arbitraire dans la décision en faveur de la clause limitative de compétence juridictionnelle pour la réunification allemande et l'exigence de prise en compte du fait générateur du litige

140. L'arbitraire de la décision de la Cour peut aussi se démontrer par l'affaire *Prince Hans-Adam de Liechtenstein c. Allemagne* du 21 juillet 2001. En fait, l'affaire concerne le Prince Hans-Adam II, souverain du Liechtenstein né en 1945 et résidant à Vaduz. En 1946, un tableau de son père, de passage sur le territoire de l'ex-Tchécoslovaquie, fut confisqué en vertu d'un décret pris par l'ex-président de cet Etat le 21 juin 1945 et, même le recours qu'il fit pour le recouvrer fut rejeté le 21 novembre 1951 par la cour administrative de Bratislava.
141. En 1991, à la suite de la réception en prêt du tableau par la ville de Cologne en Allemagne de la part du bureau des monuments historiques de Brno en République Tchèque, le requérant saisit le tribunal régional qui va ordonner le 11 novembre 1991 à la ville de remettre le tableau à un huissier au terme de l'exposition. La décision du tribunal est exécutée par la mise sous séquestre de ce bien le 17 décembre 1991. Au début de 1992, considérant que le tableau n'avait fait l'objet d'aucune mesure d'expropriation en ex-Tchécoslovaquie et qu'une telle mesure violait en Allemagne l'ordre public, le requérant requit le tribunal régional précité contre la ville afin que l'huissier lui rende le bien. Il va être débouté pour incompétence de cette juridiction

²⁶² F. MARCHADIER, « Le droit français de l'immunité d'exécution des États étrangers confronté à la Convention européenne des droits de l'homme ». Consultable en ligne. Consulté le 23 septembre 2024.

motivée par l'article 3 du 6^e chapitre de la *Convention sur le règlement des questions issues de la guerre et de l'occupation* signée entre les Etats-Unis d'Amérique, le Royaume-Uni, l'Irlande du Nord, la France et la République fédérale d'Allemagne²⁶³. Pour ce tribunal, le décret de confiscation visait un but économique légitime conforme à cette disposition conventionnelle autorisant l'expropriation des biens des ressortissants allemands et hongrois car considérés comme « biens ennemis ».

142. Interjetant appel devant la cour d'appel de Cologne qui, en date du 9 juillet 1996, va confirmer le jugement initial, le requérant verra le rejet de son pourvoi en cassation le 25 septembre 1997 et de son recours constitutionnel le 28 janvier 1998. Le rejet est motivé par le fait que son recours manquait de chance de succès, notant que les clauses conventionnelles excluaient toute compétence juridictionnelle allemande et que les problèmes à régler en la matière précédant la *Loi fondamentale* du 23 mai 1949 n'impliquaient aucune violation du droit de propriété.
143. Sans dénouement au niveau interne, le requérant introduit en date du 28 juillet 1998 une requête devant la Commission européenne des droits de l'homme qui, va transmettre la requête le 1^{er} novembre 1998 à la Cour que la chambre de la 4^e section accueille favorablement le 6 juin 2000 avant de se dessaisir au profit de la Grande chambre tenant l'audience le 31 janvier 2001. Arguant à ce niveau supranational la violation des articles 6§1 et 1 de la convention, lus seuls et en combinaison avec l'article 14, i.e. l'atteinte au droit d'accès à un tribunal et celui à la propriété en lien avec la discrimination, le requérant ne reçoit pas gain de cause devant la Cour sur toutes ces allégations.
144. En premier lieu, la Cour nie la violation du droit d'accès au juge en validant la clause restreignant la juridiction allemande qu'elle considère comme une conséquence logique du statut de l'Allemagne au regard du droit international public après la seconde guerre mondiale. Pour elle, limiter l'accès au juge est légitime car, non seulement l'Allemagne n'obtient sa pleine souveraineté sur ses affaires internes et externes qu'à la réunification après les *Accords de Paris* de 1954 liés à la République fédérale d'Allemagne et le *Traité de 1990* portant un règlement définitif ne remettant

²⁶³ Selon cette disposition, l'irrecevabilité doit frapper toutes les réclamations et les actions dirigées contre des personnes ayant acquis ou transféré des droits de propriété en vertu des mesures prises à l'égard des avoirs allemands à l'étranger ou des autres biens saisis au compte de l'état de guerre ou sur la base d'accord spécifique.

pas en cause la convention sur le règlement, mais aussi l'interprétation donnée à cette clause dans l'article 3 précité n'est ni arbitraire ni en discontinuité avec la jurisprudence nationale antérieure. Bien plus, la restriction n'est pas disproportionnée puisque l'intérêt particulier du requérant n'est pas suffisant pour emporter sur l'intérêt national existant à ce que l'Allemagne obtienne sa souveraineté et réalise l'unification (§69).

145. Si la légitimité de l'impossible accès à la Cour peut se justifier en ce qu'elle reflète l'état du droit international jusqu'aux débuts des années 1990 et qu'il s'agit véritablement d'une mesure irréfutable imposée par les Alliés à l'Allemagne pour reconquérir sa pleine souveraineté, son unification par la cessation du régime d'occupation, la proportionnalité de la restriction du droit au juge par l'Allemagne est malaisément justifiable. A vrai dire, la Cour ne parvient à la faire passer que par une gymnastique équilibriste emportant difficilement la conviction

« en affirmant que la restriction imposée à la compétence juridictionnelle de l'Allemagne ne constitue pas une atteinte à la substance même du droit d'accès à la Cour, la Cour adopte une position à tout le moins acrobatique, sinon incongrue »²⁶⁴.

146. En réalité, selon l'avis concordant du juge Ress emportant le ralliement du juge Zupancic, l'irrecevabilité tenant à l'exclusion de la juridiction allemande a clairement violé le droit d'accès au juge du requérant dans sa substance même qu'il est inutile pour la Cour d'examiner cette affaire sous l'angle de la proportionnalité, et qu'il s'agit plutôt d'une forme de force majeure pour l'Allemagne liée à un engagement international ; c'est donc un déni de justice structurel. De même, pour le juge Costa, le recours à la proportionnalité n'est pas convainquant, « hétérodoxe et illogique » et ne peut se concevoir que subsidiairement et exclusivement dans l'hypothèse de non-violation du droit d'accès à un juge. En notant que le refus de statuer des juridictions allemandes tient à un engagement de l'Allemagne conduisant manifestement au déni de justice et que la Cour le conçoit, en l'absence de violation du droit d'accès au juge, par un raisonnement illogique, on ne peut qu'en conclure à un déni de justice par la Cour.

²⁶⁴ Cour EDH, Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne, arrêt [G.Ch.] du 12 juillet 2001, N° 42527/98, AJDA, 2001, p. 1060, chronique de J.-F. FLAUSS.

147. En second lieu, la Cour nie sur le fondement de sa jurisprudence l'atteinte aux droits de propriété et à la non-discrimination car le requérant en digne héritier de son père n'a pas conservé le droit de propriété ou le droit à la restitution à l'encontre de l'Etat allemand pouvant s'analyser comme une « espérance légitime »²⁶⁵. L'atteinte aurait impliqué que les décisions nationales contestées se rapportent aux biens du requérant selon l'article 1 du Protocole 1 à la Convention que l'on peut cerner en tant que biens actuels, valeurs patrimoniales ou créances sur lesquels un requérant peut alléguer disposer d'une « espérance légitime » d'en jouir effectivement²⁶⁶. Pour la Cour, comme il existe des décisions nationales liées à l'allégation d'expropriation illégale d'un bien du père du requérant ressortissant du Liechtenstein par l'ex-Tchécoslovaquie s'opérant avant l'entrée en vigueur de la convention et de son Protocole 1 datant respectivement du 3 septembre 1953 et 18 mai 1954, elle n'est pas compétente *rationae temporis* pour juger des faits ou effets continus de cette expropriation. Sur ce constat, il y a absence de violation continue pour l'Allemagne et impossibilité d'un déploiement des effets de l'expropriation hors des limites temporelles conventionnelles. Finalement, les décisions des juridictions allemandes et la restitution ultérieure ne peuvent se concevoir comme une atteinte au droit à la propriété, puisque ni le requérant ni son père conformément à l'article 1 du Protocole 1 n'ont conservé aucun droit de propriété ou de restitution à l'encontre de l'Allemagne pouvant s'appréhender en « espérance légitime ».
148. La conclusion de la Cour sur l'inexistence d'un droit de propriété ou d'un droit à la restitution du requérant est surprenante en ce qu'elle passe sous silence dans ses motivations le fait que la clause limitative de juridiction allemande ou globalement la *convention sur le règlement* en cause et valable entre l'Allemagne et les Alliés s'appliquait concrètement aux biens liechtensteinois en l'espèce, alors que ce ne devrait pas être le cas, et ce, d'autant plus que le requérant a soulevé sa nationalité. La vraie question à laquelle la Cour devait répondre pour établir l'existence d'un droit de propriété était celle portant sur la possibilité d'appliquer cette *convention sur le règlement* comportant la clause limitative de compétence juridictionnelle allemande aux biens liechtensteinois. Si l'on peut s'accorder sur le fait que les décisions des

²⁶⁵ Voir Cour EDH, Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne, arrêt [G.Ch.] du 12 juillet 2001, N° 42527/98, §§87 et 85.

²⁶⁶ Voir Ibid., §82.

juridictions allemandes ne pouvaient se prendre séparément de la clause limitative et des décrets d'expropriation, cela n'emportait pas la conclusion qu'elles n'étaient pas à l'origine ou à la source véritable du grief. Il est compréhensible que la Cour s'attèle à privilégier une conception conforme à l'esprit de la Convention européenne de limiter sa compétence temporelle, mais en cherchant la source du litige en cause, la Cour a écarté le critère formel du fait générateur du droit à la propriété au bénéfice de celui matériel plus flexible et incontestablement partial. En effet, l'application effective de la clause limitative dès les années 1990 pouvait constituer une situation nouvelle fondant la compétence temporelle de la Cour, ce d'autant qu'il était impossible pour le requérant de réclamer ce bien avant la réunification.

149. Cette posture en faveur de la clause limitative de compétence juridictionnelle pour la réunification allemande a exigé de prendre en compte le fait générateur comme dénouement pour éviter le déni de justice. Quant à la posture favorable à l'immunité d'exécution de l'Etat, elle a nécessité comme issue une certaine modération de la Cour. Ces deux exemples manifestent que les décisions de la Cour peuvent être arbitraires et donc source de déni de justice puisqu'au fond les justiciables sont privés d'accès au tribunal avec un juste jugement.

Conclusion du chapitre I

150. Au nom de la préservation de l'ordre juridique international, la Cour refuse de contrôler le respect des droits conventionnels pour sauvegarder entre autres l'ordre universel. Ce refus se manifeste eu égard aux actes onusiens en matière de maintien de la paix et de la sécurité d'une part et relativement à certains actes hors du cadre onusien d'autre part.
151. Dans le cadre onusien, ce refus tient à l'évitement d'hiérarchiser la Charte onusienne et la Convention et il peut s'expliquer par la primauté que la Charte se reconnaît sur tout autre instrument et sa consolidation jurisprudentielle en matière de maintien de la paix et de la sécurité, sans oublier l'attitude de la Cour tentant à harmoniser la Convention avec ladite Charte. Cet évitement mène à rendre réellement impossible l'accès à la Cour pour le requérant victime des opérations de maintien de la paix onusiennes, et ce, par constat des incompétences tant incontestables que critiquables de la Cour, respectivement en raison du lieu, comme dans l'affaire *Berhami* et *Saramati*, et en raison de la personne, comme pour les affaires *Stichting mothers of Srebrenica* et *Béric* où sont, dans un sens, réfutable l'injusticiabilité des actions et omissions du Conseil de sécurité agissant par le biais des Etats et, dans l'autre, inacceptable l'injusticiabilité des actions onusiennes dans l'exercice abusif d'une délégation de pouvoir par ce dit Conseil à un Haut-représentant. Le problème de l'impossible accès a trouvé un dénouement par suggestion d'une mise en cause de la responsabilité de l'Etat.
152. Hors du cadre onusien, le refus de contrôle par la Cour est en lien avec les actes d'autres organisations internationales et certains actes interétatiques. Sur les premiers actes, le refus se fonde apparemment sur le respect du droit international et du droit interne, l'inapplication extraterritoriale de la Convention et l'immunité de juridiction de l'organisation internationale, alors qu'en réalité, il se motive par le régionalisme de la Convention et l'exigence de coopération internationale en appelant des solutions comme la nécessité non seulement d'appliquer la Convention aux actes extraterritoriaux mais aussi de contrôler réellement la proportionnalité et d'instaurer une voie de recours juridictionnel impartial. Sur les seconds actes, le refus d'examen des demandes par la Cour se fonde sur la rémanence de l'immunité d'exécution des Etats et sur l'existence d'une clause limitative de compétence juridictionnelle

temporelle. Ces fondements mènent en pratique au mal-jugé par la Cour en exigeant des solutions induisant successivement une certaine modération et une prise en compte du fait générateur du litige par la Cour en jugeant.

153. Cependant, dans l'optique de préserver l'ordre juridique international, le refus de la Cour ne porte pas que sur l'ordre universel impliquant l'ONU, les autres organisations et d'autres rapports interétatiques, mais aussi sur l'ordre spécifique de l'Union européenne dont elle fait échapper les actes se soustrayant à son contrôle.

CHAPITRE II : L'ABSENCE DE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL REEL DES ACTES DES INSTITUTIONS DE L'UNION EUROPÉENNE

154. Les actions entreprises au sein de l'ordre de l'Union se fondent sur des actes de droit primaire ou de droit dérivé. Les actes premiers sont les traités, à savoir, des engagements obligatoires, conclus entre les États constituant cet ordre, déterminant les objectifs communs, les règles de fonctionnement des institutions, les procédures décisionnelles et les rapports entre le niveau supranational et celui national ; en revanche, les seconds comprennent l'ensemble des instruments découlant des principes et objectifs des actes juridiques primaires, essentiellement le règlement, la directive, la décision, la recommandation et l'avis, etc.²⁶⁷
155. Au niveau des États membres de l'Union et parties à la Convention, mettre en œuvre ces actes peut, dans une certaine mesure, influencer les droits conventionnels protégés en créant un conflit de normes que la Cour doit trancher après épuisement des recours nationaux. Devant un tel conflit opposant l'ordre de la Convention et celui de l'Union, la Cour fuit souvent ses responsabilités et devient ainsi auteure de déni de justice en tranchant uniquement sur le fondement des principes sans entreprendre un contrôle concret du respect de la Convention par les actes institutionnels de l'Union²⁶⁸. Cerner

²⁶⁷ - Le règlement : est un acte obligatoire dans son objet, à portée générale et directement applicable dans l'ensemble des États membres de l'Union. C'est sans doute, l'importante source du droit dérivé de l'Union et l'instrument idéal d'expression du pouvoir législatif dans cet ordre.

- La directive : c'est un acte instaurant une obligation de résultat tout en octroyant aux États la latitude sur les moyens pour l'atteindre. Elle incarne une modalité de législation à deux niveaux s'assimilant à une technique de loi-cadre parachevée par les décrets d'applications. C'est un acte juridique atypique semblant spécifiquement adéquat à la subsidiarité entre l'Union et les États dans un ordre d'intégration par la conjugaison qu'elle fait entre une norme européenne précisant un but à atteindre et une mise en application par les États parties gardant la prérogative quant au choix des moyens et de la forme. La directive exige ainsi une loi nationale la transposant et d'être communiquée à la Commission européenne au risque d'une sanction.

- La décision est un acte juridique obligatoire s'appliquant à un ou plusieurs États, entreprises ou particuliers, et qui prend effet dès la notification au concerné sans nécessité de transposition.

- L'avis et la recommandation diffèrent des autres actes précités en ce qu'ils ne sont pas obligatoires et ne constituent pas de source au sens plein du terme, mais ils sont d'une grande importance pour l'orientation des comportements et des législations. Si la recommandation est un acte institutionnel de l'Union pour exposer un point de vue ou proposer une ligne de conduite sans aucune obligation légale pour son destinataire, l'avis est un texte permettant aux institutions de l'Union de faire une déclaration à l'endroit d'un destinataire également sans aucune obligation juridique. Voir M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, Paris, 2018, pp. 376, 378 et 384.

²⁶⁸ Il est relevé dans l'introduction par les hypothèses du déni de justice externe qu'il y a le contrôle dilué par la Cour des actes de l'Union en vue du respect de cet ordre juridique. Voir *Supra*.

les fondements de ce contrôle dilué (**Section 1**) préalablement à son constat avec des cas de jurisprudence nécessitant des solutions est important pour démontrer l'existence du déni de justice à cet égard (**Section 2**).

Section 1. Les fondements du contrôle dilué des actes des institutions européennes

156. Le contrôle dilué des actes de l'Union par la Cour impliquant l'absence de leur contrôle concret se fonde, sans doute, dans l'ordre juridique communautaire sur le manque d'adhésion formelle de l'Union à la Convention (§1) et, dans l'ordre conventionnel, sur la reconnaissance par la Cour d'une présomption de conventionnalité du droit de l'Union par le biais de la théorie de l'équivalence de protection des droits de l'homme (§2).

§1. L'absence d'adhésion formelle de l'Union européenne à la Convention

157. L'Union n'a pas encore adhéré à la Convention et c'est une conséquence de l'ignorance de l'interférence - des libertés économiques avec les droits de l'homme dès son origine lors de la création des Communautés européennes (A) - dont la prise de conscience, par la naissance du questionnement sur la place de la Convention (B), n'est pas parvenue jusqu'alors à faire lever l'équivocité du statut de cet instrument dans l'ordre de l'Union (C).

A. L'ignorance de l'interférence avec les droits de l'homme par les Communautés européennes

158. En tant qu'organisation d'intégration à l'origine de l'Union, les Communautés européennes ont bénéficié du transfert de compétences de leurs Etats membres dont certains, étaient bien avant déjà contractants de la Convention. En vertu de l'intégration, le transfert de compétences avait soustrait du champ de la Convention les compétences déléguées. En vrai, une telle soustraction n'était pas voulue, car les interactions étaient inenvisageables à l'époque, sachant que la fonction économique communautaire n'était pas celle conventionnelle axée exclusivement sur les droits de l'homme. En effet, en protégeant particulièrement au départ les libertés de circulation, d'établissement et de prestation de services ainsi que la non-discrimination, les Communautés manifestent par une telle démarche une certaine ignorance d'une

possible interaction avec les droits de l'homme. Pour preuve, en matière de libre circulation, en s'assurant par leur incapacité à sanctionner pénalement le fait que leurs actions ne seraient pas en collusion avec les droits conventionnels, les Communautés ont ignoré les conséquences de sanctions pénales par un Etat membre visant la violation du droit communautaire²⁶⁹. Cette ignorance est aussi évidente dans des questionnements liés aux conséquences - de la ratification de l'Acte unique européen en Irlande - sur la prohibition de l'interruption volontaire de grossesse. Si la réponse à ces interrogations nie une quelconque influence en considérant que la question du droit à la vie n'était pas une compétence communautaire, il y aura pourtant saisine de la Cour de justice pour qu'elle tranche sur l'adéquation entre la liberté de prestations de services et l'interdiction irlandaise de donner au Royaume-Uni des informations sur les moyens de faire pratiquer une telle interruption²⁷⁰. Ces illustrations démontrent que l'action communautaire devrait imparablement être aux prises avec la problématique du respect des droits fondamentaux et spécialement de la Convention.

159. Pour sa part, la Cour de justice a également contribué à renforcer ce déni d'interférence dès l'origine en s'opposant au contrôle de conformité des actes des institutions européennes avec les droits fondamentaux constitutionnellement protégés par les Etats membres et en méprisant la suggestion de l'avocat général Lagrange d'effectuer celui-ci par le canal des principes généraux communs²⁷¹. C'est face à la fronde des juridictions constitutionnelles suprêmes allemande et italienne d'exclure l'application du droit communautaire, en cas d'incompatibilité avec les droits fondamentaux constitutionnels, que la Cour de justice, consciente du risque pour la primauté du droit communautaire, va reconsidérer la proposition et reconnaître que le respect des droits fondamentaux fait partie des principes généraux dont elle garantit

²⁶⁹ C'est l'exemple concernant le Danemark où a été contesté le mécanisme de responsabilité objective des dirigeants d'entreprises dans le domaine du transport pour des manquements aux prescriptions en matière de transport perpétrés par leurs employés : l'on s'interroge si le principe *nulla poena sine culpa* n'était pas contradictoire à une telle responsabilité et si cette manière de sanctionner ne constitue pas une atteinte au droit communautaire pour son antagonisme aux droits fondamentaux. Voir CJCE, *Anklagemyndigheden et Hansen & Sons I/S*, arrêt du 10 juillet 1990, N° 326/88. Confrontée cet arrêt aux Conclusions de l'avocat général.

²⁷⁰ CJCE, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan*, arrêt du 4 octobre 1991, N° 159/80. Cette contestation a abouti à un examen devant la Cour EDH sous l'angle de l'article 10 sur la liberté d'expression et a une condamnation de l'Irlande. Voir Cour EDH, *Open Door Counselling Ltd et Dublin Well Woman Center Ltd c. Irlande*, arrêt du 29 octobre 1992, N°14234 et 14235/88.

²⁷¹ Lire CJCE, *Stork c. Haute Autorité*, arrêt du 4 février 1959, N° 1/58, rec. 43 et *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr c. Haute Autorité*, arrêt du 12 février 1960, Nos 16, 17 et 18/59.

le respect²⁷². Inévitablement, pour la Cour de justice, l'érection de cette « théorie communautaire des droits fondamentaux » est essentiellement guidée par la quête de protéger la primauté du droit communautaire face aux contestations nationales et elle est accessoirement une solution immédiate à une inquiétude réelle dans les années 60 par rapport à la croissance de la capacité d'influence de la Commission sur les droits fondamentaux ce qui n'était pas prévisible au fondement des Communautés²⁷³.

160. Cette intégration des droits fondamentaux par le biais des principes généraux du droit communautaire et sa mise en œuvre en tant que théorie est très analogue au développement du droit constitutionnel français. Sans ambages, dans le défaut d'une Déclaration des droits contrairement aux exigences constitutionnelles européennes de l'époque, une similarité frappante existe entre la Constitution française actuelle datant de 1958 et le traité CEE. La Constitution française ne se réfère directement qu'à quelques droits fondamentaux ; c'est par le Préambule qu'elle vise indirectement d'autres droits en citant la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 et le *Préambule de la Constitution de 1946*²⁷⁴. Si, pour les adoptants de cette constitution, le Préambule, dont le contenu, qui n'était invocable ni par le Parlement ni devant le Conseil constitutionnel, n'exprime qu'un simple vœu, une déclaration et une obligation apparemment politique, c'est, paradoxalement, par son illustre arrêt de 1971 lié à la liberté d'association que ce dernier s'est arrogé la compétence d'examiner l'atteinte aux droits fondamentaux en intégrant ladite liberté parmi les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » impliqués dans le Préambule de la Constitution de 1946²⁷⁵. Bien que cette liberté d'association ne soit

²⁷² A cet égard, elle énonce que « (...) l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un Etat membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat ; (...) il convient toutefois d'examiner si aucune garantie analogue, inhérente au droit communautaire, n'aurait été méconnue ; (...) en effet, le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect ; (...) la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté... ». CJCE, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, arrêt du 17 décembre 1970, N° 11/70, rec. 1125, points 3 et 4 et l'obiter dictum dans *Stauder c. Ville d'Ulm*, arrêt du 12 novembre 1969, N° 29/69, rec. 419.

²⁷³ Voir P. ALSTON (dir.), M. BUSTELO et J. HEENAN, *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p.902.

²⁷⁴ Préambule de la Constitution de 1958, §1 : « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils sont définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946 ».

²⁷⁵ Voir J. BELL, *French constitutional law*, OUP, Oxford, 1992, p.66 et Conseil Constitutionnel, Liberté d'association, décision du 16 juillet 1971, N° 71-44 DC.

nullement mentionnée dans ce Préambule ni dans la fameuse Déclaration de 1789, le Conseil constitutionnel, par cette interprétation, va créer un bloc de constitutionnalité très large intégrant toute source de droits fondamentaux. Cette méthode ressemble énormément à celle de la théorie des droits fondamentaux de la Cour de justice, tant par la « *manœuvre innovante des sources de droit* » introduisant les droits fondamentaux dans le droit primaire de l'ordre juridique sans que cela n'ait été la préoccupation des constituants des ordres, que par la « *valeur des principes généraux* » dont l'expression ne figure dans aucune Déclaration des droits spécifique mais que la Cour de justice déduit souverainement de différentes sources²⁷⁶. La similitude est remarquable lorsque le Conseil constitutionnel évoque les « droits fondamentaux reconnus par les lois de la République » et la Cour de justice les « traditions constitutionnelles communes des Etats membres », des formules qui leur laissent une grande latitude pour intégrer tout droit à leur guise.

161. Si tout ceci justifie la prise en compte des droits fondamentaux par la Cour de justice, pour sa part, la fronde des juridictions constitutionnelles nationales peut s'expliquer par leur position centrale de cumul fonctionnel en tant que juge – national, communautaire de droit commun et de la Convention – leur permettant de discerner l'importance d'enrichir une telle protection pour des rapports harmonieux avec la Cour²⁷⁷. En réalité, c'est pour s'épargner l'affligeant dilemme devant des obligations antinomiques en assurant la protection des droits fondamentaux sortis de deux systèmes juridiques européens que les juridictions nationales vont être déterminantes dans cette ouverture de la Cour de justice²⁷⁸.
162. Le fait qu'à l'origine les Communautés européennes ignoraient l'interférence avec les droits de l'homme n'est pas l'unique raison du défaut d'adhésion formelle de l'Union à la Convention, il y a aussi l'existence d'une problématique actuelle quant à la place de la Convention en droit de l'Union.

²⁷⁶ Voir P. ALSTON (dir.), M. BUSTELO et J. HEENAN, op.cit., p.901.

²⁷⁷ Lire O. DUBOS, Les juridictions nationales, juge communautaire, Dalloz, Paris, 2001, 1028p. Il faut rappeler l'affirmation du caractère subsidiaire du contrôle de la Cour. Cour EDH, Handyside c. Royaume-Uni, arrêt [Pl.] du 7 décembre 1976, N°5493/72, §48.

²⁷⁸ Voir E. BRIBOSIA, « Le dilemme du juge national face à des obligations contradictoires en matière de protection des droits fondamentaux issus des deux ordres juridiques européens » in M. DONY et E. BRIBOSIA, L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp.265-277.

B. Le questionnement sur la place de la Convention européenne des droits de l'homme en droit de l'Union

163. Au moment où la Cour de justice a reconnu l'importance du respect des droits fondamentaux, le questionnement sur la place de la Convention a surgi et, à ce propos, si elle consentait à se soumettre à cet instrument, cette problématique serait enterrée, mais ce n'est pas le cas. En effet, en énonçant le respect des droits fondamentaux comme principe général, la Cour de justice va inévitablement confronter les actes des institutions européennes et les droits fondamentaux, notamment les droits de la Convention applicables dans plusieurs Etats membres et, parallèlement, les organes de protection de la Convention au sein du Conseil de l'Europe sont confrontés aux actes de droit dérivé des institutions européennes. Tout ceci provoque l'éventualité que la problématique du respect des droits de l'homme soit subordonnée à deux procédures internationales. Bien que reconnue en droit de l'Union, la Convention ne dispose pas d'un statut spécial formel et les organes ou traités communautaires ne l'ont pas incorporée si ce n'est sous forme déclaratoire²⁷⁹. Le défaut d'incorporation va habiliter la Cour de justice à déterminer son statut dans cet ordre et, celle-ci, s'oppose dès le départ à la théorie de la succession fonctionnelle en droit international en voulant que les Etats membres parties à la Convention avant la naissance des Communautés soient limités dans leurs compétences et ne cèdent plus de compétence à la Communauté qui, naturellement, doit respecter ce resserrement²⁸⁰. La résistance de la Cour de justice à la théorie de succession se justifie dans un sens, tant par l'absence d'engagement à la Convention de tous les Etats à la naissance des Communautés que par le déficit de référence aux droits de l'homme du Traité de Rome et, dans un autre sens, par la complication inhérente à la succession liée à la

²⁷⁹ En effet, le Parlement européen, le Conseil et la Commission dans une Déclaration du 5 avril 1977 souligne « L'importance primordiale qu'ils attachent au respect des droits fondamentaux tels qu'ils résultent notamment des constitutions des Etats membres ainsi que de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » et aussi le préambule de l'Acte unique européen énonce la volonté communautaire « (...) à promouvoir la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les constitutions et lois des Etats membres, dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la Charte sociale européenne, notamment la liberté, l'égalité et la justice ».

²⁸⁰ En revanche, elle validera pour le GATT cette théorie du fait que non seulement les objectifs de cet Accord concordent avec l'objectif communautaire énoncé à l'article 110 du Traité de Rome, mais aussi que les démarches menées par les organes communautaires en lien avec cet instrument l'étaient avec la validation des Etats membres du GATT du transfert des pouvoirs des Etats à la Communauté. Voir CJCE, International FRUIT III, arrêt du 12 décembre 1972, N° 21/72, rec. 1219 et les Conclusions de l'avocat général CAPOTORTI dans CJCE, Attorney General c. Juan C. Burgoa, arrêt du 14 août 1980, N° 812/79, rec.2787.

variété de réserves et déclarations interprétatives pour circonscrire précisément l'étendue de l'engagement communautaire²⁸¹. Malgré ce refus de la succession, une brèche par les principes généraux a permis, concernant la protection des droits fondamentaux, de contraindre la Cour de justice à s'inspirer des textes internationaux engageant les Etats des Communautés et spécialement de la Convention qui devient ainsi une source d'inspiration revêtant une « *signification particulière* »²⁸². Ce fait implique que ne sauraient être admises dans l'ordre de l'Union des mesures incompatibles au respect des droits de l'homme ainsi reconnus et protégés²⁸³. Ainsi, les droits conventionnels vont intégrer l'ordre juridique communautaire, mais cette considération n'implique pas que la Convention dispose d'une force obligatoire du fait de sa place particulière : c'est à la Cour de justice de préciser les exigences qui en découlent en rapport avec les situations qui lui sont soumises, sans généralisation. En d'autres termes, la Convention n'a qu'un effet indirect en droit communautaire dépendant du bon vouloir du juge communautaire sur un plan théorique, même si en pratique ce dernier l'applique presque automatiquement par le biais de principes généraux du droit. Par ailleurs, cette automaticité n'est pas claire lorsque les droits fondamentaux sont en conflit avec une disposition du traité communautaire. Face à cet écueil, la Cour de justice se réfugie dans l'interprétation consciente qu'un refus clair de conférer la primauté aux droits fondamentaux sera une brèche pour ressusciter l'affront de la primauté du droit communautaire sur des juridictions nationales suprêmes, notant surtout que la réserve ne validant cette dernière qu'en cas de respect des droits fondamentaux constitutionnels nationaux n'a jamais été totalement levée par les juridictions constitutionnelles allemande et italienne. Néanmoins, le contrôle de la Cour de justice est total concernant le droit dérivé dans le champ du droit de l'Union et elle peut examiner tous les actes des Etats membres mettant en œuvre les mesures communautaires²⁸⁴. Il s'en déduit que le mécanisme de contrôle des droits

²⁸¹ L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article, Economica, Paris, 1995, p.86.

²⁸² CJCE, J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commission des Communautés européennes, arrêt du 14 mai 1974, N° 4/73, rec., p.491, point 13 et Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, arrêt du 15 mai 1986, N° 222/84, rec., p. 1651, point 18.

²⁸³ CJCE, Hubert Wachhauf c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft, arrêt [3^{ème} ch.] du 13 juillet 1989, N° 5/88, rec. 2609, point 19 et Elioniki Radiophona Tiléorassi-Anonimi Etairia et Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou c. Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et Nocolaos Avdellas et autres, arrêt du 18 juin 1991, N° 260/89, point 41.

²⁸⁴ Le principe résonne dans l'affaire Wachhauf : « Ces exigences [de respect des droits fondamentaux] lient également les Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre la réglementation communautaire, il s'ensuit que ceux-

fondamentaux par la Cour de justice est total dans le domaine du droit communautaire²⁸⁵.

164. En plus du questionnement sur la place de la Convention en droit communautaire, le manque d'adhésion formelle de l'Union est enfin lié à l'ambiguïté du statut de la Convention dans le droit actuel de l'Union.

C. L'ambiguïté du statut de la Convention européenne des droits de l'homme en droit de l'Union européenne

165. Si à la lecture du droit primaire de l'UE, le statut de la Convention peut paraître clair, ce n'est pas la réalité²⁸⁶. Concrètement, bien que l'exigence de respecter la Convention découle du droit primaire et que les rapports de cet instrument avec le système juridique de l'Union soient classiques, l'histoire révèle une ambiguïté sur son statut²⁸⁷. La place de la Convention au sein de l'Union et de son mécanisme de protection des droits fondamentaux, qui ont pourtant statut de source de l'Union dans les Etats membres, est une problématique créatrice d'une réelle et importante difficulté sans doute tenant à la spécificité de l'ordre conventionnel et de celui de l'Union²⁸⁸. Au nom de cette spécificité, le droit de l'Union ne régit pas les relations entre la Convention et les ordres juridiques nationaux, il ne précise pas non plus les effets à en tirer par les juridictions nationales s'il y a contradiction entre les droits qu'elle protège et une règle de droit national²⁸⁹. En conséquence, la Convention EDH n'est pas formellement une source et manque de statut formel dans le système

ci sont tenus, dans la mesure du possible, d'appliquer cette réglementation dans des conditions qui ne méconnaissent pas lesdites exigences ». CJCE, Hubert Wachhauf, arrêt précité, rec. 2609.

²⁸⁵ J.-C. BONICHOT, « L'application de la CEDH par les juridictions nationales par l'intermédiaire de la CJCE », RUDH, 1991, vol. 3, pp.317-324 et J. RIDEAU, « La protection des droits de l'homme dans la Communauté européenne ». In Université de Nice - Institut du droit de la paix et du développement, Les droits de l'homme et la nouvelle architecture de l'Europe, Université de Nice-Institut du Droit de la Paix et du Développement, Nice, 1991, pp.64-141.

²⁸⁶ « Les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les Etats membres » et « Dans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens. Elle contribue à la paix, à la sécurité, au développement durable de la planète, à la solidarité et au respect mutuel entre les peuples, au commerce libre et équitable, à l'élimination de la pauvreté et à la protection des droits de l'homme, en particulier ceux de l'enfant, ainsi qu'au strict respect et au développement du droit international, notamment au respect des principes de la Charte des Nations unies ». Articles 261§2 TFUE et 3§5 du TUE.

²⁸⁷ H. GAUDIN, « Le statut de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Débats récurrents et questions à venir », RTDE, Janvier-Mars 2022, p.28.

²⁸⁸ Idem.

²⁸⁹ CJUE, Aklagare c. Fransson, arrêt [G.Ch.] du 26 février 2013, N° C-617/10, point 44.

juridique de l'Union, même si paradoxalement, sur le fond, sa place paraît pourtant primordiale et ambivalente.

166. Cette place primordiale lui est reconnue tant par la jurisprudence que le droit primaire.
167. *Primo*, en jurisprudence, l'arrêt *Nold*, sans référencement direct à la Convention EDH, marque néanmoins le début de sa reconnaissance en insistant sur l'importance de protéger les droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit, tout en s'inspirant, en plus de constitutions nationales, des instruments internationaux de protection des droits de l'homme²⁹⁰. Par la suite, la jurisprudence *Rutili* va franchir un cap en citant clairement la Convention et certaines de ses dispositions comme constituant particulièrement un principe général limitatif des prérogatives des Etats membres en matière de police des étrangers :

*« Dans leur ensemble, ces limitations apportées aux pouvoirs des Etats membres en matière de police des étrangers se présentent comme la manifestation spécifique d'un principe plus général consacré par les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, ratifiée par tous les Etats membres et de l'article 2 du Protocole n°4 à la même Convention, signé à Strasbourg le 16 septembre 1963, qui disposent, en des termes identiques, que les atteintes portées, en vertu des besoins de l'ordre et de la sécurité publics, aux droits garantis par les articles cités, ne sauraient dépasser le cadre de ce qui est nécessaire à la sauvegarde de ces besoins dans une société démocratique » . »*²⁹¹

168. Au-delà, dans d'autres jurisprudences incluant l'avis 2/13 sur l'adhésion de l'Union à la Convention, la Cour de justice va mettre l'accent sur la « *signification particulière* » de ce texte parmi tous les instruments internationaux protecteurs des droits de l'homme²⁹².
169. En outre, l'entrée en vigueur de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* a créé un véritable bouleversement dans l'usage et la place de la

²⁹⁰ CJCE, J. Nold, arrêt précité, rec., p.491, point 13.

²⁹¹ CJCE, *Rutili c. ministre de l'Intérieur*, arrêt du 28 octobre 1975, N° 36/75, point 32.

²⁹² CJCE, *Elioniki Radiophona*, arrêt précité, point 41 ; *Kadi et Al Barakaat*, arrêt [G.Ch.] du 3 septembre 2008, Nos C-402/05 P et C-415 P, point 283 et CJUE, avis 2/13, [ass. pl.] du 18 décembre 2014, point 37.

Convention EDH. D'un côté, une brèche est créée pour l'usage de la jurisprudence de la Cour et se fonde sur la concordance des droits de l'article 52§3 CDFUE en substituant l'article 8 de la Convention par les articles 7 et 8 de la nouvelle Charte²⁹³. D'un autre côté, l'exploitation de la « signification particulière » de la Convention mute et s'emploie, combinée avec la jurisprudence de la Cour, comme un outil d'entérinement du contenu et de l'étendue d'une disposition de la Charte pour la consolider face aux doléances nationales de nature constitutionnelle dans l'Union. En réalité, la concordance des sources de protection d'un droit fondamental vient conforter la jurisprudence du juge de l'Union en promouvant l'édification d'un standard européen commun des droits fondamentaux²⁹⁴.

- 170.** *Secundo*, le droit primaire va soutenir l'élan jurisprudentiel et l'innover en affirmant cette place particulière conférée par l'Union à la Convention lorsqu'il énumère les textes internationaux : aucun autre texte ne bénéficie d'une telle diffusion. Effectivement, l'attention extraordinaire accordée à la Convention qui ressort des articles 6 TUE et 52§3 CDFUE soulignant l'« *adhésion* » ou la « *correspondance* », comparativement à celle issue des articles 18 CDFUE et 78§1 TFUE citant la *Convention de Genève* du 28 juillet 1951 et le *Protocole sur le statut des réfugiés* du 31 janvier 1967, est juste convaincante, et ce, bien que tous ces instruments aient le même rang dans la mesure où l'Union n'y a pas adhéré. De surcroît, si l'on peut croire que l'énoncé de l'article 52§3 précité est impartial ou objectif en ce qu'il peut s'appliquer presque de la même façon, que l'Union soit ou non adhérente à la Convention, ceci n'est pas transposable à l'article 6§3 TUE qui, en validant la jurisprudence de la Cour de justice, mène inévitablement à se questionner sur le statut des principes généraux lié aux droits fondamentaux et notamment à la Convention²⁹⁵.
- 171.** Si elle est primordiale, la place de la Convention dans l'ordre juridique de l'Union est aussi ambivalente en ce qu'on s'y réfère directement ou par l'écran des principes généraux du droit. Nonobstant l'évidence de son inscription ou celle, plus

²⁹³ CJUE, Schecke et Eifert, arrêt [G.Ch.] du 9 novembre 2010, N° C-92/09 et C-93/09.

²⁹⁴ Voir Relativement à l'article 49 CDFUE sur le principe de légalité des délits et des peines, issu des traditions constitutionnelles communes des Etats membres et consacré par divers textes internationaux et notamment l'article 7§1 de la Convention. CJUE, MAS et MB, arrêt [G. Ch.] du 5 décembre 2017, N° C-42/17, points 51-55 et B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ/Lextenso, Paris, 2016, pp.547 et 559 et G. GONZALEZ, A. GOUTTENOIRE et autres, *Les droits de l'homme à la croisée des chemins*, Mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE, LexisNexis, Paris, 2018, p.255.

²⁹⁵ Voir H. GAUDIN, « Le statut de la Convention européenne... », article précité ; p.30.

généralement, des droits fondamentaux dans les principes généraux du droit de l'Union, le juge de l'Union entretient le flou dans l'usage de ses dispositions et de la jurisprudence de son homologue, la Cour. En vérité, le comportement du juge de l'Union est furtif lorsqu'il considère la Convention comme source en passant soit par un principe général du droit de l'Union, soit sans filtre²⁹⁶.

172. Incontestablement, l'analyse de l'article 6§3 du TUE et des droits fondamentaux qu'il contient en rapport avec les traditions constitutionnelles communes des Etats membres démontre que son usage est marqué par une construction et une vulgarisation prétorienne plutôt que le renvoi direct à la Convention. En effet, la mention immédiate de cet instrument dans le droit primaire de l'Union ne laisse pas trop de latitude à l'édification prétorienne par la Cour de justice, que ce soit à l'égard des droits à sauvegardées, à leur interprétation ou à la détermination du seuil de leur protection, sauf à s'engager dans une épreuve de force avec la Cour. Si mentionner directement dans le droit primaire cet instrument rend transparents les principes édifiés sur son soubassement ou pousse la Cour de justice à abandonner l'usage des principes généraux du droit à l'avantage des références directes, cela contribue aussi au caractère contraignant de ce texte qui ternit l'image du juge de l'Union en cas d'interprétation discordante, et ce malgré sa liberté en théorie en matière interprétative²⁹⁷. Dans une certaine logique d'adhésion, la mention directe de la Convention et la référence à la jurisprudence de la Cour par le juge de l'Union sont compréhensibles mais risquent de vider l'article 6§3 du TUE de son essence et de son utilité²⁹⁸.

²⁹⁶Voir F. SUDRE, « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? » JCP, 1998, I-100 ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La Convention européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des Communautés européennes après le Traité d'Amsterdam : de l'emprunt à l'appropriation ? », Europe, octobre 1998, chr., p.3.

²⁹⁷En effet, le juge communautaire ou de l'Union n'est pas juridiquement obligé de s'aligner sur l'interprétation de la Cour EDH. Voir Conclusions de l'avocat général DARMON dans l'affaire CJCE, Orkem c. Commission des Communautés européennes, 18 octobre 1989, N° 374/87, Rec. 1989, pp. 3283 et 3338 ; R. LAWSON, « Confusion and Conflict ? Diverging interpretations of the European convention on human rights in Strasbourg and Luxembourg ». In R. LAWSON et M. DE BLOIS (dir.), The Dynamics of the protection of humans rights in Europe : Essays in honour of Henry G. Schermers, Vol.3, 1994, pp. 219 et 228 et J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Chronique Droits de l'homme : L'élaboration d'un ordre public européen des droits de l'homme. Réflexions à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de 1988 à 1995 », CDE, N° 5-6, 1997, p. 670, pp.656-739.

²⁹⁸ Voir J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Unité ou dualité du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne depuis le Traité de Lisbonne ? Brèves réflexions théoriques sur les droits fondamentaux de l'Union européenne ». In Collectif, Mélanges en l'honneur du professeur Joël MOLINIER, LGDJ, Paris, 2012, p.15.

173. L’ambivalence du statut de la Convention en droit de l’Union, le questionnement sur la place de cet instrument en droit communautaire et, à l’origine, l’ignorance de l’interférence avec les droits de l’homme par les Communautés européennes expliquent l’absence d’adhésion formelle de l’Union à la Convention comme fondement du manque de contrôle juridictionnel des actes de l’Union. Par ailleurs, la consécration de la présomption de conventionnalité du droit de l’Union du côté de la Cour grâce à une théorie d’équivalence de protection des droits de l’homme accentue également ce défaut de contrôle juridictionnel.

§2. La reconnaissance d’une présomption de conventionnalité du droit de l’Union européenne : la théorie d’équivalence de protection des droits de l’homme

174. Lorsqu’elle est saisie à titre subsidiaire par le requérant comme juge ultime de la Convention, la Cour se retrouve prise en étau entre, d’un côté, l’irresponsabilité devant la Convention des organisations internationales ou supranationales auxquels les États parties à la Convention ont opté de transmettre certaines de leurs prérogatives souveraines et, d’un autre côté, la responsabilité de ces mêmes États pour tous les actes de leurs organes liés au droit national ou à l’exigence de respecter des obligations juridiques internationales. En effet, quand le requérant la saisit concernant une mesure obligatoire de l’Union européenne, prise par un État également partie à la Convention et aux conséquences aboutissant à la violation d’un droit conventionnel, la Cour développe une théorie en matière de protection des droits de l’homme dénommée « *l’équivalence de protection* ». Cette dernière reconnaît une forme de présomption de conventionnalité de la protection des droits de l’homme par l’Union afin de dépasser l’impasse qu’implique les rapports avec cet ordre²⁹⁹. En conséquence, il est important de cerner l’émergence de cette présomption (A) et son étendue (B).

²⁹⁹ L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens : Dixièmes journées d’études du pôle européen Jean Monnet*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p.484 et F. SUDRE, « Les ambiguïtés du contrôle « du critère de la protection équivalente » par la Cour européenne des droits de l’homme », *Mélanges en l’honneur de C. Blumann*, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp.517-530.

A. La formation de la présomption de conventionnalité du droit de l'Union européenne

175. Avant sa consécration par la Cour (1), cette théorie dans sa logique était déjà pratiquée par d'autres organes (2), et ce puisque c'est une technique qui s'étend naturellement en tant que conséquence d'une similitude de raisonnement juridictionnel et généralement d'un « isomorphisme institutionnel »³⁰⁰.

1. La présomption de conventionnalité : une technique inspirée des pratiques d'autres organes

176. L'engagement des Etats parties à la Convention dans plusieurs ordres juridiques est parfois source de rapports juridiques insaisissables et incertaines. En réalité, un Etat partie à la Convention peut voir son juge être confronté à un conflit opposant ses obligations conventionnelles et celles tenant à l'ordre international ou celui de l'Union européenne. Pour y remédier, ce juge national a souvent tendance à recourir à la technique d'équivalence de protection des ordres juridiques.
177. L'usage de cette technique de contrôle se révèle en droit interne, notamment dans les jurisprudences *Solange* de la Cour constitutionnelle allemande. En réponse à la reconnaissance par la Cour de justice de la primauté du droit communautaire sur le droit national telle que consacrée dans la jurisprudence *Costa c. Enel*, la Cour constitutionnelle la valide, sous-réserve de la disposition dans la *Loi fondamentale* allemande énonçant que la participation de l'Allemagne à l'intégration européenne ne légitime pas les Communautés européennes de violer les principes constitutionnels fédéraux dont celui de la protection des droits fondamentaux³⁰¹. Ainsi, le juge suprême constitutionnel allemand conditionne la primauté du droit communautaire à une protection équivalente telle que requise par la *Loi fondamentale* s'agissant de la

³⁰⁰ Cette notion est d'origine mathématique et explique le rôle semblable joué par deux éléments de deux structures diverses. La doctrine juridique s'en est emparée pour traduire une harmonisation des structures institutionnelles provoquée par la concurrence entre les structures juridiques. Notion établie par P. J. DIMAGGIO et W.W. POWELL, « The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields, *American Sociological Review*, Vol. 48, Avril 1983, pp. 147-160.

³⁰¹ Voir CJCE, *Flamino Costa c. ENEL*, 15 juillet 1964, N° C-6/64.

garantie des droits fondamentaux. En vérité, si dans *Solange I*, il reconnaît la possibilité de contrôler la législation communautaire conformément aux fondamentaux en cas d'absence d'un Parlement communautaire élu ayant des prérogatives législatives et de contrôle des droits fondamentaux, il maintiendra cette posture dans *Solange II* tout en validant le fait que la garantie communautaire des droits fondamentaux était suffisante et en abdiquant à tout contrôle tant que cette protection reste satisfaisante³⁰². Toujours dans le même sens d'équivalence, *Solange III* souligne qu'

« (...) il est satisfait aux exigences constitutionnelles si la jurisprudence de la Cour de justice des CE garantit... une protection effective des droits fondamentaux dont la Loi fondamentale fait un impératif ... »³⁰³.

178. En France, le Conseil constitutionnel a appliqué cette technique dans sa jurisprudence relative à *l'Economie numérique* en abdiquant au contrôle de constitutionnalité des lois transposant des dispositions et des directives précises et inconditionnelles et en justifiant cette renonciation par la présomption qu'il y aura un contrôle équivalent ultérieur qui sera mis en œuvre lors de l'examen de la directive à la Cour de justice de l'Union³⁰⁴.

Pour sa part, le Conseil d'État a déjà eu recours à cette théorie en imposant l'obligation au juge administratif concernant l'article 88-1 de la Constitution française de

« Rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect ou du principe constitutionnel invoqué »³⁰⁵.

179. Dans la même logique, confrontée alors à une question d'exequatur d'un arrêt de la Cour de justice par les autorités allemandes, c'est même la Commission EDH qui, la première, a transposé cette pratique nationale en droit conventionnel en utilisant pour la première fois le terme de « protection équivalente » lorsqu'elle souligne que

³⁰² Voir BverfGE 37, 271, arrêt du 29 mai 1974, BvL 52/71 (*Solange I*) et BverfGE 73, 339, arrêt [2^{de} Ch.] du 22 octobre 1986, octobre 2 BvE 197/83 (*Solange II*).

³⁰³ Voir BverfGE 102, arrêt du 7 juin 2000, 2 BvL 1/97 (*Solange III*).

³⁰⁴ C. Const., Loi pour la confiance dans l'économie numérique, 10 juin 2004, N° 2004-496 DC, Rec. Cons. Const., p.101.

³⁰⁵ CE, Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres, arrêt [Ass.] du 8 février 2007, N° 2871/10.

« le transfert de pouvoirs à une organisation internationale n'est pas incompatible avec la Convention, à condition que, dans cette organisation, les droits fondamentaux reçoivent une protection équivalente »³⁰⁶.

180. L'on peut déduire de toutes ces illustrations que la protection équivalente constitue un palliatif juridictionnel face au conflit entre des obligations juridiques tenant d'ordres juridiques différents. En pratique, cette théorie jurisprudentielle se fonde sur un contrôle de l'équivalence entre l'ordre juridique du juge saisi pour garantir la protection des droits fondamentaux et l'ordre juridique de l'acte ou de la norme que ce juge requis va examiner. Autrement dit, cette théorie suppose que le juge confronté au conflit normatif abdique au contrôle de conformité des normes qu'il protège lorsque l'ordre juridique concurrent assure une protection équivalente. Il s'agit d'une sorte d'immunité claire ou masquée conférée à une norme d'un ordre juridique concurrent : fondamentalement, cette théorie vise à parer aux conflits normatifs en octroyant une sorte d'immunité conditionnelle dont la mise en œuvre révèle l'existence d'un réel et incontestable conflit entre les ordres juridiques.

2. La consécration de la présomption de conventionnalité de protection des droits de l'homme au profit de l'Union européenne

181. S'inspirant de cette pratique juridictionnelle, la Cour va la consacrer dans sa jurisprudence *Bosphorus* lorsqu'elle est saisie pour sanctionner un État membre également partie à l'Union et exécutant un règlement communautaire mettant en œuvre une résolution onusienne sanctionnant un pays non-membre de l'Union. En réalité, en résolvant cette problématique de responsabilité d'un État membre de l'Union dont l'exécution d'une mesure communautaire appliquant la résolution précitée semble porter atteinte à un droit conventionnel, la Cour applique la théorie de l'équivalence et soutient que la garantie des droits de l'homme offerte par l'Union équivaut à celle de la Convention, ce qui exclut toute violation en la matière par l'Etat en cause dans son application de l'obligation communautaire. Par cette théorie, la Cour veut, non seulement éviter le dilemme d'un Etat partie à la Convention exécutant

³⁰⁶ Com. EDH, M et Co c. RFA, décision du 9 février 1990, N°1325/87.

sans marge de manœuvre une obligation internationale découlant de son appartenance à une autre organisation, mais aussi déterminer les circonstances où, au nom de la coopération internationale, elle peut atténuer son contrôle de respect des engagements conventionnels par les États parties qu'exige l'article 19 de la Convention, dès lors qu'il existe un contrôle équivalent³⁰⁷.

182. L'équivalence de la protection ne signifie pas l'identité mais la comparabilité et elle implique réellement une approximation³⁰⁸. Sans doute, par la comparabilité, l'approximation semble inévitable, car la quête de l'identité paraît impossible du fait que les situations où la garantie des droits de l'homme en droit conventionnel et en droit de l'Union est absolument la même sont différentes. L'équivalence suppose que la Cour s'enquière de l'existence - des principes et processus de protection des droits de l'homme dans l'ordre de l'Union - assez comparables à ceux de la Convention et dont l'efficacité est aussi comparable. Si la Cour recherche des principes et procédures comparables, c'est que cette théorie recouvre des garanties substantielles et des mécanismes estimés pour en examiner le respect et, en ce sens, induit deux types d'équivalence : substantielle et procédurale³⁰⁹.
183. Dans le fond, l'équivalence de protection est un contrôle par la Cour de l'existence de principes comparables de sauvegarde des droits de l'homme dans l'ordre juridique de l'Union. Sur ce plan, la Cour reconnaît que l'Union offre une protection substantielle équivalente en ce que : le respect des droits fondamentaux y est une condition de légalité des actes communautaires, la référence par la Cour de justice aux dispositions de la Convention EDH et à l'œuvre prétorienne de la Cour y abonde et l'incorporation dans le droit primaire de l'Union de la CDFUE par l'article 6 modifié du TUE depuis son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 prévoit également que les droits fondamentaux comme garantis dans la Convention et découlant des traditions communes des États membres intègrent le droit de l'Union européenne comme principes généraux³¹⁰.
184. Dans la procédure, l'équivalence de protection est pour la Cour l'examen de l'existence de mécanismes de protection des droits de l'homme comparables à ceux

³⁰⁷ Cour EDH, *Michaud c. France*, arrêt [Ch.] du 6 décembre 2012, N°12323/11, §104.

³⁰⁸ *Ibid.*, §103.

³⁰⁹ Cour EDH, *Bosphorus Airways c. Irlande*, arrêt [Gr. Ch.] du 30 juin 2005, N°40036/98, §§159-165.

³¹⁰ Cour EDH, *Michaud*, arrêt précité, §106.

de la Convention dans l'ordre juridique de l'Union. Sur ce point, la Cour va reconnaître manifeste la restriction de l'accès à la Cour de justice pour les particuliers à plusieurs égards. D'abord, elle souligne : la fermeture du recours en manquement, la limitation du droit d'engager le recours en annulation, la privation au particulier par le recours en carence de la possibilité d'invoquer l'exception d'illégalité et l'impossibilité de former un recours contre un particulier³¹¹. Ensuite, elle reconnaît l'importance des recours institutionnels et étatiques devant la Cour de justice pour le respect du droit de l'Union et leur avantage pour les particuliers qui disposent d'une possibilité de saisine de la Cour d'un recours en réparation fondé sur la responsabilité non-contractuelle des institutions³¹². Par ailleurs, la Cour atteste aussi que la fourniture aux particuliers dans l'Union d'un recours par le biais des juridictions nationales pour faire constater l'atteinte ou non par un Etat membre du droit de l'Union consolide la garantie des droits fondamentaux avec l'appui de la notion d'applicabilité directe, la procédure de renvoi préjudiciel, la primauté du droit communautaire, l'effet direct et la responsabilité de l'Etat³¹³. Enfin, pour la Cour, le contrôle par la Cour de justice de l'application du droit de l'Union par les juridictions nationales à travers le recours préjudiciel, même s'il s'attèle aux questions d'interprétation ou de validité posée par une juridiction nationale, a dans sa réponse un impact déterminant sur le dénouement de la procédure nationale au bénéfice des particuliers³¹⁴. En somme, pour la Cour, bien que l'accès à la Cour de justice soit restreint aux particuliers et en décalage avec l'ouverture de son prétoire telle que prévue par l'article 34 de la Convention, il faut affirmer que la globalité du mécanisme de contrôle de l'Union offre une protection comparable. Effectivement, selon elle, les particuliers bénéficient indirectement du contrôle du droit de l'Union à la Cour de justice par le canal des recours étatiques et institutionnels d'une part et d'autre part peuvent y faire constater un manquement au droit communautaire par un Etat membre en saisissant les juridictions nationales auxquelles s'imposent la solution de la Cour de justice à cet égard³¹⁵.

³¹¹ Ibid., §108 et Cour EDH, *Bosphorus Airways*, arrêt précité, §§161-162.

³¹² Cour EDH, *Bosphorus Airways*, arrêt précité, §163.

³¹³ Cour EDH, *Michaud*, arrêt précité, §110.

³¹⁴ Cour EDH, *Bosphorus Airways*, arrêt précité, §164.

³¹⁵ Voir Cour EDH, *Michaud*, arrêt précité, §111.

185. L'équivalence de la protection n'est pas « définitive » pour la Cour et nécessite le réexamen à la lumière de tout changement pertinent dans la garantie des droits fondamentaux³¹⁶. Ce caractère non définitif est logique puisque les circonstances concrètes au fondement de l'établissement, tant pour les textes juridiques que pour la jurisprudence, varient en poussant ceux-ci à suivre aussi cette évolution. En effet, les principes ou procédures dans un ordre juridique évoluent et, dans cette optique, l'ordre conventionnel n'échappe pas à cette réalité, surtout lorsqu'on compte les différents protocoles à la Convention qui s'adaptent aux progrès sociaux dans les Etats membres et imposent même une interprétation dynamique en accord avec les conditions de vie actuelles³¹⁷. Ce caractère non définitif prouve que la protection équivalente n'est pas immuable, mais révisable et exige que la Cour adapte ses jugements aux évolutions des ordres juridiques.
186. Le défaut d'immuabilité est remarquable et consolide la présomption accolée à l'établissement de cette théorie comme la Cour l'énonce dans l'affaire *Bosphorus*
- « Si l'on considère que l'organisation offre semblable protection équivalente, il y a lieu de présumer qu'un Etat respecte les exigences de la Convention lorsqu'il ne fait qu'exécuter des obligations juridiques résultant de son adhésion à l'organisation »*³¹⁸.
187. Cette dimension de présomption implique que la théorie, au-delà de ses caractéristiques, a une certaine portée.

B. La portée de la présomption de conventionnalité du droit de l'Union européenne

188. Dans son étendue, la présomption de conventionnalité du droit de l'Union européenne est conditionnée par l'inexistence d'une insuffisance manifeste (1). Bien que conçue comme une réserve par la Cour pour démontrer qu'elle garde le contrôle du respect

³¹⁶ Voir Cour EDH, *Bosphorus Airways*, arrêt précité, §155.

³¹⁷ Dans l'affaire *Tyrer*, la Cour souligne que « (...) la Convention est un instrument vivant à interpréter (...) à la lumière des conditions de vie actuelles ». Cour EDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, arrêt [Ch.] du 25 avril 1978, N°5856/72.

³¹⁸ Cour EDH, *Bosphorus Airways*, arrêt précité, §156.

de la Convention face au droit de l'Union, cette présomption est, au fond, défailante pour véritablement protéger les droits conventionnels du requérant à la Cour puisqu'elle confère une certaine immunité au droit de l'Union à défaut d'un contrôle réel des requêtes individuelles qui s'y rapportent, donc, elle peut être une source de déni de justice (2).

1. La réserve à l'équivalence de protection : l'insuffisance manifeste

189. La réserve à la théorie de l'équivalence de protection par la Cour à travers l'insuffisance manifeste prouve que cette théorie n'est pas absolument immunisée ou irrésistible et qu'elle est renversable selon les circonstances. De l'enrichissement que la Cour a fait dans la jurisprudence *Avotiņš* sans en préciser la définition, l'insuffisance manifeste peut être appréhendée comme une lacune en matière de protection des droits de l'homme non remédiable dans un ordre juridique sur un cas particulier³¹⁹. Si la Cour n'avait jamais mis en œuvre cette réserve depuis la consécration de la théorie de l'équivalence de protection, elle va le faire pour la première fois dans sa jurisprudence *Moldovan*³²⁰. Dans cette affaire, la Cour applique l'équivalence en allant jusqu'à examiner si la protection des droits conventionnels dans l'application d'un mandat d'arrêt européen était ou non compromise par l'insuffisance manifeste au point de renverser la présomption. En clair, elle va contrôler si l'autorité judiciaire de l'Etat d'exécution possède ou non des éléments factuels assez irréfutables pour justifier que l'exécution du mandat d'arrêt constitue un risque réel et individuel pour le requérant de subir les mauvais traitements interdits par l'article 3 de la Convention EDH, et ce en rapport aux conditions de détention dans l'Etat d'émission. La Cour affirme que le requérant a fourni des éléments factuels assez soutenus sur l'évidence d'un danger pour réclamer que l'autorité judiciaire de l'Etat d'exécution exige des informations supplémentaires et des

³¹⁹ « Lorsque les juridictions des Etats qui sont à la fois partie à la Convention et membres de l'Union européenne sont appelés à appliquer un mécanisme de reconnaissance mutuelle établi par le droit de l'Union, c'est en l'absence de toute insuffisance manifeste des droits protégés par la Convention qu'elles donnent à ce mécanisme son plein effet. En revanche, s'il leur est soumis un grief sérieux et étayé dans le cadre duquel il est allégué que l'on se trouve en présence d'une insuffisance manifeste de protection d'un droit garanti par la Convention et que le droit de l'Union ne permet pas de remédier à cette insuffisance, elles ne peuvent renoncer à examiner ce grief au seul motif qu'elles appliquent le droit de l'Union ». Cour EDH, *Avotiņš c. Lettonie*, arrêt [G. Ch.] du 23 mai 2016, N°17502/07, §116.

³²⁰ Voir Cour EDH, *Bivolaru et Moldovan c. France*, décision [Ch.] du 25 mars 2021, Nos 40324/16 et 12623/17.

assurances à l'Etat d'émission s'agissant des conditions de détention. Elle va conclure que les autorités judiciaires dans l'Etat d'exécution n'ont pas correctement considéré les implications liées aux éléments d'information fournis qui constituent pourtant un fondement factuel assez irréfragable pour justifier le refus d'exécution du mandat d'arrêt.

190. Trois précisions de la Cour ressortent de cette jurisprudence appliquant l'insuffisance manifeste. Premièrement, elle estime que les informations fournies par l'Etat d'émission n'ont pas été évaluées en accord avec sa jurisprudence - notamment sur la situation de l'établissement pénitentiaire en l'espèce annoncé comme étant le futur lieu de détention du requérant, considéré comme surpeuplé, et, que les autorités de l'Etat d'exécution s'en sont contentées alors que la superficie minimale de la surface au sol en cellule collective fixée par la Cour pour un détenu est de 3 m²³²¹. Deuxièmement, la Cour soutient que les engagements de l'Etat d'émission liés aux autres modalités des conditions de détention dans la future prison du requérant en cause étaient formulés de façon artificielle et n'ont pas été prises en compte dans l'examen du risque de mauvais traitement³²². Enfin, troisièmement, même si l'autorité judiciaire d'exécution a suggéré à l'Etat d'émission que le requérant en cause soit détenu dans un lieu carcéral aux standards conventionnels ou davantage, cette précaution n'est pas suffisante pour endiguer le risque de mauvais traitement puisqu'elle ne donnait pas la possibilité d'évaluer ce risque relativement à une prison spécifique et que le système carcéral de l'Etat d'émission était défaillant en général quant aux dits standards³²³.
191. L'enseignement sur ces précisions de la Cour est double. D'une part, la Cour réproche l'attitude des autorités judiciaires d'exécution pour n'avoir pas tiré les vraies conséquences des informations données par les autorités de l'Etat d'émission, mais pas de s'y être référé. Cette lecture s'accorde avec celle de la Cour de justice qui rappelle que l'autorité judiciaire d'exécution doit en principe donner foi aux garanties données par l'autorité judiciaire d'émission s'il n'y pas d'éléments précis prouvant

³²¹ Pour le lieu de détention et l'exigence de la superficie carcérale par détenu. Voir Cour EDH, *Axinte c. Roumanie*, arrêt [Sect.3] du 22 avril 2014, N° 24044/12 et *Mursic c. Croatie*, arrêt [G.Ch.] du 20 Octobre 2016, N° 7334/13.

³²² Cour EDH, *Bivolaru et Moldovan*, décision précitée, §124.

³²³ *Ibid.*, §125.

que les conditions de détention sont mauvaises³²⁴. Cependant, la Cour avertit l'autorité judiciaire d'exécution d'être très exigeante dans la déduction des conséquences des informations alléguées correctes mais qui ne sont pas nécessairement évidentes. D'autre part, les conditions de détention dans l'Etat d'émission rendent comparables l'affaire *Moldovan* et l'affaire *Bivolaru* en ce que la Cour y poursuit l'équilibre de la charge de la preuve : en effet, elle exige que la personne poursuivie fournisse un début de preuve et, sur cette base, que l'autorité judiciaire d'exécution active la recherche des informations additionnelles pour affirmer ou contester les imputations³²⁵. Pour la Cour, ce n'est pas à l'autorité judiciaire d'exécution de soulever d'office la défaillance, même si elle est réelle. De cet enseignement, on peut conclure que l'insuffisance manifeste nécessite d'être actionnée par le requérant en fournissant juste un début de preuve pour donner à l'Etat saisi le fondement factuel d'un contrôle et, lorsque cela est fait, la Cour peut ainsi entreprendre ce contrôle pour affirmer ou non l'insuffisance.

2. La faiblesse de l'équivalence de protection des droits de l'homme : une quasi-immunité accordée au droit communautaire et source de déni de justice

- 192.** Si la présomption établie par la Cour valide une cohérence entre l'ordre conventionnel et l'ordre communautaire, elle semble superflue et imprudente pour la future protection des droits de l'homme dans les Etats contractants au moment du transfert d'une fraction de leurs prérogatives souveraines à une organisation internationale³²⁶. En fait, cette méthode semble éviter résolument le risque d'une sanction indirecte du

³²⁴ CJUE, Dumitru-Tudor Dorobantu, arrêt [G.Ch.] du 15 octobre 2019, N° C-218/18, point 85.

³²⁵ La Cour rappelle s'agissant du volet *Bivolaru* que « le requérant s'est borné, devant les juridictions internes, à dénoncer, de manière très générale, la situation réservée aux opposants politiques en Roumanie, y compris en prison, et non les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires roumains, de sorte que l'autorité judiciaire d'exécution ne disposait pas d'élément suffisant à cet égard » et pour *Moldovan* que « la description faite par le requérant devant l'autorité judiciaire d'exécution, à l'appui de sa demande de ne pas exécuter le mandat d'arrêt européen dont il faisait l'objet, des conditions de détention dans les établissements pénitentiaires roumains n'était ni suffisamment détaillée ni suffisamment étayée pour constituer un commencement de preuve d'un risque réel de traitements contraires à l'article 3 en cas de remise aux autorités roumaines ». Cour EDH, *Bivolaru* et *Moldovan*, décision précitée, §§143 et 144.

³²⁶ « La congruence structurelle globale des garanties des droits fondamentaux et l'efficacité croissante des mécanismes de coopération juridictionnelle – organisée ou spontanée – expliquent sans doute cette acceptation apaisée d'une forme un peu inattendue de reconnaissance mutuelle des normes et des contrôles ». M. GUYOMAR, D. SIMON, « La hiérarchie des normes en Europe », *Gaz. Pal.*, 12 février 2009, N°43, p.11 et Opinion concordante du juge RESS dans l'arrêt *Bosphorus*, point 1.

droit communautaire par rapport à la Convention en établissant une présomption d'équivalence du droit communautaire avec le droit conventionnel difficilement réfragable et en constituant ainsi une quasi-immunité conventionnelle au bénéfice du droit communautaire pouvant être à l'origine du déni de justice par le contrôle dilué qu'elle implique³²⁷. Elle est une quasi-immunité car la Cour se fonde sur une présomption d'équivalence assurée par une autre juridiction, et ce, dans l'optique de renonciation à activer son propre contrôle : c'est une forme d'auto-dessaisissement en ce que la Cour n'y tranche pas elle-même le conflit normatif au fondement de la requête en s'abritant derrière une fiction juridique, d'autant qu'il est délicat en la matière de prouver l'équivalence de deux contrôles juridictionnels distincts et marqués par des spécificités juridiques et institutionnelles manifestant des particularités en matière de procédure, d'intensité et de périmètre³²⁸. La présomption, s'entendant comme une conséquence tirée par le juge d'un élément connu à un élément inconnu, pousse la Cour à un examen général et abstrait, bien dilué, de la protection des droits de l'homme en droit communautaire et non individuel et concret. En procédant ainsi, elle pourrait, dans une certaine mesure, servir d'alibi pour les Etats contractants pour conclure que la protection des droits fondamentaux par le droit de l'Union serait comparable à celui du droit de la Convention, et ce en dépit du fait que la Cour fait dépendre l'effectivité des garanties matérielles de ce dernier instrument des mécanismes de contrôle³²⁹.

- 193.** D'ailleurs, sur l'aspect procédural, cette méthode néglige certains paramètres déterminants et pouvant mener logiquement à une conclusion du défaut d'équivalence de protection entre ces deux ordres. En réalité, la Cour dans l'examen de l'équivalence procédurale reconnaît elle-même la restriction de l'accès pour les particuliers devant les juridictions de l'Union ; pourtant elle considère le droit de recours individuel comme figurant parmi « *les clés de voûte du mécanisme de sauvegarde des droits et libertés énoncés dans la Convention* »³³⁰. Bien évidemment, la protection juridictionnelle en droit de l'Union repose sur une diversité de recours dont le recours

³²⁷ Voir M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p.359.

³²⁸ B. BERTRAND, « La systématique des présomptions », RFDA, N°2, 2016, p.331.

³²⁹ Opinion concordante commune aux juges ROZAKIS, TULKENS, TRAJA, BOTOUCHAROVA, ZAGREBELESKY et GARLICKI dans l'affaire Bosphorus, point 3.

³³⁰ Cour EDH, Bosphorus Airways, arrêt précité, §162 et Mamatkoulou et Askarov c. Turquie, arrêt [G. Ch.] du 4 février 2005, Nos 46827/99 et 46951/99, §122.

préjudiciel à la Cour de justice joue un rôle essentiel ; toutefois, malgré son importance, ce recours comme contrôle interne et *a priori* n'est pas consubstantiel et substitutif au contrôle externe et *a posteriori* que la Cour fait sur la base d'un recours individuel. Le droit de recours est une des obligations acceptées par les États parties à la Convention en la ratifiant, il est donc inconcevable que l'on réduise l'efficacité de ce droit pour les personnes relevant de leur juridiction sous prétexte du transfert de certaines de leurs compétences à l'Union européenne.

194. Bien que cette présomption ne soit applicable qu'en l'absence d'une insuffisance manifeste, force est de souligner le seuil de protection relativement bas de cette réserve qui est en totale contradiction avec l'essence générale du contrôle conventionnel³³¹. S'il est indubitable que la Convention détermine un seuil minimum de protection dans son article 53, toute équivalence entre celui-ci et la protection de l'Union ne devrait s'analyser que sur le plan des moyens et non du résultat. Sur ce postulat, il paraît inacceptable de laisser penser que le droit de l'Union permette d'appliquer, en vertu de l'équivalence de protection, des conditions inférieures à celles de la Convention que la Charte des droits fondamentaux de l'Union, elle-même intégrant le droit primaire, a reprises.
195. La présomption de conventionnalité du droit de l'Union malgré sa faiblesse lui confère une quasi-immunité pouvant être source de déni de justice par le contrôle dilué qu'elle implique. Toutefois, sa portée caractérisée, cette présomption est renversable en cas d'insuffisance manifeste de ce droit. L'insuffisance manifeste qui provient de la pratique d'autres organes avant que la Cour ne la reconnaisse peut expliquer le défaut de contrôle des actes de l'Union en théorie et non en pratique. Ce défaut de contrôle pratique source de déni de justice nécessite d'être constaté.

³³¹ Opinion concordante commune aux juges ROZAKIS, TULKENS, TRAJA, BOTOCHAROVA, ZAGREBELESKY et GARLICKI dans l'affaire *Bosphorus*, point 4.

Section 2. Le constat d'un contrôle dilué des actes des institutions européennes

196. Si l'absence d'examen juridictionnel concret par la Cour des actes communautaires se constate visiblement dans certains cas pertinents (§1), elle nécessite, néanmoins, un palliatif pour permettre un contrôle et ainsi parer à l'empêchement au fond de l'accès à la Cour qu'elle constitue pour le requérant d'un pays membre de l'Union (§2).

§1. L'illustration de certains cas d'absence de contrôle juridictionnel concret des actes des institutions européennes

197. Cette illustration se rapporte chronologiquement à certaines affaires marquantes depuis l'époque de la Com. EDH, à savoir, *CFDT*, *Bosphorus* et *Société Biret et Cie et Biret international* dont les défauts de contrôle juridictionnel réel des actes des institutions européennes tiennent respectivement à - la volonté de préserver l'intégration communautaire (A), la présomption de conventionnalité du droit de l'Union (B) et l'ignorance de l'insuffisance législative manifeste dans l'ordre de l'Union (C)³³².

A. L'affaire CFDT c. Communautés européennes : L'absence de contrôle pour préserver l'intégration communautaire

198. L'affaire concerne la requête de la Confédération française démocratique du travail CFDT contre les Communautés européennes, subsidiairement contre les Etats membres considérés individuellement. En fait, le 1^{er} juin 1976, le Conseil des Communautés européennes désigne les organisations représentatives pouvant établir des listes des candidats pour le Comité consultatif visé à l'article 18 du Traité

³³² Voir Com. EDH, *CFDT c. Communautés européennes*, décision du 10 juin 1978 ; *Bosphorus Airways*, arrêt précité et *Etablissements Biret et Cie S.A. et Biret international c. 15 Etats membres de l'Union européenne*, 18 juin 2008, N°13762/04.

instituant la CECA³³³. Le 4 juin 1976, la CFDT communique au Secrétaire général du Conseil les noms de deux candidats pour un des postes attribuables aux organisations représentatives des travailleurs concernant la France et reçoit le 1^{er} juillet 1976 une réponse lui expliquant que c'est sur proposition des Etats membres que sont choisies lesdites organisations appelées à siéger dans le Comité consultatif et non à l'organisation elle-même de le faire, et ce, d'autant qu'elle ne figure pas sur la liste dans la décision du 1^{er} juin 1976.

199. Le 14 juillet 1976, la requérante engage un recours en annulation contre la décision du 1^{er} juillet 1976 et contre le refus du Secrétaire général du Conseil que la CJCE jugea irrecevable le 17 février 1977 puisque seuls les Etats peuvent entreprendre ce recours selon l'article 38 du Traité de la CECA. Le 6 décembre 1976, elle saisit le Conseil d'Etat pour annulation de deux décisions, l'une du 14 juin 1976 du Secrétaire général du Comité international pour les questions de coopération économique européenne refusant la reconsidération des propositions du gouvernement français lié au choix des organes représentatifs et l'autre du 7 octobre 1976 de refus du Premier ministre de modifier ces propositions et de les lui communiquer. Sur ce point, le Conseil d'Etat va se déclarer incompétent.
200. Déboutée, la requérante saisit la Commission européenne des droits de l'homme se plaignant de sa non-désignation par le Conseil comme organisation représentative pouvant établir des listes de candidats pour le Comité consultatif conformément à l'article 18 du Traité de la CECA bien qu'elle soit deuxième par son importance parmi les plus représentatives des organisations françaises. Pour la requérante, cette désignation faite par le Conseil sur proposition du gouvernement français n'est pas réellement conforme aux pouvoirs qui lui sont reconnus par l'article précité. De plus, pour elle, le fait de l'écarter de la consultation, combiné au manque de recours pour remédier à cette situation, les recours au Conseil d'Etat et CJCE étant irrecevables, cette décision engage au point de vue de la Convention la responsabilité des Communautés européennes, celle de la collectivité des Etats membres et celle de ces

³³³ « Un Comité consultatif est institué auprès de la Haute Autorité. Il est composé de soixante membres au moins et de quatre-vingt-quatre au plus et comprend, en nombre égal, des producteurs, des travailleurs et des utilisateurs et négociants. Les membres du Comité consultatif sont nommés par le Conseil. En ce qui concerne les producteurs et les travailleurs, le Conseil désigne les organisations représentatives entre lesquelles il répartit les sièges à pourvoir. Chaque organisation est appelée à établir une liste comprenant un nombre double de celui des sièges qui lui sont attribués. La nomination est faite sur cette liste ».

derniers pris individuellement. En effet, cette décision selon la requérante viole les articles 11, 13 et 14 de la Convention. La Commission, rappelant que l'acte en cause n'est effectif que dans le cadre des Communautés européennes disposant d'une personnalité juridique propre, se déclare incompétente *ratione personae* pour juger de la responsabilité communautaire, car la Communauté n'est pas contractante de la Convention selon son article 66. Relevant que la requérante ne définit pas « la collectivité des Etats membres », elle en déduit que la requête vise le Conseil et donc confirme l'incompétence *ratione personae*. S'agissant des Etats membres pris individuellement pour savoir si l'acte en cause engage leur responsabilité, la Commission souligne que peu importe la réponse, la responsabilité de la France ne peut être engagée puisqu'elle ne reconnaît pas le droit de recours individuel au sens de l'article 25 de la Convention et, au-delà, la responsabilité des huit autres Etats ne peut valoir non plus du fait qu'ils ont participé au Conseil. Pour toutes ces raisons, la requête est irrecevable.

201. Dans cette affaire, aucune juridiction ou aucun organe ne s'est reconnu (e) compétent (e) pour trancher et remédier à cette situation où le préjudice de la requérante quant à ses droits conventionnels en cause est manifeste. Si la Communauté n'est pas responsable, ni la collectivité des Etats membres, ni ces derniers individuellement mais qu'il y a violation des droits conventionnels, sans qu'aucun juge n'effectue effectivement un contrôle sur la conséquence de l'acte communautaire dans la décision du Conseil des ministres alors qu'il y a une victime sans possibilité de voir sa cause entendue devant une juridiction, c'est donc un déni de justice. De cette décision de la Commission, il est absolument exclu d'agir directement contre la Communauté du fait que cette dernière possède une personnalité juridique différente et indépendante des Etats membres et formant un axe autonome d'affectation des droits et obligations. Pour la Commission, l'acte de droit dérivé n'étend ses effets que dans le cadre communautaire et la levée du voile de la personnalité juridique de l'organisation pour imputer ses conséquences aux Etats est épineuse en droit international, et semble n'avoir de solution que dans la dissolution de l'organisation ou simplement la suppression de la personnalité juridique³³⁴. Il semble pour la

³³⁴ Voir J.-P. JACQUÉ, « A propos de l'accord de Rome du 23 avril 1977 ; Etude de la survie de la Commission européenne du Danube », AFDI, 1981, p.747. La problématique de l'imputation aux Etats de la responsabilité liée aux actes des organisations internationales était au cœur du différend sur l'échec du Conseil international de

Commission que reconnaître dans cette affaire une responsabilité des Etats puisse également perturber le caractère intégrateur des Communautés. Pour la Commission, elle ne saurait être compétente dans le cadre des compétences transférées par les États aux Communautés et l'on ne peut envisager la responsabilité des Etats qu'en dehors du cadre où l'acte communautaire ne produit pas d'effet et ne coïncide pas avec les compétences transférées. Toutefois, il faut que face aux conséquences de tels actes injusticiables sur les requérants, il y ait un responsable et cela paraîtrait normal que ce soient les Etats, même s'il est vrai que cela n'est pas la résultante directe de leur attitude mais de leur titre de « membres » qui peut expliquer leur responsabilité pour les actes de l'organisation dans la mesure où la Communauté ne respecte pas, comme en l'espèce, la Convention qu'ils ont contractée volontairement.

202. Sans pour autant que d'autres situations liées au droit communautaire soient forcément des dénis de justice, le fait que pas une seule requête ne soit considérée recevable après plusieurs saisies renforce les chances d'y aboutir³³⁵. En effet, face aux actes liés au droit de l'Union, le non-contrôle des droits conventionnels est très probable devant la Cour et peut justifier les craintes du justiciable d'être devant une justice par avance en sa défaveur qu'importe les raisons soulevables, car une telle situation de conflit entre ordres juridiques n'est pas règlementée par le droit international. N'étant pas sujet de droit international à part entière, l'individu ne peut compter que sur la protection de l'Etat, ce n'est pas à lui de nouer les engagements internationaux qui prennent en compte ses intérêts et ses droits, notamment celui au juge pouvant lui permettre d'obtenir réparation quand les droits qui lui sont garantis par la Convention sont violés comme en l'espèce. C'est l'absence de réglementation des articulations entre ordres juridiques que créent les Etats qui provoque ce déni de justice et ce n'est pas à l'individu de payer la facture de cette carence structurelle.
203. Si le défaut de contrôle concret en l'espèce avait pour finalité de préserver l'intégration communautaire, elle a pu en outre s'expliquer à un certain moment par la présomption de conventionnalité du droit de l'Union dans l'affaire *Bosphorus*.

l'étain. Voir P.M. EISEMANN, « L'épilogue de la crise du Conseil de l'étain », AFDI, 1990, pp. 678-703, spéc.p.698.

³³⁵ Voir Com. EDH, X. c. Pays-Bas, décision du 6 février 1967, N° 2248/64 ; Lindsay c. Royaume-Uni, décision du 8 mars 1979, N° 8364/78 ; Etienne Tête, décision du 9 décembre 1987, N° 1123/84 ; Christiane Dufay, décision du 19 janvier 1989, N° 13539/88 et M et Co c. RFA, décision du 9 février 1990, N° 13258/87.

B. L'affaire Bosphorus Airways c. Irlande : une jurisprudence source de déni de justice

204. L'arrêt *Bosphorus Hava* témoigne d'un virage important dans les relations entre le droit de la Convention et le droit de l'Union en particulier ainsi que celui des diverses organisations internationales dans le cadre de la protection des droits fondamentaux de l'homme³³⁶. Cette affaire est liée à une requête introduite à la Cour contre l'Etat irlandais par la requérante, « Bosphorus Airways », une société de droit turc. En application du règlement n°990/93 du Conseil des Communautés européennes exécutant des sanctions prises par les Nations unies visant la République fédérale de Yougoslavie, l'Etat irlandais, en mai 1993, va saisir sur son territoire l'appareil loué par la requérante auprès de la *Yugoslav Airlines* et dont la *TEAM Aer Lingus*, une société irlandaise de maintenance d'aéronefs assure l'entretien.
205. Saisissant la « High Court » contre cette saisie de l'appareil, celle-ci répond favorablement en juin 1994 considérant que ledit règlement n'était pas applicable à cet aéronef. Néanmoins, en appel, la cour suprême va, sur le fondement de l'article 177 (actuel article 234) former un recours préjudiciel auprès de la CJCE pour s'enquérir de l'application du règlement en cause. Recevant une réponse positive de la Cour de justice de l'Union par un arrêt de novembre 1996, la cour suprême va appliquer la décision. Par la suite, l'expiration du contrat de location et l'allègement entretemps des sanctions contre l'ex-Yougoslavie vont permettre la restitution directe par l'Etat irlandais de l'aéronef à la *Yugoslav Airlines*. La requérante se retrouve sans recette pendant presque trois ans sur un contrat de location de quatre ans, et son aéronef est le seul confisqué en application des textes communautaires et onusiens.
206. Le 25 mars 1997, elle saisit la Com. EDH qui transmettra la requête le 1^{er} novembre 1998 à la Cour que la chambre trouvera recevable le 13 septembre 2001 avant de se dessaisir au profit de la Grande Chambre le 30 janvier 2004. Devant cette dernière, la requérante argue que l'application des sanctions pour la saisie de l'aéronef n'était pas

³³⁶ Voir A. BERRAMDANE, « Remarques à propos de l'arrêt de la grande chambre de la cour européenne des droits de l'homme du 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm : Irlande* ». In J. ROSSETTO et A. BERRAMDANE (dir.), *Regards sur le droit de l'Union européenne après l'échec du Traité constitutionnel*, Presses universitaires François-Rabelais, 2007, pp., spéc ; pp.203-211.

compatible avec le droit à la propriété consacré par l'article 1 du Protocole n°1 à la Convention.

207. La Cour prend soin de souligner que « les actes de la Communauté ne peuvent être attaqués en tant que tels devant la Cour, car la Communauté en tant que telle n'est pas partie contractante » (§152). Pour elle, la saisie n'emporte pas la violation de l'article 1 précité en l'absence d'une insuffisance manifeste dans la protection des droits garantis par la Convention et en l'absence de renversement de la présomption de respect de la Convention par l'Etat défendeur. D'une part, la Cour justifie légalement sa décision en estimant que la saisie ne relève pas de la marge d'appréciation des Etats, notamment de l'Irlande en l'espèce, mais du respect des obligations communautaires et notamment de l'article 8 du texte en question. En ce sens, elle estime que le règlement visé a une portée générale et obligatoire dans tous ses aspects pour tous les États membres et n'accorde aucun pouvoir réel à la cour suprême en la matière mais habilite le ministre des Transports pour la saisie sur la base de son article 8. D'autre part, la Cour justifie sa décision en relevant que la protection des droits fondamentaux offerte par le droit de l'Union équivaut à celle de la Convention. Sur cette base, l'Irlande ne saurait être considéré comme responsable de violation conventionnelle en application de ce droit et en l'absence de démonstration d'une insuffisance manifeste, la seule à même d'écarter l'intérêt de la coopération internationale au nom de l'importance de la convention comme « instrument constitutionnel de l'ordre public européen ».
208. Dans cette affaire, même si la Cour ne reconnaît pas directement la possibilité d'un contrôle des actes des institutions européennes, elle admet néanmoins que leur application nationale peut engager la responsabilité des Etats pour atteinte à la convention européenne sur le fondement duquel les Etats et elles sont compétents, même si c'est de manière contestable³³⁷. Ainsi, elle élargit en l'espèce le contrôle de la Cour aux mesures des droits des institutions de l'Union n'accordant pas une marge d'appréciation à l'Etat³³⁸.

³³⁷ Voir A. BERRAMDANE, « La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit de l'Union européenne », RDUE, vol.2, 2006, pp.243-272.

³³⁸ Voir J. ROSSETTO et A. BERRAMDANE, Regards sur le droit de l'Union..., op.cit., p.177.

209. La solution *Bosphorus* est compromissaire en assurant l'arrangement entre la convention comme instrument de garantie de l'ordre public et l'importance de la coopération internationale (§156). C'est également un accommodement de l'intérêt général existant dans la recherche de la coopération et les violations du droit de propriété protégé par la Convention, surtout lorsque la Cour considère que l'intérêt général de participer à une organisation internationale est tant légitime que primordial et en adéquation à l'intérêt général lié au droit de propriété (§150). Par cette lecture, étonnamment, l'intérêt de la participation à une organisation internationale devient une perspective d'appréciation de la violation d'un droit de l'homme pour la Cour, mais sans précision du seuil d'atteinte pouvant justifier cet intérêt. En effet, elle atténue le niveau de violation par le « poids considérable » de l'intérêt communautaire et, par la même occasion, diminue de manière alarmante l'éventualité d'une violation conventionnelle, ce qui manifeste imparablement un jugement favorable à l'intérêt communautaire confronté à celui du requérant. C'est, enfin, un compromis entre le mécanisme de la Convention et la sauvegarde des droits fondamentaux dans l'Union par la reconnaissance d'une protection équivalente aux droits de l'homme dans l'Union qu'elle évalue en fonction des gages substantiels et procéduraux, même si cette présomption est réfragable puisque l'irrecevabilité de la requête ne vaut que lorsque le requérant ne prouve pas que le degré de protection de l'Union est moindre que celui de la Convention (§156). L'équivalence de protection étant réfragable, surtout quand on connaît l'insuffisance manifeste du droit de l'Union en matière de recours en annulation ou relativement aux 2 et 3^{ème}s piliers, il semblait presque'invisageable à l'époque *Bosphorus* de la renverser, surtout du moment que la Charte des droits fondamentaux de l'Union est devenue une source primaire et qu'elle insiste sur cette équivalence en interdisant toute protection inférieure par des standards minimums³³⁹. Cependant, depuis 2021 et de manière inédite, la Cour a réfuté la présomption d'équivalence en reconnaissant une violation de l'article 3 de la Convention dans l'affaire *Bivolaru et Moldovan contre la France* impliquant un suspect ayant été remis par la France à la Roumanie sur la base du mandat européen³⁴⁰. La remise de ce dernier était spécifiquement préoccupante eu égard aux nombreux

³³⁹ Voir A. BERRAMDANE, « Les limites de la protection juridictionnelle dans le cadre du titre IV du Traité sur l'Union européenne », RDUE, Vol.2, 2007 ; CJCE, Parlement c. Conseil de l'Union, arrêt [Gr.Ch.] du 27 juin 2006, affaire C-540/03, pt.38 ; A. BERRAMDANE et J. ROSSETTO, Droit institutionnel de l'Union européenne, Montchrestien, Paris, 2005, p.336 et s.

³⁴⁰ Voir Cour EDH, *Bivolaru et Moldovan c. France*, arrêt [Sect.5] du 25 mars 2021.

arrêts de la Cour confirmant que les prisons étaient surpeuplées et qu'il y avait un véritable risque pour le requérant d'être détenu dans une cellule de moins de 3 m2 d'espace personnel³⁴¹. Pour la Cour européenne, dans cette jurisprudence *Bivolaru et Moldovan*, les juridictions françaises devraient mieux examiner les informations complémentaires obtenues des autorités roumaines quant aux conditions de détention en Moldavie et ne l'ayant pas fait, l'application du droit de l'Union par les juridictions nationales était équivoque eu égard au respect de la Convention³⁴². Dans cette dernière affaire, la Cour ne tranche pas vraiment sur le fond du droit de l'Union, mais précisément sur la manière de l'appliquer par le juge national et, c'est en cela la distinction avec une autre affaire en 2022 *Spasov* où elle va jusqu'à prescrire l'interprétation du droit de l'Union³⁴³. En effet, dans l'affaire *Spasov*, la Cour a considéré pour la première fois qu'il y avait eu « déni de justice » et donc violation de l'article 6 §1 de la Convention à cause d'une erreur manifeste de droit commise par une juridiction nationale relativement à l'interprétation et à l'application du droit de l'Union³⁴⁴. En fait, dans cette affaire, le tribunal roumain avait condamné le requérant Spasov, propriétaire et capitaine d'un navire battant pavillon bulgare, pour pêche illégale dans une zone économique exclusive roumaine. La Cour a considéré que le droit de l'Union n'était pas applicable en dépit des indications explicites en vertu desquelles les règles de la politique commune de la pêche s'appliquaient à l'avantage de la personne condamnée qui permettait ses activités de pêche³⁴⁵.

210. Ces évolutions étant récentes, il faut soutenir que le traitement réservé au droit de l'Union dans l'affaire *Bosphorus* pouvait laisser supposer que la Cour l'appliquerait à d'autres organisations internationales comme l'ONU par exemple, surtout qu'elle était en réalité en face des résolutions du Conseil de sécurité dont le règlement en cause n'était que l'application de sanctions qu'elles prévoyaient. Bien que les États membres de l'Union le soient aussi pour cette organisation universelle, la Cour n'ose pas l'examen d'équivalence et se dérobe à la quête de la cause du litige en soulevant

³⁴¹ Voir Ibid., §§ 123 - 126.

³⁴² «The ECtHR thus ruled that the national courts' application of EU law was problematic in light of the ECHR». J. KROMMENDIJK and M. TIMMERMAN, «The Slippery Slope of a Snooping Strasbourg. The erroneous application of EU law an ECHR breach », 16 December 2022. Consultable en ligne. Consulté le 25 septembre 2024.

³⁴³ Idem.

³⁴⁴ Voir Cour EDH, *Spasov c. Roumanie*, arrêt [Sect.4] du 6 décembre 2022, N° 27122/14, §§ 97-99.

³⁴⁵ Voir Ibid., §§94 - 97.

l'argument du *règlement-écran*, notant que même si les résolutions se fondent sur le chapitre VII de la Charte onusienne et qu'elles sont déterminantes pour l'interprétation du règlement, elles n'intégraient pas le droit irlandais et ne pouvaient en constituer un fondement légal pour la saisie de l'aéronef entreprise par le ministre des transports (§145). La Cour n'a donc pas eu à examiner la résolution à l'aune de la Convention.

211. Cette solution d'esquive n'est pas nouvelle, la Cour avait déjà refusé d'examiner la compatibilité d'une approche commune de l'Union européenne appliquant une résolution du Conseil et donc indirectement l'accord de la résolution du Conseil de sécurité par rapport à la CEDH³⁴⁶. Elle l'avait jugée irrecevable puisque les requérants ne disposaient pas de la qualité de « victimes » alors que l'approche commune de l'Union les considérait comme une organisation terroriste sachant ce que cela induit pour leurs droits et libertés, et ce pour la simple raison que cette approche exigeait l'obligation de coopération policière et judiciaire et ne visait pas directement les individus ni ne les touchait directement. La Cour n'a simplement pas voulu examiner les résolutions du Conseil au regard de la Convention malgré l'appartenance à l'ONU des Etats membres de l'Union, et ce puisqu'il est compliqué pour elle d'affirmer un contrôle équivalent à la Convention, car les décisions du CSNU échappent complètement au contrôle juridictionnel, au nom du maintien de la paix et du fait que les articles 25 et 103 de la Charte onusienne imposent la primauté du droit onusien sur toute autre obligation internationale comprenant tant celle du Conseil de l'Europe que de l'Union. Pourtant, le Tribunal de première instance de l'Union soutient que le contrôle peut s'entreprendre relativement aux résolutions pour s'enquérir du respect des normes suprêmes comme le *jus cogens* ou certaines normes impératives visant la protection des droits de l'homme et que ni les Etats ni l'ONU ne peuvent violer les principes inviolables du droit international³⁴⁷. On peut considérer qu'en dépit du fait que le droit au juge n'ait pas encore atteint le seuil d'une norme impérative, la fonction de la Cour est tout de même de pallier les manquements en matière de protection juridictionnelle au niveau national ; il y a donc un manque d'exercice de la fonction juridictionnelle en ce que l'examen véritable concernant la cause de cette affaire, qui

³⁴⁶ Voir Cour EDH, *Segi et autres et Gestoras Pro-Amnistia et autres c. 15 Etats de l'Union*, décision [3^e sect.] du 23 mai 2002, N°6422/02.

³⁴⁷ TPI, *Yusuf Al Barakaat international foundation c. Conseil*, 21 septembre 2005, N° T-306/01, pt.382 et *Kadi c. Conseil et Commission*, 21 septembre 2005, N° T-315/01, pt.282.

est la résolution, n'a pas été entrepris et a été écarté par l'argument du règlement, qui n'est pas non plus contrôlable directement malgré son incidence sur les droits du requérant.

212. Si la présomption de conventionnalité permettait à la Cour de ne pas contrôler les actes de droit dérivé de l'Union dans l'affaire *Bosphorus*, c'est également le cas malgré une insuffisance législative manifeste en droit de l'Union dans l'affaire *Etablissements Biret et Cie S.A et Biret international* en 2008.

C. L'affaire Etablissements Biret et Cie S.A et Biret international c. 15 Etats membres de l'Union européenne : l'absence de contrôle concret malgré l'insuffisance législative manifeste du droit de l'Union

213. Cette affaire concerne la requête introduite par deux requérantes, la société *Etablissements Biret et Cie S.A.* et la société *Biret international*, contre 15 Etats membres de l'Union européenne. La société requérante est créée par l'association de la première requérante avec la société C. de droit américain. En fait, à la suite de l'adoption le 7 mars et 17 mai 1988 par le Conseil des ministres de l'UE de deux directives - les *Directives Nos 88/146/CEE et 88/299/CEE* - interdisant l'usage de certaines substances hormonales dans les viandes importées sur le territoire de l'Union, un embargo sur la viande bovine est pris, notamment celle américaine contenant ces substances prohibées. Cette sanction fait sombrer l'activité de la seconde requérante au point que le jugement du Tribunal de commerce de Paris du 7 décembre 1995 va la placer en liquidation judiciaire.

214. Contre cet embargo de la Communauté européenne, les Etats-Unis et le Canada, saisissent les 20 mai et 4 novembre 1996 l'organe de règlement des différends de l'OMC en estimant que la législation sur l'importation de viande en l'espèce viole les accords de l'OMC. Si le 18 août 1997, la violation, notamment de *l'accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires* de cette organisation est reconnue par deux rapports d'experts, ces derniers vont être amendés partiellement le 16 janvier 1998 en appel mais avec la confirmation de l'atteinte à l'accord précité justifiée par l'insuffisance dans l'analyse scientifique des risques encourus en cas d'utilisation des hormones interdites. Le 13 février 1998, l'adoption du rapport

d'appel concluant à l'incompatibilité de la législation communautaire en cause avec le droit de l'OMC et exigeant la mise en conformité dans un délai de quinze mois pousse à l'adoption d'une nouvelle directive en juillet 2000.

215. Si les 29 mai et 1^{er} août 2000, les sociétés requérantes engagent les recours en responsabilité non contractuelle au TPICE en relevant la compromission et l'entrave de leur activité par les directives de 1988, ils vont être rejetés le 11 janvier 2002 au motif non exclusif que l'accord de l'OMC ne crée pas des droits pour les particuliers de sorte qu'ils puissent s'en prévaloir en justice mais aussi de l'antériorité des directives à cet accord. Ayant exercé un pourvoi près de la CJCE, celui-ci est rejeté du fait que les effets dommageables allégués ont pris fin à la cessation de l'activité de la société en 1995 et que la responsabilité communautaire ne peut être engagée pour des faits antérieurs puisque la non-conformité des directives au droit de l'OMC n'a été reconnue qu'en 1998 avec une obligation de mise en conformité courant jusqu'au 13 mai 1999.
216. Déboutées, les requérantes vont saisir la Cour, arguant d'abord la violation de leur droit au procès équitable et d'accès à un tribunal pour impossibilité de contester les directives de 1988 avant leur censure par l'OMC et l'écoulement du délai de mise en conformité. Ensuite, elles soutiennent qu'il y a violation de leur droit de propriété par l'atteinte de leur fonds de commerce du fait de la législation communautaire déclarée illégale. La Cour va rejeter la requête en la considérant mal fondée. Sur le premier grief, la Cour estime qu'il n'y a pas violation et que la requête est incompatible *ratione personae* avec les dispositions de la Convention, puisque les lacunes alléguées de l'ordre juridique communautaire ne sauraient être imputées aux quinze Etats qui ne sont nullement intervenus dans le litige ni à la Communauté qui n'a pas adhéré à la convention. Concernant le second grief, la Cour considère qu'elle est incompétente *ratione materiae* et que c'est uniquement pour la France et non pour les quatorze autres pays que la législation communautaire d'interdiction a eu un effet sur l'activité des requérantes. Pour y arriver, elle a simplement renvoyé à sa jurisprudence *Bosphorus* relevant qu'il ne s'agit que d'une mesure prise par un Etat en application directe d'une disposition communautaire et qu'il n'y a aucune insuffisance en la matière, la protection des droits au sein de l'Union étant équivalente à celle de la Convention.

217. Sans ambages, cette conclusion de la Cour est marquée par une dilution du contrôle en l'absence d'un contrôle réel et constitue un déni de justice structurel puisque le préjudice causé aux requérantes - lié directement et indubitablement à la législation communautaire de 1988 défailante dans sa relation avec les ressortissants – est réel et demeure sans réparation. En effet, la liquidation judiciaire est une conséquence directe de la chute de l'activité des requérantes provoquée par les directives de 1988. Si les lacunes de l'ordre juridique de l'Union ne lui sont pas imputables parce qu'elle n'a pas adhéré à la Convention, ni non plus à ses États membres ne disposant d'aucune marge de manœuvre, serait-il pour autant raisonnable que le non-encadrement d'une telle responsabilité soit payable au prix fort par les justiciables qui en subissent les dommages sans réparation ? Si la Cour, dont le rôle est de combler les lacunes des États en matière de protection juridictionnelle des droits conventionnels, notamment le droit d'accès au tribunal et le droit de propriété comme en l'espèce, s'attèle au simple constat de ces dernières sans oser désigner le responsable comme si la requête des requérantes surgissait du néant, qu'adviendra-t-il de ces droits et de l'exigence conventionnelle de protection réelle, effective et non illusoire de ces derniers ? Est-ce en refusant de désigner le responsable qu'une telle défaillance sera enrayée ? Vers qui les requérants doivent-ils se diriger pour demander protection de leurs droits reconnus par la Convention face aux dommages occasionnés par une telle défaillance structurelle ? Est-ce aux justiciables de payer les effets des manquements ou omissions des États ou de leurs organisations internationales qui ne prévoient pas de solutions dans leurs règlementations face à de telles problématiques ? Ne sont-ce pas les États qui sont sujets primaires du droit international et contrôlent les organisations internationales en élaborant des règles et qui, en vertu de l'article 1 de la Convention, sont responsables des actions ou omissions impactant les droits conventionnels ?
218. L'on ne saurait concevoir un contrôle juridictionnel réel par la Cour en l'espèce lorsqu'elle s'attèle à justifier sa solution de manière abstraite sans examiner si l'atteinte au droit de propriété des requérantes est une conséquence directe de la législation communautaire de 1988. Dès lors que cette législation est d'application directe dans les États et ne leur octroie aucune marge de manœuvre, cela ne doit pas arrêter le raisonnement de la Cour sur l'examen de son effet à l'égard des justiciables car c'est pour eux que la Convention a été faite. Sans l'existence de cette législation, nul ne pourrait imaginer que les requérantes saisissent la Cour *ex nihilo* en exigeant

la protection de leurs droits au tribunal et à la propriété. La Cour s'est compromise puisqu'elle constate l'existence de la lacune dans l'ordre juridique de l'Union, et c'est justement l'absence d'encadrement juridique de cette défaillance structurelle qui la détourne du bon sens. En effet, cette lacune est une insuffisance manifeste, aucune logique ne saurait concevoir la liquidation judiciaire et la dégringolade de l'activité des requérantes comme la conséquence d'autre chose, si ce n'est de la législation communautaire de 1988. Même si la liquidation est antérieure à l'accord de l'OMC, en l'espèce de 1995, c'est l'absence d'existence de voies de contestation des conséquences de la législation qui a retardé les requérantes ; le constat de violations du droit de l'OMC par la Communauté n'a servi que de preuve pour démontrer l'incidence de la législation à leur endroit devant la Cour. Si l'accord de l'OMC n'accorde pas de droits aux particuliers, il est incontestable que « nécessité fait loi » et qu'il vient prouver l'injustice dommageable de la législation en cause qui ne pouvait être prouvée auparavant par les justiciables, étant donné qu'elle ne s'adressait pas directement aux particuliers et ne laissait aucune latitude aux Etats. Rien ne peut compenser l'absence de contrôle juridictionnel réel en l'espèce et l'atteinte aux droits d'accès au juge et de propriété des requérantes du fait de cette législation. La Cour a préféré sacrifier ces droits sur l'autel de sa bonne collaboration et entente avec les Etats membres et de l'évitement de conflit avec l'ordre juridique de l'Union. Elle devient ainsi co-responsable d'un déni de justice structurel au même titre que les Etats et que l'ordre juridique de l'Union incluant ces Etats. En vérité, l'appartenance des Etats membres à d'autres organisations non adhérentes à la Convention et leur imposant d'autres obligations, bien que concevable, ne devrait pas être un argument automatique pour ne pas protéger concrètement les droits conventionnels, une protection qui, selon la Cour, doit être effective et non illusoire. Pourtant, en l'espèce, le droit d'accès au juge et celui à la propriété ne sont qu'une illusion et non une réalité pour les requérantes au regard de la Convention et du contrôle abstrait fait par la Cour.

219. Si ignorer l'insuffisance manifeste dans l'ordre de l'Union, présumer la conventionnalité du droit de l'Union et vouloir préserver l'intégration européenne sont les motifs apparents du contrôle juridictionnel dilué des actes des institutions européennes ; force est de constater qu'en réalité ces motifs empêchent l'accès à la Cour pour les requérants dépendants de la juridiction des Etats membres de l'Union et qui se voient ainsi privés d'un contrôle réel. Si certains peuvent soutenir que le

contrôle se fait, il faut souligner que celui-ci reste abstrait et ne s'attèle qu'aux principes sans se pencher sur des situations réelles et individuelles afin de constater la violation. La Cour apparaît, face aux actes des institutions de l'Union avec ce type de solution, plus comme un juge d'harmonisation de l'ordre conventionnel avec l'ordre de l'Union et non un juge des droits conventionnels des individus. Face à ce déni de justice structurel de nature externe, il est important de réfléchir sur une solution permettant véritablement l'exercice d'un contrôle juridictionnel sur des actes de l'Union ayant effet sur l'intégrité des droits conventionnels.

§2. Le dénouement à l'absence de contrôle juridictionnel concret des actes des institutions de l'Union

220. Face à l'absence de contrôle juridictionnel véritable par la Cour des actes des institutions européennes ayant une incidence sur les droits conventionnels des individus sous la juridiction des Etats membres de l'Union, il serait appréciable que la Cour mette en cause la responsabilité de l'Etat comme elle l'a fait plus tard avec les jurisprudences *Bivolaru et Moldovan* ainsi que *Spasov (A)*³⁴⁸. Bien au-delà, si l'adhésion de l'Union à la Convention se matérialise (B), elle pourrait aussi permettre un contrôle réel et éviter que les actes des institutions de l'Union soient injusticiables.

A. La mise en cause de la responsabilité de l'Etat

221. La mise en cause de la responsabilité de l'Etat peut prendre deux formes : elle peut être individuelle dans une certaine mesure (1) et, le cas échéant, collective (2).

1. L'engagement de la responsabilité individuelle de l'Etat

222. La présomption d'équivalence reconnue aux actes des institutions de l'Union mène au déni de justice en ce qu'elle n'aboutit pas à un contrôle réel par la Cour des requêtes

³⁴⁸ Voir *supra*.

individuelles. Bien que la Cour refuse de reconnaître une compétence *ratione personae* des Communautés européennes ou de l'Union conformément au prescrit de l'article 19 de la Convention envisageant uniquement son respect eu égard aux Etats contractants, ce n'est pas la solution à la véritable problématique relative à ces actes, à savoir, s'il faut engager la responsabilité des Etats membres pour les actes de l'Union portant atteinte aux droits conventionnels, notamment celui d'accès au juge, notamment à un jugement concret, pour éviter le déni de justice. Une telle problématique est légitime et nécessite une réponse claire de la Cour pour parer au déni de justice, surtout lorsque l'on sait que les normes de l'Union sont adoptées par les Etats à la majorité simplifiée et que, sur ce fondement, la Cour pourrait engager la responsabilité de l'Etat pour un acte communautaire auquel il prend part, plutôt que de se cacher derrière un contrôle abstrait et l'incompétence personnelle dans certains cas³⁴⁹. L'absence de contrôle réel par la Cour des actes de l'Union ayant effet sur certains droits conventionnels des individus dans les États membres de l'Union n'est pas conforme au droit international, notamment aux règles en matière de succession des traités telles que prévues par l'article 30 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités. Véritablement, sur le fondement de cette disposition, l'Etat a l'obligation d'honorer les engagements des différents traités qu'il signe et ne doit pas se dédouaner de ses obligations liées à un traité précédent, sous couvert d'une signature postérieure, surtout en matière des droits de l'homme³⁵⁰. L'absence de contrôle réel des droits conventionnels qu'entraîne la présomption d'équivalence de protection n'est pas concevable, puisqu'elle permet, contrairement au droit international, qu'au moyen de transferts de compétence, les Etats parties à la Convention et membres de l'Union retranchent de la protection de la Convention des champs normalement réglementés par elle. En effet,

³⁴⁹ En conformité avec l'obligation découlant de l'article 1 de la Convention, la Cour reconnaît tout de même sa compétence personnelle à l'endroit des Etats membres de l'Union dans la mise en œuvre du droit de l'Union lorsqu'ils disposent d'une marge d'appréciation. L'on peut en conclure que les Etats sont d'abord responsables en lien avec les actes normatifs communautaires qu'ils maîtrisent directement, à savoir non seulement les actes transposant en droit national une réglementation communautaire, outre la marge de manœuvre que la réglementation en cause leur laisse, mais aussi les actes auxquels l'Etat participe à l'élaboration du droit communautaire primaire. Voir Cour EDH, *Procola c. Luxembourg*, arrêt [Ch.] du 28 septembre 1995, N° 14570/89 ; *Cantoni c. France*, arrêt [G. Ch.] du 15 novembre 1996, N° 17862/91 et *Matthews c. Royaume-Uni*, arrêt [G. Ch.] du 18 février 1999, N° 24833/94.

³⁵⁰ Voir F. BENOIT-ROHMER, « A propos de l'arrêt *Bosphorus Airlines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », RTDH, 2005, Vol. 64, p. 831.

« on ne saurait (...) admettre que par le biais de transferts de compétence, les Hautes - Parties contractantes puissent soustraire, du même coup, des matières normalement visées par la Convention aux garanties qui y sont édictées »³⁵¹.

Avant qu'elle ne tombe, la présomption d'équivalence consacrée par la Cour laissait aux Etats la possibilité d'appliquer en droit national des dispositions contraires à la Convention et préjudiciables aux individus sous le motif du transfert de compétences sans qu'ils ne soient sanctionnés. Elle constituait un argument simpliste de contournement de la responsabilité des Etats rattachées aux obligations de la Convention, alors qu'ils y ont adhéré volontairement et c'est donc en toute cohérence que leur responsabilité peut être engagée. Engager cette responsabilité éviterait qu'un certain type d'actes relevant d'une structure juridique, comme l'Union européenne ou les Communautés européennes à l'époque, établie par un groupement d'États membres de la Convention, puisse entamer l'intégrité des droits de la Convention en les rendant injusticiables devant la Cour dont la fonction est pourtant d'assurer un respect harmonieux de ses dispositions. En réalité, par le recours à la présomption d'équivalence,

« Une catégorie d'actes imputables à un système mis sur pied par un groupe d'Etats parties à la Convention et susceptibles de toucher au respect des droits garantis par celle-ci échappe au contrôle du mécanisme qu'elle a justement instauré afin de garantir un respect uniforme de ses dispositions. Situation peu satisfaisante à bien des égards, surtout si l'on tient compte de la nature des droits en cause »³⁵².

223. La responsabilité de l'Etat devrait être envisagée par la Cour comme elle l'a fait postérieurement dans ses jurisprudences *Bivolaru et Moldovan* ainsi que *Spasov* puisque les Etats, en ratifiant la Convention, ont validé l'obligation de la respecter et de faire respecter ses droits et que, par ailleurs, la principale fonction de la Cour est d'examiner des cas individuels de violation des droits de l'homme et non celui d'aménager les équivalences de protection fictives et dogmatiques. Incontestablement, la fonction essentielle de la Cour est le contrôle complet du respect des obligations de la Convention par les Etats membres et non de présumer leur

³⁵¹ Voir Com. EDH, Étienne Tête c. France, 9 décembre 1987, N° 11123/84, DR 54, p.52.

³⁵² A. BULTRINI, « La responsabilité des Etats membres de l'Union européenne pour les violations de la Convention européenne des droits de l'homme imputables au système communautaire », RTDH, 2002, p.24.

respect, puisque si la Cour se restreint aux engagements de principe des États parties et aux solutions des juridictions nationales, le constat d'atteinte à la Convention sera rarement affirmé³⁵³.

2. L'éventualité d'une responsabilité collective des États membres de l'Union

224. Comme dans certains cas la Cour étend sa compétence aux actes de droit primaire de l'Union, il est possible de suggérer la responsabilité collective des États membres pour éviter le déni de justice, à défaut de la responsabilité individuelle³⁵⁴. Pour établir cette responsabilité collective des États membres, à défaut de la responsabilité individuelle, il faut simplement interpréter largement l'obligation de garantie des droits conventionnels, notamment la portion relative « *à toute personne relevant de leur juridiction* » acceptée par tous les États membres conformément à l'article 1, autrement dit sans la circonscrire à l'exercice immédiat des prérogatives de la souveraineté dans le territoire national, mais en impliquant également l'exercice de prérogatives transférées à une structure juridique internationale ou supranationale, ce qui est le cas de l'Union³⁵⁵. Aussi, l'ubiquité des États dans le fonctionnement de l'Union mais encore dans la fabrication du droit de l'Union, sans oublier l'imbrication des États membres et de l'Union fondent la pertinence d'une responsabilité collective des États membres en lien avec la Convention européenne³⁵⁶. Cette responsabilité collective simplifiera l'exécution des arrêts de condamnation par la Cour en rapport avec l'acte d'une institution de l'Union visé du fait qu'elle entraînera la modification des mesures prises sur sa base et, de cette manière, l'État incriminé ne sera pas contraint de violer la Convention ou un des traités de l'Union. Si, dans un sens, l'éventualité de la responsabilité collective des États membres va étendre le contrôle

³⁵³ Voir Ibid., p.16.

³⁵⁴ Voir J.-C. GAUTRON, Droit européen, mémentos Dalloz, Dalloz, Paris, 2009, p. 6. et précisément affaire Matthews c. Royaume-Uni, arrêt [G. Ch.] du 18 février 1999, N° 24833/94.

³⁵⁵ « Il suffit d'interpréter au sens large l'obligation de garantir les droits de la Convention « à toute personne relevant de leur juridiction » souscrite par les Parties en vertu de l'article premier de la CEDH, c'est-à-dire sans la limiter à l'exercice direct des pouvoirs de souveraineté dans le territoire national, mais en englobant l'exercice de compétences transférées à des organisations internationales ou supranationales ». H. C. KRUGER et J. POLAKIEWICZ, Proposition de création d'un système cohérent de protection des droits de l'homme en Europe, RUDH, 30 octobre 2001, n°1-4, p. 5.

³⁵⁶ Voir A. BULTRINI, « La responsabilité des États membres de l'Union européenne... », article précité, pp. 32-35.

de la Cour dans le champ du droit de l'Union en créant de nouvelles interférences avec la Cour de justice, dans un autre sens, on ne trouve pas quelle serait la raison d'exempter par l'équivalence de protection l'appareil judiciaire du système de l'Union du contrôle de la Cour, d'autant plus que les systèmes juridiques des États membres de l'Union sont sous le contrôle du mécanisme de protection de la Convention³⁵⁷. En effet, en dépit d'importantes évolutions du système juridictionnel de l'Union, il ne faut pas négliger ses défaillances, notamment la limitation de l'accès à la justice pour les individus puisqu'en deçà du niveau offert par la Convention et par les mécanismes juridictionnels des États membres. Sur cet argument, la Cour ne saurait pas refuser un contrôle réel des droits conventionnels aux individus en considérant simplement la présomption d'équivalence par le système juridictionnel de l'Union. Le faire serait simplement reconnaître assurer un contrôle dilué des requêtes des requérants dès lors que les actes communautaires leur font grief.

225. Si la mise en cause de la responsabilité de l'État dans ses deux formes peut susciter débat en tant que solution efficace ou justifiée en l'état actuel du droit international ou des droits de la Convention et de l'Union du fait de l'absence de règle d'harmonisation des ordres juridiques ayant chacun une personnalité juridique spécifique, l'autre issue pouvant permettre que les actes communautaires ne puissent échapper au contrôle de la Cour serait la matérialisation de l'adhésion formelle de l'Union à la Convention.

B. L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme

226. La solution idéale qui éviterait l'injusticiabilité des actes des institutions européennes suppose l'adhésion de l'Union à la Convention dont l'importance mérite d'être examinée (1) préalablement à sa portée (2).

³⁵⁷ Voir D. SIMON, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « Je t'aime, moi non plus » ? », *Revue Pouvoirs*, 2001/1, N° 96, p. 40. Et A. BULTRINI, « La responsabilité des États membres de l'Union européenne... », article précité, pp.26-27.

1. L'importance de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention.

227. La question de l'adhésion n'est pas nouvelle et depuis longtemps on sait qu'elle peut être une panacée pour éviter le déni de justice lié aux demandes des requérants à la Cour visant certains actes des institutions européennes comme illustré précédemment³⁵⁸. L'adhésion permettrait essentiellement de consolider la protection individuelle en offrant à l'individu sous juridiction des Etats membres de l'Union et de la Convention la possibilité de faire contrôler la conformité de l'action des institutions européennes avec les droits sauvegardés par la Convention et d'éviter le déni de justice en permettant un contrôle réel par la Cour en lieu et place de la présomption d'équivalence ; qui, immunise une telle action même lorsqu'elle fait grief. L'un des traits essentiels de l'État de droit est d'accorder au particulier le moyen le plus efficace pour protéger ses droits contre l'Etat en le soumettant au contrôle international ; si l'Union veut être une « Union de droit » ou encore une « Communauté de droit », quelle raison explique qu'elle soit en marge dans une Europe se clamant démocratique en ne permettant pas que certains de ces actes soient soumis au contrôle juridictionnel externe pour s'enquérir de leur conformité aux droits de l'homme ? En effet, certes, après l'incorporation des droits de la Convention parmi les droits fondamentaux avec statut des principes généraux de droit dans le droit primaire par l'article 6 du TUE, il y a du progrès, mais il faudrait franchir un nouveau cap et permettre la soumission des actes des institutions européennes au contrôle externe de la Cour³⁵⁹. A l'ère d'un élargissement de l'Union qui exige des nouveaux Etats adhérents au nombre des valeurs à respecter le respect des droits de l'homme, il est un peu paradoxal et inconcevable que certains actes de ses institutions échappent au contrôle à cet égard³⁶⁰.

³⁵⁸ Voir O. De SCHUTTER, « L'adhésion des communautés européennes à la convention européenne des droits de l'homme », CRISP « Courrier hebdomadaire du CRISP », Vol.15, N°1440, 1994, p.3.

³⁵⁹ « Une lacune importante à l'ordre juridique se fait ressentir d'une manière accentuée : tous les actes juridiques des Etats membres de la Communauté sont soumis à un contrôle du respect des droits de l'homme par (...) la Cour des droits de l'homme instaurée par la Convention européenne des droits de l'homme de 1950. En revanche, la Communauté, qui proclame son engagement envers le respect des valeurs démocratiques et des droits de l'homme, n'est pas soumise à ce mécanisme de contrôle et ses institutions bénéficient, au regard de la Convention, d'une sorte d'« immunité » quant à leurs actes ». L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article, Economica, Paris, 1995, p.95.

³⁶⁰ « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'Etat de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. (...) ». Article 2 du TUE.

228. De plus, si l'on peut considérer que l'élaboration de la CDFUE et son inclusion dans le droit primaire par le Traité de Lisbonne offre une meilleure protection des droits de l'homme dans l'Union, l'adhésion n'est pas une possibilité mais un cap supplémentaire à atteindre pour parer au déni de justice pouvant résulter de l'injusticiabilité de certains actes de droit dérivé devant la Cour, et ce, puisqu'au sein même des Etats membres des textes de protection existent consacrant les droits fondamentaux sans que cela n'obstrue leur adhésion à la Convention. L'adhésion n'est pas aussi complexe qu'on le prétend si l'on veut parfaire la protection de l'individu, l'argument de complexité n'est qu'un paravent pour la reporter et ne pas la traiter avec sérieux. Pourtant, l'Union fait déjà partie de manière singulière de l'OMC sans que cela ne soit un problème ; on perçoit mal alors comment l'obstacle ne serait insurmontable qu'en matière des droits de l'homme si ce n'est que par un manque de volonté et par souci d'avoir une chasse gardée.

2. L'étendue de l'adhésion à la Convention

229. L'adhésion devrait être circonscrite aux compétences de l'Union et non élargie au-delà de compétences communautaires au point d'ouvrir à l'Union une brèche pour contrôler les actions nationales relativement aux droits fondamentaux³⁶¹. Circonscrire le contrôle de la Cour à la sphère de compétence communautaire n'épuise pas toutes les inquiétudes. En vrai, si aucune question ne se pose sur un litige lié à un acte de droit dérivé directement applicable, ce n'est pas le cas lorsque l'acte nécessite une mesure interne d'exécution. Dans cette dernière hypothèse, sera-ce contre l'Etat ou contre l'Union qu'il faut saisir la Cour ? La solution tient à la latitude reconnue par le droit de l'Union aux Etats : en présence d'une grande latitude reconnue à l'Union il faut un recours contre l'Union et inversement un recours contre l'Etat sous-réserve d'épuisement du recours interne et du recours préjudiciel devant la Cour de justice quant à l'examen d'une mesure d'exécution liée à la Convention. Cependant, notant

³⁶¹ « On a prétendu que l'adhésion aurait pour conséquence de doter la Communauté d'une compétence en matière de droits de l'homme et de lui permettre de contrôler les activités des Etats à cet égard ; au contraire, l'adhésion n'opérera que dans le domaine de compétences communautaires. Or, dans ce domaine, les Etats sont déjà soumis au contrôle de la Cour de justice (...). L'adhésion à la Convention de 1950 n'impliquera aucune obligation nouvelle pour eux, mais conduira à une meilleure protection de leurs citoyens à l'encontre des mesures communautaires qui seraient éventuellement contraires aux droits fondamentaux ». Mémoire du 4 avril 1979, Bulletin des Communautés européennes, supplément 2/79.

que l'individu n'a pas le contrôle total sur l'issue du recours préjudiciel qui dépend davantage des juridictions nationales, il faut exclure, en cas de non-renvoi à la Cour de justice de l'Union, toute opposition à son endroit basée sur le non-épuisement des voies nationales. De surcroît, vu qu'il peut être compliqué de démêler les domaines liés au droit de l'Union, on pourrait, pour parer à tout mauvais jugement à cet égard affectant le particulier dans l'hypothèse où il aurait opté pour une mauvaise voie, envisager un recours solidaire contre l'Union et les Etats membres en leur laissant l'initiative de déterminer le véritable responsable et, le cas échéant, reconnaître une responsabilité partagée.

230. Par ailleurs, la circonscription du contrôle de la Cour à la sphère de compétence de l'Union doit-elle viser simplement la Convention ou s'étendre aussi aux protocoles additionnels ? Il faut y répondre affirmativement, puisqu'il n'est pas aisé de préciser par anticipation si un droit n'aura pas une importance dans l'Union. Faut-il rappeler qu'au commencement des Communautés européennes, on n'imaginait pas une interférence entre les visées économiques et les droits de l'homme mais que c'est l'évolution qui l'a révélée ?
231. En outre, l'adhésion impliquera aussi de penser la participation de l'Union à la Cour européenne plus spécifiquement. Pour garantir à l'Union la pleine participation à la Cour ou aux autres organes de la Convention, sa représentation doit être envisagée en termes de solution. Il serait aberrant d'imaginer la participation de l'Union à la Cour simplement par le canal des juges ressortissants de ses Etats membres sans prévoir une participation propre de cet ordre : ceci provoquerait une discrimination infondée entre l'Union et les autres parties pourtant soumises aux mêmes obligations. En effet, les juges des Etats membres participent à la Cour sur le préalable de la connaissance du droit national ne nécessitant pas une maîtrise du droit de l'Union ; sans la participation propre de l'Union, ce critère va désavantager cette dernière par un traitement différencié. Il faut un juge pour l'Union dont la désignation se fait sur la base de la procédure actuelle avec ajout d'une réserve exceptionnelle interdisant à la Cour de compter pour décider plus d'un membre ayant la même nationalité³⁶². En vrai, l'on ne devrait pas limiter ce juge aux simples affaires liées à l'Union car son

³⁶² Voir L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, op.cit., p.99.

implication occasionnelle rendra compliquée son assimilation de la jurisprudence et des méthodes de fonctionnement de la Cour. Par ailleurs, l'on ne devrait pas se cacher derrière l'argument de majorité en craignant que la voix du juge pour l'Union s'ajoute à celle de ses Etats membres parties à la Convention puisque le Conseil de l'Europe est très élargi et que, par ailleurs, l'existence de juges ayant la nationalité des Etats parties à la Convention à la Cour n'a jamais posé un problème sachant l'indépendance qui est attendue d'eux, sans oublier que la Cour permet parfois aux juges des Etats non parties de siéger. En réalité,

« (...) il apparaît plus conforme à la philosophie même du système de contrôle de la CEDH de prévoir un juge de l'Union à « plein temps », doté d'un statut juridique identique à celui des autres juges »³⁶³.

232. Une telle solution va favoriser l'association pleine de l'Union au mécanisme de garantie collective de la CEDH et contribuer également à consolider la légitimation des décisions de la Cour.
233. Cependant, pour la participation au Comité des ministres du Conseil de l'Europe, il sera compliqué que l'Union y siège d'autant plus qu'y siéger est une prérogative exclusive des membres de cette organisation, sans oublier que le rôle de cet organe diminue ; elle peut seulement prendre part aux travaux sans voix délibérative.
234. L'adhésion de l'Union à la Convention évitera que certains actes de l'Union échappent au contrôle de la Cour et créent le déni de justice lorsqu'ils entrent en conflit avec les droits des individus des Etats membres de l'Union. Par ailleurs, elle apportera certaines conséquences remarquables. Elle impliquera l'exceptionnalité de la Convention qui sera un instrument signé par une organisation internationale dont tous les membres sont également cocontractants mais sans qu'il n'y ait application de la succession fonctionnelle en matière de traités³⁶⁴. Bien plus, cette même Convention ne sera ni un « *accord mixte* » axé sur le partage des compétences entre l'Union et les Etats membres où chacun sera engagé pour son champ de compétence, ni non plus un « *accord de nouvelle génération* » appelant une interprétation autonome de la Cour

³⁶³ D. SZYMCZAK et S. TOUZE, « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international », AFDI, 2011, Vol. 57, p. 617.

³⁶⁴ Voir F. MATSCHER et H. PETZOLD (dir.), Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur Gérard J. Wiarda, Heymans, Cologne, 1988, p.441.

de justice contraignante pour les Etats de l'Union³⁶⁵. L'adhésion revalorisera la spécificité de la Convention comme « *instrument constitutionnel d'un ordre public européen* » et bien « *singulier* » sous contrôle de la Cour³⁶⁶. Par rapport aux Etats membres de l'Union, ils seront doublement liés au point qu'elle apparaîtra comme une Convention internationale des Etats et/ou de l'Union. Cette double responsabilité explique la raison de l'exigence de la ratification de cette adhésion par ces Etats en conformité avec les exigences constitutionnelles comme l'envisage le TFUE³⁶⁷. L'adhésion sera un défi non seulement pour la Cour de justice de l'Union relativement à la primauté de son droit ainsi qu'à l'assurance de la plus haute protection juridictionnelle des droits fondamentaux, mais aussi pour les juridictions nationales qui seront au carrefour des sources de protection des droits de l'homme et de l'initiative de procédures de renvoi en leur donnant l'opportunité de réformer les cadres juridiques nationaux³⁶⁸.

235. L'étendue et l'importance de l'adhésion de l'Union à la Convention manifeste également une issue pour éviter le défaut de contrôle des actes institutionnels de l'Union par la Cour créant le déni de justice.

³⁶⁵ H. GAUDIN, « Le Statut de la Convention européenne des droits de l'homme... », article précité, p.37.

³⁶⁶ Voir Cour EDH, *Loizidou c. Turquie*, arrêt [G.Ch.] du 23 mars 1995, N°153118/89 et *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, série A n°25.

³⁶⁷ « (...) Le Conseil statue également à l'unanimité pour l'accord portant adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ; la décision portant conclusion de cet accord entre en vigueur après son approbation par les États membres, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives ». Article 218§8 du TFUE.

³⁶⁸ H. GAUDIN, « Le Statut de la Convention européenne ... », article précité, p.38.

Conclusion du chapitre II

236. L'absence de contrôle juridictionnel réel des actes des institutions européennes par la Cour pour préserver l'ordre juridique international, qui constitue une autre forme de déni de justice structurel d'essence externe, est doublement fondée en principe. D'abord, elle est liée au défaut d'adhésion formelle de l'Union à la Convention qui se manifeste par une ignorance de l'interférence avec les droits de l'homme à l'origine par les Communautés européennes, le questionnement sur la place de la Convention et son ambiguïté dans le droit de l'Union. Ensuite, le défaut de contrôle juridictionnel concret tient au fait que la Cour reconnaît la présomption de conventionnalité du droit de l'Union en s'inspirant des pratiques d'autres organes. La portée de cette présomption démontre qu'elle est faible en conférant une quasi-immunité au droit de l'Union et qu'elle peut être renversée en cas d'insuffisance manifeste. Cette absence de contrôle n'est pas théorique, son existence est par ailleurs prouvée en réalité dans quelques affaires. Si dans l'affaire *CFDT*, ce défaut de contrôle est justifié par la Cour avec l'idée de préserver l'intégration communautaire, c'est au nom de la présomption de conventionnalité et au mépris parfois d'une insuffisance législative manifeste dans l'ordre communautaire qu'il est motivé dans les affaires *Bosphorus* et *Etablissements Biret*. L'absence de contrôle juridictionnel concret aboutit à l'impossibilité pour les justiciables d'obtenir une juste décision à la Cour ; il peut se résoudre par la mise en cause de la responsabilité étatique, dans son aspect individuel ou collectif en impliquant tous les États membres de l'Union et la possibilité que cette dernière adhère à la Convention, une adhésion dont l'importance et l'étendue sont claires.

CONCLUSION DU TITRE I

237. Le déni de justice structurel par la Cour tient en partie à la préservation de l'ordre juridique international. Dans cette optique, la Cour refuse de contrôler le respect des droits conventionnels pour sauvegarder l'ordre universel de façon générale et l'ordre de l'Union européenne de manière particulière.
238. La Cour protège l'ordre universel dans le cadre onusien ou en dehors. Le refus de contrôler le respect des droits conventionnels confrontés aux actes onusiens en matière de maintien de la paix se fonde formellement, non seulement sur la volonté d'éviter la hiérarchisation entre la Convention et la Charte onusienne clamant sa primauté face à tout autre engagement international et la voyant consolidée jurisprudentiellement, mais aussi par la tentative de conciliation de ces deux instruments au détriment de la primauté de la Convention, pourtant l'instrument spécial à cet égard. Cette peur d'une hiérarchie mène en pratique à rendre la Cour inaccessible quant aux demandes liées au maintien de la paix, très souvent par des motivations d'incompétence *ratione loci* et *ratione personae* critiquables, comme dans l'exemple des affaires *Berhami* et *Saramati* ainsi que *Stichting mothers of Srebrenica* et *Béric*. Ce constat déplorable a appelé une amélioration par la mise en cause la responsabilité étatique en l'absence de voies de recours alternatifs au sein de l'ONU. Hors du cadre onusien, le refus de contrôle touche à des actes d'organisations internationales et à certains actes interétatiques. Pour les premiers actes, il tient *a priori* au respect du droit international et du droit interne, à l'inapplication de la compétence extraterritoriale par la Cour et à l'immunité juridictionnelle des organisations internationales. Toutefois, il est réellement motivé par le régionalisme de la Convention et l'exigence de coopération internationale qui ne sont pas insurmontables. En effet, des solutions existent pour parer au déni de justice en la matière puisqu'il est possible d'appliquer extraterritorialement la Convention et d'assurer le contrôle de proportionnalité ou d'instaurer une voie de recours alternatifs ou simplement impartiaux. Quant aux seconds actes, le refus de la Cour s'explique par la rémanence de l'immunité d'exécution des États et l'existence de clause limitative de compétence juridictionnelle dans le temps. Ces fondements poussant la

Cour à l'arbitraire dans ses décisions, y remédier demande sa tempérance, mais encore qu'elle prenne en compte le fait générateur dans les litiges qui lui sont soumis.

239. La sauvegarde de l'ordre de l'Union a dilué en principe le contrôle par la Cour de ses actes de droit dérivé, soit par manque d'adhésion formelle de l'Union à la Convention, soit par reconnaissance d'une présomption de conventionnalité de son droit à travers l'équivalence de protection. La non-adhésion formelle de l'Union à la Convention s'explique dans l'histoire par une certaine ignorance d'une interférence avec les droits de l'homme au début des Communautés européennes et ensuite par un questionnement sur la place de la Convention et sa nature ambiguë au sein de l'Union. Néanmoins, concrètement, cette sauvegarde se prouve par le constat dans certaines affaires d'un contrôle dilué de certains actes institutionnels de l'Union pour différents motifs, à savoir, protéger l'intégration communautaire, respecter la présomption de conventionnalité même en cas d'insuffisance législative évidente du droit de l'Union menant au déni de justice. La dilution du contrôle préjudiciable aux droits conventionnels des justiciables nécessitant une correction, une solution est de mettre en cause la responsabilité de l'État, individuelle ou collective, mais aussi que l'Union européenne adhère à la Convention puisque c'est important pour ne plus justifier un traitement différencié face aux violations de cette dernière.
240. C'est ainsi que se démontre le déni de justice structurel par la Cour au nom de la préservation de l'ordre juridique international. Par ailleurs, la Cour, avec le principe de subsidiarité en arrière-pensée, oublie également et souvent son rôle de protéger les droits conventionnels des individus en se rendant auteure de déni de justice au motif de préserver les ordres juridiques nationaux.

TITRE II : UN DÉNI DE JUSTICE « AU NOM DE LA PRÉSERVATION DES ORDRES JURIDIQUES NATIONAUX »

241. En fait, tous les ordres juridiques au monde envisagent la possibilité d'adopter des règles spéciales pour faire face à des situations spéciales ; c'est le cas des règles sur l'état d'urgence, les immunités des États, les actes de gouvernement et la prescription. Cela explique que le droit interne des Etats membres, sans considération de son fondement théorique, comme vu précédemment pour le droit international, approuve que devant ces situations spéciales les autorités compétentes puissent suspendre l'exercice de certains droits de l'homme ou carrément ne pas les reconnaître dans le seul et unique objectif de sauvegarder le système juridique. Ceci peut paraître absurde et l'est, d'autant plus qu'il s'agit d'une possibilité légale de suspendre ou de ne pas reconnaître aux individus des droits pourtant inaliénables, indivisibles, voire imprescriptibles, alors que l'exercice de certains, comme le droit au juge, constitue le seul moyen de garantie d'autres droits élémentaires³⁶⁹.
242. Dans cette perspective, ces ordres peuvent concevoir qu'il soit normal, lors de l'état d'urgence, notamment sur les lieux d'un conflit armé, que l'on suspende le droit de circuler pour préserver le droit à la vie, pourtant tous ensemble compromis. Parfois, ils conçoivent que certaines personnes incarnant ou agissant au nom de l'Etat aient une immunité juridictionnelle pour respecter l'égale souveraineté des Etats alors que les conséquences de leurs actions violent les droits de leurs contradicteurs. Aussi, ils admettent l'injusticiabilité de certains actes, précisément les actes de gouvernement, pour leur nature politique alors qu'ils entraînent des conséquences juridiques incontestables et préjudiciables sur les droits individuels. Enfin, ils peuvent valider la prescription de certains droits pourtant fondamentaux face à l'écoulement du temps alors que cette prescription porte atteinte aux droits de certaines catégories vulnérables.

³⁶⁹ Voir N. GRANGÉ, L'urgence et l'effroi. L'état d'exception, la guerre et les temps politiques, ENS Editions, Lyon, 2018, p.60.

243. Devant cette réalité, au lieu de protéger les droits reconnus par la Convention, la Cour se rend coupable de déni de justice en recourant aux mêmes justifications structurelles que les Etats membres, d'une part, pour les situations en rapport avec l'état d'urgence et les immunités étatiques (**Chapitre I**) et, d'autre part, pour celles en lien avec les actes de gouvernement et les règles de prescription (**Chapitre II**).

CHAPITRE I : LE DÉNI DE JUSTICE RELATIF À L'ÉTAT D'URGENCE ET AUX IMMUNITÉS ÉTATIQUES

244. L'ère actuelle est de plus en plus marquée par des situations de crise qui remettent en cause le droit de temps ordinaire dont l'insuffisance pour conjurer ces différents dangers menaçant la vie de la Nation actionne le recours à l'état d'urgence qui induit l'adoption par les gouvernements des Etats des mesures conditionnant l'exercice des droits de l'homme aux restrictions surpassant celles légalement permises dans les situations normales ³⁷⁰.
245. Quant à l'immunité étatique, c'est une protection étatique visant à empêcher le contrôle des actes de son bénéficiaire et ayant pour conséquences l'entrave à l'accès du particulier au juge et la fermeture des portes des tribunaux en bloquant l'examen du bien-fondé de ses prétentions au fond³⁷¹.
246. Respectivement, en limitant les droits de l'homme par des restrictions extrêmes en dehors des situations normales et en obstruant tant l'accès au tribunal qu'en bloquant l'examen des requêtes des justiciables, l'état d'urgence et les immunités étatiques posent un dilemme d'harmonisation entre les intérêts de leurs bénéficiaires que sont les Etats et les droits des individus aux prises avec ces privilèges. Sans solution doctrinale, jurisprudentielle et conventionnelle pérenne face à ce dilemme, l'accès à la Cour pour les justiciables, peut réellement être compromis tant en ce qui concerne l'état d'urgence (**Section 1**) que pour les immunités étatiques dont la nature est sans doute de s'opposer au droit à un tribunal (**Section 2**)

³⁷⁰ Voir J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Les régimes de crise à l'épreuve des circonstances sanitaires exceptionnelles ». In « [Colloque virtuel] Droit et Coronavirus. Le droit face aux circonstances sanitaires exceptionnelles », RDLF, chron. N°20, 2020. Consultable en ligne. Consulté le 27 septembre 2024 et N. GRANGÉ, L'urgence et l'effroi. L'état d'exception, la guerre et les temps politiques, ENS Editions, Lyon, 2018, p.59. En effet, l'état d'urgence sous-entend un état d'exception et suppose des situations perceptiblement graves qui, au nom de la sécurité, poussent les Etats, notamment leurs pouvoirs politiques à s'émanciper d'une simple législation en y insérant de nouvelles règles - souvent restrictives des droits et libertés et centralisatrices de divers pouvoirs ordinairement séparés par leurs constitutions. Voir ». M. TROPER, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel ». In M. ARKOUN, É BALIBARD et al., L'exception dans tous ses états, Parenthèses, Marseille, 2007, p. 163.

³⁷¹ Voir M. COSNARD, La Soumission des Etats aux tribunaux internes- Face à la théorie des immunités des Etats, Pédone, Paris, 1996, p.205.

Section 1. La compromission de l'accès à la Cour en lien avec l'état d'urgence

247. Lors de l'état d'urgence, il peut se dresser en principe un obstacle pour accéder à la Cour doublement fondé (§1) et se prouvant, en réalité, par un contrôle conventionnel gravement défaillant des requêtes y afférentes (§2).

§1. Le double fondement de la compromission face à l'état d'urgence

248. L'impossibilité d'accéder à la Cour liée à l'état d'urgence tient à l'équivocité de son régime conventionnel très souple au niveau supranational (A) et mène la Cour à contrôler sans cohérence, de manière variable, la très large marge d'appréciation qui en résulte au niveau interne (B).

A. L'équivocité du régime conventionnel très souple sur l'état d'urgence

249. L'analyse relative à l'état d'urgence a, en plus d'une stature européenne, une stature internationale, puisque, non seulement l'article 15 al.1 de la Convention, mais encore l'article 4 al.1 du PIDCP ainsi que l'article 27 al.1 de la CADH l'envisagent en autorisant la suspension par les États de la jouissance et de l'exercice des droits de l'homme reconnus en situation de guerre ou de danger public exceptionnel mettent en péril la vie de la nation³⁷². En effet, l'article 15 de la Convention ayant comme titre « *Dérogation en cas d'état d'urgence* » n'utilise pas ce terme « urgence » dans son contenu³⁷³.

³⁷² Voir M. BENLOLO CARABOT, « État d'urgence et droit européen ». In J.-L. HALPERIN, S. HENNETTE-VAUCHEZ et É. MILLARD (dir.), *L'état d'urgence de l'exception à la banalisation*, Presses universitaires de Paris Nanterre, Paris, 2017, p.123 et F. SUDRE (dir.), L. MILANO et al., *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2023, p.228.

³⁷³ Article 15 de la Convention : « 1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.

2.La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2 (droit à la vie), sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre et aux articles 3 (interdiction de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants), 4, paragraphe 1 (interdiction de l'esclavage et de la servitude), et 7 (pas de peine sans loi).

250. Historiquement, insérer cette disposition dans la Convention n'était pas acquis, ce qui manifeste incontestablement la philosophie qui guide son système. Effectivement, d'une part, les travaux préparatoires de ce texte prouvent que ses projets initiaux ne se référaient pas à une clause particulière de sauvegarde en situation d'urgence et la trouvaient superflue puisqu'une autre disposition, l'article 6 de la première recommandation de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe du 8 septembre 1949 prévoyait que

« dans l'exercice des droits et dans la jouissance des libertés garantis par la Convention, chacun ne sera soumis qu'aux limitations établies par la loi, exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui ou afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre et de la sécurité publique dans une société démocratique »³⁷⁴.

D'autre part, si la règle d'une clause de sauvegarde liée aux situations d'urgence n'a été validée qu'après de nombreux mois et à la suite du débat sur l'actuel paragraphe 2 dudit article 15, elle ne le fut pas lors des premiers pourparlers du *Comité d'experts des droits de l'homme* qui œuvrait sur l'avant-projet de Convention sur la base d'un document préparatoire communiqué par le secrétariat général du Conseil de l'Europe pour qui cette disposition n'était pas pertinente dans le système européen³⁷⁵.

251. La mise en pratique de l'article 15 de la Convention se démarque par une réglementation particulièrement souple du droit européen dont la jurisprudence en la matière accorde un rôle vraiment décisif à la marge nationale d'appréciation au nom de la subsidiarité³⁷⁶. Appliquer cette disposition dépend de certaines exigences procédurales, notamment celle pour l'État d'informer l'organe administratif habilité, le secrétariat général du Conseil de l'Europe, qui est l'objet d'une interprétation rigide, et aussi, celle que l'étendue territoriale de la dérogation ne peut dépasser

3. Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le secrétaire général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application ».

³⁷⁴ C'est donc l'extensibilité de la mention à l'ordre public dans cette disposition qui assurait également le renvoi aux situations d'urgence pour expliquer les réserves temporaires à la Convention. M. BENLOLO CARABOT, « État d'urgence et droit européen ». In J.-L. HALPERIN, S. HENNETTE-VAUCHEZ et É. MILLARD (dir.), op.cit., pp.124 et 125.

³⁷⁵ Voir Ibid., p.125.

³⁷⁶ Voir Ibid., p.126.

l'espace territorial couvert par la notification³⁷⁷. La mise en pratique de cette disposition maintient certaines exigences substantielles de la Convention au point de placer les États membres dans une posture de compétence liée, et, toutes ces exigences n'atteignent leur but de limiter l'arbitraire de l'État que par le contrôle de la Cour qui apprécie si le danger public nécessite le recours à cet article, et ce pour parer à l'anéantissement pur et simple de la primauté du droit risquant de rétrograder la « *raison démocratique* » au profit de la « *raison d'État* »³⁷⁸. De l'analyse systématique de cette disposition ressortent trois conditions depuis l'affaire *Lawless contre République d'Irlande* concernant l'internement administratif autorisé sur le fondement d'une législation liée aux atteintes à la sûreté de l'État : l'existence d'un danger public menaçant la vie de la nation, la dimension de nécessité des mesures de sauvegarde et enfin leur objet³⁷⁹.

252. La première condition suppose une double appréciation, celle de la finalité et du motif de la mesure de sauvegarde : dans un sens, le droit à la dérogation et les éventuelles restrictions aux droits conventionnels ne peuvent s'appliquer avec une autre finalité que celle que ce droit prévoit pour éviter l'abus de dérogations ; dans un autre sens, ce droit ne peut se pratiquer qu'en situation de guerre ou de danger public, précisément « *une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État* »³⁸⁰. Selon cette disposition, il n'y a aucune obligation à ce que le danger et les mesures qui l'accompagnent soient temporaires, il doit simplement être exceptionnel et menacer la vie de la nation qu'importe son origine : « *catastrophes et calamités naturelles, pandémie, insurrection, émeute, guerre internationale ou coup d'État (...)* »³⁸¹.
253. L'application de cette disposition a fait face dès les années 2000 à des cas de conflits armés pouvant se rattacher au droit international humanitaire. Pour la CIJ et le CDH,

³⁷⁷ Concernant l'exigence d'information, la Turquie ne pouvait pas, par exemple, invoquer cette disposition relativement aux mesures prises dans le nord de Chypre, à défaut d'un acte formel et public de sauvegarde de son initiative. Et par rapport à l'étendue territoriale, ce même pays, pour lutter contre les activités terroristes dans sa partie sud-est a promulgué l'état d'urgence en 1990 en notifiant au Conseil de l'Europe qu'elle invoque l'article 15. Voir respectivement Com. EDH, Chypre c. Turquie, Rapp. 4 octobre 1983, §67, RUDH, 1992, p.70 et Cour EDH, Sakik et autres. c. Turquie, arrêt [Ch.] du 26 novembre 1997, N° 87/1996/67/897-902.

³⁷⁸ F. SUDRE (dir.), L. MILANO et al., Droit européen et international des droits de l'homme, op.cit., p.229.

³⁷⁹ Voir Cour EDH, *Lawless c. République d'Irlande* (N°3), arrêt [Ch.] du 1er juillet 1961, N° 332/57.

³⁸⁰ Ibid., §30 et §28.

³⁸¹ F. SUDRE (dir.), L. MILANO et al., Droit européen et international des droits de l'homme, op.cit., p.231.

cette confrontation se résout par la complémentarité en ce que « *la protection offerte par les Conventions de sauvegarde des droits de l'homme et celle offerte par le droit international humanitaire coexistent en situation de conflit armé* », i.e., en cas de recours à la dérogation conventionnelle, la sauvegarde des droits de l'homme, hormis les droits indérogeables, est substituée par le droit international humanitaire en cas de conflits armés de nature interne ou internationale ; autrement dit, la garantie accordée par le droit européen des droits de l'homme continue³⁸². Le système européen des droits de l'homme soutient cette complémentarité lorsqu'il rappellera la règle que « *la Convention doit être interprétée en harmonie avec les autres règles du droit international, dont elle fait partie [...] tout autant pour le droit international humanitaire* » et, que s'il y a conflit, les relations entre ces deux ordres s'articulent en vertu de la clause de sauvegarde à l'article 15 de la Convention à l'instar de la vision de la CIJ³⁸³. Succinctement, le droit international humanitaire supprime la Convention en cas de recours par un État membre à son droit de dérogation, sinon les garanties de la Convention sont mises en œuvre.

254. Toutefois, la jurisprudence de la Cour elle-même aboutit à contrer la mise en œuvre de l'article 15 par une certaine ambivalence, notamment lorsqu'un État n'y recourt pas³⁸⁴. Ainsi, dans un sens, lorsqu'il y a conflit entre l'ordre conventionnel et le droit international humanitaire dans une situation de conflit armé international hors du champ de la Convention, la Cour approuve d'abord l'examen des obligations de l'État membre à la lumière des principes du droit international humanitaire ; ensuite, à défaut de conflit, elle soutient qu'il faut que la Convention s'applique en relation avec l'obligation d'enquête effective, sans se préoccuper du contexte et des principes du droit international humanitaire pour interpréter ou mettre en œuvre la Convention³⁸⁵. Dans un autre sens, lors d'un conflit armé international impliquant deux États membres ayant lieu sur le territoire de l'un d'entre eux, à l'instar de l'ingérence de

³⁸² Voir Respectivement CIJ, Avis sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, 9 juillet 2004, §106; Comité des droits de l'homme, Observations générales n° 29 du 31 août 2001 sur les états d'urgence relatifs à l'article 4 du PIDCP ainsi que n° 31 du 26 mai 2004 sur la nature de l'obligation générale de protection imposée aux États parties par le Pacte ; Article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 et Article 1 du Protocole II du 10 juin 1977.

³⁸³ Cour EDH, Hassan c. Royaume-Uni, arrêt [G. Ch.] du 16 septembre 2014, §102 ; Géorgie c. Russie (II), arrêt [G.Ch.] du 21 janvier 2021, N° 13255/07, §94 et F. SUDRE (dir.), L. MILANO et al., Droit européen et international des droits de l'homme, PUF, Paris, 2023, p.234.

³⁸⁴ Voir Infra §2.

³⁸⁵ Voir Cour EDH, Hassan, arrêt précité, §104 et Hanan c. Allemagne, arrêt [G.Ch.] du 16 février 2021, N°4871/16, §199.

l'armée russe en 2008 en Ossétie du Sud, la Cour n'applique pas la Convention pendant « *la phase active des hostilités* » au motif que ces deux États n'assurent pas la juridiction en vertu de l'article 1 de la Convention et en ce que la pratique des États en la matière prône le non-usage de la dérogation à l'article 15³⁸⁶. Par cette dernière interprétation, la Cour renverse le raisonnement de l'article 15 en exemptant l'État membre, n'ayant pas formulé la dérogation, de sa responsabilité internationale en vertu de l'article 1 de la Convention pour des entorses aux droits de l'homme pendant un conflit armé international³⁸⁷.

255. La deuxième condition de « nécessité des mesures de sauvegarde » appelle que ces dernières soient strictement indispensables comme réaction au danger public : elles nécessitent d'être adoptées « *dans la stricte mesure où la situation l'exige* » selon l'article 15. En vertu de cette disposition, suspendre des droits et libertés protégés n'est admis que si leur exercice est de nature à entraver l'État à réagir au danger public : il y a obligation d'un rattachement direct entre la mesure de sauvegarde et le péril pesant sur la vie de la nation, et la réalité d'un tel danger ne doit pas être un prétexte de restriction du libre jeu du débat politique au centre de la notion de « *société démocratique* »³⁸⁸. L'examen de proportionnalité en cause devant les organes conventionnels peut paraître extrêmement fort puisqu'ils contrôlent tant l'existence matérielle des faits à la base des mesures de sauvegarde que leur définition juridique, mais l'État membre conserve néanmoins une certaine latitude en recherchant la stricte mesure requise par la situation³⁸⁹. Cette grande latitude reconnue aux États membres semble occulter l'appréciation de la Cour, qui va non seulement jusqu'à soutenir dans l'affaire *Brannigan et Mac Bride* qu'elle n'a pas à substituer son opinion à celle du gouvernement quant à l'essence des moyens les plus judicieux pour contrer le terrorisme, mais aussi à considérer qu'exclure tout contrôle juridictionnel pour prolonger, dans l'ensemble, de sept jours la durée de la garde à vue des supposés terroristes est en adéquation avec l'article 15 de la Convention, et ce, après avoir

³⁸⁶ Voir Cour EDH, Géorgie c. Russie (II), arrêt précité.

³⁸⁷ Voir F. SUDRE (dir.), L. MILANO et al., Droit européen et international des droits de l'homme, op.cit., p.235.

³⁸⁸ Com. EDH, Irlande c. Royaume-Uni, Rapport du 25 janvier 1976, Ann., 1976, XIX, pp.513-949 et Cour EDH, Mehmet Hasan Altan c. Turquie, arrêt [Sect.2] du 20 mars 2018, N° 13237/17.

³⁸⁹ C'est ce que la Cour reconnaît en énonçant que « Les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence de pareil danger comme sur la nature et l'étendue des dérogations pour le conjurer ». Cour EDH, Irlande c. Royaume-Uni, arrêt du 18 janvier 1978, JDI, 1980, 449, obs. P. ROLLAND et A et al. c. Royaume-Uni, arrêt [G.Ch.] du 19 février 2009, N° 3455/05, §207.

pourtant soutenu dans une précédente affaire en l'absence de recours à l'article 15 qu'une telle exclusion s'oppose au principe de prééminence du droit³⁹⁰.

256. La troisième condition sur l'objet des mesures dérogatoires implique d'une part, selon la jurisprudence *Lawless*, leur compatibilité avec les autres obligations internationales - en d'autres termes, l'État membre, s'il est aussi partie au PIDCP, ne peut formuler de dérogation conformément à l'article 15 qu'en prenant des mesures conformes également à la clause de sauvegarde du Pacte, notamment à son article 4§1 - et d'autre part, elle interdit de porter atteinte aux droits indérogeables cités par le texte³⁹¹. Sur cette dernière hypothèse, la CADH offre une meilleure protection que la Convention en prévoyant à l'alinéa 2 de son article 27 que la possibilité dérogatoire ne permet pas de suspendre les garanties nécessaires à la protection des droits non sujettes aux dérogations³⁹². De la même façon, le CDH affirme que malgré l'absence de certaines garanties dans la liste des droits indérogeables de l'article 4 du Pacte, ceux-ci ne peuvent connaître de dérogations, notamment le droit au respect de la dignité humaine même quand elle est privée de liberté, le droit au recours national utile et les garanties juridictionnelles essentielles³⁹³. Finalement, la Cour a suivi cette tendance en soutenant que même dans les circonstances d'urgence, il y a prévalence de la règle de prééminence du droit et que de telles situations doivent constamment être comprises comme permettant aux juridictions de l'État défendeur d'assurer un contrôle suffisant afin d'écarter l'arbitraire³⁹⁴. Pour le professeur Sudre, un tel changement pour la Cour démontre que le recours à l'article 15 de la Convention n'autorise pas la suspension de garanties juridictionnelles selon l'article 6§1³⁹⁵.

³⁹⁰ Voir Cour EDH, *Brannigan et Mac Bride c. Royaume-Uni*, 26 mai 1993, Nos 14553 et 14554/89, §59 et *Brogan et al. c. Royaume-Uni*, 29 novembre 1988, Nos 11209/84 ; 11234/84 ; 11266/84 ; 11386/85.

³⁹¹ Voir F. SUDRE (dir.), L. MILANO et al., *Droit européen et international des droits de l'homme*, op.cit., p.238.

³⁹² Sur point, la Cour interaméricaine a souligné que non seulement la clause de sauvegarde n'implique pas de suspendre temporairement l'État de droit dont elle s'attelle simplement à réformer, non annihiler certaines limites légales à l'action des autorités publiques, mais encore qu'elle ne permette pas de suspendre les garanties juridictionnelles obligatoires, comme l'habeas corpus ou le recours d'amparo. Cour IADH, *Avis consultatif 8/87* du janvier 1987, ILM, 1988, 2, p.512.

³⁹³ Voir CDH, *Observation générale n°29 « État d'urgence »*, 24 juillet 2001.

³⁹⁴ Cour EDH, *Piskin c. Turquie*, arrêt [Sect.2] du 15 décembre 2020, N° 33399/18, §153.

³⁹⁵ « C'est admettre que le recours à l'article 15 de la Convention ne permet pas de suspendre les garanties judiciaires de l'article 6§1 ». F. SUDRE (dir.), L. MILANO et al., *Droit européen et international des droits de l'homme*, op.cit., p.239.

257. Par son caractère souple, le régime conventionnel sur les circonstances d'urgence entraîne la Cour à contrôler différemment la très grande marge nationale d'appréciation en la matière.

B. Le contrôle à géométrie variable de la grande marge d'appréciation nationale sur l'état d'urgence

258. Factuellement et originellement manifestes au sein des Etats membres, les situations d'urgence peuvent s'entendre par extension comme des événements accidentels et imprédictibles dont l'étendue et le retentissement rendent irrégulière, sinon déraisonnable, une situation juridique antérieure (dans le cas d'un contrat), voire antinomique à l'intérêt collectif que l'on vise (dans l'hypothèse d'un acte administratif)³⁹⁶. En revanche, très restrictivement, elles expriment une jurisprudence visant à tenir comme légale l'action administrative qui serait illégale dans des circonstances ordinaires, malgré la violation textuelle, et ce, eu égard aux circonstances extraordinaires pouvant être des troubles, la guerre ou une calamité naturelle³⁹⁷.
259. Volontairement ou involontairement, bien que mues par l'intérêt général, ces dites circonstances au niveau national ne sont pas précises et aggravent de ce fait l'insécurité juridique du justiciable ³⁹⁸. Elles sont lourdes de conséquences pour les droits de l'homme, et c'est lorsqu'elles ont cours « *que les droits de l'homme sont les plus menacés, et les garanties pour leur protection les plus importantes* »³⁹⁹. En vrai, les situations d'urgence peuvent notamment priver le justiciable du droit de recours

³⁹⁶ Ce sont « des événements rares et imprévisibles qui, par leur ampleur ou par leurs effets, ont pour conséquence de rendre la situation juridique antérieure à leur survenance sinon absurde, au moins déséquilibrée (dans l'hypothèse d'un contrat) ou très en deçà voire contraire l'intérêt général que l'on entend satisfaire (dans le cas d'un acte administratif) ». F. SAINT-BONNET in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA (dir.), Dictionnaire des droits de l'homme, Quadrige/PUF, Paris, 2008, p.145.

³⁹⁷ Elles impliquent « Une jurisprudence qui consiste à considérer que l'action de l'administration qui eut été illégale dans des circonstances normales est légale, malgré la contravention aux textes, compte tenu de la pression des circonstances exceptionnelles, que ce soit une situation politique de troubles, de guerre ou plus récemment une catastrophe naturelle (...) ». Idem.

³⁹⁸ Une insécurité juridique qui pousse le commissaire Letourneur dans ses conclusions sur l'arrêt Laugier du Conseil d'Etat daté le 16 avril 1948 à souligner : « Circonstance exceptionnelle ! Idée imprécise qui ne saurait être définie et varie avec chaque espèce. ».

³⁹⁹ F. SUDRE (dir.), L. MILANO et al., Droit européen et international des droits de l'homme, op.cit., p.229.

au juge en dépit d'éventuelles illégalités⁴⁰⁰. A cet égard, même si sous un angle Maurice Hauriou tente de convaincre que non seulement il « *faut vivre d'abord, et ensuite, vivre régulièrement, toujours dans les circonstances normales, autant que l'on peut dans les circonstances anormales* », mais aussi que « *dans les temps de crise [...] il se produit une cassure dans la légalité: il y a les lois qu'il faut appliquer, parce qu'elles assurent la marche des services; il en est d'autres dont il faut suspendre l'application, parce qu'elles entravent cette marche* » ; sous un autre angle, il justifie cette gradation sur la conception qu' « *en temps normal, la liberté individuelle est au premier plan; en temps de guerre c'est la légitime défense de l'État* »⁴⁰¹.

260. Deux tendances importantes peuvent être dégagées en doctrine interne de ces situations d'urgence. La première conçoit que le juge imite la méthode du législateur qui prévoit deux formes de légalité - la légalité normale et la légalité de crise – et veut qu'en cas de lacune législative pendant la crise, le juge puisse la pallier par une jurisprudence de crise ou une jurisprudence des situations d'urgence comme cela se fait en temps normal⁴⁰². Cependant, les faiblesses de cette tendance sont nombreuses, à savoir, le non-encadrement de tous les domaines possibles en temps de crise peut être une volonté délibérée du législateur et ne donne pas ainsi au juge le droit de combler la lacune, la lacune textuelle est inexistante lorsque les circonstances exceptionnelles sont citées⁴⁰³. En bref, cette approche crée un vide juridique à combler sans aucun constat d'une lacune textuelle. A supposer qu'il existe une légalité de crise, il serait important que les législations en ce temps de crise soient très restrictivement interprétées par le juge, mais cela ne se fait pas souvent puisque le

⁴⁰⁰ Au XIX^{ème} siècle, il est soutenu que lorsque l'administration intervient pour des raisons de haute politique qui impliquent la sûreté de l'État, la souveraineté ou la protection du régime, la juridiction ne peut pas contrôler la légalité de ces actes ; ce qui prive le justiciable du droit de recours devant un juge en dépit des éventuelles illégalités. Toujours, à cette même période en France, l'on soutient que les actes des autorités militaires relativement à une législation sur l'état de siège portant préjudice aux droits individuels des justiciables doivent être considérés comme des actes de gouvernement et injusticiables puisqu'ils émanent des autorités politiques et non administratives. Même si vers le terme du XIX^{ème} siècle, la compétence juridictionnelle est admise pour s'enquérir de la légalité de tous les actes de l'administration, qu'il s'agisse de la sécurité interne et externe, ce n'est pas le cas pour les actes relatifs aux relations internationales ou entre les organes politiques nationaux ainsi que les actes discrétionnaires puisque « nécessaire(s) à la vie nationale ». F. SAINT-BONNET in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA (dir.), Dictionnaire..., op.cit., p.146.

⁴⁰¹Ibid., p.147.

⁴⁰²Idem.

⁴⁰³Idem.

juge accepte parfois le motif de l'état d'urgence pour interpréter la mise en œuvre d'une législation d'exception⁴⁰⁴.

261. La seconde tendance, très rigoureuse, considère la jurisprudence des régimes d'urgence comme une violation du principe de légalité, puisqu'une légalité étendue ou une légalité de crise façonnée par la jurisprudence dénature une approche substantielle et fractionnée de la légalité, alors que la légalité doit être ce que dit la loi, et laisser une telle prérogative au juge pour affirmer « légale » une chose et son opposé est une lésion au principe de légalité⁴⁰⁵. A cet égard, pour Nizard, « *Si le régime de la démocratie libérale se définit à la fois par l'application de la loi de la majorité et par une certaine autonomie abandonnée en tout état de cause à chaque individu, l'admission d'un tel principe [celui des circonstances exceptionnelles] est la négation de l'un et de l'autre de ces caractères. Il permet d'abord à une autorité administrative de violer la légalité, c'est-à-dire précisément la volonté de la majorité ; il interdit aussi à chaque individu de considérer ses libertés comme des droits intangibles* »⁴⁰⁶.
262. Le sens de ces circonstances d'urgence et de leurs controverses étant cernés, en vertu de l'article 15§1, la Cour reconnaît une très large marge aux Etats membres pour les apprécier. Il est normal et cohérent de reconnaître que les Etats membres sont les mieux placés pour évaluer l'existence des circonstances exceptionnelles⁴⁰⁷. Dans les faits, la Cour n'admet les prorogations de l'état d'urgence qu'en vertu du constat de l'existence d'un danger public mettant en péril la vie de la nation et dont elle estime qu'il ne peut être mieux mesuré que par les Etats eux-mêmes en affirmant notamment que

⁴⁰⁴ Voir A. MATHIOT, « La théorie des circonstances exceptionnelles ». In Mélanges, L'évolution du droit public : études offertes à Achille Mestre, Sirey, Paris, 1956, p.415 sq.

⁴⁰⁵ F. SAINT-BONNET in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA (dir.), Dictionnaire, op.cit., p.147.

⁴⁰⁶ Lire L. NIZARD, Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative, LGDJ, Paris, 1962, 293p.

⁴⁰⁷ « S'il paraît logique et légitime de considérer l'Etat comme le mieux placé pour évaluer la réalité d'un danger exceptionnel, (...) ». M. BENLOLO CARABOT, « État d'urgence et droit européen » in J.-L. HALPERIN, S. HENNETTE-VAUCHEZ et É. MILLARD (dir.), L'état d'urgence, op.cit., p.129.

« L'exigence d'imminence ne doit pas recevoir une interprétation étroite au point d'obliger les États à attendre qu'un désastre survienne pour prendre des mesures propres à le conjurer »⁴⁰⁸.

263. Cette marge d'appréciation est ainsi reconnue aux Etats à tel point que la Cour s'oppose à exiger, comme le fait le CDH des Nations unies, une limite temporelle pour les règles étatiques sur l'état d'urgence qui, selon elle, peuvent durer plusieurs années : elle « *n'a encore jamais expressément jugé que le danger invoqué devait être temporaire, quoique la durée de celui-ci puisse entrer en ligne de compte pour la question de la proportionnalité de la riposte qui lui est apportée* »⁴⁰⁹. Le recours à la grande marge nationale d'appréciation, en plus du contrôle de nécessité, se manifeste assurément comme inflexible et c'est dans l'encadrement même de l'article 15 qu'émerge initialement cette notion, et non pas dans la Convention ni ses travaux préparatoires⁴¹⁰. Par la suite, les jurisprudences subséquentes de la Cour vont valider l'importance de la marge nationale d'appréciation relativement à l'article 15 puisque, pour la Cour, la proximité immédiate et continue avec les situations impérieuses de l'instant met les Etats en meilleure position que le contrôle juridictionnel international pour trancher sur la réalité de tel danger, l'essence et la portée de mesures de sauvegarde utiles pour l'éviter ⁴¹¹.
264. Du fait de cette marge, le contrôle de la Cour est inévitablement très dilué tant sur l'existence du danger que sur l'essence et la portée des mesures de sauvegarde en période d'urgence. Dans sa jurisprudence, précisément quelques affaires concernant le Royaume-Uni quant à la guerre en Irlande du Nord, la Cour a manifesté effectivement une bienveillance particulièrement excessive à l'égard de lourdes mesures exceptionnelles, par exemple la privations de liberté sans droit au juge ou la mise aux arrêts de témoins non suspects, en acceptant que l'article 15 puisse céder

⁴⁰⁸ Cour EDH, A. et autres c. Royaume-Uni, arrêt [G. Ch.] du 19 février 2009, N° 3455/05, §177.

⁴⁰⁹ Ibid., §178.

⁴¹⁰ C'est dans le rapport de la Commission EDH rendu public le 26 septembre 1958 concernant l'affaire Grèce contre le Royaume-Uni qu'a été accordé pour une toute première fois la possibilité d'activation de l'article 15 par un Etat membre. S. GREER CRAWFORD, La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, Collection Dossiers sur les droits de l'homme n° 17, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2000, p.5.

⁴¹¹ Pour la Cour, « en contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence de pareil danger comme sur la nature et l'étendue de dérogations nécessaires pour le conjurer ». Cour EDH, Irlande c. Royaume-Uni, arrêt [Sect.3] du 18 janvier 1978, N° 5310/71, §207 et Aksoy c. Turquie, arrêt [Ch.] du 26 novembre 1996, N°21987/93, §68.

aux arrangements réguliers sans obliger un État, dans des situations d'urgence, à tout résoudre concomitamment et à accorder d'entrée à chacun des moyens d'action dont il dispose pour chacune des sauvegardes acceptables en accord avec les exigences primordiales du fonctionnement des pouvoirs publics⁴¹².

265. Toutefois, en dépit d'une marge nationale, la Cour semble durcir son examen dans les situations d'urgence lorsque sont menacés non seulement directement ou indirectement les droits indérogeables en vertu du §2 de l'article 15, et ce même en cas de terrorisme ou de crime organisé, mais aussi le principe de non-discrimination inféré dans toute la Convention à telle enseigne qu'on ne peut l'ignorer⁴¹³.
266. Malgré ces efforts, la cohérence jurisprudentielle de la Cour n'est pas acquise concernant l'application de l'article 15 sur l'état d'urgence : si elle prend en considération quelques précautions pour sauvegarder les droits de l'homme face à l'arbitraire dans ces situations extraordinaires, elle accorde aussi sans l'avouer davantage d'importance à un contexte politique donné qu'à un autre, créant une application à géométrie variable de cette disposition⁴¹⁴.
267. Ce contrôle à géométrie variable de la marge nationale d'appréciation résultant de la souplesse de leur régime conventionnel peut justifier en principe parfois le contrôle dilué de certaines demandes des justiciables en refusant d'apprécier la réalité des faits.

§2. La démonstration de la grave insuffisance du contrôle conventionnel lors de l'état d'urgence

268. Lors des circonstances d'urgence, notamment le déroulement des hostilités, la Cour manque parfois à assurer au requérant le contrôle de certaines garanties procédurales de la convention en reconnaissant irrégulièrement une restriction de liberté comme dans l'affaire *Hassan c. Royaume-Uni* (A) ou elle ignore carrément le droit interne

⁴¹² Cour EDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, N° 5310/71, §220.

⁴¹³ Voir successivement *Ibid.*, §163 ; *Aksoy c. Turquie*, 26 novembre 1996, N°21987/93, §78 ; *Ocalan c. Turquie*, arrêt [Sect.2] du 18 mars 2014, Nos 24069/03, 197/04, 6201/06 et 10464/07 (droits indérogeables) et *A. et autres c. Royaume-Uni*, arrêt [G.Ch.] précité, §186 (principe de non-discrimination).

⁴¹⁴ Voir M. BENLOLO CARABOT, « État d'urgence et droit européen » in J.-L. HALPERIN, S. HENNETTE-VAUCHEZ et É. MILLARD (dir.), *L'état d'urgence...*, op.cit., pp.134 et 135.

au recours à cause de la relocalisation d'une juridiction à la suite de la perte du contrôle effectif d'une ville comme dans l'affaire *Khlebig c. Ukraine* (B)⁴¹⁵.

A. La reconnaissance irrégulière d'une restriction de liberté lors d'une phase active d'un conflit armé international

269. La reconnaissance irrégulière d'une privation de liberté porte avant tout sur l'affaire *Hassan* (1) et se prouve dans le non-respect flagrant par la Cour du droit à la liberté du requérant sous l'influence d'un rejet de contrôle judiciaire interne d'une privation de liberté lors d'un conflit armé international sans dérogation à la Convention comme prévu à l'article 15 (2).

1. L'illustration par l'affaire *Hassan contre Royaume-Uni*

270. Le 20 mars 2003, une coalition armée sous le commandement des États-Unis et constituée entre autres d'un nombre important de soldats britanniques envahit l'Irak⁴¹⁶. Un mois plus tard, au petit matin du 23 avril 2003, une unité de l'armée britannique se rend au domicile d'un haut responsable du régime irakien de Saddam Hussein, ne le trouve pas, et va arrêter son frère, Tarek Hassan, à cause de sa posture de « *'tireur' posté sur le toit de la maison et armé d'un fusil d'assaut AK-47* »⁴¹⁷. Conduit au « Camp Bucca », un centre de détention proche de Umm Qasr à environ 70 km au sud Bassorah dans le sud-irakien, pour être soumis à certaines formalités d'usage, il y est enregistré comme « *prisonnier de guerre ennemi* »⁴¹⁸. Au terme d'une procédure de « filtrage » identifiant les militaires ou paramilitaires pouvant détenir d'importantes informations et incluant un entretien avec des agents américains, les autorités militaires affirment l'avoir libéré le 25 avril 2003 à 17h⁴¹⁹. Quelques mois après sa libération, le 1^{er} septembre 2003, Tarek Hassan est retrouvé, le corps sans

⁴¹⁵ Voir Cour EDH, *Hassan*, arrêt précité et Cour EDH, *Khlebig c. Ukraine*, arrêt [Sect.4] du 25 juillet 2017, N°2945/16.

⁴¹⁶ Cour EDH, *Hassan c. Royaume-Uni*, arrêt [G.Ch.] du 16 septembre 2014, N°29750/09, §9.

⁴¹⁷ Cour EDH, *Hassan*, arrêt précité, §§10 et 11.

⁴¹⁸ Ibid., §§ 14-15 et 17-19.

⁴¹⁹ Ibid., §§21-28.

vie, avec la poitrine criblée de huit blessures causées par des balles d'un fusil d'assaut AK-47 et, à l'évidence, sa mort semble être intervenue peu longtemps avant la découverte de sa dépouille⁴²⁰.

271. Quand des demandes sont liées à des situations où les personnes se trouvent entre les mains des autorités, établir objectivement les faits cause fait souvent l'objet des débats houleux et, en l'espèce, c'est à la Cour qu'est revenue la tâche de départager les parties antagonistes. Configuration extraordinairement inaccoutumée, l'équation sur les faits arrive non résolue à la Cour, i.e., sans aucun contrôle juridictionnel interne. Dans les faits, requise en juillet 2009 par le frère de Tarek Hassan pour enquêter sur la responsabilité des troupes britanniques, la *High Court of Justice* le déboute en arguant l'absence de lien juridictionnel entre Tarek Hassan et le Royaume-Uni au sens de l'article 1 de la Convention⁴²¹. Au moment de cette saisine, une jurisprudence de la Chambre des Lords corroborait cet argument avant de l'inverser dans les affaires *Al-Jedda* et *Al-Skeini* en juillet 2011. L'instance nationale n'ayant pas d'issue, le frère de Tarek Hassan va s'en remettre à la Cour en 2009.
272. Dans ces circonstances d'urgence, emboîtant à contresens l'habituelle voie d'examen de la subsidiarité, la Grande Chambre de la Cour fut contrainte de porter la robe de « *juge du fait de première instance* » et fut prête considérant l'arsenal de principes probatoires déployés⁴²². Tout en approuvant d'examiner l'ensemble des preuves au moyen du *principe de la preuve surpassant tout doute raisonnable*, la Cour tempère en évoquant son droit d'apprécier librement tous les éléments de preuve, même par déductions tirées des faits et commentaires des parties⁴²³. Elle va insister notamment sur le fait que la procédure conventionnelle n'est pas toujours sujette à la stricte application du principe que « *la preuve incombe à celui qui l'invoque* », mais qu'elle peut adapter utilement la charge de la preuve quand les circonstances en cause sont connues exclusivement des autorités⁴²⁴. Il en est ainsi pour une demande arguant l'atteinte à l'intégrité physique liée à une privation de liberté et, dans cette perspective, c'est au Gouvernement de donner une justification crédible et acceptable des faits et

⁴²⁰ Ibid., §29.

⁴²¹ Ibid., §§30-31.

⁴²² Ibid., §47.

⁴²³ Ibid., §48.

⁴²⁴ Ibid., §49.

de prouver que le concerné n'a pas été détenu par les autorités mais a quitté cet endroit sans être privé plus tard de sa liberté⁴²⁵.

273. Sur la base de ces exigences probatoires, la Cour va juger factuellement les parties sur les deux axes de contradiction. D'une part, elle soutient que l'arrestation et la détention de Tarek Hassan n'étaient pas dictées par la volonté des forces britanniques de provoquer la reddition de son frère mais par la détention d'armes au matin de l'arrestation le 23 avril 2003⁴²⁶. D'autre part, elle trouve « probable » le relâchement à Umm Qasr ou près de cette ville le 2 mai 2003 du concerné sans qu'il ne soit confirmé qu'il ait subi des mauvais traitements comme détenu au Camp Bucca⁴²⁷.
274. Dénouer cette contestation factuelle ne résout pas la question conventionnelle très complexe. Assurément, appliquer des exigences conventionnelles aux opérations militaires à l'étranger, surtout dans la phase d'hostilités actives, suscite énormément de problèmes. Pourtant, en l'espèce, la Cour, par l'intermédiaire de sa Grande Chambre, joue particulièrement avec le feu et l'eau en jonglant entre son désir de garder le contrôle conventionnel sur les opérations militaires et sa quête de considérer également le contexte des conflits. Ainsi, elle va affirmer la portée large de son contrôle qui va jusqu'au lieu des hostilités comme l'eau que rien n'arrête, tout en réfrénant cependant l'amplitude de ce contrôle face à la chaleur du feu jusqu'à réviser indiciblement les garanties conventionnelles liées au droit à la liberté et à la sûreté.

2. Le non-respect flagrant du droit à la liberté malgré le défaut de contrôle interne de la régularité de sa privation lors d'un conflit armé international

275. En confirmant l'étendue large de son contrôle sur le champ de bataille, la Cour atteste que la Convention a une vocation extraterritoriale pendant les opérations militaires des États membres en dehors de l'espace européen ou autrement dit, que les forces militaires de ces États transportent aux semelles de leurs chaussures des obligations conventionnelles. L'applicabilité de la Convention sur le terrain des hostilités n'est pas nouvelle, elle est déjà reconnue exceptionnellement quant aux obligations

⁴²⁵ Idem.

⁴²⁶ Ibid., §§51-54.

⁴²⁷ Ibid., §§55 et 57.

conventionnelles liées aux articles 2 et 3 de la Convention, spécialement sur l'exigence d'enquête effective et officielle sur des prétentions de violation de la vie et de l'intégrité physique⁴²⁸.

276. D'ailleurs, malgré cette extraterritorialité, en l'espèce, la Cour va rejeter les griefs du requérant liés au droit à la vie et à la prohibition de la torture de Tarek Hassan en les considérant « *manifestement mal fondés* » parce qu'aucune preuve ne certifie qu'il ait subi de mauvais traitements pendant sa détention, en vertu de l'article 3 de la Convention, au point que cela exige de l'Etat défendeur de mener une enquête officielle et, de plus, parce que rien n'atteste que les forces britanniques soient, de façon directe ou indirecte, la cause de mort de la victime soulignée presque quatre mois après sa libération dans une zone lointaine n'étant pas de leur ressort⁴²⁹. Toutefois, l'originalité de l'extraterritorialité en l'espèce est son applicabilité inédite sur le champ de l'article 5 de la Convention relativement à la période d'hostilités actives malgré les tentatives britanniques de se détacher du joug conventionnel⁴³⁰. Pour sûr, la Grande Chambre de la Cour n'a pas succombé à cette fécondité argumentative britannique et a inflexiblement résisté à ces essais. Scellant l'issue à laquelle elle était parvenue dans la jurisprudence *Al-Skeini* de 2011, la Cour reconnaît bien d'abord que les conditions de l'extraterritorialité de la Convention sont véritablement alternatives, surtout que la pratique par un agent de l'Etat d'un contrôle et d'une autorité sur un individu est suffisante pour élargir la juridiction de l'Etat, et ce, sans nécessité d'y ajouter le contrôle effectif d'un Etat sur cet espace extraterritorial. En effet, la Cour estime en l'espèce que Tarek Hassan relève de la juridiction britannique pour un autre motif que le contrôle effectif, précisément dans le fait qu'il était physiquement sous le contrôle et le pouvoir de soldats britanniques dès son arrestation au petit matin du 23 avril 2003⁴³¹. Ensuite, contre l'argument d'écartement de la juridiction extraterritoriale pendant la phase d'hostilités actives d'un conflit armé international, la Cour conteste l'empêchement par le droit

⁴²⁸ Voir Cour EDH, *Al-Skeini et al. c. Royaume-Uni*, arrêt [G.Ch.] du 7 juillet 2011, N°55721/07 et *Vilnes et autres. c. Norvège*, arrêt [Sect.1] du 5 Décembre 2013, N° 22703/10.

⁴²⁹ Voir Cour EDH, *Hassan*, arrêt précité, N°29750/09, §§64 et 63.

⁴³⁰ Le Gouvernement britannique va relever non seulement que les conditions d'applicabilité de l'extraterritorialité sont cumulatives et non alternatives, mais aussi totalement souligner que la juridiction territoriale ne vaut pas pour la période d'hostilités actives d'un conflit armé international quand les agents de l'Etat contractant en cause agissent sur un territoire dont cet Etat n'est pas la puissante occupante et que durant cette étape l'attitude de l'Etat serait soumis au contraire au droit international humanitaire. *Ibid.*, §71.

⁴³¹ *Ibid.*, §76.

international humanitaire de la mise en œuvre des obligations de la Convention puisqu'il se créerait une contradiction avec la jurisprudence de la CIJ qui valide une application concomitante de la Convention et de ce dernier droit⁴³². Ainsi, dans la même dynamique que le droit à la vie et l'interdiction de la torture, la Cour approuve que les obligations conventionnelles rattachées au droit à la liberté et à la sûreté pesassent définitivement sur les troupes britanniques hors de l'espace européen conventionnel. En conséquence, dans cette affaire, la Cour manifeste officiellement son opposition à ce que la Convention s'efface devant le droit international humanitaire. Cependant, cette posture encourageante en théorie sur la portée de la protection garantie par la Convention est un faux-semblant, parce que, sur le niveau de cette protection conventionnelle, la Cour va admettre irrégulièrement la nécessité d'une restriction du droit à la liberté et à la sûreté lors d'un conflit armé international.

277. Par cette reconnaissance irrégulière de la nécessité de restriction du droit à la liberté et à la sûreté en période de conflit armé, la Cour refuse volontairement de protéger la victime, en l'espèce Tarek Hassan, parce qu'elle neutralise les obligations conventionnelles imposées aux Etats parties, notamment en rapport avec l'article 15. Vu la privation de liberté de la victime en cause, la mission véritable pour la Cour était de s'enquérir si sa détention par l'Etat britannique était valable selon la Convention. Or, à la demande expresse et inédite de l'Etat défendeur de ne pas appliquer les obligations de l'article 5 ou de les interpréter eu égard aux prérogatives d'incarcération qui lui sont reconnues par le droit international humanitaire rendant possible la détention comme « potentiel » prisonnier de guerre ou civil dangereux pour la sécurité, la majorité de la Cour va valider cette lecture. Ainsi, la Cour entérine non seulement le fait que les motifs selon les a) à f) de l'article 5§1 de la Convention doivent s'accorder avec la capture et la détention d'un prisonnier de guerre ou d'un civil à risque pour la sécurité sur le fondement des Conventions III et IV de Genève, mais aussi que l'internement en temps de paix ne cadre pas avec le régime de privation de liberté selon l'article 5 de la Convention, sauf demande de dérogation selon l'article 15⁴³³.

⁴³² Idem, §76.

⁴³³ Voir Ibid., §104.

278. D'abord, une telle conclusion a pour effet de permettre aux Etats parties d'interner les prisonniers de guerre et les civils à risque pour la sécurité sans nécessité de déroger à l'article 15 de la Convention, dès lors que les garanties procédurales du droit international humanitaire sont en place. Véritablement, selon ce dernier droit, en cas de doute sur le statut du combattant, pour être considéré comme prisonnier de guerre ou civil dangereux pour la sécurité par la puissance détentrice, il y a nécessité de régler ce problème devant un tribunal ou un organe habilité équitable ; il faut noter de plus que le premier statut confère des privilèges en excluant de considérer tant les actes de guerre comme criminels ou dignes de répression que la libération dès lors que le conflit ou les motifs de sécurité persistent⁴³⁴. Malheureusement, ce ne sont pas ces garanties procédurales qui ont été mises en œuvre par l'Etat défendeur en l'espèce eu égard aux faits de la cause et que la Cour va ignorer par une telle conclusion.
279. Ensuite, l'autre conséquence est que le principe de droit fondant cette nouvelle interprétation des motifs de détention limitatifs énumérés à l'article 5§1 de la Convention ne se limite pas aux actes perpétrés sur le territoire d'Etats non parties à la Convention par un Etat contractant exerçant sa juridiction extraterritoriale selon l'article 1 ; il doit en principe et pragmatiquement s'appliquer aussi dans l'espace européen conventionnel. En ce sens, si un Etat contractant entre en conflit armé avec un autre Etat contractant, la Convention, selon cette nouvelle interprétation, autorise les belligérants à invoquer leur pouvoir d'internement en vertu du droit humanitaire sans recourir au mécanisme transparent et ardu de dérogation à l'article 5§1 dont la portée et la régularité sont *a posteriori* attaquables devant les juridictions nationales et même devant la Cour en vertu de l'article 15. L'application et l'interprétation de l'article 5§1 consacre le droit à la protection de tout individu contre les atteintes arbitraires de l'Etat à son droit à la liberté, ce qui implique que ce droit s'applique à « toute personne » et que sa privation est irrégulière quand elle ne relève d'aucun des motifs aux alinéas a) à f) de cette disposition ou quand elle n'est pas prévue par une dérogation selon l'article 15 précité⁴³⁵. D'ailleurs, la majorité de la Cour elle-même dans cette affaire affirme qu'il est établi que, lorsque les poursuites pénales ne sont pas envisagées dans un délai convenable, l'internement et la détention préventive

⁴³⁴ Voir Article 5.2 de la Convention de Genève III et les Articles 43 et 78 de la Convention de Genève IV.

⁴³⁵ Cour EDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, arrêt [G.Ch.] du 7 juillet 2011, N° 27021/08 ; *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, §194, A. et autres c. Royaume-Uni, arrêt [G. Ch.] précité, §§162 et 163.

sont contraires à l'article 5§1⁴³⁶. La Convention européenne est applicable en temps de paix comme en temps de guerre et c'est le bien-fondé de l'article 15 de la Convention. Certainement, cette disposition perdrait son sens si, lorsque la guerre surgit, elle rend directement silencieuses ou dissipe matériellement les garanties fondamentales de la Convention en ajoutant aux Etats membres d'autres motifs non écrits pouvant limiter les droits fondamentaux sur la seule invocation du droit international. En dérogeant au mécanisme de dérogation dans cette affaire, la Cour se détourne gravement de la Convention. De toute évidence, rien dans l'article 15 n'écarter l'application de la Convention en temps de guerre sur l'espace européen conventionnel ou sur l'espace d'un Etat non contractant : en effet, la portée extraterritoriale de l'article 1 de la Convention doit correspondre au champ de mise en œuvre de l'article 15⁴³⁷.

280. Bien que soulignant qu'il existe une pratique étatique de ne pas notifier de dérogation quant à leurs obligations selon l'article 5 en incarcérant des individus sur le fondement du droit international humanitaire, la Cour en extrait une conclusion abracadabrante⁴³⁸. Concrètement, s'inspirant de la règle générale d'interprétation selon l'article 31 de la *Convention de Vienne* du 23 mars 1963 sur le droit des traités, la Cour affirme qu'une pratique constante des Etats membres ultérieure à leur ratification de la Convention peut établir leur consentement sur l'interprétation à donner à la Convention ou à une de ses dispositions. Simplement, pour la Cour, le fait de ne pas recourir à l'article 15 par les Etats parties rend non obligatoire, voire inutile, cette disposition si les Etats veulent restreindre certains droits conventionnels pendant des opérations militaires lors d'un conflit armé international. Une telle déduction confond dangereusement l'abstention et le consentement des Etats membres sur l'interprétation de la Convention selon l'article 31 de la Convention de Vienne, puisque la Cour cautionne, contrairement à son *leitmotiv* d'interprétation plus large ou étendue des droits fondamentaux, une interprétation restrictive des droits conventionnels. Les Etats membres n'ayant pas trouvé matériellement d'accord ultérieur relatif à l'interprétation à donner sur l'article 5 lors d'un conflit armé international conformément au paragraphe 3 b) de l'article 31 de la Convention sur le

⁴³⁶ Voir Cour EDH, Hassan, arrêt précité, §97 et Cour EDH, Al-Jedda, arrêt précité, §100.

⁴³⁷ Voir Cour EDH, Bankovic précité, §62.

⁴³⁸ Voir Cour EDH, Hassan, arrêt précité, §101.

droit des traités, c'est le paragraphe 3 c) auquel la Cour va recourir pour se décharger des embarras de privation de liberté pendant la guerre en montrant que « *La Convention doit être interprétée en harmonie avec les autres règles du droit international, dont elle fait partie* »⁴³⁹. Si cette formule n'est en aucun cas révolutionnaire pour la Cour, surtout en lien avec le droit international humanitaire, ses effets contentieux sont en revanche tapageurs, voire explosifs⁴⁴⁰. En l'espèce, la Cour refuse de recourir à la *lex specialis* - utilisée antérieurement pour régir l'articulation entre le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme – et n'exclut pas le recours à la Convention en faveur du droit international humanitaire conçu particulièrement pour les conflits armés internationaux⁴⁴¹. Effectivement, la Cour substitue cette conception par celle de l'accord entre les deux droits en soulignant qu'« *il y a des raisons particulièrement convaincantes d'interpréter la Convention en harmonie avec le droit international humanitaire* »⁴⁴². Certes, c'est un choix remarquable puisque le droit international humanitaire est conçu pour protéger les combattants capturés et les civils dangereux pour la sécurité pendant la guerre. Indubitablement, se référer au droit international humanitaire en voulant appliquer l'article 5 de la Convention de manière extraterritoriale dans un conflit armé international peut être édifiant, mais ce qui est le plus choquant et déroutant, c'est la fonction assignée à ce droit en l'espèce, i.e., un droit autorisant à réécrire jurisprudentiellement une disposition expresse dans la Convention alors qu'elle est moins protectrice, spécifiquement lorsque la Cour relève que le défaut de dérogation formelle au titre de l'article 15 n'est pas un obstacle à l'examen du contexte et des règles du droit international humanitaire pour interpréter et appliquer l'article 5⁴⁴³. En promouvant la concordance entre ces deux droits, la Cour se démarque originalement de deux principes fondamentaux de sa jurisprudence en lien avec le droit à la liberté et à la sûreté qu'elle a toujours protégé vigoureusement : l'exhaustivité de la liste d'exceptions au droit à la liberté dans les alinéas a) à f) de l'article 5 de la Convention et la stricte interprétation de ces

⁴³⁹ Ibid., §102.

⁴⁴⁰ Voir Cour EDH, Harroudj c. France, arrêt [Sect. 5] du 4 Octobre 2012, N°43631/09, §60 et Varnava et autres c. Turquie, arrêt [G. Ch.] du 18 septembre 2009, N° 16064/90.

⁴⁴¹ Lire C. DE KOKER, A Different Perspective on Hassan v. United Kingdom: A Reply to Frederic Bernard - Strasbourg Observers. Consulté le 15 octobre 2022.

⁴⁴² Cour EDH, Hassan, arrêt précité, §102.

⁴⁴³ Voir Ibid., §103.

exceptions pour la compatibilité avec les buts de cette disposition⁴⁴⁴.

- 281.** Manifestement, le refus par la Cour d'appliquer l'article 5 au bénéfice de la victime en l'espèce est complètement volontaire, car elle s'applique à limiter sa portée. Clairement, elle précise que ce n'est que lors d'un conflit armé international, quand la capture et la détention des prisonniers de guerre et civils dangereux pour la sécurité est une prérogative reconnue en droit international humanitaire, que l'article 5 peut s'interpréter comme autorisant l'exercice de pouvoirs aussi larges pour les Etats⁴⁴⁵. En conséquence, c'est après avoir considéré la période de capture et de libération de Tarek Hassan entre la fin avril et début mai 2003 comme un temps d'occupation ou comme conflit armé international actif que la Cour conclut qu'il pouvait être détenu comme prisonnier de guerre ou civil dangereux pour la sécurité au sens du droit international humanitaire et au sens de l'article 5 de la Convention. Même en circonscrivant la portée de sa conclusion au contexte des conflits armés internationaux, la justification ne tient pas et montre ouvertement que la Cour a voulu abandonner les garanties claires du droit à la liberté dans la Convention au bon vouloir des Etats face à leurs contraintes pratiques rattachées à leurs opérations militaires lors des conflits armés internationaux. Le raisonnement qui soutient cette affaire ressemble particulièrement à celui dont la Cour a fait usage de manière aussi sinistre dans l'affaire *Austin c. Royaume-Uni* en 2012, en décidant de rompre l'omerta jurisprudentielle par le fait de refuser de qualifier de mesure privative de liberté au sens l'article 5 le confinement pendant une manifestation ou « *ketting* » pour motif d'ordre public⁴⁴⁶. Une telle ouverture dans l'article 5 par la Cour fait, dans ses termes, l'économie du juste équilibre essentiel à la Convention de prendre en compte l'intérêt public et le droit à la liberté de toute personne en circonscrivant sans ambages les finalités à poursuivre par une privation de liberté, ce qui ébranle totalement le système de protection conventionnelle⁴⁴⁷. S'il faut avouer que la Cour donne aux garanties tirées du droit international humanitaire une effectivité recommandable, en notant que toute atteinte à cet égard est sanctionnable par les juridictions internes en tant que juge de droit commun de la Convention et le cas échéant par la Cour européenne elle-

⁴⁴⁴ Cour EDH, *A. et autres c. Royaume-Uni*, arrêt [G.Ch.] précité, §171 et *A. et autres c. Bulgarie*, arrêt [Sect. 4] du 29 novembre 2011, N° 51776/08, §64.

⁴⁴⁵ Voir Cour EDH, *Hassan*, arrêt précité, §104.

⁴⁴⁶ Cour EDH, *Austin et autres c. Royaume-Uni*, arrêt [G.Ch.] du 15 mars 2012, N°39692/09, §57.

⁴⁴⁷ Opinion dissidente des juges TULKENS, SPIELMANN et GARLICKI, §4 sous Ibid.

même, force est de noter une inquiétude non dissipée par cette dernière en l'espèce. Pour endiguer toute conclusion de violation de l'article 5, la Cour s'est simplement attelée brièvement à assurer que, dans ces circonstances spécifiques, l'arrestation et la détention de Tarek Hassan n'étaient pas contraires aux prérogatives du Royaume-Uni en vertu du droit international humanitaire et dépourvues d'arbitraire⁴⁴⁸. Cependant, la Cour refuse de contrôler de manière précise les garanties procédurales pendant la détention, notamment si le processus de filtrage était une garantie adaptée contre la détention arbitraire, pour la simple raison que le concerné a été relâché quelques jours après sa détention au camp Bucca⁴⁴⁹. Ce refus est déterminant et pouvait mener au constat de violation de l'article 5 de la Convention. Il est soutenable désormais que pour les arrestations et détentions préventives, en bref toute forme de restriction au droit à la liberté, dès lors qu'il s'agit d'un conflit armé international où le droit international humanitaire est applicable, les victimes n'ont plus droit à des garanties procédurales de la Convention, et il n'est plus exigé que l'Etat déroge à la Convention. Si, en s'en remettant généreusement au droit international humanitaire, la Cour a voulu tendre la main aux Etats parties engagés dans des opérations militaires lors d'un conflit armé international, c'est au mépris du droit à la liberté d'une personne arrêtée et morte sans jamais qu'aucun motif valable conformément à la Convention dont la Cour est le juge n'ait été démontré à son encontre par l'Etat défendeur. Ce cas n'ayant pas été tranché par une juridiction interne et la Cour ayant écarté l'application de la Convention, pourtant un droit spécial et plus protecteur en la matière, par un constat lapidaire de non-violation, il semble qu'il ne reste plus aucune solution à Tarek Hassan de voir un juge trancher sa situation, son simple tort étant d'avoir été arrêté pendant la guerre où les garanties de la Convention s'arrêtent malgré l'extraterritorialité de la Convention. Il y a donc déni de justice. En effet, ce type de déni tient au fait qu'une juridiction interne n'a pas apprécié la régularité de la détention en l'espèce et que cela a influencé indirectement le respect de l'article 5 de la Convention reconnaissant à chacun le droit à la liberté et à la sûreté⁴⁵⁰. Lorsque

⁴⁴⁸ Cour EDH, Hassan, arrêt précité, §§110 et 111.

⁴⁴⁹ Ibid./, §110.

⁴⁵⁰ Selon la jurisprudence de la Cour dans l'affaire Ilascu, il s'en déduit que « L'exigence de régularité posée par l'article 5 § 1 a) (« détention régulière » ordonnée « selon les voies légales ») n'est pas satisfaite par un simple respect du droit interne pertinent ; il faut que le droit interne se conforme lui-même à la Convention, y compris aux principes généraux énoncés ou impliqués par elle, notamment celui de la prééminence du droit expressément mentionné dans le préambule de la Convention. A l'origine de l'expression « selon les voies légales » se trouve la notion de procédure équitable et adéquate, l'idée que toute mesure privative de liberté doit émaner d'une autorité

cette disposition est en cause, pour qu'il y ait déni de justice selon la jurisprudence de la Cour elle-même, il doit être strict, non seulement en allant au-delà de simples irrégularités ou défaillances dans la protection judiciaire quant aux exigences d'un droit à un procès équitable, mais en exigeant aussi une rupture de principes fondamentaux du procès à tel point qu'il est vidé de sa substance par la détention, ce qui est le cas en l'espèce⁴⁵¹. Sans doute, l'irrégularité dans cette affaire n'est pas simple, ni non plus la défaillance, l'examen juridictionnel interne de la privation de liberté au requérant serait déterminant, dès lors que son statut de combattant n'était pas prouvé et aussi qu'il n'a pas été dérogé à la Convention. L'exigence que toute privation de liberté dès lors qu'on n'est pas combattant doit être appréciée par le juge a été vidée de sa substance.

qualifiée, être exécutée par une telle autorité et ne pas revêtir un caractère arbitraire (voir notamment l'arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas* du 24 octobre 1979, série A no 33, pp. 19-20, § 45). Cour EDH, *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, arrêt [G.Ch.] du 8 juillet 2004, N° 48787/99, §461.

En outre, le but de l'article 5 étant de protéger l'individu contre l'arbitraire (voir, entre autres, l'arrêt *Stafford c. Royaume-Uni* [GC], no 46295/99, § 63, CEDH 2002-IV), la « condamnation » ne saurait être le résultat d'un déni de justice flagrant (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Drozd et Janousek c. France et Espagne* du 26 juin 1992, série A no 240, pp.34-35, § 110).

La Cour renvoie aussi à ses conclusions sur le terrain de l'article 3 de la Convention quant au caractère de la procédure qui s'est déroulée devant le « Tribunal suprême de la RMT » (paragraphe 436 ci-dessus) ».

⁴⁵¹« Le critère du « déni de justice flagrant » est rigoureux. Un déni de justice flagrant va au-delà de simples irrégularités ou de l'absence de garanties dans les procédures judiciaires qui entraînent une violation de l'article 6 de la Convention. Ce qui est requis, c'est une violation des principes du procès équitable qui soit si fondamentale qu'elle équivaut à une annulation, ou à une destruction de l'essence même, du droit garanti par cet article (voir *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, no 8139/09, § 260, 17 janvier 2012 et *Tsonyo Tsonev c. Bulgarie* (no 3), no 21124/04, § 59, 16 octobre 2012). En vertu de l'article 5 § 1 a), c'est la détention de la personne concernée, et non sa condamnation, qui doit être régulière. Ce n'est que si l'on pouvait considérer que la violation de l'article 6 équivalait à un « déni flagrant de justice » qu'il y aurait violation de l'article 5 § 1 a) (voir *Radu c. Allemagne*, no 20084/07, § 88, 16 mai 2013). L'article 5 ayant pour but de protéger l'individu contre l'arbitraire, une condamnation ne saurait résulter d'un déni flagrant de justice (*Ilaşcu et autres*, précité, § 461) ». Traduction de: « The "flagrant denial of justice" test is a stringent one. A flagrant denial of justice goes beyond mere irregularities or lack of safeguards in the trial procedures that result in a breach of Article 6 of the Convention. What is required is a breach of the principles of fair trial that is so fundamental as to amount to a nullification, or destruction of the very essence, of the right guaranteed by that Article (see *Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom*, no. 8139/09, § 260, 17 January 2012 and *Tsonyo Tsonev v. Bulgaria* (no. 3), no. 21124/04, § 59, 16 October 2012). Under Article 5 § 1 (a), it is the detention of the person concerned, and not the person's conviction, which has to be lawful. Only if the violation of Article 6 could be said to amount to a "flagrant denial of justice", would Article 5 § 1 (a) be violated (see *Radu v. Germany*, no. 20084/07, § 88, 16 May 2013). As the purpose of Article 5 is to protect the individual from arbitrariness, a conviction cannot be the result of a flagrant denial of justice (*Ilaşcu and Others*, cited above, § 461) ». Cour EDH, *Hammerton c. Royaume-Uni*, arrêt [Sect.1] du 17 mars 2016, N° 6287/10, §99.

B. La validation d'un impossible recours interne pour une relocalisation juridictionnelle par perte du contrôle effectif d'un Etat membre sur une portion territoriale : Cas de l'affaire *Khlebig c. Ukraine*⁴⁵²

282. L'affaire *Khlebig* contre l'Etat ukrainien concerne un homme qui, en avril 2013, est reconnu coupable de nombreuses infractions par le tribunal de la région de Lougansk. Détenu, M. Khlebig contesta cette condamnation en interjetant appel, une procédure interrompue par les hostilités déclenchées dans l'est de l'Ukraine et qui ont causé l'archivage de son dossier par la cour d'appel à Lougansk, une ville échappant au contrôle du Gouvernement.
283. La relocalisation de la cour d'appel dans la zone sous contrôle du Gouvernement à Sieverodonetsk va le pousser à s'y plaindre des attermoissements pour traiter son appel. Cette juridiction d'appel l'informant de l'impossibilité d'examiner son dossier bloqué à Lougansk, il sollicite l'assistance du Commissaire parlementaire aux droits de l'homme qui sera infructueuse à cause de l'incapacité à trouver des informations sur son dossier dans la zone non contrôlée. Il forme une nouvelle demande auprès d'un tribunal local pour une révision de la procédure, mais elle fut rejetée pour insuffisance d'éléments sur son dossier dans la zone sous contrôle gouvernemental. Entre mai 2015 et février 2016, c'est sans effet qu'il demanda à maintes reprises son élargissement pour finalement se voir libérer en mars 2016 grâce à un changement législatif autorisant la libération des personnes détenues provisoirement et ayant consommé au minimum la moitié de leur peine.
284. Face à l'inefficacité de ces recours internes, le requérant va requérir la Cour le 18 décembre 2015 en invoquant non seulement la violation des articles 5§1 et 6§1 de la Convention ainsi que l'article 2 de son Protocole 7 relatifs aux - droit à la liberté et à la sûreté ou droit à la réparation, droit à un procès équitable dans un délai raisonnable, droit au double degré de juridiction en matière pénale – mais aussi la dénonciation de la carence législative sur l'effectivité d'un examen en appel.
285. La Cour considère qu'il n'y a pas de violation de l'article 6§1 et de l'article 2 du Protocole 7, elle trouve que les autorités ukrainiennes avaient fait le nécessaire pour

⁴⁵² Cour EDH, *Khlebig c. Ukraine*, arrêt [Sect.4] du 25 juillet 2017, N°2945/16.

régler effectivement cette affaire dans ce contexte exceptionnel. Ainsi, sur l'aide au Commissaire, la Cour relève qu'elle n'était pas possible du fait des hostilités ininterrompues dans la zone non contrôlée par le Gouvernement pendant la période estimée. Sur la possibilité d'une nouvelle procédure et enquête, la Cour s'aligne sur le refus du juge interne à la permettre à cause de la condamnation pour infraction du requérant et aussi du déroulement du procès dans une zone hors du contrôle gouvernemental ne permettant pas sa conduite. Sur l'éventualité d'une révision de la sanction pénale du requérant eu égard aux éléments utilisables, la Cour soutient que cela aurait nécessité un examen intégral des questions, en droit comme en fait, avant la récupération du dossier et que cela pouvait nuire à un éventuel examen plus éclairé ultérieurement. Si l'on considère sa jurisprudence et l'exigence de s'enquérir d'une détention du requérant pour trancher sur le délai raisonnable ou non d'une procédure pénale, la Cour donne du poids à la réalité que les autorités ukrainiennes ont libéré le requérant. Bien plus, la Cour honore d'autres interventions des autorités, notamment leur sollicitation au concours du Comité international de la Croix-Rouge pour retrouver les dossiers dans la zone hors-contrôle et également une proposition législative visant à permettre l'examen des appels en cas d'indisponibilité partielle du dossier.

286. Concernant l'article 5, la Cour déclare la demande irrecevable et dépourvue manifestement de fondement car la détention du requérant résulte d'une condamnation par une juridiction compétente et qu'il n'y a pas de délai déraisonnable dans le traitement de son appel en l'absence de preuve par le requérant d'une détention plus longue que dans un contexte ordinaire.
287. Par cette conclusion de non-violation des droits à la liberté et à la sûreté, et du droit à la réparation sans oublier par l'irrecevabilité de l'article 5§1, la Cour ne protège pas les droits du requérant alors qu'elle aurait pu conclure autrement.
288. Il faut reconnaître que, alors que les autorités ukrainiennes ont une obligation positive de protéger les droits du requérant, les informations qu'elles donnent sur le recouvrement du dossier du requérant sont très réduites. Même s'il y a *statu quo* dans la zone non contrôlée par l'Ukraine selon la Cour, ces informations n'éclairent pas concrètement sur les efforts fournis ni sur les raisons de l'inefficacité à récupérer l'intégralité du dossier pour rendre justice. En fait, la guerre en cours en Ukraine ne

devrait pas constituer un alibi pour les autorités de s'acquitter de leur obligation face à la demande du requérant sur ces droits à la liberté individuelle et à l'appel. Conscientes que le requérant écopait d'une peine n'étant plus réellement d'application du fait d'un appel en cours et d'un jugement non encore définitif, les autorités ukrainiennes n'ont pas réagi promptement pour instaurer des recours effectifs à l'instar de : l'annulation de la peine non en vigueur et la libération du requérant sur le fondement de la présomption d'innocence, l'exécution de la peine sans procédure d'appel, l'autorisation d'une nouvelle enquête et d'un nouveau procès, la révision de l'affaire eu égard aux informations accessibles ou l'emploi d'autres solutions utiles pour l'issue de cette affaire.

289. Par la conclusion d'un défaut de violation des droits en cause et par l'irrecevabilité, la Cour a raté une opportunité d'enrichir sa démarche jurisprudentielle très pauvre relativement au rétablissement des dossiers. Dans cette affaire, la Chambre de la Cour n'a pas fixé les principes pour déterminer l'amplitude des obligations conventionnelles des États concernant une perte ou destruction irrémissible des dossiers judiciaires en pleine guerre. Par conséquent, elle a alourdi pour le requérant la charge de la preuve en examinant simplement les trois options pour l'issue de l'affaire qu'il a proposées ; alors que les autorités nationales, les seules à accéder aux informations pouvant entériner ou invalider les prétentions du requérant, ont été mises dans une posture de « spectateur passif ». Ce déséquilibre dans le traitement des parties ne peut que placer le requérant dans un contexte d'incertitude grave analogue à celle d'autres personnes et d'un déni de justice clair nécessitant une réaction impérieuse plutôt que l'attente de terminaison des hostilités qui ne saurait être une issue envisageable. La grande chambre de la Cour aurait pu revoir cette affaire et saisir l'occasion pour contraindre les autorités défenderesses à répondre plus promptement et sûrement à ce cas.
290. Cette approche de la Cour entretenant le déni de justice n'a pas du tout changé si, en plus de cette affaire, l'on rappelle la conclusion de la Cour le 18 février 2018 en rapport avec des requêtes des individus habitant dans territoires orientaux de l'Ukraine sous occupation⁴⁵³. A cet égard, les requérants ont argué que par le transfert

⁴⁵³ Voir l'affaire Cour EDH, Tsezar et autres c. Ukraine, arrêt [Sect.4] du 13 février 2018, N° 73590/14, 73593/14...

des juridictions nationales des zones non contrôlées vers les territoires proches contrôlés par le Gouvernement ukrainien, leur accès au juge indispensable pour s'opposer au montant de leurs prestations sociales a été subtilisé. Répondant aux allégations, la Cour réitère la même « approche-*Khlebig* » en considérant que les autorités nationales ont entrepris les efforts nécessaires pour protéger le droit d'accès au tribunal des requérants. Bien plus, en réaction à l'allégation de discrimination liée au lieu de résidence, le juge de Strasbourg rappelle que le déménagement juridictionnel ne visait pas à restreindre les droits des personnes vivant dans des zones non contrôlées mais à leur assurer ce droit d'accès.

291. Face à la validation de l'impossible recours juridictionnel interne pour perte par un Etat membre d'un contrôle effectif sur son territoire comme dans l'affaire *Khlebig* et aussi devant le non-respect flagrant du droit à la liberté et à la sûreté résultant d'un manque d'appréciation juridictionnel interne d'une détention arbitraire lors d'un conflit armé sans déroger à la Convention comme dans l'affaire *Hassan*, la Cour a clairement manqué à protéger les droits des requérants approuvant des restrictions injustes aux droits de l'homme. Par conséquent, pour inverser cette réalité lors de l'état d'urgence, la Cour doit sanctionner des restrictions excessives ou insuffisantes par les Etats membres.

C. La nécessité du juste équilibre des restrictions aux droits de l'homme en période d'urgence : l'interdiction de restrictions excessives et insuffisantes

292. Dans un contexte global caractérisé par diverses et durables sources de circonstances d'urgence menaçant la vie des Etats, notamment des Etats adhérents à la Convention, définir un régime commun des droits et libertés fondamentaux parant au déni de justice de justice est assez délicat⁴⁵⁴. En effet, face à ces menaces permanentes, les Etats membres ont prévu dans leur régime national commun des dispositions consolidant les restrictions de certains droits et libertés, entre autres l'arrestation, la détention, etc. Cette orientation, poussée à l'extrême lors de ces circonstances, peut mener au déni de justice comme dans les affaires *Hassan* et *Khlebig* et y parer exige

⁴⁵⁴ Voir J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Convention européenne des droits de l'homme », AIJC, 2021, Vol. 36, 2021, p.309.

une attention accrue pour trouver un équilibre entre sauvegarder l'intérêt général des Etats membres et protéger les droits de l'homme. A cet égard, « *la Cour (...) doit prendre sa part dans ce rôle d'équilibre sans oublier sa vocation de gardienne des droits de l'homme* »⁴⁵⁵. Elle doit veiller à ce que les restrictions aux droits de l'hommes, même durant les temps exceptionnels, notamment la guerre ou autre situation, ne contreviennent par excès ou *a contrario* par insuffisance à ces dits droits⁴⁵⁶. En fait, pour le professeur Sudre, « *parce que l'homme est partout le même, les mêmes règles doivent valoir pour tout homme, à toute époque et en tout lieu* » et ceci implique qu'en période d'urgence comme en période normale, l'on ne saurait tolérer de manquement aux droits de l'homme⁴⁵⁷. Logiquement, ce n'est pas à l'individu d'être laissé à son triste sort et de subir le déni de justice lors des circonstances d'urgence : les Etats ont l'obligation internationale de prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger les droits de l'homme et c'est le sens de l'article 1 de la Convention exigeant aux États membres qu'ils « *reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés* » définis en son sein. Au lieu de protéger les États lors des temps d'urgence comme dans les affaires précitées, au risque d'être complice, la Cour, en vertu de cette obligation de protection des droits de l'homme, peut toujours engager la responsabilité de l'État de façon active lorsque l'atteinte à un droit de l'homme est claire, et aussi, de manière passive, quand l'État n'a pas pris les mesures exigées par les circonstances en étant inerte ou si ces mesures sont insuffisantes comme dans les affaires *Hassan* et *Khlebi*⁴⁵⁸. De cette manière, la Cour poussera les États à veiller, lorsqu'ils légifèrent nationalement sur ces circonstances, à trouver un juste équilibre, sans excès ni insuffisance⁴⁵⁹. Sur le fondement des principes d'indivisibilité, d'universalité et d'interdépendance régissant les droits de l'homme, malgré l'existence d'un noyau dur de droits de l'homme particulièrement protégés lors des périodes exceptionnelles, il est important que le jugement opéré lorsque les droits sont en conflit soit relatif puisqu'établir une hiérarchie systématique est une illusion⁴⁶⁰. Selon cette hypothèse, la Cour ne devrait

⁴⁵⁵ Idem.

⁴⁵⁶ C. Le BRIS, « Du juste équilibre : les limitations aux droits de l'homme en période de crise sanitaire » (Seconde partie), RDH, 2020. Consultable en ligne. Consulté le 15 octobre 2022.

⁴⁵⁷ F. SUDRE (dir.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2023, p.34.

⁴⁵⁸ Voir C. Le BRIS, « Du juste équilibre... », article précité.

⁴⁵⁹ « Ni trop, ni pas assez, il importe pour l'État de trouver le juste équilibre ». Idem.

⁴⁶⁰ Voir M. AFROUKH, « Une hiérarchie entre droits fondamentaux ? Le point de vue du droit européen », RDLF, 2019, chron. N°43. Consultable en ligne. Consulté le 15 octobre 2022.

pas seulement veiller à faire respecter la Convention lorsque le droit à la vie est en cause, mais aussi quand d'autres droits de l'homme le sont, comme l'interdiction d'arrestation ou de détention irrégulière, la non-discrimination ou le droit d'accès à un tribunal ou le droit de recours, contrairement à ce qu'elle a entrepris respectivement dans les affaires *Hassan* et *Khlebi* sus évoquées.

293. Aussi, dans cet élan de proposition des restrictions non excessives et suffisantes des Etats, vu la retenue des États à recourir à l'article 15 de la Convention encadrant les situations d'urgence, il serait logique que ces derniers s'en servent quand toutes les conditions de son application sont remplies puisqu'il est paradoxal qu'un droit supranational lié à des temps exceptionnels existe sans être appliqué⁴⁶¹. En réalité, cette problématique de recours à l'article 15 de la Convention très politique divise les opinions : pour certains, le recours à cette disposition s'impose dès la déclaration de l'état d'urgence au niveau interne de la transparence, la cohérence et la responsabilité conventionnelle des Etats ; pour d'autres, cette disposition n'est pas une obligation mais un droit et il n'est pas utile d'y recourir dès lors qu'un contrôle de proportionnalité des mesures exceptionnelles exercé par la Cour existe même lorsqu'on ne l'active pas⁴⁶². Cependant, si ne pas recourir à l'article 15 de la Convention n'implique pas nécessairement une condamnation par la Cour, considérant la nature constitutionnelle de la Convention, ce non-recours à la dérogation lorsqu'au niveau national l'urgence est reconnue est un contresens, voire une déloyauté. En effet, selon le professeur Andriantsimbazovina « *dans un système constitutionnel de garantie collective des droits de l'homme, le recours à des mesures d'exception en droit national devrait pouvoir faire l'objet d'un suivi par les organes de ce système. Tel est le sens de l'obligation d'information du Secrétaire général du Conseil de l'Europe afin de le tenir informé de l'ensemble des mesures d'exception prises par l'État et des motifs qui les ont inspirés* »⁴⁶³.

⁴⁶¹ Voir J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Convention européenne des droits de l'homme », article précité, p.298.

⁴⁶² Voir Idem.

⁴⁶³ Voir Ibid., pp.298 et 299.

Section 2. L'obstruction de l'accès à la Cour par les immunités étatiques

294. En tant qu'empêchement du droit d'accès à un tribunal, les immunités des Etats membres privent également les justiciables de l'accès à la Cour. La recherche des fondements de ces immunités peut sembler une quête importante (§1) avant d'illustrer pratiquement les cas d'obstruction (§2).

§1. L'importance d'une quête des fondements aux immunités étatiques

295. Juridiquement, l'importance de préciser le fondement à l'immunité étatique est de permettre de définir son régime, car le développement en droit international de la règle d'immunité relative exige que les soubassements assignés aux privilèges de juridiction et d'exécution admettent d'en circonscrire le domaine d'application, i.e., que véritablement l'étendue d'une règle et de ses éventuels aboutissements dépende directement des socles sur lesquels elle est établie⁴⁶⁴. Si historiquement les immunités étatiques sur le plan supranational comme interne ont de multiples fondements, ceux-ci ont une essence juridique incertaine (A) et par conséquent manifestent l'évidence d'une nature politique (B).

A. L'incertitude juridique de multiples fondements aux immunités étatiques

296. Les soubassements initialement donnés aux immunités étatiques n'étant pas certains juridiquement, cette faiblesse pousse au rejet dans l'histoire de plusieurs d'entre eux

⁴⁶⁴ « L'émergence en droit international de la règle d'immunité relative, supposait, de manière préalable, que les fondements assignés aux privilèges de juridiction et d'exécution permettent d'en limiter le champ d'application. On sait en effet que la portée d'une règle, et les résultats auxquels elle est susceptible d'aboutir, sont directement fonction des bases sur lesquelles elle repose ». I. PINGEL, *Les immunités des États en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p.19 §10. M. COSNARD s'oppose à cette idée en soutenant que le régime des immunités peut ne pas répondre au motif de l'attribution, l'interdépendance des Etats entre eux malgré la souveraineté rendant la notion d'indépendance relative, un tel recadrage permet de rendre aussi relatif le régime d'immunité qui en résulte et emporte le mérite de fixer l'attribution sur la base de spécificités propres à la société internationale, lieu d'appartenance obligatoire du détenteur du privilège. M. COSNARD, *La Soumission des Etats aux tribunaux internes- Face à la théorie des immunités des Etats*, Pédone, Paris, 1996, p.79.

(1) pour aboutir à une hésitation doctrinale et jurisprudentielle entre la souveraineté et la courtoisie internationale (2).

1. Le rejet de nombreux fondements historiques

297. Historiquement, selon la jurisprudence, l'immunité des souverains, les immunités de l'État du for, les immunités diplomatiques et les immunités de la réciprocité sont les socles des immunités étatiques⁴⁶⁵. A propos de l'immunité des souverains, c'est analogiquement qu'elle fonde les immunités étatiques comme le révèle S. Sucharitkul. Effectivement, pour cet auteur, les souverains comme personnes ont souvent été identifiés aux États qu'ils dirigent ou incarnent ; c'est l'exemple de l'immunité des États de la *Common Law* qui tient directement à celle de la « Couronne », mais c'est aussi un héritage de toute la doctrine de l'immunité souveraine liée immédiatement à la pratique constitutionnelle interne affirmée dans la maxime selon laquelle « Le roi ne peut être poursuivi devant ses propres tribunaux » - et qui ne constitue qu'un accident de l'histoire⁴⁶⁶. C'est de là que la formation de l'État moderne a admis la translation des attributs du souverain à l'État impliquant les privilèges et les immunités⁴⁶⁷. En vrai, si au départ, l'immunité tenant à la personne du souverain apparaît en droit international comme la résultante de l'égalité des souverains ainsi que de la révérence rattachée à la personne du roi ou comme la simple traduction du principe antique et féodal « *par in parem non habet imperium* » - supposant qu'un seigneur ne soit justiciable par ses pairs, si ce n'est par un supérieur, notamment le Roi, par la suite, elle se déploie aux forces armées du roi et à ses navires de guerre et va finalement s'appliquer tant à l'État qu'à l'ensemble

⁴⁶⁵Voir S. EL SAWAH, *Les Immunités des États et des organisations internationales. Immunités et procès équitable*, Larcier, Bruxelles, 2012, p.87.

⁴⁶⁶« Les souverains personnels ont souvent été identifiés aux États dont ils sont les chefs. Autrefois, les États étaient identifiés aux souverains, qui les personnifiaient » ... « l'immunité de la Couronne » ... « La doctrine de l'immunité souveraine est un héritage direct de la pratique constitutionnelle interne exprimée dans la maxime « Le roi ne peut être poursuivi devant ses propres tribunaux » ... « L'immunité du souverain local est le résultat d'un accident historique ». Traduction de: « Personal sovereigns have frequently been identified with the States of which they are the heads. In olden days the States were identified with the sovereigns, who personifies them»... « the immunity of the Crown»... «The doctrine of sovereign immunity has been a direct inheritance of internal constitutional practice expressed in the maxim « The King cannot be sued in his own courts »... « The immunity of the local sovereign has been the result of a historical accident ». S. SUCHARITKUL, «Immunities of foreign States before national authorities», RCADI, 1976, t.1, vol. n°149, spéc. pp. 95 et 115.

⁴⁶⁷ Voir B. KNAPP, « Les privilèges et immunités des organisations internationales et de leurs agents devant les tribunaux internationaux », RGDIP, 1965/3, p.615, spéc. pp. 616-617.

de ses biens publics⁴⁶⁸. De nos jours, un socle des immunités étatiques tenant aux privilèges attribués au souverain dont l'origine se rattache au droit divin du roi paraît juridiquement illégitime et justifie son rejet comme soubassement juridique⁴⁶⁹. C'est pourquoi d'autres fondements vont surgir en doctrine, particulièrement l'immunité de l'État du *for* qu'on soutient comme socle de l'immunité de l'État étranger quand l'État local est injusticiable devant ses propres juridictions⁴⁷⁰. Constatant bien que la faiblesse de ce fondement se manifeste dès lors que l'État local serait justiciable devant ses juridictions, les immunités diplomatiques surviennent comme autre fondement aux immunités étatiques, pour lesquelles, elles apparaissent comme des « aspects particuliers » en lien avec les fonctions diplomatiques considérées comme un service public d'États étrangers et protégées impérativement contre toute ingérence juridictionnelle⁴⁷¹. En réalité, ce ne sont pas les immunités diplomatiques qui peuvent être le soubassement des immunités étatiques, c'est plutôt le contraire, puisque c'est l'immunité de l'État étranger qui fonde l'immunité diplomatique en ce que la soustraction de l'État étranger à la juridiction de l'État local n'est pas systématiquement envisagée par le droit international, mais n'est en fait que la résultante de l'exigence pesant sur chaque État d'après les règles communément partagées entre les États de tenir les actions réalisées officiellement par les membres d'une mission diplomatique comme des actions de l'État dont ils ressortent⁴⁷². Pour cette raison, la réciprocité a aussi été proposée comme socle en apparaissant comme un « *mouvement d'aller-retour* » du fait que, quand un État reconnaît à un autre l'immunité, c'est souvent dans l'espoir d'en jouir autant devant les juridictions de ce dernier. Comme fondement, la réciprocité se révèle une méthode par laquelle la règle sur les immunités s'élargit et s'amplifie, puisque du moment où un État arrête définitivement une politique globale des immunités ou une législation fixant les

⁴⁶⁸ Voir Ch. VALLÉE, « A propos de la Convention européenne sur l'immunité des États », RTDE, 1973, spéc. p.207.

⁴⁶⁹ Voir M. COSNARD, La Soumission des Etats aux tribunaux internes ... », op.cit., p.63.

⁴⁷⁰ Voir S. EL SAWAH, Les Immunités des États et des organisations internationales..., op.cit., p.88.

⁴⁷¹ Voir L. V. PRAAG, Juridiction et Droit international public : la juridiction nationale d'après le droit international public coutumier en temps de paix, Belinfante Frères, La Haye, 1915, p. 323 et L. STRISOWER, « L'extraterritorialité et ses principales applications », RCADI, 1923, p.234.

⁴⁷² Véritablement, « l'exemption de la juridiction de l'État de réception des membres de la mission étrangère, à raison d'actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions, n'est pas prévue directement par une règle de droit international général. Elle n'est que la conséquence de pur fait de l'obligation qui incombe à tout État, d'après le droit international commun, de considérer les actes accomplis par les membres d'une mission diplomatique étrangère, dans la limite de leurs attributions officielles, exclusivement comme des actes de l'État dont la mission relève ». M. GIULIANO, Les relations et immunités diplomatiques, RCADI, 1960, II, t.100, pp. 72-202, spéc. p. 92.

conditions de leur octroi, il considère sa potentielle posture de demandeur d'immunité hors de son territoire et inclut les exigences auxquelles il désire se voir soumis dans ses conditions d'octroi⁴⁷³. Concrètement, l'immunité de juridiction de l'État étranger se justifie par des règles universellement admises dont la plus importante est l'exigence de réciprocité entre les États liée au principe fondamental de l'égalité entre les États et induisant d'accorder ou de contester l'immunité de juridiction dans les bornes où l'État étranger l'accorde ou la conteste⁴⁷⁴. La réciprocité demeure continuellement un des socles des immunités étatiques, sauf législation expresse pour les États envisageant la possibilité pour le pouvoir exécutif de circonscrire les immunités reconnues à l'État étranger quand il ne les leur accorde pas, notamment nombreux États de la *Common Law*, alors que ceux de tradition civiliste n'y recourent presque plus comme fondement des immunités étatiques⁴⁷⁵.

2. L'indécision doctrinale et jurisprudentielle entre la souveraineté et la courtoisie comme fondement aux immunités

298. Reconnaître l'État en tant qu'entité dotée de la plénitude des compétences sur la scène internationale est une règle qui, non seulement empêche d'appliquer pour l'État étranger les règles juridiques d'essence procédurale comme substantielle de l'État du for, mais aussi érige la souveraineté comme fondement expliquant l'octroi des immunités aux États⁴⁷⁶. Bien que reconnue en théorie par la majorité de la jurisprudence tant nationale qu'internationale, cette règle révélant que les immunités étatiques ont un fondement dans l'égalité souveraineté des États n'est pas réellement démontrable, puisque, incontestablement, la souveraineté manifeste un postulat sur lequel s'érige un édifice.

⁴⁷³ M. COSNARD, *La Soumission...*, op.cit., p.90.

⁴⁷⁴ « L'immunité de juridiction des États étrangers est fondée sur des principes universellement acceptés parmi lesquels le plus essentiel est le principe de réciprocité entre les États. Ce principe est issu de la règle fondamentale de l'égalité des États. Il consiste à reconnaître ou à refuser l'immunité de juridiction dans les limites dans lesquelles l'État étranger reconnaît ou refuse l'immunité ». A. M. F. RIAD, « L'entreprise publique et semi-publique en droit international privé », *RCADI*, 1961-1, t.108, p.618.

⁴⁷⁵ Voir S. EL SAWAH, *Les Immunités des États...*, op.cit., p.90.

⁴⁷⁶ Voir I. PINGEL, *Les immunités des États en droit international*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p.37 et F. POIRAT, « Les immunités des sujets du droit international : États et organisations internationales ». In J. VERHOEVEN (dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation*, LGDJ et Larcier, Bruxelles et Paris, 2004, p.20.

299. En effet, tout d'abord, en ne sachant pas ce que la souveraineté traduit tout en ne contestant pas qu'elle appelle un traitement exceptionnel, sa considération comme socle des immunités est logiquement contestable et fausse, car les décisions qui la considèrent ainsi n'en tirent pas les effets juridiques valides pour définir le régime des immunités étatiques : des fois l'immunité est octroyée lorsque la souveraineté de l'État étranger n'est point en cause et parfois elle est refusée alors que cette dernière souveraineté contraint d'écarter le litige du contrôle juridictionnel de l'État du for⁴⁷⁷. L'égle souveraineté ne peut fonder les immunités étatiques de nos jours puisqu'elle demande de reconnaître aux Etats étrangers des prérogatives similaires en ne justifiant pas non plus l'étendue desdites immunités qui nécessite de prendre en compte la souveraineté de l'État étranger. En réalité, « (...), si la souveraineté de l'État étranger peut justifier qu'il soit soustrait à la juridiction de l'État du for, la souveraineté territoriale de l'État du for exige en revanche qu'aucune des activités se déroulant sur son territoire n'échappe à sa juridiction »⁴⁷⁸. L'égle souveraineté a incessamment et partiellement perdu de sa superbe, car, si à la naissance de la règle d'immunité, les Etats pouvaient en jouir devant leurs juridictions nationales ou à l'étranger au nom de l'égle souveraineté, ceci n'est plus valable de nos jours⁴⁷⁹.
300. Ensuite, la souveraineté comme fondement des immunités n'est pas démontrable par manque de consensus lié à la division doctrinale quant aux effets de l'égle souveraineté sur l'essence des immunités. De fait, si pour une partie doctrinale excluant toute immunité relative circonscrite aux actions privées de l'État étranger la souveraineté fonde l'immunité absolue de l'État étranger en prohibant sans réserve toute immixtion dans ses activités, pour une autre, l'égle souveraineté n'est pas absolue dès lors qu'elle se confronte à celle de l'État du for qui habilite juridictionnellement les juridictions locales ; elle favorise l'interdépendance des États et l'obligation de respecter la souveraineté du for en exigeant de limiter les cas

⁴⁷⁷ Voir J. VERHOEVEN, « Avant-propos ». In Ibid., p.6 et S. EL SAWAH, Les Immunités des États..., op.cit., p. 91.

⁴⁷⁸ A.M.F. RIAD, « L'entreprise publique et semi-publique en droit international privé », RCADI, 1961-1, t.108, pp. 563-678, spéc. p. 623.

⁴⁷⁹ Déjà en 1973, évoquant plusieurs principes dont l'égle souveraineté, VALLÉE note que « ces principes ont progressivement et relativement perdu de leur importance. Quand la règle de l'immunité a pris naissance, les Etats jouissaient de l'immunité de juridiction vis-à-vis de leurs propres tribunaux. Ce n'est plus tout à fait aujourd'hui. Quand l'État bénéficiait de l'immunité de juridiction à l'égard de ses propres tribunaux, on pouvait faire valoir, en invoquant l'égalité des États, que l'immunité devait aussi être invoquée devant les tribunaux des États étrangers. Cet argument n'est plus valable à présent ». Ch. VALLÉE, « A propos de la Convention européenne sur l'immunité des États », RTDE, 1973, pp.205-241, spéc. p. 207 et s.

d'immunité pour ne pas porter préjudice à un droit essentiel pour l'État, celui de rendre justice⁴⁸⁰.

301. Enfin, l'immunité étatique fondée sur la souveraineté est contestable en ce que cette dernière exige naturellement la suppression des immunités. Apparaissant comme une prérogative de tous ceux qui sont dans une situation similaire de jouir d'un même traitement ou celle de tout État de juger, elle n'est donc pas une violation du droit international ni de l'égale souveraineté par l'État de recourir au pouvoir juridictionnel rattaché à sa souveraineté quand il juge un pair par le biais de ses propres juridictions sans aucune distinction⁴⁸¹. La consécration de l'immunité au bénéfice d'un État étranger paraît une violation de la souveraineté de l'État local, un affront pour ses juridictions, un renoncement à sa souveraineté nationale manifestant un déni de justice pour ses propres ressortissants qu'il ne peut aider tout en reconnaissant qu'il ne s'oppose pas à son droit... S'il y a une violation de la souveraineté d'un État, c'est par les immunités⁴⁸².
302. L'indécision doctrinale et jurisprudentielle entre la souveraineté et la courtoisie ainsi que le rejet de nombreux fondements historiques marquent l'incertitude juridique des fondements aux immunités, la quête d'une certitude révèle le fondement politique des immunités étatiques.

B. L'évidence du fondement politique des immunités étatiques

La certitude que les immunités étatiques ont un fondement politique se manifeste dans le fait que la courtoisie est leur unique et valable soubassement (1). Cette essence politique ne pouvant aucunement satisfaire aux strictes exigences d'un socle juridique, il est évident que ces immunités nécessitent un fondement juridique (2).

⁴⁸⁰ Voir S. EL SAWAH, *Les Immunités des États...*, op.cit., pp.94 et 95.

⁴⁸¹ Voir I. PINGEL, *Les immunités des États en droit international*, op.cit., §30.

⁴⁸² « N'est-ce donc pas une humiliation pour un tribunal, n'est-ce pas une abdication de la souveraineté nationale que de dire à un citoyen : nous ne contestons pas votre droit, mais n'espérez aucune justice de nous, nous ne pouvons vous aider... Si bien il y eut une atteinte à la souveraineté d'un État, c'est bien celle-là ». G. SPÉE, « De la compétence des tribunaux nationaux à l'égard des gouvernements et des souverains étrangers », *JDI*, 1876, p.328, spéc. p. 334.

1. L'unique et valable fondement des immunités étatiques : la courtoisie

303. L'argument que la courtoisie entre les États est le seul fondement valable aux immunités étatiques n'est pas majoritairement partagé. Certains, modérés qui ne la rejettent pas entièrement, la considèrent comme un fondement supplétif aux immunités étatiques en justifiant qu'elle ne peut expliquer certaines immunités comme celle octroyée à un État belligérant ou non reconnu, ou pour des actions tant militaires que politiques⁴⁸³. Pour les opposants, d'une part un tel fondement n'est pas facile à concilier avec la rémanence marquant l'application de la règle de l'immunité par les différents États, et d'autre part, la courtoisie n'étant simplement qu'une convenance en droit international public respectée pour sa facilité pratique, elle ne peut obliger à quoi que ce soit⁴⁸⁴. Quoi qu'il en soit, qu'importe ces positions, en cherchant un fondement à l'immunité, la seule question qui vaille est celle de savoir quelle est la raison du sentiment d'obligation pour les États d'accorder l'immunité. Si la souveraineté ne peut expliquer l'octroi de l'immunité à un État belligérant en droit international, seule l'opportunité politique le peut au nom du respect de la séparation des pouvoirs par les juridictions pour épargner des conflits politiques à l'État sur la scène internationale⁴⁸⁵. Cette opportunité politique ne peut autrement traduire qu'une courtoisie et est l'unique fondement pouvant justifier les différences pratiques entre les États ou, au sein d'un État, circonscrire le régime des immunités. Bien que difficilement acceptable en droit en tant que fondement, la courtoisie en est un puisqu'une méfiance durable concernant les notions en droit existe et introduit en droit international public, sous un vocable mystificateur de courtoisie entre les États, des exigences gommant des règles juridiques au bénéfice de commodités politiques⁴⁸⁶. En effet, l'octroi ou le refus de l'immunité étatique par un État du for

⁴⁸³ Voir I. PINGEL, *Les immunités des États en droit international*, op.cit., pp.23-24 et S. SUCHARITKUL, « Immunities of Foreign... », article précité, spéc. pp.119-120.

⁴⁸⁴ Si pour RIAD, « un pareil fondement semble difficile à concilier avec la permanence qui caractérise l'application du principe de l'immunité par les divers États », LEBEN s'interroge « comment la courtoisie, qui n'est en droit international public qu'une simple convenance suivie pour des raisons de commodité pratique pourrait-elle imposer quoi que ce soit ? ». A. M. F. RIAD, « L'entreprise publique et semi-publique ... », p. 624 et Ch. LEBEN, « Les fondements de la conception restrictive de l'immunité d'exécution des États ». In *Cahiers du CEDIN* « L'immunité d'exécution de l'État », Paris, Montchrestien, 1990, pp.7-39, spéc. p.16.

⁴⁸⁵ Voir S. EL SAWAH, *Les Immunités des États...*, op.cit., p.96.

⁴⁸⁶ En effet, « trop longtemps, la méfiance a régné entre les nations ; et elle a introduit dans le droit des gens, sous le nom menteur de courtoisie internationale, des règles qui sacrifient les principes juridiques à de prétendues convenances politiques ». P. de PAEPE, *De la compétence civile à l'égard des États étrangers et de leurs agents politiques et diplomatiques ou consulaires*, JDI, 1895, p.31, spéc. p.32.

est inséparable des rapports diplomatiques, l'aspect politique est intrinsèque à une telle décision quel que soit le socle choisi et, il est illogique qu'à une ère de triomphe de la souveraineté nationale, le fondement de l'immunité soit lié à des concepts poétiques et allégoriques comme la souveraineté, la dignité ou au statut de la personne elle-même en cachant la vraie motivation d'essence fonctionnelle, singulièrement l'opportunité politique⁴⁸⁷. Se repentant de leur incapacité à systématiser la jurisprudence sur les immunités, de nombreux auteurs soutiennent que le réalisme manifesté par les juridictions ne sert finalement qu'à occulter l'opportunité politique de la solution litigieuse, seule à même de fonder l'immunité étatique et de contester l'existence d'une règle juridique en l'immunité, et ce, puisque l'État accorde l'immunité à son pair pour ne pas compromettre leurs rapports diplomatiques et la lui refuse lorsque cette compromission n'est pas probable⁴⁸⁸. C'est exclusivement la courtoisie qui, non seulement, démontre, en dépit de la multiplicité de systèmes législatifs limitant la compétence juridictionnelle en précisant des situations d'octroi ou de refus, qu'une attention spéciale est souvent reconnue à l'implication obligatoire ou consultative dans la procédure du pouvoir exécutif, mais qui explique aussi la divergence des jurisprudences en la justifiant par la volonté de ne pas heurter directement l'État étranger⁴⁸⁹.

2. La nécessité d'un soubassement juridique

304. Etant conscient que la courtoisie, vu son opportunité lui donnant une essence politique, ne peut constituer la source des immunités étatiques, il est inévitable de lui trouver un fondement juridique. En droit, préciser la source de l'immunité étatique

⁴⁸⁷ « En effet, il est difficile d'imaginer que les Etats nationaux défendant d'abord leur propre dignité, indépendance, etc., hésiteraient de porter atteinte à la dignité, souveraineté, etc., bref au « statut » des autres États, si cela leur semblait opportun et s'il n'en résultait pas de difficultés internationales. Ainsi, c'est la crainte de complications internationales, donc un motif fonctionnel, plutôt que des raisons de « statut » qui semble, même au temps de l'immunité absolue, justifier finalement la règle de l'immunité de juridiction ». F. SCHROER, « De l'application de l'immunité juridictionnelle des États étrangers aux organisations internationales », RGDIP, 1971/3, p.712, spéc. p.714.

⁴⁸⁸ « Regrettant de ne pouvoir arriver à une systématisation des décisions en matière d'immunités, [plusieurs auteurs] admettent que le pragmatisme dont font preuve les tribunaux ne sert en définitive qu'à masquer l'opportunité politique de la décision ». M. COSNARD, op.cit., p.253. Parmi ces auteurs, M. COSNARD cite J.-L. DEVOLVE, Rev. Arb. 1985, p. 706 ; Ph. KAHN, JDI, 1966, pp. 846-856 ; P. BOUREL, Rev. Crit. DIP, 1977, pp. 532-539 et Rev. Crit. DIP, 1991, pp. 140-147 ; G. FLECHEUX, Rev. Arb., 1985, pp. 703 et 710.

⁴⁸⁹ Voir S. EL SAWAH, Les Immunités des États..., op.cit., p.98.

est important pour permettre de définir son régime, et de fait, le développement en droit international de la règle d'immunité relative exige d'abord que les soubassements assignés aux privilèges de juridiction et d'exécution admettent d'en circonscrire le domaine d'application : véritablement l'étendue d'une règle et ses éventuels aboutissements dépendent directement des socles sur lesquels elle est établie⁴⁹⁰.

305. Parmi ces socles, il faut exclure d'emblée la coutume internationale, car les éléments nécessaires à sa création et l'existence d'une pratique uniforme des Etats font énormément défaut concernant les immunités étatiques. Assurément, une règle coutumière en général, et plus particulièrement sur les immunités étatiques, suppose son application par une majorité d'États de façon constante et uniforme comme cela est souligné dans *l'affaire du Plateau continental de la mer du Nord* :

⁴⁹⁰ « L'émergence en droit international de la règle d'immunité relative, supposait, de manière préalable, que les fondements assignés aux privilèges de juridiction et d'exécution permettent d'en limiter le champ d'application. On sait en effet que la portée d'une règle, et les résultats auxquels elle est susceptible d'aboutir, sont directement fonction des bases sur lesquelles elle repose ». I. PINGEL, *Les immunités des États...*, op.cit., p.19 §10. M. COSNARD s'oppose à cette idée en soutenant que le régime des immunités peut ne pas répondre au motif de l'attribution, l'interdépendance des Etats entre eux malgré la souveraineté rendant la notion d'indépendance relative, un tel recadrage permet de rendre aussi relatif le régime d'immunité qui en résulte et emporte le mérite de fixer l'attribution sur la base de spécificités propres à la société internationale, lieu d'appartenance obligatoire du détenteur du privilège. M. COSNARD, *La Soumission des Etats ...*, op.cit., p.79.

« Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais, en outre, ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'opinion juris sive necessitas. Les États intéressés doivent avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Ni la fréquence ni même le caractère habituel des actes suffisent. Il existe nombre d'actes internationaux, dans le domaine du protocole par exemple, qui sont accomplis presque invariablement mais sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique »⁴⁹¹.

Si la majorité des auteurs en droit attestent la réalité d'une règle coutumière relative aux immunités étatiques, ils la prouvent souvent sans profondeur ni perspective internationale, sans vérifier sa matérialité en s'inspirant uniquement d'autres auteurs ou de l'étude des décisions judiciaires internes⁴⁹². En dépit de tentatives pour démontrer les éléments constitutifs d'une règle coutumière sur les immunités étatiques par des auteurs comme D. Carreau ou I. Pingel, El Sawah estime qu'il est compliqué de les prouver: l'élément temporel n'est pas achevé dans une divergence interétatique et intraétatique au niveau jurisprudentiel, l'élément subjectif non plus - notamment l'*opinio juris* - dans l'hésitation à rattacher cette règle au droit international public ou au droit international privé et ni l'élément matériel enfin dans le fait d'énoncer cette règle tout en laissant aux États le choix de déterminer son régime d'application jamais semblable d'un État à l'autre⁴⁹³. En regardant la

⁴⁹¹ CIJ, Affaire du Plateau continental de la mer du Nord, 20 février 1969, Recueil, 1969, p.3; CPJI, Affaire du Lotus, arrêt sur les compétences d'un État en droit international du 7 septembre 1927, série A, n°10, 1927, p.28 et CIJ, Affaires des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, Recueil, 1986, p.14, spéc. §§184-186.

⁴⁹²« Les ouvrages de droit international (public) les plus anciens n'abordent pas, en général, la question des immunités de juridiction et d'exécution de l'État étranger. Les plus récents ne contiennent souvent que des développements restreints. En outre, la plupart des auteurs se limitent à l'étude des décisions rendues par les tribunaux français et n'évoquent que très peu la jurisprudence étrangère. En choisissant de privilégier l'analyse du droit français, sans la placer dans la perspective du droit international, ils s'interdisent d'en tirer aucune conséquence normative ». I. PINGEL, Les immunités des États..., p.2.

⁴⁹³ S. EL SAWAH, Les Immunités des États et des organisations internationales. Immunités et procès équitable, Larcier, Bruxelles, 2012, pp. 104, 105 et 108. Concernant l'élément matériel sur la règle d'immunité, il est souligné que « Pour l'essentiel, ce domaine demeure appréhendé par le droit coutumier au niveau des « grands principes » et surtout par le droit interne au niveau de leur mise en œuvre pratique ». D.CARREAU et F. MARELLA, Droit international, Pédone, 12 éd., 2018, p.416.

jurisprudence nationale et internationale, une précision émerge, celle que l'octroi de l'immunité par les juridictions internes se fait par renvoi au droit international public pour l'expliquer et à la pratique des États s'agissant des juridictions internationales, à l'instar de la Cour⁴⁹⁴. Le défaut de tous ces éléments prive la règle d'immunité de sa nature coutumière, surtout en présence d'une diversité de solutions ou de pratiques étatiques en la matière. Effectivement, en l'état actuel du droit, l'unique certitude est la règle que le droit international reconnaît aux États de connaître des litiges impliquant d'autres États tout en leur laissant la liberté de la méthode de sa mise en œuvre⁴⁹⁵. A cet égard, ces applications asymétriques poussent à une incontestable étatisation du droit des immunités à tel point qu'un auteur s'interroge si c'est « (...) *encore de simples pratiques nationales, destinées à alimenter un principe coutumier ?* » et d'y répondre que « *certain auteurs n'hésitent pas à renier cette notion de pratique, pour parler de droits nationaux en matière d'immunité, de même qu'il existe des droits nationaux en matière d'attribution de la nationalité* »⁴⁹⁶. Sans doute, si de nombreuses techniques employées délimitent le domaine de l'immunité, l'on peut les catégoriser en deux classes de techniques – celle du critère abstrait et celle de liste. La première, fixe globalement et abstraitement les situations pour lesquelles l'immunité vaudra et celles où elle ne vaudra pas en recourant à certains critères parfois formels comme l'essence de l'activité pratiquée par l'État et parfois finalistes eu égard à l'activité visée par l'État dans l'action litigieuse ou à la conjugaison de ces deux critères⁴⁹⁷. La seconde suppose d'indiquer des situations précises pour lesquelles, d'un côté, l'immunité agira en s'appelant « technique de liste positive » et, d'un autre, n'agira pas en portant le nom de « technique de liste négative » et souvent mise en œuvre dans les États de *Common Law* ayant délimité le champ des immunités étatiques dans la législation⁴⁹⁸. Si la technique de liste est importante en ce qu'elle permet une prévisibilité ou une sécurité juridique déficiente dans la technique du critère ; son désavantage est de provoquer une forme d'intransigeance dans le développement de la matière, notamment le cadre de

⁴⁹⁴ Voir S. EL SAWAH, Les Immunités des États, op.cit., p.109.

⁴⁹⁵ Voir M. COSNARD, op.cit., p.24.

⁴⁹⁶ M. COSNARD, op.cit., p.24 citant M.H. SYNNET, Intervention pendant la quatrième journée d'actualité internationale. In L'immunité d'exécution de l'État étranger, Cahiers du CEDIN, n°4, Paris, Montchrestien, 1990, p.197.

⁴⁹⁷ Voir S. EL SAWAH, Les Immunités des États..., op.cit., p.111.

⁴⁹⁸ Voir Ibid., p.113.

détermination d'une liste infirmative des immunités étatiques, ce qui va inciter d'autres États à allier les deux techniques en donnant lieu à une technique mixte⁴⁹⁹. Toutes ces techniques aboutissant à diverses issues s'opposent à soutenir l'existence d'une pratique constante et uniforme qui serait considérée comme coutume en matière d'immunité étatique ; ainsi, il existe de multiples domaines des immunités selon les systèmes étatiques. Une première différence entre les États sur les immunités est tangible dans le domaine des bénéficiaires des immunités ; l'immunité *ratione personæ*, tient à l'affectation de l'immunité aux États protégés et non reconnus ainsi qu'aux démembrements de l'État⁵⁰⁰. La seconde différence est palpable concernant la définition du domaine *ratione materiae* des immunités étatiques et persiste plus d'un siècle après la consécration de l'immunité relative dont la mise en œuvre est

*« si diverse et le critère selon lequel elle est définie si différent qu'il est impossible de formuler l'exception dans des termes acceptables pour tous... les systèmes nationaux classent différemment les actes publics et privés et l'existence d'une telle classification en droit international est discutable »*⁵⁰¹.

306. Cette division est valable pour l'immunité de juridiction, celle d'exécution et pour le fait d'y renoncer⁵⁰². Il n'existe pas de règle coutumière sur l'immunité de juridiction ou d'exécution, le droit actuel sur l'immunité est illogique, discuté et source de conflits entre les États⁵⁰³.
307. Tout compte fait, s'agissant du fondement des immunités, une nécessité de trouver une source juridique s'impose, vu que leur unique fondement valable actuellement est la notion politique de « courtoisie ». Cette certitude politique est la résultante d'une incertitude juridique sur les fondements de ces immunités dans leur évolution, marquée par le rejet de nombreux fondements historiques pour leur faiblesse juridique

⁴⁹⁹ Voir Ibid., p.114.

⁵⁰⁰ S. EL SAWAH, Les Immunités des États et des organisations internationales. Immunités et procès équitable, Larcier, Bruxelles, 2012, p.133.

⁵⁰¹ C'est ce que traduit la pensée de H. FOX sur la conception restrictive de l'immunité : « so diverse and the criterion by which it is determined so differently formulated as to prevent the formulation of the exception in terms acceptable to all... National systems classify public and private acts differently and the existence of such a classification in international law is questionable ». H. FOX, The Law of State Immunity, OUP, 2nd ed., 2008, p.502.

⁵⁰² S. EL SAWAH, Les Immunités des États et des organisations internationales. Immunités et procès équitable, Larcier, Bruxelles, 2012, p.144-200.

⁵⁰³ Voir H. FOX, The Law of State Immunity, 2nd ed., op.cit., p.661.

et aussi par une forme d'indécision doctrinale et jurisprudentielle entre la souveraineté et la courtoisie. C'est ce constat qui caractérise la quête importante pour comprendre les raisons pouvant justifier ou fonder que les immunités puissent priver les justiciables de l'accès au juge. Mais cette recherche théorique sur les immunités est incomplète si elle ne s'accompagne pas d'une manifestation de certains cas d'obstruction d'accès à la Cour.

§2. La manifestation de l'obstruction d'accès à la Cour du fait des immunités étatiques

308. L'obstruction de l'accès à la Cour du fait des immunités peut se manifester non seulement par la reconnaissance douloureuse de la prévalence de l'immunité étatique en confrontation avec un droit impératif et un droit fondamental dans une affaire (A), mais aussi par la reconfirmation dans une autre affaire de cette prévalence (B). Le constat d'une telle injustice ne saurait demeurer sans tenter de concilier le régime des immunités avec le droit au juge pour y remédier (C).

A. La reconnaissance douloureuse de la prévalence de l'immunité face à un droit impératif et un droit fondamental de la convention

309. Cette reconnaissance d'une prééminence de l'immunité peut s'illustrer avec l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni* (1) et est douloureuse dans la négation qu'elle démontre d'une norme tant impérative qu'est l'interdiction de la torture que d'une norme fondamentale que constitue le droit d'accès à un tribunal, et ce sur le fondement d'une législation interne (2)⁵⁰⁴.

1. Cas de l'affaire Al-Adsani c. Royaume-Uni

310. L'affaire *Al-Adsani* est l'une des trois avec lesquelles la Cour a fait irruption dans la controverse judiciaire sur l'application de la doctrine de l'immunité des Etats à la

⁵⁰⁴ Cour EDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, arrêt [G.Ch.] du 21 novembre 2001, N°35763/97.

lumière de l'élargissement des protections des droits de l'homme ⁵⁰⁵. Si ces affaires se ressemblent par la pleine validation de la doctrine de l'immunité souveraine que la Cour fait primer sur des principes cardinaux issus de sa jurisprudence depuis l'affaire *Golder*, à savoir le droit d'accès à un tribunal pour un individu afin qu'un droit ou une obligation civile soit justement déterminé, l'affaire *Al-Adsani* semble la plus controversée pour le vote serré à son issue et son pendant sur l'interdiction de la torture comme *jus cogens* ⁵⁰⁶. Cette affaire concerne le requérant Sulaiman Al-Adsani, ressortissant britannique et koweïtien, né en 1961, résident à Londres et travaillant comme pilote. Ayant servi dans l'armée aérienne koweïtienne lors de la guerre du Golfe et resté dans le mouvement de la résistance au Koweït après l'invasion irakienne, il eut à mettre la main sur des cassettes vidéo de nature sexuelle impliquant un notable, un « Cheikh », apparenté à l'émir du Koweït et qui furent divulguées. Tenant le requérant pour responsable de cette divulgation, vers le 2 mai 1991, ledit Cheikh accompagné de deux autres personnes fait irruption à son domicile et l'amène de force avec un véhicule officiel dans une maison d'arrêt de la sécurité koweïtienne où il sera détenu plusieurs jours et frappé de nombreuses fois avant sa libération le 5 mai 1991 suivant un aveu forcé. De nouveau conduit sous la menace d'un revolver par le Cheikh au palais du petit frère de l'émir du Koweït, on lui plonge à maintes reprises la tête dans une piscine remplie de macchabées et on le traîna ensuite dans une minuscule pièce dans laquelle le Cheikh mit feu à des matelas aspergés d'essence.

311. Passant deux mois et demi hospitalisé en Angleterre à causes de brûlures sur le quart de son corps et diagnostiqué d'un type sévère de tension post-traumatique, le requérant va assigner en réparation des dommages-intérêts le Cheikh et l'Etat du

⁵⁰⁵ « Avec ses trois arrêts du 21 novembre 2001, la Cour européenne des droits de l'homme est également entrée dans le débat judiciaire international sur l'application de la doctrine de l'immunité souveraine à la lumière des protections croissantes des droits de l'homme en droit international public ». Traduction de: « With its three judgements of November 21, 2001, the European Court of Human Rights, too, has entered the international judicial discourse on the application of the doctrine of sovereign immunity in light of the expanding protections for human rights under public international law ». Marius EMBERLAND, « McElhinney v. United Kingdom App. N° 31253/96; Al-Adsani v. United Kingdom App. N° 35763/97; Foragy v. United Kingdom App. N° 37112/97 », AJIL, Vol. 96, N° 3 (Jul. 2002), p.705.

⁵⁰⁶ « The Court's rulings in Al-Adsani, and in Foragy and McElhinney, fully accept the existence of the doctrine and allow it to override one of the cardinal principles coming out of Strasbourg jurisprudence in the last 25 years; the right for an individual to have access to court to have a civil right or obligation properly determined ». Traduction de : « The Court's rulings in Al-Adsani, and in Foragy and McElhinney, fully accept the existence of the doctrine and allow it to override one of the cardinal principles coming out of Strasbourg jurisprudence in the last 25 years; the right for an individual to have access to court to have a civil right or obligation properly determined ». E. BATES, « The Al-Adsani case, state immunity and the international legal prohibition on torture », Human Rights Law Review, June 1, 2003, Vol 3, N°2, p.206.

Koweït et sa requête aboutit à un jugement favorable par contumace. Si en janvier 1994, la Cour d'appel accepta une nouvelle demande visant à notifier l'acte d'assignation à l'État koweïtien, l'affaire fut radiée du rôle de l'affaire devant la *High Court* à cause de l'immunité des Etats consacrée par une législation de 1978 reconnaissant l'immunité aux États souverains quant aux actes en dehors de leur juridiction, y compris la torture. Approuvant la décision, la Cour d'appel va refuser la saisine de la Chambre des lords au requérant qui, en plus, n'obtiendra rien en indemnisation par les autorités koweïtiennes sur le plan diplomatique.

312. Sans issue, le requérant va introduire le 3 avril 1997 la requête devant la Com. EDH qui sera transmise le 1^{er} novembre 1998 à la Cour dont la chambre va se dessaisir au profit de la Grande chambre. Si le 9 février 2000 après un examen sur la recevabilité et le fond l'affaire est déclarée recevable conjointement avec celle *Forghy* un nouvel examen au fond à la demande du Royaume-Uni sera tenue le 15 novembre 2000.
313. Devant la Cour, le requérant argue non seulement la défaillance du Royaume-Uni quant à l'obligation d'interdiction de la torture contrairement à l'article 3 en combinaison avec l'obligation du respect des droits de l'homme et le droit au recours effectif selon les articles 1 et 13 de la Convention, mais aussi la violation de son droit d'accéder à un tribunal en vertu de l'article 6§1.
314. Soulignant que le requérant n'évoque pas le lien juridictionnel entre les actes de torture subis avec le Royaume-Uni ou un lien de causalité eu égard aux autorités du Koweït, la Cour reconnaît l'absence de violation de l'article 3 par le Royaume-Uni qui n'était pas obligé de valider une action civile concernant les prétendus actes de torture des autorités koweïtiennes.
315. Concernant le droit d'accéder au tribunal essentiel pour constater le déni de justice, la Cour énonce d'emblée le principe que l'immunité souveraine est une notion en droit international interdisant de soumettre l'État à la juridiction d'un pair et que son octroi en matière civile est légitime pour faciliter la courtoisie et les bonnes relations entre les Etats sans empiéter sur leur souveraineté. Bien plus, reconnaissant que la Convention ne saurait s'interpréter en marge du droit international, notamment des règles sur l'octroi de l'immunité aux Etats, il n'est pas disproportionné pour elle, en général, de restreindre le droit d'accès au tribunal selon l'article 6§1, puisque cela reflète les règles admises en droit international général. Appliquant ce principe en

l'espèce, la Cour soutient qu'en dépit de l'importance de l'interdiction croissante de la torture, celle-ci ne remet pas en cause l'immunité pour des actions civiles en dommages-intérêts liées aux actes de torture hors de l'Etat du for en l'état actuel du droit international. Par conséquent, en accueillant l'immunité de l'Etat du Koweït sur le fondement de la loi britannique de 1978 accordant l'immunité aux Etats, même pour les actes de torture en cause sauf commission du préjudice au Royaume-Uni, la Cour considère que cela ne constitue pas un obstacle injustifié au droit d'accès au tribunal du requérant et n'est pas une violation de l'article 6§1.

2. La négation de l'interdiction de la torture et du droit d'accès à un tribunal sur le fondement d'une législation interne

316. Décidée par neuf voix contre 8 par la Grande Chambre, l'issue de cette affaire devant la Cour est considérée comme « *un triste recul pour les victimes de torture qui demandent réparation* »⁵⁰⁷. Valider l'immunité fondée sur une législation interne crée un obstacle définitif à l'accès au tribunal pour le requérant et rend la Cour responsable de déni de justice. De fait, la justice, par un constat de violation de l'article 6§1 était possible dans cette affaire. Dans son opinion dissidente en l'espèce, le juge Loucaides, relève que l'injustice et l'absurdité de l'application de l'immunité générale sans considération de la procédure spécifique ont obstrué manifestement la reconnaissance de la responsabilité d'une grave violation d'une norme impérative du droit international, précisément l'interdiction de la torture. Pour lui, dès lors qu'il y a systématiquement de l'application de l'immunité, sans équilibrer les intérêts antagonistes, il doit y avoir violation, même en dehors de l'article 6§1. De son côté, l'opinion dissidente du juge Bravo en l'espèce relève une occasion manquée par la Cour pour une forte et nette sanction de tout acte de torture comme l'a fait la Chambre des lords dans l'affaire *Pinochet* évoquée par la Cour elle-même au paragraphe 34 de l'affaire et dans laquelle l'interdiction de la torture a la valeur d'une norme impérative et notamment considérée comme un crime international dont on ne saurait contourner la condamnation sous-couvert de formalismes. Sans ambages, les statuts des

⁵⁰⁷ En effet, c'est selon la traduction de ce que souligne l'ONG REDRESS : « an unfortunate step backward for torture survivors seeking reparation ». REDRESS News Release, Al-Adsani Judgment, London, 23 November 2001. Consultable en ligne <http://www.redress.org>.

tribunaux internationaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, le statut de la CPI et la pratique des Etats reconnaissent la nature impérative de la règle d'interdiction de la torture dans la Convention, donc sa supériorité face à toute autre règle en droit international à l'exception d'une autre norme de son rang⁵⁰⁸. Notant la supériorité de l'interdiction de la torture et la reconnaissance à juste titre par la majorité dans cette affaire que l'immunité n'a pas la même valeur vu l'abstraction et la renonciation que les Etats en font pour sauvegarder l'ordre public, notamment les valeurs fondamentales de la communauté internationale, l'opinion dissidente des juges Rozakis et Caflish qui emporte plusieurs ralliement soutient qu'un Etat ne peut se soustraire aux conséquences de la violation d'une telle prohibition au nom de l'immunité⁵⁰⁹. Concrètement, selon ces juges, le Koweït ne peut de manière valable, sous couvert de l'immunité des Etats, échapper à une procédure sur des allégations de torture se tenant devant la justice britannique, dont les juridictions ne peuvent accepter une exception d'immunité ou son invocation d'office pour ne pas trancher une question de torture sur une requête d'un individu⁵¹⁰. L'exigence procédurale qu'est l'immunité doit s'effacer systématiquement devant la norme supérieure et ne peut déployer aucun effet juridique, et on ne peut la soutenir sur le fondement du droit interne censé en réalité donner effet au droit international qui, même en reconnaissant l'immunité, ne la considère pas comme prévalant sur une norme impérative⁵¹¹.

317. Le déni de justice par la Cour dans cette affaire tient simplement au refus de tirer justement les conséquences de la norme impérative qu'est l'interdiction de la torture. En vrai, en admettant la supériorité d'une norme impérative sur l'immunité des Etats étrangers en matière pénale et en la contestant en matière civile au paragraphe 66 de l'arrêt, la Cour est doublement répréhensible selon cette dernière opinion⁵¹². Si d'une part l'usage d'une distinction procédurale - procédure pénale et procédure civile - non appliquée sur l'immunité par les juridictions du Royaume-Uni elles-mêmes est condamnable, d'autre part c'est la détermination de l'effet d'une norme impérative

⁵⁰⁸ Voir Article 7§2 du Statut de la Cour pénale internationale ; entre autres, Tribunal fédéral suisse, Sener c. Ministère public de la Confédération et Département fédéral de justice et police. ATF, vol. 109 Ib, 1983, p.72 ; Cour de cassation, 13 mars 2001, jugement n°1414, in 105 RGDIP 473(2001), Florence POIRAT et CII, affaire du mandat d'arrêt du 11 Avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt du 14 février 2002.

⁵⁰⁹ Points 1 et 2 de l'opinion dissidente des juges ROZAKIS et CAFLISH en l'espèce.

⁵¹⁰ Point 3 de l'opinion dissidente des juges ROZAKIS et CAFLISH en l'espèce.

⁵¹¹ Idem.

⁵¹² Point 4 de l'opinion dissidente des juges ROZAKIS et CAFLISH en l'espèce.

qu'est l'interdiction de la torture sur cette distinction qui est contraire à la finalité même de cette norme⁵¹³. En réalité, la nature de la procédure n'est pas déterminante pour donner l'effet d'un *jus cogens*, c'est plutôt sa valeur en lien avec d'autres règles inférieures qui doit le permettre⁵¹⁴. Dans cette perspective, ayant un rang supérieur, l'interdiction de la torture vide de tout effet juridique l'immunité des Etats étrangers qui, en tant qu'obstacle procédural ne saurait empêcher l'examen au fond d'une requête par une juridiction. Par conséquent, en reconnaissant leur incompétence pour examiner la demande du requérant à cause de l'obstacle procédural qu'est l'immunité selon la loi de 1978, les juridictions ont commis un déni de justice, et si la Cour, eu égard à toutes ces conditions, corrobore qu'il n'y a pas eu privation du droit d'accès au tribunal en la matière, elle est également blâmable en ne corrigeant pas cette injustice.

318. Si une approche « formaliste » des juges majoritaires de la Grande chambre et favorable à la doctrine de l'immunité souveraine peut être comprise en principe, car la Cour est une juridiction internationale limitée dans son mandat de dire le droit par les Etats, elle est réellement problématique dans cette affaire. D'une part, elle bloque l'élan de la Convention à devenir un instrument inspirant les systèmes juridiques pour suivre l'évolution du droit international public lorsqu'il crée des normes juridiques dépassant la pratique des Etats ou leurs droits internes, et ce en tant que norme commune européenne en matière des droits de l'homme. D'autre part, en ne s'en remettant qu'à la pratique des Etats pour toute évolution, le formalisme ne fera que laisser grandement ouverte la porte aux Etats pour ignorer le droit international public, notamment le *jus cogens*.

B. La réitération de la douloureuse prévalence de l'immunité

319. Sans rien apprendre de la douloureuse expérience précédente, la Cour réitère cette prévalence de l'immunité dans l'affaire *Jones c. Royaume-Uni* (1) en promouvant

⁵¹³ Idem.

⁵¹⁴ Point 3 de l'opinion dissidente des juges ROZAKIS et CAFLISH en l'espèce.

encore l'impunité par défaut de reconnaissance du droit d'accès à un tribunal des requérants malgré les allégations de torture (2)⁵¹⁵.

1. L'illustration par l'affaire *Jones c. Royaume-Uni*

320. L'affaire *Jones* est la première où se pose devant la Cour la problématique sur le bénéfice de l'immunité d'un agent de l'État concernant des actes de torture en matière civile. Les requérants y soutiennent avoir subi des actes de torture comme détenus en Arabie Saoudite.
321. Plus tard, dans une procédure civile, saisissant la *High Court* anglaise, le premier requérant M. Jones dirigea sa demande contre l'Etat saoudien, le ministre saoudien et un fonctionnaire, tandis que les trois autres requérants la firent contre quatre personnes comprenant deux policiers, le directeur adjoint de la prison et le ministre de l'Intérieur saoudien. La *High Court* refusant de leur accorder l'autorisation de déclencher une procédure contre un autre Etat en reconnaissant l'immunité rattachée à tous les défendeurs en cause, les requérants vont faire appel. Différenciant l'immunité en raison de la personne reconnue à l'Etat, au chef de l'Etat en exercice et aux diplomates ainsi que l'immunité en raison de la matière applicable aux anciens chefs d'Etat ou diplomates et aux simples fonctionnaires, la juridiction d'appel valide la décision de la *High Court* concernant l'Etat saoudien et son ministre en permettant toutefois l'appel pour les défendeurs individuels. La problématique est portée devant la Chambre des lords, et celle-ci, comme la *High Court*, tranche en faveur de tous les défendeurs au motif qu'ils jouissent de l'immunité, même pour des actes de torture.
322. Bloqués au niveau interne, les requérants se tournent vers la Cour en dénonçant leur impossibilité d'accéder à un tribunal contrairement à l'article 6§1 de la Convention. En jugeant, la Cour ne reconnaît pas la violation du droit d'accès au tribunal du fait de l'immunité. Pour ce faire, elle a dû s'appuyer sur sa jurisprudence dans l'affaire *Al-Adsani* soulignant qu'il n'existe pas de principe en droit international empêchant les Etats de prétendre à l'immunité relativement à une procédure civile en dommages-intérêts concernant toute torture entreprise hors de l'Etat du for. Pour elle, conclure

⁵¹⁵ Voir Cour EDH, *Jones et autres c. Royaume-Uni*, arrêt [Sect.4] du 14 janvier 2014, N°34356/06 et 40528/06.

ainsi est, non seulement agir en conformité avec son obligation de considérer les règles et principes essentiels du droit international, mais aussi interpréter la Convention en conciliation avec les autres règles du droit international. D'une part, en se basant sur cette démarche, la Cour ne reconnaît pas la violation du droit d'accès à un tribunal relativement aux demandes contre l'Etat saoudien en rappelant que, même en droit international coutumier, il n'existe pas d'exception à l'immunité, même au titre de *jus cogens*, et donc, son application par les juridictions britanniques est justifiée conformément à sa législation. D'autre part, quant aux défendeurs individuels, précisément les fonctionnaires de l'Etat, la Cour relève l'absence de violation du droit d'accès au tribunal des requérants, puisque l'immunité dont ils bénéficient l'est au nom de l'Etat et en accord avec les règles du droit international sur les immunités. Ainsi, en règle générale, la Cour approuve que l'Etat lui-même ne saurait accomplir un acte, si ce n'est par le biais des personnes agissant pour son compte : il est donc normal que les actes de ses fonctionnaires soient matériellement couverts quand il invoque son immunité. Même exceptionnellement, si la Cour relève l'existence d'un mouvement progressif affirmant écarter extraordinairement l'immunité en matière de torture en rapport avec une procédure civile contre des fonctionnaires d'un Etat étranger, elle insiste qu'une partie importante des documents d'autorité semble attester l'impossible contournement de l'immunité de l'Etat en permettant l'action en justice contre ses fonctionnaires ou agents. Au-delà, pour la Cour, bien que la pratique des Etats sur cette question fluctue entre l'acceptation ou le refus de l'immunité et que l'opinion internationale évolue à cet égard, elle ne peut s'opposer aux décisions des juridictions nationales, notamment de la Chambre des lords, bien fondées en droit international avec des références approfondies et aussi corroborées par d'autres juridictions inférieures. En bref, pour la Cour, reconnaître l'immunité en l'espèce aux agents de l'Etat saoudien traduit le respect des règles contemporaines générales en droit international public et, ces dernières, étant appliquées par les juridictions nationales en vertu de loi de 1978 accordant l'immunité aux agents de l'Etat saoudien, ne peuvent apparaître comme un obstacle injustifié au droit d'accès au tribunal des requérants.

2. La promotion de l'impunité dans le défaut de reconnaissance du droit d'accès à un tribunal malgré les allégations de torture

323. Bien que la Cour trouve que l'on ne peut contourner l'immunité de l'État en lui substituant ses serviteurs ou agents et reconnaît ainsi l'immunité absolue des agents de l'État, cela n'est pas concevable parce que cela crée sans aucun doute un déni de justice pour les requérants victimes des actes de torture. Du moins, il est valable que l'immunité vaille pour l'État, non seulement avant février 2012 et l'*Observation générale n°3* du Comité des Nations unies contre la torture lorsqu'il manquait de cristallisation de l'exception à l'immunité des États, mais aussi eu égard au contexte de production des faits de la cause n'exigeant pas à la Cour l'examen des évolutions ultérieures à l'instar de l'arrêt de la CIJ relatif à l'affaire des immunités juridictionnelles de l'Etat. Clairement, il ressort de la jurisprudence de la CIJ dans l'affaire *Allemagne c. Italie* qu'aucune cristallisation de l'exception à l'immunité de juridiction de l'Etat n'existait avant février 2012⁵¹⁶. Quant au Comité contre la torture, il relève, sur le fondement de la Convention contre la torture, que les Etats ont l'obligation positive de poursuivre ou d'extrader les auteurs présumés d'actes de torture se trouvant sur leur territoire et de légiférer à cet égard⁵¹⁷. Pour cet organe, l'application de l'article 14 de la Convention contre la torture ne se circonscrit pas aux victimes de préjudices commis sur le territoire de l'État partie ou commis par ou contre un ressortissant de l'État partie, mais également à celles soumises à la torture ou aux mauvais traitements à l'étranger⁵¹⁸. Il est tout de même inexplicable, comme l'a soulevé l'opinion dissidente du juge Kalaydjieva en l'espèce, que la Cour reconnaisse des violations concernant les litiges en matière d'emploi en ne validant pas systématiquement l'exception d'immunité de l'État et agisse contrairement, relativement aux litiges liés à l'indemnisation, pour des actes de torture comme en l'espèce et pour la précédente affaire *Al-Adsani*.
324. Il est généralement absurde de valider la distinction entre le droit pénal et le droit civil pour justifier l'application contradictoire de l'immunité selon l'une ou l'autre matière, essentiellement lorsqu'on prend en compte les évolutions en matière pénale, en

⁵¹⁶ CIJ, affaire sur les immunités juridictionnelles de l'État, *Allemagne c. Italie* ; Grèce (intervenant), arrêt du 3 février 2012, §§88-94.

⁵¹⁷ Voir Cour EDH, *Jones et autres*, arrêt précité, §67.

⁵¹⁸ Voir *Ibid.*

particulier les leçons de la Chambre des lords dans l'affaire *Pinochet* qui dénie l'immunité pénale à un agent de l'État se livrant à titre officiel à des actes de torture⁵¹⁹. En fait, aucune raison ne prouve qu'une procédure civile contre un agent de l'État soupçonné de torture soit davantage une extrême immixtion dans les affaires intérieures d'un État étranger qu'une procédure pénale à son encontre. Bien plus, dans la mesure où le supposé tortionnaire dépendant juridictionnellement de l'État du for et est poursuivi pour violation de l'interdiction de la torture sans invoquer l'immunité, il est aberrant que la victime de ces prétendus forfaits ne puisse saisir la justice en matière civile.

325. La démarche à suivre en l'espèce par la Cour devrait être spécifique et non générale comme dans l'affaire *Al-Adsani* où la problématique s'attelait à l'immunité de l'État et non sur l'adéquation avec le droit d'accès au tribunal de l'application de l'immunité à des agents précis⁵²⁰. Incontestablement, il est péremptoire pour la majorité de la Grande Chambre d'assimiler l'immunité de l'État à celle des agents d'État et de soutenir que l'octroi de l'immunité à ces derniers en visant à limiter le droit d'accès au tribunal est aussi légitime que lorsqu'il y a octroi de cette immunité à l'État⁵²¹. En effet, une telle démarche est aux antipodes d'importantes règles en droit international envisageant la responsabilité personnelle des auteurs d'actes de torture et constituant de toute évidence en la matière une exception *ratione materiae*⁵²². Reconnaître que les actes de torture perpétrés par des agents de l'État bénéficient d'une exception d'immunité *ratione materiae* car l'État ne peut agir que par les individus œuvrant pour son compte, fait supposer que la torture serait un acte fait au bénéfice de l'État. Pourtant, un tel raisonnement promeut l'impunité et s'isole largement des exigences internationales tenant l'acte de torture comme un acte individuel qui contraint l'État à en sanctionner les auteurs. Ainsi,

⁵¹⁹ Arrêt Pinochet n°3 du 8 octobre 1999. Lire J.-Y. de CARRA, « L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords », AFDI, 1999, Vol. 45, pp.72-100.

⁵²⁰ Voir Cour EDH, Jones et al. c. Royaume-Uni, arrêt précité, §199.

⁵²¹ Voir Ibid., §200 de l'arrêt.

⁵²² Voir Article 3 en combinaison avec l'article 1er de la Convention EDH ; Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants et Articles 25.2 et 27 du Statut de la Cour pénale internationale énonçant la responsabilité individuelle pour crime de la compétence de la Cour pénale internationale et invoquant l'impossibilité d'invoquer un statut officiel pour se dédouaner de sa responsabilité pour les infractions les plus graves ainsi que le non-empêchement pour la Cour d'exercer sa compétence personnelle à cause des immunités.

« Avec la consécration de l'État de droit et du droit d'accès au juge en tant que principe du droit interne et droit fondamental selon les textes de droit international, il est impératif de modifier le régime actuel des immunités afin de l'harmoniser avec le droit d'accès au juge. Doit-on rappeler que « dans une société démocratique, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente qu'on ne saurait le sacrifier à l'opportunité »⁵²³.

C. L'harmonisation du régime des immunités avec le droit au juge

326. Selon Fox, dans la seconde partie du XX^{ème} siècle, notamment les années 1990, l'extension du champ du droit international a été radicale à tel point qu'elle va accroître la responsabilité des États en la faisant passer du bilatéralisme des droits à une hiérarchie verticale, ce qui va étendre leurs obligations envers les individus à travers les divers traités relatifs aux droits de l'homme⁵²⁴. En effet, dans ce mouvement et devant l'entrave pour l'accès des justiciables à la Cour causée par les immunités étatiques, l'harmonisation de ces dernières avec le droit au juge en l'état actuel semble inévitable. Cela passe par une restriction législative au sein des Etats membres du régime des immunités en fonction du droit au juge (1) dont l'importance et l'objet méritent d'être précisés (2).

1. Le resserrement législatif du régime des immunités à l'aune du droit au juge

327. Les cas de déni de justice liés aux questions des immunités devant la Cour manifestent l'incapacité du régime actuel des immunités à assurer aux individus la sécurité

⁵²³S. EL SAWAH, Les Immunités des États... », op.cit., p.201 citant aussi la Cour EDH notamment Cour EDH, 20 novembre 1989, Série A, n°166, point 44.

⁵²⁴ « Dans la seconde moitié du XX^e siècle et en particulier depuis 1990, le champ d'application du droit international et les exigences de responsabilité qu'il impose semblent connaître une phase d'expansion radicale ; celle-ci s'est accompagnée d'un glissement du bilatéralisme des droits vers une hiérarchie verticale. Les obligations des États se sont étendues à celles des individus et se sont élargies à travers un réseau de traités relatifs aux droits de l'homme ». Traduction de: « In the second half of the twentieth century and in particular since 1990, the scope of international law and the requirements of responsibility which it imposed appeared to be in a phase of radical expansion; this has been accompanied by a shift from the bilateralism of rights to a vertical hierarchy. The obligations of State have been extended to include those owed to individuals have broadened through a network of human rights treaties». H. FOX et P. WEBB, The Law of State Immunity, OUP, 3rd éd., 2013, p.38.

juridique, à savoir des issues plausibles et logiques relativement aux situations de reconnaissance ou de rejet des immunités. En réalité,

« Il y a incompatibilité des immunités pertinentes avec l'article 6§1 [...] dans tous les cas où l'application de ces immunités est automatique sans la mise en balance des intérêts concurrents [...] à savoir ceux que protège l'immunité dont il s'agit et ceux tenant à la nature de la demande spécifique » ⁵²⁵.

De ce fait, pour empêcher tout dogmatisme sur l'immunité, il est primordial de contraindre son application à de nouveaux resserrements naturellement déterminés à l'aune du droit d'accès au juge qui apparaît comme le droit antagoniste à l'immunité et, par conséquence, le seul apte à la limiter plus efficacement⁵²⁶. Suggérer la suppression des immunités étatiques n'est pas envisageable, eu égard aux objectifs légitimes qu'elles visent : en dépit des travers du régime actuel, il est préférable de repreciser limitativement le régime des immunités en tenant compte simultanément de l'essence des activités pratiquées par l'État étranger ou ses démembrements et du droit d'accès au juge par les individus⁵²⁷. Pour El Sawah, cette délimitation doit d'emblée évincer la technique du critère au profit de celle de la liste en changeant de paradigme actuel de l'immunité dans l'optique de son rejet hormis certaines situations bien précises⁵²⁸.

328. Tout d'abord, l'instrument le plus approprié pour matérialiser cette délimitation est la loi plutôt que le dénouement conventionnel impraticable, et ce, puisque les bénéficiaires actuels des immunités se cramponnent à leur attribut et qu'une telle solution n'est pas le fruit d'un dogmatisme culturel mais une simple proposition dont l'application par chaque État permettra systématiquement une harmonisation en assurant l'équilibre entre la protection des droits de l'homme et la souveraineté des États pour sauvegarder leurs intérêts⁵²⁹. Ensuite, les exceptions acceptables pour rejeter les immunités nécessitent de prendre en compte les singularités culturelles des divers États, notamment les privilèges de souveraineté de l'État étranger pour lui

525 Opinion dissidente du Juge LOUCAIDES in Cour EDH, Al-Adsani, arrêt précité.

526 « Par conséquent, afin d'écarter l'automatisme de l'immunité, il devenait indispensable de soumettre sa mise en œuvre à de nouvelles restrictions logiquement définies au regard du droit d'accès aux tribunaux qui se trouve être le droit concurrent à l'immunité et donc, celui qui, par nature, lui apportera les limites les plus efficaces ». H. CHANTELOUP, « Les immunités de juridiction et le droit d'accès à la justice », Gaz. Pal., spécial contentieux judiciaire, 15 janvier 2005, p.9.

527S. EL SAWAH, Les immunités des États..., op.cit., p.200.

528Idem.

⁵²⁹Ibid., p.201.

accorder l'immunité⁵³⁰. En dernier lieu, le nouveau régime doit prévoir la responsabilité administrative de l'État du for pour rupture de l'égalité devant les charges publiques et pour les situations de déni de justice à l'égard des justiciables liées à l'octroi des immunités à l'État étranger⁵³¹.

2. L'importance et le contenu d'une législation en matière d'immunité

329. L'opportunité politique rattachée aux immunités appelle l'implication du législateur pour les encadrer et résoudre leur conflit avec le droit d'accès au juge. En fait, il n'y a aucune entrave pour les États à légiférer sur les immunités pour les restreindre actuellement⁵³². La législation en matière d'immunité est avant tout importante puisque la jurisprudence n'est pas apte jusqu'alors à offrir un dénouement simple, objectif et intelligible dans la conception et la mise en œuvre du régime juridique des immunités étatiques : concrètement, les conditions d'octroi ou de rejet de l'immunité ne sauraient constituer une « loi » selon la Convention européenne des droits de l'homme. C'est pour cela que légiférer est donc utile en comblant ces déficiences jurisprudentielles dans l'optique d'observance des engagements nationaux, notamment constitutionnels, internationaux ou ceux de la Convention, précisément son article 6§1⁵³³. Légiférer est aussi nécessaire puisque l'article 6§1 de la Convention, à l'instar de toutes les exigences nationales ou internationales relatives au droit à un procès équitable, impose des obligations positives aux États, notamment l'obligation du droit d'accès à une juridiction qui implique naturellement l'interdiction du déni de justice⁵³⁴. Il est enfin important de légiférer puisqu'il n'y a

⁵³⁰Idem.

⁵³¹Idem.

⁵³² En effet, « dans l'exercice de son pouvoir constitutionnel en matière d'affaires internationales et de relations avec les États étrangers, le Canada a le pouvoir de légiférer, pouvoir qu'il a d'ailleurs exercé, quant à la façon et aux circonstances dans lesquelles les États étrangers peuvent être poursuivis devant les tribunaux canadiens [...] ». Cour fédérale, Ontario, 23 décembre 2003, TMR Energy Ltd c. Le Fonds des biens de l'État ukrainien et Aviation Scientific Technical Complex, spéc. §§33-34. Consultable en ligne. Consulté le 10 janvier 2023.

⁵³³S. EL SAWAH, Les immunités des États..., p.510.

⁵³⁴ Évoquant l'article 6§1 de la Convention, MATSCHER soutient qu'il « (ceci) implique, en présence de liens suffisamment étroits avec l'ordre juridique interne, la mise à disposition d'un chef de compétence internationale (générale) et de compétence interne (spéciale), au moins lorsqu'une poursuite de son droit devant un tribunal étranger est impossible ou n'est pas utile au demandeur. [...] aussi l'interdiction d'exercer la juridiction lorsque l'affaire ne présente pas un lien suffisamment étroit avec l'État du for ». F. MATSCHER, « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », Trav. Com. Fr. DIP, année 1996-1997, Pédone, Paris, 1999, p.218.

pas de règle internationale qui encadre les immunités et que l'opportunité politique ne doit pas caractériser les décisions juridictionnelles mais plutôt le législateur⁵³⁵. L'intervention législative est essentielle pour endiguer le conflit opposant les immunités au droit d'accès à une juridiction et tient compte du déni de justice en précisant l'hypothèse où la règle de droit, impliquant notamment des activités de souveraineté d'un État étranger, qui écarterait certains contentieux du contrôle juridictionnel de l'État du for⁵³⁶.

330. Cette législation devra préciser les conditions de la compétence internationale de l'Etat du for. Certainement, quand les juridictions de l'Etat du for sont requises par un justiciable pour trancher un conflit le confrontant à un Etat, les règles de compétence internationale doivent normalement interférer pour rechercher un moyen de rattachement du litige avec l'Etat du for, sans demander des conditions de compétence complémentaires⁵³⁷. Le rejet de conditions complémentaires s'impose en ce que logiquement les règles de conflits de juridictions existent pour apporter une réponse aux écueils liés au manque de lien de rattachement entre la cause et l'Etat du for et exigent d'être mises en œuvre sans considération de la nature du défendeur, ni même de la nationalité du demandeur⁵³⁸. Cependant, la législation doit envisager ces règles de compétence internationale quant aux litiges où l'Etat étranger n'a pas d'immunité et, là où l'immunité intervient, elle nécessite de considérer l'intérêt général⁵³⁹. Cette considération ne doit pas être automatique, mais intervenir seulement pour justifier des actes liés aux pouvoirs régaliens de l'Etat étranger, non pas au stade de la recevabilité de l'action de l'État étranger, mais à une phase ultérieure,

⁵³⁵ Voir S. EL SAWAH, Les immunités des États..., p.511.

⁵³⁶ Lire P. MAYER, « La distinction entre les règles et les décisions en droit international privé », RIDC, Vol.26, N°3, juillet-septembre 1974, pp.699-702 et H. MOTULSKY, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, Dalloz, 2002.

⁵³⁷ Parmi les conditions complémentaires aux normes classiques de compétence de l'Etat du for, on peut trouver : la *loci delicti commissi*, la présence de l'auteur d'un dommage à une personne ou à un bien sur le territoire de l'Etat du for lors de la commission ou l'omission de l'acte. V. Article 12 du Projet d'articles sur les immunités juridictions des Etats et de leurs biens de 1991 et article 12 de la Convention sur les immunités des Etats et de leurs biens de 2005.

⁵³⁸ Voir C. KESSEDJAN et Ch. SCHREVER, « Le projet d'articles de la Commission du droit international des Nations Unies sur les immunités des États », RGDIP, Vol.96, 1992, t.1-2, p.316 et S. EL SAWAH, Les immunités des États..., op.cit., p.516.

⁵³⁹ En effet, « tout acte émanant d'un État se rattache toujours nécessairement d'une façon indirecte sinon directe, d'une manière lointaine sinon immédiate, à une nécessité en rapport avec la mission gouvernementale, l'administration publique et l'intérêt général des ressortissants de l'Etat contractant ». C.A. Bordeaux, 3 novembre 1950, Rev. Crit. DIP, 1951, p.310.

notamment lors de l'examen de la responsabilité de l'Etat étranger par le juge du for, afin de garantir la proportionnalité entre les intérêts particuliers et ceux étatiques⁵⁴⁰.

331. Pour éviter le déni de justice causé par l'octroi des immunités dont est victime le justiciable, cette législation sur la compétence internationale de l'Etat du for doit envisager la responsabilité administrative pour rupture de l'égalité devant les charges publiques⁵⁴¹. Ainsi, les immunités étatiques supposant un rapport triangulaire entre leurs bénéficiaires, leurs victimes ou les justiciables et l'Etat du for - qui, faisant face à un litige opposant d'un côté le droit des justiciables à accéder à une juridiction et d'un autre le droit des détenteurs des immunités, opte par opportunité politique de faire triompher l'un sur l'autre – doit supporter les répercussions juridiques de ses agissements pour son option en concevant qu'il soit justiciable sur demande des victimes du déni de justice lié au triomphe de la reconnaissance des immunités⁵⁴². Sur ce point, c'est la gravité qualitative du préjudice subi par la victime de l'octroi des immunités qui importe ; c'est d'abord le fait de ne pouvoir accéder à la justice qui est grave et pas autre chose, c'est l'atteinte du droit d'accès au juge qui est inexcusable⁵⁴³. En effet, le préjudice en question, en lien avec les exigences de la Convention, ne résulterait pas seulement du déni de justice subi, mais aussi de l'irrecevabilité de l'action par les juridictions étatiques ou simplement du défaut de garanties d'indépendance et d'impartialité de ces juridictions. Pour y parer, la législation suggérée sur la compétence internationale pour changer le régime des immunités étatiques actuel doit envisager des dispositions liées à la responsabilité de l'Etat du for reconnaissant l'immunité de l'Etat étranger devant ses propres juridictions dont l'application mène à refuser le droit au juge aux justiciables⁵⁴⁴. L'existence d'une telle législation dissipera les difficultés actuelles de la jurisprudence, éclaircira et rendra acceptables les exigences d'engager la responsabilité de l'Etat du for s'il y a déni de justice rattaché à l'octroi des immunités pour manquement à l'égalité devant les charges publiques, en notant surtout que la prévisibilité et la sécurité juridique

⁵⁴⁰S. EL SAWAH, Les immunités des États..., op.cit., p.522.

⁵⁴¹Ibid., p.523.

⁵⁴²Idem.

⁵⁴³ Sans doute « plutôt qualitative que quantitative : c'est avant tout le fait de ne pouvoir obtenir justice qui est considéré grave, et non l'importance des sommes en cause ». G. BURDEAU cité par S. EL SAWAH, Les immunités des États et des organisations internationales. Immunités et procès équitable, Larcier, Bruxelles, 2012, p.531.

⁵⁴⁴ S. EL SAWAH, Les immunités des États..., op.cit., p.538.

sont des exigences consubstantielles à l'Etat de droit en général et spécifiques au droit d'accès à une juridiction⁵⁴⁵. La suggestion d'une telle responsabilité de l'Etat du for pour rupture de l'égalité du fait de l'octroi des immunités n'est pas une nouveauté en doctrine ; si certains auteurs comme Broyelle et Devolvé la contestent, d'autres comme Heuzé, Jacquet, Delbecque, Corneloup et Ascencio l'approuvent dans une perspective fondée sur les droits de l'homme⁵⁴⁶. Pour Ascencio, une approche fondée sur les droits de l'homme devrait aboutir à mettre en cause la responsabilité internationale de l'Etat, notamment sa co-responsabilité avec une organisation internationale pour déni de justice, non pas sur le motif d'actions ou omissions attribuables à une organisation, mais pour ses propres agissements, simplement pour avoir permis de tels comportements par le transfert de ses compétences sans garantie qu'il y ait des moyens de recours effectifs⁵⁴⁷. La responsabilité de l'Etat du for pour faute n'est pas envisageable à cause de ses désavantages, à savoir : *primo*, elle impose une charge lourde au requérant qui doit prouver la faute de l'Etat ; *secundo*, la preuve d'une telle faute est très compliquée si l'Etat du for n'avait pas suggéré lors de la négociation d'un engagement international qu'il userait des moyens de recours effectifs ; *tertio*, il n'est pas possible de condamner l'Etat du for de s'être abstenu d'intégrer une organisation internationale qui jouit des immunités tout en ne disposant pas des moyens de recours alternatifs ; et, *quarto*, les actions de l'Etat du for dès la négociation des engagements internationaux jusqu'à son adhésion à une organisation sont de nature diplomatique et apparaîtront comme des actes de gouvernement

⁵⁴⁵Ibid., pp.538 et 539.

⁵⁴⁶ Lire C. BROUELLE, La responsabilité de l'Etat du fait des lois, LGDJ, Paris, 2003, pp.64-71 ; P. DEVOLVE, Le principe d'égalité devant les charges publiques, LGDJ, Paris, 1969 ; V. HEUZÉ, Conflits de juridiction et contrats internationaux, DPCI, (Joly), t.2.Livre IX., juillet 2002, pp.74-86 ; J.-M. JACQUET, P. DELBECQUE et S. CORNELOUP, Droit du commerce international, précis Dalloz, 2^{éd.} 2010, p.770 et H. ASCENSIO, « Le règlement des différends liés à la violation par les organisations internationales des normes internationales ». In SFDI, La Soumission des organisations internationales aux normes relatives aux droits de l'homme, Pédone, Paris, 2009, p.105, spéc. pp. 123-124.

⁵⁴⁷Voici ses propos : « une approche centrée sur les droits fondamentaux devrait conduire à engager la responsabilité internationale de l'Etat non pas en raison des actes ou carences attribuées à l'organisation, mais pour ses propres actes, c'est-à-dire pour avoir rendu possible de tels actes ou carences en transférant des compétences sans s'assurer de l'existence de voies de recours adéquates. Il pourrait alors être considéré comme co-responsable du déni de justice concernant les litiges équivalents à ceux qui auraient pu surgir dans son ordre interne s'il avait eu un comportement analogue à celui de l'organisation. Quel serait, dans ce cas, le remède adapté ? Demander au juge national d'écarter l'immunité est une solution qui ressemble davantage à une conséquence de la responsabilité internationale de l'organisation qu'à une conséquence de la responsabilité internationale de l'Etat. L'Etat, lui, pourrait être tenu d'indemniser l'individu dont le droit au juge ou à un recours effectif aurait été violé, par exemple sur le fondement d'une responsabilité sans faute du fait des traités ou pour rupture d'égalité devant les charges publiques ». Idem.

échappant au contrôle juridictionnel⁵⁴⁸. La solution consistant à prévoir une législation sur la responsabilité de l'Etat du for pour avoir rompu l'égalité devant les charges publiques est juste et équitable, surtout sur le fondement de l'octroi des immunités aux Etats étrangers nonobstant l'aléa de déni de justice et le choix conscient de l'Etat du for de faire prévaloir des immunités sur le droit à une juridiction. Même si le préjudice du justiciable tiendrait non seulement de l'option législative de l'Etat du for, mais aussi au manque de moyens de recours effectifs dans un contentieux le confrontant à un Etat étranger, c'est en pratique l'intervention d'une loi qui jetterait les jalons d'un droit du justiciable contre l'Etat du for pour avoir rompu l'égalité devant les charges publiques. Pratiquement, l'intervention législative est la seule à pouvoir remédier au conflit entre les immunités étatiques et le droit d'accès au juge en balançant les intérêts opposés entre l'Etat et le justiciable et c'est la seule voix, en précisant lorsqu'il est de l'intérêt de l'Etat du for d'échapper à l'emprise juridictionnelle et aux règles de compétence internationale de ses juridictions, pour trancher de l'opportunité de refuser la prévalence de l'intérêt général quant à la recevabilité de l'action contre l'Etat étranger et de déterminer les actions de souveraineté des Etats étrangers pouvant ou non bénéficier des immunités⁵⁴⁹.

332. Face à la reconnaissance réitérée par la Cour de la prévalence de l'immunité sur certains droits conventionnels, notamment de nature impérative et fondamentale comme l'interdiction de la torture et du droit d'accès à un tribunal démontrant l'antinomie des immunités avec l'accès au juge, l'harmonisation est apparue comme une solution indispensable pour éviter le déni de justice par la Cour. Elle doit impliquer pour ce faire un resserrement législatif du régime des immunités à l'aune du droit au juge, ce qui est important, car non seulement la jurisprudence n'est pas apte à offrir une solution viable, mais aussi du fait que l'article 6§1 de la Convention impose aux Etats membres l'obligation positive. Le contenu de cette législation doit induire la précision de la compétence internationale du tribunal du for et prévoir une responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques pour parer à l'impossibilité d'accéder au juge et à la Cour.

⁵⁴⁸ S. EL SAWAH, Les immunités des États..., p.540.

⁵⁴⁹ Ibid., p.544.

Conclusion du chapitre I

333. Les immunités étatiques et l'état d'urgence en tant que règles structurelles au sein des Etats membres obstruent et compromettent l'accès à la Cour des justiciables en entraînant le déni de justice.
334. D'une part, quant aux immunités, ce constat est regrettable en présence tout d'abord de fondements juridiques douteux, marqués tant par le rejet des nombreux fondements historiques que par l'hésitation doctrinale et jurisprudentielle entre la souveraineté et la courtoisie, n'aboutissant qu'à l'évidence de leur fondement politique dans la courtoisie et appelant un soubassement juridique en l'état actuel. Ensuite, c'est en présence d'une reconnaissance douloureuse, notamment dans les affaires *Al-Adsani* et *Jones c. Royaume-Uni*, de la prévalence de l'immunité face à l'impérative interdiction de la torture et aux droits fondamentaux protégés par la Convention. Cette reconnaissance est douloureuse, surtout parce qu'il existe une solution pratique parant au déni de justice dans l'harmonisation du régime des immunités avec le droit au juge qui implique un resserrement législatif d'une importance et d'un contenu précis.
335. D'autre part, ce triste constat s'impose aussi dans le cas de l'état d'urgence. En principe, la cause tient au double fondement de la compromission qui révèle l'équivocité du régime conventionnel très souple sur l'état d'urgence et aussi le contrôle à géométrie variable de la grande marge d'appréciation nationale par la Cour qui en découle. Cette malléabilité du double fondement mène en réalité à une grave insuffisance du contrôle de la Cour lors de l'état d'urgence. Celle-ci se démontre avec l'affaire *Hassan c. Royaume-Uni* par la reconnaissance irrégulière d'une restriction de liberté lors d'une phase active d'un conflit armé international, et ce, parce qu'elle n'a pas fait l'objet d'un contrôle interne. Elle se démontre aussi avec l'affaire *Khlebiak c. Ukraine* par le fait que la Cour approuve un impossible recours interne à cause d'une relocalisation d'une juridiction à la suite d'une perte de contrôle effectif d'une portion du territoire lors d'un conflit armé. Pourtant, pour éviter ces insuffisances graves dans le contrôle, il est nécessaire qu'un juste équilibre soit assuré lors des restrictions des droits de l'homme en période d'urgence, en d'autres termes il faut interdire des restrictions excessives et insuffisantes.

336. L'accès à la Cour n'est pas compromis que lors de l'état d'urgence ni obstrué que par les immunités étatiques pour démontrer le déni de justice, celui-ci peut parfois résulter de l'application des actes de gouvernement et des règles de prescription au sein des États.

CHAPITRE II : LE DÉNI DE JUSTICE RELATIF AUX ACTES DE GOUVERNEMENT ET A CERTAINES RÈGLES DE PRESCRIPTION

337. L'Etat et son administration sont classiquement soupçonnés de menacer les droits de l'homme ; ces soupçons se voient fondés dans l'injusticiabilité de certains de leurs actes, notamment les actes de gouvernement et les règles de prescription. L'acte de gouvernement décrit une notion fonctionnelle caractérisée par un régime juridique d'immunité juridictionnelle et indéfinissable *a priori* abstraitement, si ce n'est concrètement par l'énumération de certaines situations⁵⁵⁰. Relevant singulièrement de la catégorie d'actes politiques, il empêche l'analyse juridique de donner le critère et de fixer les contours du fait de son indépendance de la technique juridique⁵⁵¹. Il s'illustre dans les régimes reconnaissant un contentieux juridictionnel très poussé et constitue un procédé technique pour concilier variablement, dans l'espace et le temps, le principe de légalité et le principe de l'autorité⁵⁵². En revanche, les règles de prescription apparaissent simplement comme la conséquence du temps sur l'acquisition ou l'extinction des règles de droit, sans que cela n'implique que les deux formes de prescription - acquisitive et extinctive - respectent les mêmes règles et ne soient différenciables⁵⁵³.
338. Notons qu'un régime d'immunité juridique marque les actes de gouvernement et que les règles de prescription peuvent éteindre les droits de certains en en faisant acquérir par la même occasion d'autres par l'usure du temps ; il est inévitable que ces deux actes juridiques au sein des Etats membres ne puissent créer par leurs incidences d'obstacles à la justiciabilité de certaines demandes des justiciables. Face à cet écueil, les Etats membres semblent opter pour le *statu quo* et la Cour, incapable de les redresser, l'entretient, en justifiant l'impossible accès à son office pour les justiciables quand ces actes de gouvernement (**Section 1**) et ces règles de prescription (**Section 2**) sont en cause.

⁵⁵⁰ P. DUEZ, Les Actes de gouvernement : réimpression de l'édition 1935, Dalloz, Paris, 2006, p. VII.

⁵⁵¹ *Idem*.

⁵⁵² *Ibid.*, pp. 11 et 163.

⁵⁵³ En effet, la prescription acquisitive et la prescription extinctive ont des spécificités rendant difficile leur traitement de front, même si elles constituent des subdivisions d'un même principe. Voir P.A. VERYKIOS, La prescription en droit international public, A. Pédone, Paris, 1934, p.2.

339.

Section 1. La justification du déni de justice par les actes de gouvernement

340. Le déni de justice par la Cour tient parfois à la nature de l'acte en cause ; c'est l'exemple des actes de gouvernement dont il importe de relever la nature fonctionnelle (§1) avant de prouver qu'ils obstruent l'accès à la Cour (§2).

§1. La nature fonctionnelle des actes de gouvernement

341. La définition de l'acte de gouvernement a déjà révélé qu'il s'agit d'une notion d'essence fonctionnelle ne s'appréhendant que par un régime juridique marqué par l'immunité juridictionnelle, ce que l'on peut confirmer dans - les attributs (A), l'évolution de la conception (B) et la prégnance en France en lien avec la problématique des rapatriés d'Algérie (C) - de cet acte.

A. Les attributs d'un acte de gouvernement

342. Plusieurs attributs caractérisent l'acte de gouvernement. Premièrement, il emporte l'impossibilité pour le juge d'examiner sa légalité, tantôt, d'en donner l'interprétation, et apparaît ainsi logiquement comme « *mesure de défense de l'exécutif vis-à-vis du juge* »⁵⁵⁴. En toute logique, si la défense est une réplique à une attaque, il s'avère que le juge ne répond à aucune attaque quand il applique correctement et clairement l'acte en manifestant son allégeance à l'auteur de l'acte, même si pour ce faire, le dit acte doit être « clair » par une volonté certaine et incontestable de son auteur tant dans son étendue que ses motivations ; sinon, il doit être interprété avec tout ce que l'interprétation peut impliquer comme précision ou complément, voire modification partielle de la volonté initiale de son auteur⁵⁵⁵. Si le juge est autorisé à interpréter l'acte, c'est son rôle qui est consolidé par la possibilité qui lui est donnée de l'influencer substantiellement ; en effet, la latitude rattachée à toute interprétation l'érige en associé de l'initiateur de l'acte qui peut être effacé. Dans cette dernière

⁵⁵⁴ P. DUEZ, Les Actes de gouvernement ..., op.cit., p.17.

⁵⁵⁵ Idem.

optique, l'acte de gouvernement peut interférer pour empêcher une action juridictionnelle jugée trop dynamique ou intrépide, et par conséquent, certaines questions peuvent être élaguées à l'interprétation juridictionnelle⁵⁵⁶. Ce premier attribut supposant l'impossibilité absolue pour toute juridiction de contrôler la légalité est le trait saillant de l'acte de gouvernement qui, dans tous les cas, échappe à l'examen juridictionnel tant en opportunité qu'en régularité juridique.

343. Deuxièmement, l'acte de gouvernement provoque une incompétence juridictionnelle absolue à catégoriser isolément, de façon atypique. Celle-ci ne se dissout pas dans les autres chefs d'incompétence mais surgit incidemment dans le jeu de règles de la compétence juridictionnelle et conçoit de se situer dans un domaine où ordinairement le juge devrait être habilité. En réalité, l'incompétence juridictionnelle procédant de l'acte de gouvernement montre que l'ensemble des exigences ordinaires de recevabilité de l'action, de l'exception, de la demande en interprétation sont remplies et que le juge ne s'abstient de trancher qu'à cause d'une circonstance particulière, à savoir, sa confrontation à un acte de gouvernement⁵⁵⁷.
344. Troisièmement, l'acte de gouvernement doit sérieusement se distinguer de l'acte discrétionnaire, pour lequel le juge disposé à examiner le contentieux verra l'acte au fond lui échapper puisqu'en l'étudiant comme juge de sa régularité, il observera que celui-ci se trouve dans une sphère où, vu toute la latitude juridique reconnue à l'auteur de l'acte, la problématique de la régularité ne se pose pas mais uniquement celle de l'opportunité lui enlevant toute compétence pour trancher⁵⁵⁸. En revanche, l'acte de gouvernement dénie *a priori* toute problématique de régularité, bien qu'elle puisse éventuellement se poser au fond ; ce n'est pas le cas dans l'acte discrétionnaire dont l'examen au fond par le juge de la question lui fera remarquer le non-remplissement des aspects de la problématique dont il a normalement l'habilitation : il ne déclarera pas la demande irrecevable mais mal-fondée⁵⁵⁹. Pratiquement, pour les deux types d'actes, l'issue est inchangée pour le justiciable demandeur puisque, sur l'irrecevabilité ou le mal-fondé, l'auteur de l'acte sera toujours libre. Simplement, l'acte de gouvernement constitue un tout en se déroband dans toutes ses composantes

⁵⁵⁶ Idem.

⁵⁵⁷ Ibid., p.21.

⁵⁵⁸ Ibid., p.22.

⁵⁵⁹ Idem.

du contrôle juridictionnel là où, à l'opposé, l'acte discrétionnaire se dédouble en composantes discrétionnaires exemptées de l'examen juridictionnel et en composantes non discrétionnaires dominées par cet examen et nécessitant le consentement du juge pour effectuer cette distinction.

345. Quatrièmement, l'acte de gouvernement relève d'une classification politique parce qu'il dénie le droit de présenter son fondement et de fixer ses limites, que son domaine échappe à la technique juridique. De fait, l'acte de gouvernement se soustrayant au contrôle juridictionnel n'a pas une substance juridique distincte d'autres actes assujettis à ce contrôle : ce n'est pas son essence juridique qui le fait résister à ce contrôle, mais des motivations d'ordre purement politique. Ainsi, en s'inspirant du professeur Smend, il peut se concevoir comme un acte d'un organe supérieur de l'État profitant d'un désistement légal ou jurisprudentiel à un examen que comporte sans réserve le règne de la loi, mais qui, - au motif de la nature politique des autorités l'initiant et de l'observance de la substance politique de son contenu n'aura pas lieu⁵⁶⁰. L'acte de gouvernement ne relève pas d'une classification juridique distincte de celle de la loi qui éviterait le contrôle juridictionnel que subit pourtant la loi dans le cadre du contrôle de constitutionnalité : ceci prouve que le fait de l'élaguer du contrôle juridictionnel tient à des velléités d'essence politique⁵⁶¹. Ce mobile politique lui donne en tant que notion une grande flexibilité combinée à une franche ambiguïté : certainement, pour caractériser un acte de gouvernement, la juridiction ou la législation n'est pas inspirée par des inférences méthodiques liées à une authentique critique juridique mais par de souples appréciations rattachées à l'opportunité politique. Voilà qui justifie l'impossibilité de fixer une liste irrévocable de cet acte et qui imposera sa définition pragmatique comme « *Celui qui figure dans une certaine énumération d'actes politiques dressée par la jurisprudence administrative, sous l'autorité du Tribunal des conflits* »⁵⁶².

346. Cinquièmement, l'acte de gouvernement s'accorde à l'équilibre constitutionnel constant parce que sa conception touche uniquement à des actes pris dans le cadre de

⁵⁶⁰ « Les actes de gouvernement sont des actes des organes supérieurs de l'État bénéficiant d'une renonciation légale ou jurisprudentielle à un contrôle qu'impliquerait pleinement le règne de la loi, mais qui en raison du caractère politique des autorités qui les ont accomplis, ainsi qu'en considération du contenu politique des dits actes, n'a pas lieu ». Rapport à l'Institut international de Droit public, Annuaire, 1931, p.196.

⁵⁶¹ Voir P. DUEZ, Les Actes de gouvernement, op.cit., p.24.

⁵⁶² M. HAURIOU, Précis de droit administratif, Dalloz, 12 éd., 2002, p.148.

la légalité et à l'application de règles constitutionnelles régulières. En ce sens, il implique que le pouvoir exécutif demeure assujéti aux contours instaurés par l'ordre juridique ordinaire sans aspirer à s'en émanciper ; mais que, pour des motifs politiques, il consent néanmoins à prémunir son action de l'emprise du juge en opposant ainsi l'acte de gouvernement au juge⁵⁶³.

347. Enfin, sixièmement, l'acte de gouvernement suppose un contrôle juridictionnel très évolué car il est l'indicateur que l'examen juridictionnel est pleinement formé sur les actes de l'exécutif et de ses agents : en effet, là où cet examen est embryonnaire, l'acte de gouvernement n'est pas concevable pour son inutilité pratique⁵⁶⁴. D'une autre manière, l'acte de gouvernement présume de dépasser la phase de compétence circonscrite du juge et d'atteindre le stade où, en vertu de la légalité, l'action du gouvernement et de son administration est subordonnée en théorie au contrôle du juge, mais que, pour des motivations dictées par une finalité politique, l'on élude à ce contrôle une substance spécifique rattachée à la classe d'actes de gouvernement⁵⁶⁵.
348. Eu égard à toutes ces caractéristiques, l'acte de gouvernement peut s'entendre comme « un acte dont le contrôle juridictionnel appartiendrait normalement à la compétence des tribunaux, mais dont ceux-ci, pour des raisons politiques, refusent a priori l'examen, en déclarant irrecevable la demande du plaideur »⁵⁶⁶.
349. Défini et caractérisé, cet acte a tout de même évolué au fil du temps.

B. L'évolution de la conception de l'acte de gouvernement

350. En matière d'actes de gouvernement relevant du contentieux de l'annulation ou de celui d'indemnité devant les juridictions administratives, les cas jurisprudentiels y afférant se rencontrent beaucoup auprès de ces juridictions. Leur conception a évolué au fil du temps jusqu'à sa situation actuelle : prenant source dans une théorie motivée par son but politique (1), il est passé à une conception motivée par une finalité pragmatique (2).

⁵⁶³ P. DUEZ, Les Actes de gouvernement, op.cit., p.25.

⁵⁶⁴ Ibid., p.25.

⁵⁶⁵ Ibid., p.26.

⁵⁶⁶ Ibid., p.27.

1. La motivation politique des actes de gouvernement : La théorie du but politique

351. Inconnu sous la *Révolution française* au motif d'une séparation des pouvoirs hostile au juge, l'acte de gouvernement va émerger progressivement à travers la jurisprudence du Conseil d'État sous la *Restauration* et la *monarchie de Juillet* avant de mûrir au *Second empire* par une théorie d'ensemble comme un signe d'une sage réserve du juge administratif suprême face au déploiement du recours pour excès de pouvoir et à l'émancipation du contentieux de la légalité⁵⁶⁷. En effet, pour ne pas compromettre ce succès, le juge administratif va concéder à l'exécutif tout un champ qu'il ne désire pas contrôler par pure politique jurisprudentielle et qui, au moyen de la théorie du mobile politique, sera susceptible d'une grande et flexible extension. Selon Dufour, l'initiateur doctrinal de cette théorie, il existe pour ce juge des actes administratifs pouvant se changer en actes de gouvernement dans certaines circonstances à cause de leur finalité politique, car

« ce qui fait l'acte de gouvernement, c'est le but que propose son auteur. L'acte qui a pour but de défendre la société prise en elle-même, ou personnifiée dans le gouvernement, contre ses ennemis intérieurs ou extérieurs, avoués ou cachés, présents ou à venir, voilà l'acte de gouvernement... »⁵⁶⁸.

De nombreuses décisions au *Second empire* recourent à la théorie du but politique de l'acte de gouvernement : c'est le cas lorsqu'on évoque des affaires comme « *Prince d'Orléans* » et « *Duc d'Aumale* » visant des mesures de haute police prises contre la famille d'Orléans et garantissant la sécurité du régime impérial⁵⁶⁹.

2. La motivation pragmatique des actes de gouvernement : La conception pragmatique

352. Avec - le développement de l'esprit de légalité, l'affaiblissement de la force gouvernementale lié à la déchéance du régime impérial et au commencement de la

⁵⁶⁷ Ibid., pp.30 et 31.

⁵⁶⁸ G. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué*, Delamotte et Cie, Paris, 1868, t. V, p.128.

⁵⁶⁹ CE, *Prince d'Orléans*, 18 juin 1852, S.52, II, 307 et *Duc d'Aumale*, 9 mai 1867, S.67, II, 124.

Troisième République, l'émergence de la justice déléguée déferant à l'acte de gouvernement aménagé sur le but politique un aspect révoltant dans le cadre de la justice retenue - commencera le rejet de la théorie du but politique en doctrine comme en jurisprudence⁵⁷⁰.

353. Concrètement, la doctrine va contester la théorie du but politique en désirant la supplanter par un critère de l'acte de gouvernement rattaché à l'essence de l'acte ; ainsi, les penseurs comme Lafférière, Aucoc, Batbie, Ducrocq, Tessier vont s'évertuer à limiter cet acte dans un champ précis et distinct de l'acte administratif justiciable en contentieux⁵⁷¹. Si dans l'ancienne conception, dépendante des circonstances, un acte se qualifiait comme un acte d'administration ou acte de gouvernement, dans la nouvelle conception, un acte demeurera soit un acte d'administration, soit un acte de gouvernement, sans être les deux à la fois pour une sécurité juridique des administrés⁵⁷². Si la théorie de l'essence de l'acte permet de distinguer rationnellement deux fonctions du pouvoir exécutif, à savoir gouverner et administrer, en sachant que la première implique l'insoumission des actes au contrôle juridictionnel contrairement à la seconde, elle ne s'accommode pas à un procédé juridique, puisque différencier les deux fonctions n'est utile que politiquement - en ce que gouverner détermine l'orientation générale à suivre pour administrer - alors que juridiquement ces fonctions ne se réalisent que par des actes ou des décisions générales et individuelles ayant la même substance⁵⁷³. De ce fait, le critère précis demeurant toujours une quête politique cette défaillance poussera la doctrine à l'énumération en commuant cette théorie de l'essence de l'acte en une liste pragmatique d'actes de gouvernement qui sera reconnue par Maurice Hauriou qui entend que

⁵⁷⁰ P. DUEZ, Les Actes de gouvernement, op.cit., p.32.

⁵⁷¹ P. DUEZ, Les Actes de gouvernement ..., op.cit., p.32.

⁵⁷² Idem.

⁵⁷³ Idem.

« *L'acte de gouvernement est celui qui figure dans une certaine énumération d'actes politiques dressée par la jurisprudence administrative sous l'autorité du Tribunal des conflits* »⁵⁷⁴.

354. En jurisprudence, pour leur part, le Conseil d'État et le Tribunal des conflits vont aussi délaisser la théorie du but politique. Effectivement, le juge administratif français marque sa renonciation dans deux illustres arrêts, celui du *prince Napoléon* et des *duc d'Aumale et prince Joachim Murat*⁵⁷⁵. Dans le premier arrêt, le prince Jérôme Napoléon engageait un recours pour excès de pouvoir contestant la décision du ministre de la Guerre l'ayant radié de la liste des généraux. Opposant une fin de non-recevoir au recours du demandeur, le ministre va fonder la décision contestée sur l'acte de gouvernement pris en Conseil des ministres dans un objectif politique et la justifier par le contexte spécial lié à la famille Bonaparte en raison de la révolution du 4 septembre 1870 et du choix de déchéance du 1er mars 1871. Le Conseil d'État va contrevenir à cet argument en examinant l'affaire au fond pour finalement déclarer le recours mal fondé. Le second arrêt confronte un recours pour excès de pouvoir et une décision du ministre de la Guerre ayant radié le duc d'Aumale et le prince Murat des contrôles de l'armée. Arguant l'irrecevabilité du recours fondé sur l'acte de gouvernement motivé par un but politique, le Conseil d'État balayera cette théorie en admettant la recevabilité du recours et le jugement au fond. Quant au tribunal des conflits, des commissaires du gouvernement vont réitérer le renoncement à la théorie du but politique. Le commissaire Romieu dans l'affaire *Préfet du Rhône contre Société immobilière de Saint-Just* évoque clairement « *l'abandon définitif de l'ancienne théorie de l'acte de haute police ou de gouvernement* » et, le commissaire Rivet dans ses conclusions en 1923 sur l'affaire *Couitéas* rappelle que

⁵⁷⁴ M. HAURIOU, Précis de droit administratif, op.cit., p.418. D'autres comme Laferrière, Teissier ont aussi versé dans l'énumération soulignant d'une part qu' « Administrer, c'est assurer l'application journalière des lois, veiller aux rapports des citoyens avec l'administration centrale ou locale et des diverses administrations entre elles. Gouverner, c'est pourvoir aux besoins de la société politique tout entière, veiller à l'observation de sa constitution, au fonctionnement des grands pouvoirs publics, aux rapports de l'État avec les puissances étrangères, à la sécurité intérieure et extérieure » et d'autre que « Gouverner c'est exclusivement, selon nous, veiller au fonctionnement des pouvoirs publics dans les conditions prévues par la constitution et assurer les rapports de l'État avec les puissances étrangères. Administrer c'est assurer l'application journalière des lois, veiller aux rapports des citoyens avec la puissance publique et des diverses administrations entre elles ». É. LAFFERIERE, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Berger-Levrault et Cie, Paris, 1887, t. II, p.32 et G. TEISSIER, Responsabilité de la puissance publique, P. Dupont, Paris, 1906, p.41.

⁵⁷⁵ CE, prince Napoléon, 19 février 1876, S.76.II.96 et duc d'Aumale et prince Joachim Murat, 30 mai 1887, S.89.III. 19.

« Le refus opposé au sieur Couitéas, à la suite du jugement de Sousse, ne doit-il pas exclure toute idée d'action contentieuse, parce qu'en restant normalement dans la catégorie des actes de gouvernement ? A vrai dire, si cette question s'était posée il y a soixante ans, sans doute le ministre compétent de l'époque ne lui eût-il pas donné la réponse que le président du Conseil de 1919 a si nettement formulée. »⁵⁷⁶.

355. La conception pragmatique marquée par l'énumération des actes de gouvernement n'est pas caractérisée par un critère fixe, tenant soit de l'essence juridique, soit de celle politique et sujette à des resserrements permanents ; l'on assistera avec l'évolution de la conception de légalité à l'érosion de cette liste doctrinalement comme jurisprudentiellement.
356. L'évolution de ces actes cernés, leur nature fonctionnelle dans la jurisprudence de la Cour semble manifeste surtout pour la question en France des rapatriés d'Algérie.

C. La prégnance des actes de gouvernement dans la question des rapatriés d'Algérie en France

357. En tant que notion, les actes de gouvernement sont une création française, vu que la France est le lieu traditionnel de ce concept en ce qu'il peut y être explicité sous tous les rapports selon les professeurs Laun et Smend⁵⁷⁷. Cette évidence expliquera de manière fonctionnelle la focalisation de la jurisprudence sur l'impossibilité d'accès à la Cour en la matière sur les affaires liées aux rapatriés d'Algérie⁵⁷⁸. Hormis cette évidence, plusieurs autres raisons peuvent justifier l'exclusivité sur ces affaires.
358. Tout d'abord, statistiquement, le nombre des rapatriés et les multiples préjudices qu'ils ont subis sont impressionnants. En effet, dépassant « 800 000 personnes » selon les estimations, « cette population a été contrainte de quitter en hâte sa terre natale, abandonnant dans la précipitation ses biens sans aucun espoir de les

⁵⁷⁶ Tribunal des conflits, 2 décembre 1902, Rec. p. 716 et Conclusions sous l'arrêt Couitéas, 30 novembre 1923, Revue du Droit public, 1924, p.36.

⁵⁷⁷ Rapport sur les actes de gouvernement à l'Institut international de droit public, Session de 1930, Annuaire, 1931, pp.87 et 192.

⁵⁷⁸ Voir Infra, §2 de cette section.

retrouver » du fait des *Déclarations gouvernementales du 19 mars 1962* entre la France et l'Algérie, cette situation va occasionner plusieurs préjudices d'essence diverse, notamment des spoliations et pertes irréversibles d'un immense coût⁵⁷⁹.

359. Ensuite, structurellement, la raison est l'existence d'un double obstacle à l'engagement de la responsabilité de l'État français à leur endroit tant sous l'angle de l'ordre international que de l'ordre national. L'empêchement dans une perspective internationale comprend quatre motivations selon la jurisprudence du juge administratif français. D'une part, les deux premières justifications militent pour l'inexistence dans les *Déclarations de 1962* d'un droit à l'indemnisation des rapatriés par l'État français et pour la « rattachabilité » des dommages au champ diplomatique excluant tout fondement d'une action contentieuse devant le juge administratif⁵⁸⁰. D'autre part, les deux dernières soutiennent l'impossibilité d'engagement d'une responsabilité de l'État français car l'origine du dommage subi est dans le fait d'un État étranger et l'idée - de protéger les rapatriés résultant des accords de 1962 - incompatible à tout risque extraordinaire à leur endroit pouvant entraîner la responsabilité de l'État français⁵⁸¹. Selon une perspective nationale, L'obstacle pour indemniser les rapatriés d'Algérie tient à l'alinéa 3 de l'article 4 de la loi du 26 décembre 1961 liée à l'accueil et à la réinstallation des Français d'Outre-mer énonçant qu'

⁵⁷⁹ A. JACQUEMET-GAUCHÉ, « Indemnisation des rapatriés d'Algérie dépossédés de leurs biens : une requête qui ne passe toujours pas », note sous CE, M. Bernabé et al., 27 Juin 2016, AJDA, Dalloz, 2017, p.67, spéc. p.68. Aussi, Charité souligne « que les déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 furent, pour eux, le point de départ d'une série de préjudices de nature différente. Ce furent des spoliations et des pertes définitives de biens dont le montant total est évalué entre 25 et 50 milliards de francs pour les pieds-noirs ». M. CHARITÉ, « La responsabilité de l'État du fait des accords d'Évian », RFDA, N°5, 2022, p.944.

⁵⁸⁰ Comme première raison, le Conseil d'Etat juge que les Accords d'Évian de 1962 ne comportent « aucune disposition visant à établir au profit des français résidant en Algérie dont les droits ont pu être méconnus le droit d'être indemnisés par l'État français ». CE, Moraly et Société « Maison Moraly », 31 janvier 1969, N°68398, Lebon, p.50; CE, Société des Établissements Bertagna, 1er juillet 1974, n°87358, Lebon, p.383; CE, Grillo, 28 juillet 1999, n° 178498, Lebon, p.577-907. Selon le Conseil d'État, la « rattachabilité » des dommages au domaine diplomatique quant aux rapports entre la France et l'Algérie « ne peut servir de base à une action contentieuse devant le Conseil d'État ». CE, Société des Étains et Wolfram du Tonkin, 1er juin 1951, N° 98750, Lebon, p.312.

⁵⁸¹ Voir spécifiquement CE, arrêts Tallagrand, 29 novembre 1968, N°68938 ; Mme Teytaud, 25 novembre 1998, N°182301 ; Grillo et M. Bernabé, 27 juin 2016, N°382319.

« une loi distincte fixera, en fonction des circonstances, le montant et les modalités d'une indemnisation en cas de spoliation et de perte définitivement établies des biens appartenant aux Français ayant dû ou ayant estimé devoir quitter, par suite événements politiques, un territoire ».

360. Cette disposition proposée par Robert Boulin, secrétaire d'État chargé des rapatriés, a été rédigée au dernier moment après d'âpres discussions et se révélait pour ces derniers comme une annonce, une promesse de réparation par la France au point qu'ils s'en sont servis pour soutenir leurs actions devant le juge administratif ⁵⁸². La protection dans le temps de cette disposition a connu quatre modalités justifiées artificieusement par le juge administratif. Pour la première, si les requérants entendent un engagement de l'État par cette loi, le juge administratif suprême français nie la création d'un quelconque droit de cette disposition et même des Déclarations de 1962⁵⁸³. Dans le même esprit, la deuxième modalité faisant suite aux Accords d'Evian de 1962 manifeste du côté requérant dans une affaire l'invocation d'une « abstention » du gouvernement français n'ayant pas déposé le projet de loi promis relativement aux rapatriés d'Algérie et, dans une autre, lorsque le projet de loi déposé aboutit à l'adoption de la loi du 15 juillet 1970, l'invocation de la « tardiveté » ; ce qui, du côté du Conseil d'État sera rejeté sous l'unique motif que le problème en cause tient « *aux rapports du pouvoir exécutif et du Parlement* »⁵⁸⁴. La troisième modalité illustre sous l'angle du requérant la mise en cause de la responsabilité pour faute de l'État pour promesse non réalisée en l'absence d'adoption d'une loi fondée sur l'article 4 de la loi du 26 décembre 1961, ce à quoi le juge administratif rétorque par l'argument discutable d'impossibilité pour le législateur de s'autolier au nom du principe « *d'indisponibilité des compétences* » interdisant au législateur d'être

⁵⁸² Voir M. FRANGI, « L'indemnisation des Français d'Outre-mer : bilan de la loi du 16 juillet 1987 », RFFP, 1998, N°63, p.85, spéc. p.88.

⁵⁸³ Voir CE, Moraly et Société « Maison Moraly », 27 mars 1968.

⁵⁸⁴ Voir CE, arrêts Tallagrand et Société des Etablissements Bertagna précités. Actuellement en partant de l'année 2001, le Conseil d'État évoque des « rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels ». CE, Tabaka, 7 novembre 2001, n°23976, Lebon. T., p. 789. Il faut aussi souligner la remise en cause des caractères forfaitaire et partiel de l'indemnisation quant aux lois du 15 juillet 1970 instituant l'indemnisation, du 2 janvier 1978 et du 16 juillet 1987 augmentant les indemnités. En effet, lorsque la régularité constitutionnelle et conventionnelle de ces lois a été contestée par les requérants les trouvant par leur caractère d'indemnisation partielle contraires au principe de solidarité et d'indemnisation intégrale selon la Constitution et incompatibles aux droit de propriété, droit au procès équitable et principe de non-discrimination selon la Conv.EDH et son Protocole 1, le Conseil d'État a souligné son incompétence quant à juger de la constitutionnalité mais considère ces lois conventionnelles depuis l'arrêt Nicolo. CE, Sieur Arrighi, 6 novembre 1936, N° 41221, Lebon, p.966 et Nicolo, 20 octobre 1989, N°108243.

propriétaire de sa compétence⁵⁸⁵. Pourtant, selon le juge constitutionnel, la force juridique des dispositions législatives étant la même, rien dans la Constitution n'empêche le législateur postérieurement à l'adoption d'une disposition générale d'y déroger exceptionnellement⁵⁸⁶. L'impossibilité de légiférer est critiquable au nom de la sécurité juridique et de l'exigence des attentes légitimes qui ne sauraient expliquer de tolérer l'engagement par le juge de la responsabilité de l'administration qui ne tient pas ses promesses en écartant celle du législateur⁵⁸⁷. La dernière modalité démontre, concernant ces rapatriés, la fermeture de toute voie contentieuse et juridictionnelle pour engager la responsabilité de l'État français du fait des Déclarations de 1962⁵⁸⁸.

361. La grossesse en lien avec la question des rapatriés d'Algérie en France ainsi que l'évolution et les attributs des actes de gouvernement ont démontré leur nature fonctionnelle, mais l'impossible contrôle par la Cour des droits du requérant qu'ils créent doit se prouver.

§2. Le défaut de contrôle des droits du requérant en lien avec les actes de gouvernement

362. Concernant les rapatriés d'Algérie, l'invocation devant la Cour de l'acte de gouvernement par la France a paru comme un obstacle insurmontable auparavant pour qu'il leur soit reconnu un droit à l'indemnisation en dépit de leur expropriation (A) et récemment pour que soit assuré un contrôle suffisant de leur droit d'accès au juge (B). Par ailleurs, malgré la restriction de la théorie de l'acte du gouvernement,

⁵⁸⁵ Pour le Conseil d'État : « le législateur ne pouvant lui-même se lier, une disposition législative posant le principe de l'intervention d'une loi ultérieure ne saurait constituer une promesse dont le non-respect constituerait une faute susceptible d'engager, devant le juge administratif, la responsabilité de l'État ». CE, arrêt Bernabé et a. précité et G. TUSSEAU, « L'indisponibilité des compétences ». In AFDA, La Compétence, actes du Colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 à la Faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy par l'AFDA, Litec, 2008, pp.101-126.

⁵⁸⁶ Voir C. Const., Loi relative à la démocratisation du secteur public, décision du 20 juillet 1983, N° 83-162 DC, Rec. p.49 et S. DUTUS, « La responsabilité de l'État et les promesses du législateur » AJDA, 2021, p.598, spéc. p. 600.

⁵⁸⁷ « A l'heure de la promotion de la sécurité juridique et des espérances légitimes [...] comment justifier que le juge accepte d'engager la responsabilité de l'administration qui ne tient pas ses promesses, mais pas celle du législateur ». A. JACQUEMET-GAUCHÉ, « Indemnisation des rapatriés d'Algérie dépossédés de leurs biens : une requête qui ne passe toujours pas », note sous CE, M. BERNABÉ et a., AJDA, 2017, 67, p. 71. Voir aussi H. BELRHALI, Les grandes affaires de responsabilité de la puissance publique, LGDJ, Paris, 2021, p. 153.

⁵⁸⁸ CE, Arrêt M. Bernabé.

elle est loin d'être supprimée et l'obstacle à la justice par la Cour qui en découle persiste (C).

A. L'impossible reconnaissance d'un droit à l'indemnisation des rapatriés d'Algérie malgré l'expropriation

363. Ce refus d'indemniser les rapatriés d'Algérie nonobstant la nationalisation de leurs biens marque bien la jurisprudence européenne par rapport à la France dans certains cas (1) et dénote une orientation politique de la Cour en la matière (2).

1. L'illustration du refus d'indemniser les rapatriés d'Algérie dans la jurisprudence de la Cour

364. Ce refus date de l'époque de la Commission avec l'affaire S.C (a) et s'est poursuivi même avec l'exclusivité de la Cour dans l'affaire Teytaud (b)⁵⁸⁹.

a. Le cas de l'affaire S.C c. France

365. Né en 1921 en Algérie mais de nationalité française et retraité ayant sa résidence à Moissac, le requérant va voir sa famille être dépossédée d'un grand patrimoine familial en Algérie à la suite d'une nationalisation. Cette expropriation a lieu lors de l'accès de l'Algérie à l'indépendance sur le fondement d'un *décret du 1^{er} janvier 1963* suivi d'une décision la même année, et ce contrairement aux engagements entre ce pays et la France, notamment les *accords d'Evian* et la *déclaration de garanties du 19 mars 1962*. Sa famille possédant une exploitation agricole en France, le requérant s'y réinstalle en 1964. Contrairement à son père, le requérant va bénéficier de mesures pour les rapatriés en vertu d'une *loi du 26 décembre 1961* sur la réinstallation des Français d'Outre-mer visant à leur réintégration dans le système socio-économique de la France et d'un *décret du 10 mars 1962* de mise en œuvre

⁵⁸⁹ Voir Com. EDH, S.C c. France, 20 février 1995, N°20944/92 et Cour EDH, Teytaud et autres c. France, décision du 25 janvier 2001, Nos 48754/99 et 49721/99.

déterminant les conditions pour l'obtention des prêts et subventions de reclassement. De fait, l'exploitation de leur propriété agricole se trouvant en difficultés financières, celle-ci va être l'objet de liquidation judiciaire et être mise aux enchères le 15 juin 1972. A cet effet, si le dépôt du dossier d'indemnisation se fait le 14 décembre 1971 par le requérant et est enregistré le 3 mai 1972 sous n°1064, c'est le 4 avril 1979 que débute son instruction par la Commission paritaire du Tarn et Garonne. Enregistré sous un nouveau numéro lors de son inscription sur une liste prioritaire par le préfet du Tarn et Garonne le 15 novembre 1979, c'est le 5 novembre 1981 que l'*Agence nationale d'indemnisation des Français d'Outre-mer* va fixer l'indemnisation. Évalué en janvier 1978 à 12 631 553 F, le versement du montant total d'indemnisation sera de 5 266 694 F et échelonné législativement spécialement par - la loi du 8 janvier 1978 sur 10 ans avec intérêt en pourcentage de 6,5 de 1978 à 1988 et la loi du 16 juillet 1987 jusqu'en 2000 sans intérêt comprenant en pourcentage 30% jusqu'en 1999 et 70 % entre 1999 et 2000.

366. Constatant le retard dans le règlement de l'indemnisation, et ayant saisi, tout d'abord, la Commission du contentieux de l'indemnisation de Toulouse qui va rejeter la demande le 13 janvier 1983, le requérant et sa mère vont contester cette décision devant le tribunal administratif de Paris pour qu'elle soit annulée et que soit reconnue, à cause du retard, la responsabilité de l'Agence précitée. Rejetant le recours et considérant que le retard du versement tient à l'ordre de priorité d'examen de demandes d'indemnisation selon la Commission paritaire évoquée et non du fait que l'Agence n'aurait pas d'autorité sur cette dernière, le jugement du tribunal va être confirmé le 2 juin 1989 par le Conseil d'État.
367. Ensuite, en tant que seul héritier, le requérant va saisir le tribunal administratif de Paris pour son exclusion des prêts et subventions de reclassement aux agriculteurs rapatriés et pour le retard injustifié dans l'instruction de son dossier d'indemnisation. Rejetant le 19 février 1986 sa demande, le dit tribunal considère sur le premier moyen qu'il n'y a pas de responsabilité de l'Administration puisque le requérant était installé dans la propriété de son père au moment de sa demande d'indemnisation, ni de retard anormal ou de faute administrative sur le second moyen étant donné que l'indemnisation s'opérait selon un ordre de priorité comportant certaines conditions légales liées aux - moyens de subsistance, âge, charges familiales et état physique. Le Conseil d'État ne contestera pas non plus ce jugement ; en effet, le 27 mars 1992, il

juge non valable la contestation par le requérant de la décision devenue irrévocable du préfet datant du 19 janvier 1966 qui refuse sa réinscription sur les listes des professionnels agricoles, surtout qu'il ne fournit rien pour justifier la priorisation de sa demande du 3 mai 1972.

368. Les voies internes épuisées, à titre personnel et en tant qu'héritier, le requérant va saisir la Commission européenne des droits de l'homme pour violation, non seulement de l'article 1 du Protocole 1 de la Convention pris exclusivement, mais encore en combinaison avec l'article 14 de la Convention.
369. La Commission trouvant irrecevable la requête, va considérer d'une part le second moyen mal fondé pour défaut de discrimination, en notant que la nationalisation n'est pas le fait de la France mais de l'Algérie non-partie à la Convention ; ceci exclut de considérer le requérant comme se trouvant dans une situation analogue aux personnes propriétaires de biens nationalisés par la France.
370. D'autre part, sur le premier moyen où le requérant soulève, selon l'article 1 du Protocole 1 évoqué, une privation du droit de propriété sans indemnité équitable par la France contrairement à ses engagements selon les accords d'Évian et les déclarations de 1962, le grief est aussi mal fondé pour la Commission. Distinguant dans l'article en cause trois sortes de règles selon la jurisprudence *James et autres* portant sur le principe du respect de la propriété, la privation de la propriété ainsi que ses conditions et la reconnaissance d'une marge d'appréciation par les États de l'usage des biens au nom de l'intérêt général, la Commission différenciera plusieurs angles à la question d'appliquer cette disposition⁵⁹⁰. *Primo*, sous l'angle de la privation de la propriété elle-même, elle va trouver le grief incompatible avec la Convention en raison de la personne comme la nationalisation des biens du requérant et de celle de sa famille est le fait de l'Algérie, non partie à la Convention. *Secundo*, sur le point de savoir si les engagements précités de la France ont créé un droit à l'indemnisation valant un droit de propriété selon l'article 1 du Protocole 1 en cause, la Commission répond négativement en considérant le grief mal fondé au sens de l'article 27§2 de la Convention, d'autant plus que le requérant a été indemnisé en vertu d'autres textes. Si pour la Commission lesdits engagements envisagent clairement une expropriation

⁵⁹⁰ Cour EDH, *James et autres c. Royaume-Uni*, arrêt [Pl.] du 21 février 1986, N°8793/79, §37.

avec indemnisation équitable en prévoyant une aide spécifique par l'État français à l'Algérie pour le rachat total ou partiel des droits de propriété des ressortissants français, c'est en revanche leur application concrète qui prive le requérant du droit à l'indemnisation en l'absence de versements par l'Algérie d'indemnités à la France ni aux personnes touchées par la nationalisation. En effet, c'est en se basant sur l'interprétation du Conseil d'État s'inspirant de celle du ministre des Affaires étrangères niant la création d'un droit à l'indemnisation par l'État français pour les Français d'Algérie découlant des *Déclarations de garanties de 1962* que la Commission ne le reconnaît pas au requérant⁵⁹¹. Enfin, *tertio*, sous l'angle de la procédure d'indemnisation, la Commission va s'atteler à l'échelonnement de l'indemnité et à sa durée. Sur l'échelonnement, envisageant le grief dans l'optique du respect de la propriété, et notant que le requérant ne s'est pas plaint d'une privation du droit de propriété ni de l'usage des biens selon l'article 1 du Protocole 1, la Commission tente de trouver conformément à sa jurisprudence s'il y a un équilibre entre l'intérêt général et la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu⁵⁹². Dans le fait, ceci implique pour la Commission de s'enquérir si l'État, s'agissant du montant d'indemnité et son échelonnement, dans le choix des conditions, outrepassa sa grande marge d'appréciation⁵⁹³. En ce sens, pour la Commission, même si l'État est responsable de la privation créant le droit à l'indemnisation, l'article 1 du Protocole 1 n'offre pas dans tous les cas le droit à une compensation intégrale puisque des finalités légitimes d'« utilité publique » peuvent justifier qu'un montant soit inférieur à la valeur marchande pour le remboursement d'un bien conformément à la jurisprudence de la Cour⁵⁹⁴. Dans cette optique, pour la Commission, considérant l'inflation des demandes de remboursement, la France ne peut rembourser en totalité ou sans délai les indemnités, sachant surtout que le requérant a été indemnisé par échelonnement. Concernant la durée de la procédure, pour la Commission, sans même qu'il y ait une atteinte au droit de propriété, il n'y a pas de rupture de l'équilibre si

⁵⁹¹ « (...) Le ministre des affaires étrangères a fait connaître, par observations enregistrées le 14 octobre 1958, l'interprétation qu'il venait de donner des Déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 sur les questions posées par le Conseil d'État ; que le ministre expose que lesdites déclarations constituent une Convention internationale mais ne comportent aucune disposition visant à établir au profit des Français résidant en Algérie dont les droits ont pu être méconnus, le droit d'être indemnisés par l'État français des dommages subis ; (...) ». CE, Moraly, décision du 31 janvier 1969, N°68398.

⁵⁹² Voir Cour EDH, Sporrang et Lönnroth, arrêt [Pléniaire] du 23 Septembre 1982, N° 7151/75 et 7152/75, §69.

⁵⁹³ Voir Cour EDH, James et autres c. Royaume-Uni, arrêt précité, §54.

⁵⁹⁴ Voir Cour EDH, Les Saints Monastères c. Grèce, arrêt [Ch.] du 9 décembre 1994, Nos 13092/87 et 13984/88.

l'on tient compte - de l'ordre de priorité en fonction de certains critères précités pour l'indemnisation conformément aux textes applicables, de circonstances spécifiques et de la marge d'appréciation des États, notamment de la France. Par conséquent, il faudra considérer le grief comme étant mal fondé au sens de l'article 27§2 de la Convention.

371. Un tel constat ne distingue pas que la Commission dans cette affaire, mais encore la Cour dans l'affaire *Teytaud*.

b. L'exemple de l'affaire *Teytaud* et al c. France

372. Cette affaire concerne des requérants ressortissants français dépossédés en Algérie par la nationalisation ayant eu lieu après l'accession à l'indépendance de ce pays à l'égard de la France le 5 juillet 1962. En décembre 1992, en tant que propriétaires ou héritiers, les requérants font une demande de paiement du solde de la valeur des biens nationalisés et des indemnités au secrétaire d'État français aux affaires sociales. Soutenant sur le fondement des *accords d'Évian* du 19 mars 1962 et des autres actes unilatéraux du gouvernement français que l'État français est obligé de les indemniser justement et équitablement pour cette expropriation, les requérants renchérissent qu'une indemnisation partielle viole le droit de propriété et le droit à la non-discrimination garantis par les articles 1^{er} du Protocole n°1 et 14 de la Convention.
373. Constatant l'absence de réponse durant quatre mois et saisissant en juin 1993 le tribunal administratif de Paris de demandes d'annulation des décisions implicites de rejet du secrétaire d'État, les requérants verront de nouveau leurs requêtes rejetées le 8 juin 1994. Faisant appel de ce jugement, ils vont saisir la cour administrative d'appel de Paris qui, à son tour, va rejeter leurs demandes soulignant non seulement que les accords d'Évian et les dits actes unilatéraux ne comportent aucune promesse obligeant l'État français à les indemniser, mais aussi que le préjudice subi est le fait d'un État étranger et exclut toute responsabilité de la France en vertu du principe de l'égalité devant les charges publiques, qu'il n'y a pas une atteinte au droit de propriété et au droit à la non-discrimination.
374. Se pourvoyant en cassation devant le Conseil d'État, au-delà des atteintes alléguées, et considérant que la juridiction d'appel ne remplit pas tous les critères

d'indépendance et d'impartialité en liant son interprétation à celle du ministre des Affaires étrangères dans l'arrêt *Moraly* du Conseil d'Etat du 31 janvier 1969, les requérants invoquent la violation de leur droit à un procès équitable en vertu de l'article 6 de la Convention⁵⁹⁵. Rejetant successivement tous les moyens tirés de leurs pourvois, le Conseil d'État trouve tout d'abord, s'agissant de l'interprétation des déclarations gouvernementales, que la cour d'appel ne s'est pas crue liée par l'interprétation du ministre et n'a pas commis d'erreur de droit en niant la responsabilité de l'État français et la violation des droits en cause. Ensuite, sur le moyen tiré de la reconnaissance de promesses de l'État, le Conseil d'État énonce que la cour d'appel n'a pas dénaturé les engagements en vertu des *accords d'Évian* en notant qu'ils n'engageaient aucune promesse de l'État français à indemniser intégralement en cas de défaillance de l'État d'Algérie. Enfin, sur la méconnaissance des principes ou engagements internationaux de la France par l'indemnisation partielle, le Conseil d'État rappelle que le préjudice résulte d'un fait étranger et ne saurait engager la responsabilité de la France sur le fondement de l'égalité devant les charges publiques, qu'une telle question de nature constitutionnelle n'est pas censée se discuter devant une juridiction administrative et, qu'ultimement, il n'y a aucune erreur de droit par la juridiction d'appel en ne reconnaissant pas la responsabilité de la France pour un préjudice causé par un autre État.

375. Épuisant leurs recours internes, les requérants se tournent vers la Cour en alléguant la violation de leurs - droit de propriété, droit à la non-discrimination et droit au procès équitable devant une pleine juridiction – selon les articles 1 du Protocole 1 ainsi que 14 et 6§1 de la Convention.
376. Sur le droit de propriété, la Cour estime que ce grief est mal fondé et que les décisions des juridictions nationales n'ont pas réellement privé les requérants d'un bien pour lequel ils ont la propriété. La Cour explique cette décision d'une part par le fait que la dépossession des requérants de leurs biens est l'œuvre de l'État algérien non-partie à la Convention. D'autre part, elle le fait en soulignant que le droit à l'indemnisation invoqué par les requérants ne constitue pas un « bien » selon l'article 1 du Protocole

⁵⁹⁵ Sur les déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 dans l'affaire *Moraly*, « (...) le ministre expose que lesdites déclarations constituent une convention internationale mais ne comportent aucune disposition visant à établir au profit des français résidant en Algérie dont les droits ont pu être méconnus, le droit d'être indemnisés par l'État français des dommages subis (...) ».

n°1 à la Convention puisqu'il n'existe pas dans les « accords d'Évian » et les autres déclarations unilatérales.

377. Aussi, au sujet du droit à la non-discrimination, la Cour le conçoit mal-fondé en trouvant objective et raisonnable la mise en place d'un plafond d'indemnisation par l'État français. Pour elle, les États jouissent en la matière d'une certaine latitude pour déterminer dans une certaine mesure un traitement juridique différencié entre des situations semblant analogues dès lors que cela est objectivement et raisonnablement justifié.
378. Enfin, en rapport avec le droit à un procès équitable devant une juridiction indépendante et impartiale, la Cour affirme également ce grief mal-fondé en soulignant que les requérants dénoncent une pratique dépassée, ancienne ne faisant pas d'eux des victimes actuellement. En vrai, pour la Cour, l'adoption de la même solution qu'un ministre par les juridictions nationales comme dans l'arrêt *Moraly* du Conseil d'État n'induit pas que ces dernières se soient senties contraintes par l'interprétation du ministre.
379. Cette conclusion de la Cour privant d'indemnisation les rapatriés d'Algérie en suivant son raisonnement, dans la même lignée que la Commission dans l'affaire précédente, manifeste le choix d'une jurisprudence plus politique que juridique.

2. Le choix d'une jurisprudence politique dans l'impossible droit à l'indemnisation des rapatriés d'Algérie

380. Le refus d'indemniser les rapatriés d'Algérie dans les cas précités est un choix politique de la Cour parce que volontairement elle écarte l'applicabilité de la Convention du fait d'un engagement avec un État tiers d'un Etat membre, notamment en dédouanant la France de son engagement en vertu de la Convention du fait des Accords d'Evian (a). Pourtant, la Cour, autant que la Commission à l'époque, devrait imposer la présomption de réciprocité aux Etats membres dans leurs rapports avec les Etats-tiers quant au respect de la Convention (b).

a. L'exclusion de l'applicabilité de la Convention par un tiers-engagement d'un Etat membre

381. Il est possible de critiquer communément les affaires *S.C* de 1995 et *Teytaud* de 2001 contre la France devant l'ancienne Commission et la Cour. En effet ces affaires ont trait à la nationalisation en Algérie des biens de ressortissants français contrairement aux engagements de cet État avec la France en 1962 et rapportent presque les mêmes moyens soulevés par les requérants, spécialement les violations du droit de propriété créatrice d'un droit à l'indemnisation et du droit à la non-discrimination, à l'exception du droit au procès équitable spécifique à la seconde affaire. Un autre point commun de ces affaires tient au refus de juger des organes européens qui conçoivent les demandes en cause mal-fondées et qui jugent les faits imputables à l'Algérie non-partie à la Convention.
382. Une telle issue laisse penser que certains engagements des États membres ne créent aucune responsabilité à leur endroit dès lors que leurs cocontractantes non parties à la Convention ne les respectent pas. Elle augure aussi ce constat que reconnaître certains droits conventionnels est lié à l'applicabilité de certains accords avec des États tiers et non plus de l'interprétation que leur accorde la Cour à la lumière de la Convention. Cette fin est en contradiction avec une autre jurisprudence où, pour le gouvernement marocain, dans la même configuration que l'Algérie et engagé à verser au gouvernement français une indemnité globale dont celui-ci devait assurer la répartition aux bénéficiaires en matérialisant cet engagement, la Cour a pourtant conclu que l'accord les liant a généré un droit à l'indemnisation protégé par la Convention⁵⁹⁶. Face à un tel paradoxe, le comportement des organes européens dépasse la simple politique jurisprudentielle et manifeste une jurisprudence politique, surtout que le dispositif paraît prévaloir sur le motif⁵⁹⁷. Ainsi, en comparant ces deux affaires avec l'affaire *Beaumartin*, l'on est interloqué par la divergence du raisonnement suivi par la Cour sur des faits semblables : la Cour semble y soutenir l'injusticiabilité de certains actes de gouvernement au détriment de la Convention et y valider ainsi son interprétation restrictive du droit à la non-discrimination en

⁵⁹⁶ Cour EDH, *Beaumartin c. France*, arrêt [Ch.] du 24 novembre 1994, N°15287/89, §28.

⁵⁹⁷ « Plus qu'une politique jurisprudentielle, on serait tenté de voir dans cette attitude du juge une jurisprudence politique, tant le dispositif sembler primer sur le motif ». A. JACQUEMET-GAUCHÉ, « Indemnisation des rapatriés d'Algérie dépossédés de leurs biens : une requête qui ne passe toujours pas », note précitée, p.67.

rompant l'égalité à jouir des droits conventionnels entre les ressortissants français. Incontestablement, par le refus de recevoir les demandes dans ces deux affaires, la Cour et l'ancienne Commission souscrivent à l'injusticiabilité des actes de gouvernement. Concrètement, les engagements entre la France et l'Algérie mettant fin à la guerre d'Algérie et concernant les rapatriés d'Algérie, qu'importe leur vocable, sont toujours qualifiés d'« actes de gouvernement » par le juge administratif et impliquent toujours les mêmes conséquences - notamment, l'incompétence du juge administratif ou de tout juge à en prendre connaissance et l'exigence pour l'indemnisation que les préjudices puissent directement découler d'un fait de l'État français⁵⁹⁸. Cet argument conditionnant l'indemnisation du préjudice par un lien de causalité avec un fait de l'État français ne tient pas. Sans doute, considérant que dans les affaires des rapatriés d'Algérie, de nombreux requérants reprochent à l'État français de manquer à ses promesses, il est généralement soutenu en droit français que ne pas tenir ses promesses crée la responsabilité sur le fondement d'une faute simple, puisque considérée comme *«une manifestation de la volonté de s'engager à prendre un acte, à conclure un contrat ou à faire bénéficier quelqu'un d'un avantage ou d'une situation quelconque»*, la promesse exige d'être respectée et ne saurait laisser l'État renier sans conséquence ses engagements⁵⁹⁹. La solution dans les affaires en l'espèce est politique en ce que la Cour et l'ancienne Commission n'ont pas voulu s'aventurer sur un terrain politiquement délicat en France, une délicatesse tenant non seulement à l'aspect patrimonial, c'est-à-dire tant aux montants en jeu qu'à la valeur numérique de requérants potentiels - dont les riches ne formaient qu'une négligeable minorité de tous les rapatriés en 1962, mais aussi au volet symbolique et mémoriel d'un tel contentieux comme celui des déportés lors de la seconde guerre mondiale ou des Harkis⁶⁰⁰.

383. Face à de telles motivations politiques, il est important pour éviter le déni de justice que la Cour, dans ce type d'affaires, exige que les Etats appliquent la présomption de réciprocité dans leurs relations avec les Etats non parties à la Convention.

⁵⁹⁸ Voir Ibid., p.67.

⁵⁹⁹ Voir M. DEGUERGUE, « Promesses, renseignements, retards », RRPP, Dalloz, avril 2016, N°94, §7 et CE, Lamiable, 30 juin 1922, S. 1922. 3. 25.

⁶⁰⁰ Voir A. JACQUEMET-GAUCHÉ, « Indemnisation des rapatriés d'Algérie ... », note précitée, p.67.

b. L'urgence d'imposition de la présomption de réciprocité aux Etats membres dans leurs rapports avec les Etats tiers

384. L'irrecevabilité de demandes devant la Cour concernant des préjudices irréparables à cause de l'incompétence de certaines juridictions nationales pour des actes de gouvernement est un déni de justice. Elle entérine au niveau de la Cour le refus des juridictions nationales de se prononcer sur la réserve de réciprocité, un refus que dans l'affaire *Chevrol* la Cour condamne puisque ne reflétant pas l'exercice d'une pleine compétence juridictionnelle au sens de l'article 6§1 de la Convention exigeant des juges de se prononcer sur toutes les questions de fait et de droit dont ils sont saisis et de donner une valeur d'avis aux interprétations des engagements internationaux par sollicitation du ministre des affaires étrangères⁶⁰¹. Pour mettre fin au déni de justice lié aux actes de gouvernement concernant ce type d'affaires, il est important que la Cour impose aux gouvernements des États membres, dans un souci de cohérence avec les exigences conventionnelles, une présomption de réciprocité dans leurs rapports avec les États tiers. A cet égard, les gouvernements des États membres devraient solennellement prendre l'initiative de suspendre ou dénoncer l'application d'un engagement international au risque d'une présomption de réciprocité et d'application de la Convention⁶⁰². La présomption de réciprocité est préférable à une pure juridictionnalisation de la condition de réciprocité voulant que les juges nationaux se prononcent relativement aux engagements internationaux comme l'ont déjà fait la Cour administrative d'appel de Versailles et le Conseil d'État en reconnaissant la possibilité pour le juge de recourir au ministre des affaires étrangères ou même à l'État-tiers en cause pour recueillir des informations pouvant être soumises au principe du contradictoire et par leur jugement pour conclure à l'application réciproque du traité⁶⁰³.
385. La présomption de réciprocité a l'avantage d'éviter les inconvénients d'une simple juridictionnalisation des conditions de la réciprocité. Sans ambages, tout d'abord, la

⁶⁰¹ Voir Cour EDH, *Chevrol c. France*, arrêt [Sect.2] du 13 février 2003, N° 49636/99.

⁶⁰² C'est un raisonnement inspiré d'une pratique jurisprudentielle en droit français. Voir C. Cass, Kryla, arrêt [Ch.civ.1] du 6 mars 1984 et ordre des avocats à la Cour de Paris et autres, arrêt [Ch.civ.1] du 16 février 1994, Nos 92-10397, 92-10398, 92-10403, 92-10404, 92-11638.

⁶⁰³ Voir CAA de Versailles, ministre de l'Intérieur et de l'aménagement du territoire c. M. Mvuala Zola, arrêt du 8 octobre 2007, AJDA, 2008, chron. p.29 et P. SERRAND, « Feu la jurisprudence « Rekhov ». A propos de l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat du 9 juillet 2010 « Mme Cheriet-Benseghir » », Jus Politicum, N°5. [Consultable en ligne](#) . Consulté le 10 janvier 2023.

juridictionnalisation de la réciprocité manifesterait en fait une appréciation déficiente du juge qui ne dispose pas d'un pouvoir d'injonction à l'endroit d'un État étranger car il s'agit d'une problématique purement factuelle exigeant l'examen des faits en dehors du territoire d'un État membre où la mise en œuvre d'un engagement international peut dépendre des autorités tant législatives que juridictionnelles et surtout administratives⁶⁰⁴. Ensuite, trop dépendante de la flexibilité temporelle du comportement de l'État tiers, étant donné qu'une disposition d'un engagement international peut être appliquée à un moment sans l'être après, la juridictionnalisation peut compliquer le travail du juge en menant à des contradictions jurisprudentielles, particulièrement entre les juridictions ordinaires en première instance ou en appel, en remettant en cause la sécurité juridique et l'égalité devant la justice⁶⁰⁵. Ainsi, des postures contradictoires sur une même problématique peuvent influencer la politique diplomatique d'un État membre et faire du juge national, contre son gré, un organe impliqué dans la conduite diplomatique en produisant un transfert de compétence de l'autorité diplomatique à l'autorité juridictionnelle contrairement à la séparation des pouvoirs⁶⁰⁶. En d'autres termes, au lieu de disparaître des mains de l'autorité diplomatique dans l'appréciation de la réserve de réciprocité, l'arbitraire sera déplacé dans les mains du juge. C'est pour cela qu'une juridictionnalisation pure en la matière est à éviter comme solution au déni de justice concernant les actes de gouvernement pour les rapatriés d'Algérie et qu'une présomption de réciprocité est souhaitable. Cette présomption nécessite d'emblée le refus ou l'abstention par l'autorité diplomatique de prendre officiellement l'initiative de suspendre ou de dénoncer l'application d'un engagement international avant l'intervention du juge qui vérifiera la réciprocité et décidera de l'application de la Convention. Par cette présomption, contrairement aux solutions nationales et au niveau des organes juridictionnels révélant l'impossible indemnisation financière des rapatriés d'Algérie, rappelons la pensée du Doyen Vedel qu'

⁶⁰⁴ « L'appréciation de l'applicabilité des traités, affirme-t-elle : il s'agit notamment d'une matière plus factuelle que purement juridique ». Cour EDH, *Chevol c. France*, arrêt précité.

⁶⁰⁵ S. LEMAIRE, « Le juge judiciaire et le contrôle de réciprocité dans l'application des traités internationaux », *Dalloz*, 2007, N°33, p.2322.

⁶⁰⁶ Cette question de la réciprocité a toujours paru pour les juridictions nationales comme une question davantage d'opportunité politique que juridique ou de fait. Voir B. GENEVOIS, note sous CE, *Nicolo*, 20 octobre 1989, RFDA, 1989, p.830.

« Il existe incontestablement un droit des Français d'Algérie ayant subi des pertes ou des spoliations à l'indemnisation directe de celles-ci par l'État français, indépendamment de tout problème de participation de l'État algérien à cette indemnisation »⁶⁰⁷.

386. L'imposition de la présomption de réciprocité aux États membres dans leurs rapports avec les États tiers est la solution pour éviter le déni de justice dans ce type d'affaire où les requérants sont privés de leur indemnisation du fait des engagements d'un État sous-prétexte que ce sont des actes du gouvernement. Si cette réalité a changé récemment comme il en sera question dans la suite quant à la reconnaissance d'un droit à l'indemnisation aux descendants des rapatriés d'Algérie, le déni de justice par la Cour demeure par l'insuffisance du contrôle du droit de recours, notamment celui de leur accès au juge, toujours à cause de la théorie de l'acte de gouvernement.

B. L'absence de contrôle du droit d'accès au juge des descendants des rapatriés d'Algérie

387. « Un siècle et demi de controverses » n'a pas réussi à ébranler « la citadelle » d'acte de gouvernement et l'intervention de la Cour désirée par plusieurs n'y arrive pas non plus comme l'atteste l'affaire *Tamazount*⁶⁰⁸. En effet, même dans cette récente affaire concernant des descendants des rapatriés, le contrôle de la Cour n'est pas suffisant car elle approuve l'obstacle d'accéder au juge administratif interne en vertu de la théorie de l'acte de gouvernement qu'elle trouve compatible avec les exigences de l'article 6§1 sur le droit à un procès équitable (1)⁶⁰⁹. S'en tenir à l'invocation d'un tel acte en refusant d'assurer un contrôle poussé conforme au droit au procès équitable entretient le déni de justice et impose à la Cour de rompre clairement avec cette théorie pour l'éviter (2).

⁶⁰⁷ G. VEDEL, R.W. THORP, C. de CHAISEMARTIN, P. LACOMBE, *Le Droit à indemnisation des Français d'Algérie atteints par des mesures de dépossession*, Montchrestien, Paris, 1965.

⁶⁰⁸ Voir H. LABAYLE, « Les actes de gouvernement devant la Cour européenne des droits de l'homme : les leçons de la jurisprudence Tamazount », RFDA, 2024, p. 889.

⁶⁰⁹ Voir Cour EDH, *Tamazount et autres c. France*, arrêt [Sect.5] du 4 juillet 2024, N° 17131/19.

1. L'approbation du refus d'accès au juge administratif interne au nom de la doctrine de l'acte de gouvernement

388. Dans l'affaire *Tamazount*, la Cour soutient que les conditions d'accueil des harkis et de leurs familles dans des camps en France portent atteinte au droit interdisant des traitements inhumains et dégradants et que l'insuffisance de l'indemnisation des requérants victimes constitue une violation de l'article 3 de la Convention. En outre, la Cour constate la compatibilité de la théorie des actes de gouvernement avec le droit d'accès à un tribunal envisagé par l'article 6§1 de la Convention.
389. En fait, dans cette affaire, les requérants sont cinq Français descendants des harkis, militaires algériens ayant combattu aux côtés de l'armée française pendant la guerre d'indépendance en Algérie. Au cours des procédures juridictionnelles nationales, ils mettent en cause la responsabilité pour faute de l'État.
390. Les requérants reprochent aux autorités françaises le manque de protection des harkis et de leurs familles en Algérie où ils ont été confrontés aux massacres et représailles, le défaut de rapatriement systématique en France et les conditions d'accueil indignes des rapatriés en France⁶¹⁰. En effet, quatre des requérants rapatriés et nés en France se considèrent victimes de traitements inhumains ou dégradants dans leur camp d'accueil, précisément par leur enfermement, l'accès à leurs correspondances, l'utilisation par l'administration du camp de leurs prestations sociales et l'exclusion de leurs enfants du système éducatif général⁶¹¹. Le 3 octobre 2018, relativement aux conditions d'accueil et de vie, le Conseil d'État va constater la responsabilité de l'État pour faute en leur attribuant 15 000 euros chacun ; toutefois, sur les autres problématiques, l'absence de protection et le rapatriement, il va affirmer son incompétence trouvant que les préjudices en cause n'étaient pas séparables de la conduite des relations diplomatiques et donc ne pouvaient engager la responsabilité pour faute de l'État⁶¹². Non satisfaits de l'issue, les requérants vont saisir la Cour.
391. Dans une certaine mesure, bien que les juridictions administratives aient constaté l'atteinte à la dignité humaine quant aux conditions de vie dans les camps d'accueil

⁶¹⁰ Voir Ibid., §1.

⁶¹¹ Voir Ibid., §128.

⁶¹² Voir Ibid., §§33 et 54.

et qu'elles aient au fond abouti à constater la violation des articles 3 et 8, les requérants persistent à arguer la violation tant de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants que l'absence de protection de leur vie privée et du secret des correspondances en vertu de ces mêmes dispositions⁶¹³. Ce grief devant passer par le filtre de la recevabilité lors de laquelle toute reconnaissance et indemnisation adéquate et suffisante du préjudice compromettrait la qualité de victime des requérants en vertu de l'article 34 de la Convention et, en plus, malgré la reconnaissance et l'indemnisation des préjudices pour 15 000 euros par personne couvrant des phases entre sept et quatorze ans dans les camps par les juridictions nationales, la Cour considère cette indemnisation insuffisante comparativement à celle qu'elle octroie en général dans les cas liés aux conditions de détention indignes⁶¹⁴. L'insuffisance de l'indemnisation ne compromettant pas la qualité de victimes des requérants, le grief visant les articles 3 et 8 est jugée recevable et, comme au niveau interne, la Cour estime ces dispositions violées et octroie en équité pour une juste réparation un montant de 4000 euros par année vécue dans le camp⁶¹⁵.

392. Le constat de l'insuffisance de la réparation était envisageable en la matière eu égard à la jurisprudence qui conçoit qu'un traitement indigne ne se répare pas uniquement par le simple constat d'une violation, mais aussi par le versement d'une indemnité en rapport avec la durée de soumission du requérant aux conditions de détention indignes, une durée qui est aspect crucial pour évaluer l'amplitude du dommage moral⁶¹⁶. Cette observation malheureusement n'a pas d'effet néfaste sur les finances de l'Etat défendeur puisque la Convention s'applique temporellement à partir de son entrée en vigueur en France le 3 mai 1974 et ne couvre pas ainsi les conditions d'accueil des requérants au camp de Bias entre 1963 et le 2 mai 1974. En effet, c'est tout simplement l'application non-rétroactive des traités conformément au droit international qui interdit de lier les États pour un acte ou fait avant son entrée en vigueur⁶¹⁷. La réparation ne comprend donc que la période partant du 3 mai 1974 jusqu'au moment de la fermeture du camp en décembre 1975⁶¹⁸. Il s'agit donc d'une satisfaction relative parce qu'il y a reconnaissance explicite du traitement inhumain

⁶¹³ Voir Ibid., §155.

⁶¹⁴ Voir Ibid., §§ 154, 155, 162 et 512.

⁶¹⁵ Voir Ibid., §177.

⁶¹⁶ Voir Cour EDH, Mursic c. Croatie, arrêt [G.Ch.] du 20 octobre 2016, N° 7334/13, §181

⁶¹⁷ Voir Article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

⁶¹⁸ Voir Cour EDH, Tamazount, arrêt précité, §164.

et dégradant mais marquée par une indemnisation quasi-inexistante dans ses effets en considérant la période prise en compte et, surtout en l'absence d'une reconnaissance de la responsabilité pour faute de l'État, sans omettre l'ignorance d'une voie de droit à succès, l'engagement de la responsabilité sans faute de l'État.

393. Dans une autre mesure, laquelle importe quant au déni de justice, les requérants soutiennent la violation de leur droit d'accès au juge prévu à l'article 6§1 de la Convention par la déclaration d'incompétence du Conseil d'État fondée sur la théorie de l'acte de gouvernement⁶¹⁹. Pour la Cour, l'incompétence du juge administratif national sur ce fondement apparaît comme une restriction au droit d'accès à un tribunal, cependant proportionnée et légitime dans sa préservation de la séparation des pouvoirs⁶²⁰. La Cour relève aussi que la théorie en cause est strictement interprétée par le juge administratif et que l'incompétence est relative, car, il était possible d'engager la responsabilité sans faute de l'État⁶²¹. Par conséquent, la Cour juge qu'il n'y a pas d'atteinte au droit d'accès à un tribunal.
394. L'espoir était permis de voir une Cour s'orienter vers l'intransigeance face à la théorie de l'acte de gouvernement dont le but d'écarter certains actes du pouvoir exécutif de tout contrôle est clairement affiché et prédisposé au déni de justice, mais il s'est envolé dans son option de non-ingérence délibérée. Véritablement, s'il y a du progrès dans la réduction de la portée des actes de gouvernement, précisément en permettant le contrôle de ceux qui ne se rattachent pas à la conduite des relations internationales, force est de souligner que le Conseil d'État lui-même n'a pas soutenu que le refus d'indemniser se fondant sur la responsabilité pour faute n'était pas dissociable des relations internationales car, pour lui, cette problématique des harkis se rattachait bien aux rapports entre la France et l'Algérie, de nature diplomatique et qui ne remontent pas aux Accords d'Evian ni à l'indépendance algérienne, mais au début de leur négociation avant que l'Algérie ne soit un État⁶²². Dans ce contentieux très politique lié aux actes de gouvernement, la Cour s'illustre souvent par un contrôle

⁶¹⁹ En vertu d'une jurisprudence classique en matière administrative, les actes rattachés aux relations entre les pouvoirs publics, notamment entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ou les rapports diplomatiques sont exclus du contrôle juridictionnel puisque le juge estime qu'il n'a pas à s'ingérer dans la conduite des relations diplomatiques ou internationales. Voir Ibid., §§ 84 et 85.

⁶²⁰ Voir Ibid., §§ 84 et 85.

⁶²¹ Voir Ibid., §§ 114-116 et 121-124.

⁶²² Voir R. LETTERON, « Harkis : petite victoire devant la CEDH ». [Article consultable en ligne](#). Consulté le 16 octobre 2024.

insuffisant se limitant à garantir que l'interprétation juridictionnelle interne n'entraîne pas à une atteinte directe à la Convention en soutenant comme dans l'affaire *H.F. et autres* que le refus de rapatriement soulevé contre les requérants de nationalité française détenus en Syrie était logiquement vu par le Conseil d'État comme étant un acte de gouvernement et ne pouvait lui permettre de supplanter la position des juges nationaux par sa position⁶²³. En effet, dans cette affaire, pour la Cour, « (...) aucune disposition du droit interne, ni du droit international, n'impose à l'État de rapatrier ses ressortissants »⁶²⁴. En définitive, soutenir l'incompétence du Conseil d'État en vertu de la théorie de l'acte du gouvernement empêchant ainsi tout contrôle juridictionnel au fond des demandes des requérants quant au défaut de protection de leurs familles et l'absence de rapatriement est un déni de justice dont l'évitement exige la rupture claire avec la théorie des actes de gouvernement comme dans la jurisprudence *H.F. et autres contre France*⁶²⁵.

2. L'exigence de consolidation de la rupture avec la doctrine des actes de gouvernement entamée avec la jurisprudence HF et autres contre France à défaut de garantir un droit d'accès au juge

395. Pour éviter le déni de justice lié à la prise en compte de la théorie de l'acte de gouvernement, la Cour devrait consolider sa posture dans la jurisprudence *H.F. et autres contre France* en 2022 où elle s'écarte clairement de cette doctrine en rappelant au juge français ses obligations comme juge de droit commun de la Convention et en le confrontant à ses devoirs contentieux pour le contrôle de l'action du gouvernement, notamment internationale, sans qu'il ne puisse se cacher derrière la séparation des pouvoirs quand le contexte nécessite un tel contrôle⁶²⁶. Pour rappel, cette dernière affaire concerne les obligations de la France quant aux enfants français de djihadistes

⁶²³ Voir Cour EDH, *H. F. et autres c. France*, arrêt [Gr.Ch.] du 14 septembre 2022, Nos 24384/19 et 44234/20, §§253-259.

⁶²⁴ R. LETTERON, « Epouses et enfants des djihadistes : une procédure à inventer ». [Article consultable en ligne](#). Consulté le 16 octobre 2024.

⁶²⁵ Voir Cour EDH, *H. F. et autres*, arrêt précité.

⁶²⁶ Voir X. BIOY et J. SMITH, « Réadmission des familles françaises de djihadistes, entre obligation de protéger et réalisme (note s/s CEDH, GC, *H.F. et autres c. France*, req. Nos 24384/19 et 44234/20) », *AJDA*, N°2, Janvier 2023, pp. 83 et s.

partis combattre pour le groupe terroriste Daesh⁶²⁷. Sans mettre fin définitivement au débat qu'elle suscite, cette affaire précise clairement les limites de ces obligations sur quelques points tout en consacrant spécifiquement de façon louable une certaine rupture avec la doctrine française de l'acte de gouvernement⁶²⁸.

- 396.** Pour le contexte, dans cette affaire, des enfants - retenus avec leurs mères dans des camps syriens contrôlés par les forces démocratiques de Syrie (FDS) s'opposant au régime de Bachar El-Assad - font l'objet de demandes incessantes de rapatriement⁶²⁹. La Cour a été requise par leurs mères au travers de leurs conseils juridiques ou par les grands-parents restés en France au nom de leur fille et leurs petits-enfants, concernant deux demandes jointes impliquant, dans l'une, une femme avec deux enfants nés en Syrie retenus dans le camp de Al-Hol et, dans l'autre, une autre femme avec un enfant aussi né en Syrie se trouvant dans le camp de Roj. Malgré l'annonce officielle par le ministère des Affaires étrangères du rapatriement de nombreuses mères avec 35 enfants remis sans délai aux autorités judiciaires habilités, plusieurs autres enfants sont restés dans les camps syriens.
- 397.** Pour le Conseil d'Etat en France, rapatrier est un acte de gouvernement qui ne se détache pas de la conduite des relations internationales de la France et une décision à cet effet n'était pas justiciable devant les juridictions françaises⁶³⁰. En dépit du constat - de violation de ses obligations par la France sans éclairage sur la notion de « juridiction française » - par le Comité des droits de l'enfant (CRC), le juge national va décliner tout contrôle quant au rapatriement ou non des concernés⁶³¹. Cette notion est la problématique majeure dans cette affaire que la Cour va appréhender en rappelant qu'en vertu de l'article 1^{er} de la Convention, elle est « une condition sine qua non » et que son exercice est obligatoire pour qu'un Etat partie à la Convention soit reconnu responsable des actes ou omissions qui lui sont reprochés⁶³².

⁶²⁷ Voir Cour EDH, H. F. et autres, arrêt précité.

⁶²⁸ Dans cette affaire, la Cour ne remet pas en cause l'immunité juridictionnelle tirée de l'acte de gouvernement, mais va constater qu'il en a découlé devant les juridictions nationales un défaut du bénéfice d'un contrôle adéquat aux conditions qu'elle précise au point de reconnaître la violation de l'article 3§2. Voir O. CAHN, « Rapatriement des femmes et des enfants détenus dans les camps du nord-est syrien : la CEDH entrebâille la porte ». [Article consultable en ligne](#). Consulté le 27 novembre 2024.

⁶²⁹ Voir X. BIOY et J. SMITH, « Réadmission des familles françaises de djihadistes... », note précitée, p.83.

⁶³⁰ CE, Ordonnance du 23 avril 2019, N° 42669 et 9 septembre 2020, N° 439520.

⁶³¹ Comité des droits de l'enfant, 8 février 2022, Nos 77/2019, 79/2019 et 109/2019.

⁶³² Voir Cour EDH, H. F. et autres c. France, arrêt [G.Ch.] du 14 septembre 2022, Nos 24384/19 et 44234/20, §184.

398. Pour commencer, la Cour, sur le fondement de sa jurisprudence *Loizidou contre Turquie* du 23 février 1995, souligne l'absence de contrôle de la France sur le territoire syrien et par conséquent l'impossibilité d'engager sa responsabilité quant à l'exigence de rapatriement⁶³³. Par ailleurs, elle trouve que l'ouverture des procédures pénales contre les mères des enfants ne suffit pas pour établir cette juridiction pour ces derniers au risque de décourager les États dans leur lutte contre le terrorisme commis à l'étranger⁶³⁴. Aussi, la Cour va contester la suffisance de la nationalité pour établir le lien juridictionnel que ce soit d'un point de vue du droit interne, du droit international et même de sa jurisprudence⁶³⁵. Par conséquent, sur ces arguments, la Cour juge irrecevable les demandes quant à l'invocation du traitement inhumain et dégradant dans les camps ainsi qu'à l'absence de protection de la vie privée relativement aux articles 3 et 8 de la Convention.
399. Poursuivant, et c'est le point intéressant pour résoudre le déni de justice quant aux actes de gouvernement, la Cour va raisonner différemment quant à l'article 3§2 du Protocole IV à la Convention sur le droit de rentrer dans son propre pays. En effet, pour elle, s'il est clair que la seule nationalité ne suffit pas à fonder sa compétence, limiter l'invocabilité du droit d'entrer aux seuls nationaux vivant sur le territoire va rendre ce droit inopérant ; par conséquent, il est possible d'admettre dans certaines situations un lien juridictionnel quant à la situation d'une personne qui sollicite un retour, l'exemple en l'espèce s'agissant des personnes visées et la France lorsqu'est prise en compte l'extrême vulnérabilité des enfants ainsi que leur incapacité matérielle à quitter les camps sans implication de l'État⁶³⁶. Toutefois, pour la Cour, la France n'est pas obligée de rapatrier puisque le Protocole IV garantit un droit d'entrer mais non celui de rapatrier, puisque ce serait obligé positivement l'État alors que l'article 3§2 de ce texte oblige négativement en interdisant d'entraver le retour en France et que la seule obligation positive quant au retour des enfants de djihadistes se cantonne à délivrer des documents d'identité et de voyage en vue du retour⁶³⁷. Malgré tout, la Cour ne limite pas son raisonnement à cette phase et fait recours à sa jurisprudence traditionnelle dans l'affaire *Airey* soulignant la finalité de la Convention

⁶³³ Voir Ibid., §192.

⁶³⁴ Voir Ibid., §195.

⁶³⁵ Voir Ibid., §§ 198, 201 et 203.

⁶³⁶ Voir Ibid., §§ 205, 209, 212 et 213.

⁶³⁷ Voir Ibid., §251.

n'est pas la garantie « *des droits théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs* » et ainsi, sur cette base, le Protocole IV dépendamment d'un contexte spécifique pouvait créer des obligations positives spéciales⁶³⁸. En effet, pour la Cour, ce contexte implique que des éléments extraterritoriaux mettent directement en danger l'intégrité physique et la vie d'un enfant se trouvant dans une condition d'extrême vulnérabilité et c'est le cas des enfants dans les camps syriens⁶³⁹. Le rôle de la Cour dans un tel contexte est de contrer toute forme d'arbitraire dans les décisions nationales dont les mesures doivent suivre une sorte de procédure contradictoire devant une institution indépendante, le contraire du Conseil d'État qui se défend avec l'argument d'acte de gouvernement et dont les procédures ouvertes n'étaient pas adaptées pour les requérants en cause, et ce, à cause du défaut non seulement d'une réponse sans équivoque du Président de la République et du Ministère des affaires étrangères, mais encore d'un contrôle effectif des juridictions nationales⁶⁴⁰. La Cour a estimé en la matière que la France n'a pas respecté ses obligations quant à l'accès à une justice indépendante pour contrôler les nationaux sollicitant le retour sur son territoire, et par conséquent, elle est responsable sous l'angle de l'article 3§2 du Protocole IV et cette conclusion est une satisfaction équitable⁶⁴¹.

- 400.** La condamnation de la France sur ce dernier point signifie tout simplement l'écartement par la grande chambre de la Cour de la doctrine de l'acte de gouvernement sur le droit au rapatriement et la rupture dans une certaine mesure avec la jurisprudence du Conseil d'État, le tout avec un enseignement remarquable, à savoir la soumission – en vertu de la légalité, de l'Etat de droit et de la démocratie – au contradictoire devant un organe indépendant de toute mesure menaçant les droits de l'homme⁶⁴². Pour la Cour, l'organe en question ne doit pas forcément être juridictionnel, mais avoir le pouvoir d'évaluer les aspects factuels et autres menant les autorités à rejeter la demande de rapatriement ; il doit être en mesure de contrôler la légalité de la décision de rejet volontaire ou non, et ce, pour donner l'occasion au requérant de connaître, même brièvement les motivations de la décision et d'en

⁶³⁸ Voir Ibid., §260.

⁶³⁹ Voir Ibid., §261.

⁶⁴⁰ Voir Ibid., §§275 et 278.

⁶⁴¹ Voir Ibid., §§288.

⁶⁴² Voir Ibid., §§275.

vérifier leur fondement suffisant et raisonnable⁶⁴³. Sans ambiguïté, et c'est là une évolution non négligeable, la Cour préconise un droit de recours par la mise en place d'un mécanisme de contrôle des décisions de rejet de demandes de rapatriement pour s'assurer que les motifs impérieux d'ordre public ou d'écueils de nature juridique, diplomatique et matérielle invoqués par les autorités exécutives ne sont pas arbitraires⁶⁴⁴. C'est une telle évolution que la Cour devait consolider dans l'affaire *Tamazount* face à l'incompétence du Conseil d'État entravant le droit d'accès au juge des requérants harkis et ce sans autre motivation que celle qu'il s'agissait d'un acte de gouvernement. Véritablement, face à l'obstacle au droit de recours de façon générale ou au droit au juge de manière particulière que constitue l'acte de gouvernement en France, mettre en place un mécanisme de contrôle des décisions de rejet pour permettre de vérifier les motivations en compatibilité avec les exigences du procès équitable selon la Convention est un « *glissement (...) bienvenu* », même s'il ne profite pas « *nécessairement au droit d'accéder à un juge* » pour permettre un rapatriement⁶⁴⁵. La consolidation de la rupture devrait profiter au droit d'accéder à un juge dans son aboutissement, et à défaut d'y arriver, la Cour devrait du moins appliquer sa solution de l'affaire *H.F.* sur l'acte de gouvernement dans l'affaire *Tamazount*. Cependant, loin de désespérer, « *à mesure que la mobilité internationale va encore s'accroître et que les individus seront contraints de jure ou de facto de quitter leur pays d'accueil, (...), la Cour (...)* » sera amenée à cerner encore la problématique « *du rapatriement dans les années à venir* »⁶⁴⁶.

C. La persistance du déni de justice rattaché à la théorie d'acte de gouvernement

401. Même s'il faut continuer à prôner la rupture radicale de la Cour avec la théorie de l'acte de gouvernement, celle-ci, sans que l'on en fasse « l'éloge », traverse de

⁶⁴³ Voir Ibid., §§276.

⁶⁴⁴ Voir Ibid., §§276.

⁶⁴⁵ Voir H. LABAYLE, « Les actes de gouvernement devant la Cour européenne des droits de l'homme : les leçons de la jurisprudence *Tamazount* », RFDA, 2024, p. 889.

⁶⁴⁶ Voir Cassandra GENONCEAU, « Condamnation en demi-teinte de la France par la Cour européenne des droits de l'homme au titre de la violation du droit d'entrer dans son pays commis à l'encontre de ses ressortissants présents en Syrie », RDH [en ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en le 5 février 2023. Consulté le 26 novembre 2024.

multiples fluctuations jurisprudentielles au point que la Cour a du mal à s'en détacher, notamment dans l'affaire *Levrault contre Monaco* le 9 juillet 2024, où elle approuve en vertu de cette doctrine le non-renouvellement du détachement d'un magistrat fondé sur une Convention bilatérale franco-monégasque (1)⁶⁴⁷. Une telle attitude de la Cour ne fait que camoufler son refus à juger le système judiciaire monégasque non conforme à l'article 6§1 de la Convention (2).

1. L'approbation du refus de renouveler le détachement d'un magistrat fondé sur une Convention bilatérale : Cas de l'affaire Levrault contre Monaco

402. Malgré les mises en garde du Groupe d'Etats contre la corruption, un organe de lutte contre la corruption du Conseil de l'Europe appelant la Principauté de Monaco à assurer la transparence en nommant des juges détachés ou non à travers des exigences évidentes et objectives, même relativement aux nominations à des hautes fonctions et aux renouvellements ou fins anticipées de détachement, le requérant Levrault s'est vu refusé son renouvellement en tant que magistrat détaché à Monaco et, sa saisine de la Cour en invoquant la violation du droit au procès équitable n'y changera rien par l'irrecevabilité qui en résulte le 25 juillet 2024⁶⁴⁸.
403. En fait, Edouard Levrault, magistrat français a connu, entre 2016 et 2019, sur le fondement de la Convention franco-monégasque du 8 novembre 2005, un détachement à Monaco comme juge d'instruction et va gérer non seulement une grande affaire de corruption mettent en cause certains hauts gradés monégasques et un milliardaire russe pour des chefs tant de corruption active que de trafic d'influence, mais aussi a demandé l'audition du prince Albert, chef d'État de la principauté⁶⁴⁹. Étant pourtant favorables à renouveler ses fonctions par des correspondances le 5 décembre 2018 et le 6 mars 2019, les autorités judiciaires monégasques et françaises vont subitement opposer à M. Levrault le 24 juin 2019 le non-renouvellement pour les trois ans à venir de son détachement, et ce, par le biais du directeur des services

⁶⁴⁷ Voir Jean-Claude VENEZIA, « Éloge de l'acte de gouvernement ». Article dans *Gouverner, administrer, juger : Liber Amicorum Jean Waline*, Dalloz, Paris, 2002, p.723 et Cour EDH, *Levrault c. Monaco*, décision [Sect.5] du 9 juillet 2024, N° 47070/20.

Voir « Affaire Edouard Levrault : la CEDH juge irrecevable la demande du magistrat », *Le Monde*, 25 juillet 2024. Consultable en ligne. Consulté le 9 octobre 2024.

⁶⁴⁹ Voir Ibid.

judiciaires monégasques, et il sera réaffecté en France dès le 31 octobre 2019 après le terme de ses fonctions à Monaco courant dès le 1^{er} septembre sur la base de l'Ordonnance Souveraine n°7.642 du 31 juillet 2019 ⁶⁵⁰.

404. M. Levrault va saisir le tribunal suprême d'un recours en annulation de la décision du refus de renouvellement du 24 juin 2019 et de l'Ordonnance du 31 juillet 2019. Cette juridiction va le 25 juin 2020 estimer conforme à la Convention franco-monégasque précitée ces deux décisions de refus malgré leur grief en relevant qu'elles ne créaient pas pour lui un droit au renouvellement et qu'en outre les exigences du droit à un procès équitable selon l'article 6§1 de la Convention étaient inapplicables car le non-renouvellement est une simple mesure administrative⁶⁵¹.
405. Face à cette impasse judiciaire interne, le requérant va saisir la Cour en invoquant l'atteinte à ce dit article 6§1 et notamment au principe d'indépendance par les autorités administratives et le tribunal suprême de Monaco, ensuite des exigences d'indépendance et d'impartialité que ne remplissait pas le tribunal suprême et entraînant la privation de son droit d'accès au juge et, enfin, l'insuffisance, l'arbitraire manifeste, le caractère péremptoire et constitutif de déni de justice de la décision dudit tribunal⁶⁵². Pour y répondre, la Cour va invoquer plusieurs motifs. D'abord, considérant que les décisions de refus étaient de nature diplomatique, elle juge qu'il n'y a pas de plein droit au renouvellement d'un détachement qui exige l'accord de deux Etats, d'accueil et d'origine⁶⁵³. Ensuite, la Cour va souligner que l'Ordonnance souveraine monégasque et le décret présidentiel français reconnaissant sa fonction de juge à Monaco et son détachement en France au départ ne mentionnent pas qu'il existe un droit de renouveler son détachement⁶⁵⁴. Par ailleurs, la Cour va trouver que l'on ne peut déduire des principes constitutionnels sur l'indépendance et l'inamovibilité des magistrats un droit au profit du requérant, surtout quand des juridictions supérieures de contrôle suisse ont soutenu ses enquêtes sur une affaire sensible, sans oublier qu'il a obtenu des évaluations optimistes⁶⁵⁵. En outre, pour la

⁶⁵⁰ Voir Cour EDH, Levrault c. Monaco, décision [Sect.5] du 9 juillet 2024, N° 47070/20. [Consultable en ligne](#). Consulté le 9 octobre 2024.

⁶⁵¹ Voir Ibid.

⁶⁵² Voir Cour EDH, Levrault, décision précitée, §37.

⁶⁵³ Voir Ibid., §§ 52-53 et 56.

⁶⁵⁴ Voir Ibid., §54

⁶⁵⁵ Voir Ibid., §§57-62.

Cour, en dépit de l'avis favorable à renouveler son détachement par les autorités monégasques, ce dernier n'est pas de nature à lui créer un droit au renouvellement sans la validation par un décret et une ordonnance⁶⁵⁶. Finalement, pour la Cour, la demande est irrecevable parce que le refus de renouveler le détachement en l'espèce ne constitue pas un litige rattaché « aux droits et obligations de caractère civil » du requérant et n'implique pas l'applicabilité de l'article 6 de la Convention.

2. Le camouflage du refus de juger le système judiciaire monégasque non compatible à l'article 6§1

406. Si en décidant que la demande du requérant Levrault est irrecevable, la Cour peut paraître irréprochable juridiquement parce qu'elle rejette l'argument d'atteinte au droit à un procès équitable en justifiant le non-renouvellement par sa nature d'acte de gouvernement de l'État défendeur, en réalité, elle se refuse de condamner le système judiciaire de Monaco.
407. D'une part, véritablement et relativement au droit à un procès équitable, l'applicabilité de l'article 6§1 de la Convention exige de s'enquérir sur le fait que le requérant est titulaire du droit au renouvellement de son détachement, ce qui n'est pas le cas en vertu de l'article 5 de la Convention franco-monégasque du 8 novembre 2005 dont l'interprétation par le tribunal suprême de Monaco tient le renouvellement comme un acte de gouvernement injusticiable⁶⁵⁷. Pour la Cour, en se basant sur cette même logique nationale jugeant le détachement comme un acte de nature diplomatique, le droit à son renouvellement à l'endroit du requérant ne saurait se concevoir ni s'estimer comme une sanction disciplinaire, une révocation, une mutation d'office comme dans la jurisprudence *Bilgen*⁶⁵⁸. Bien plus, trouvant que le système judiciaire monégasque est en conformité avec la Convention, et ce, d'autant plus que le requérant a pu entreprendre sans contrainte des enquêtes avec l'autorisation des autorités judiciaires suprêmes aboutissant même à l'ouverture d'une autre information judiciaire, la Cour ne va pas aller au-delà de ce constat d'inexistence

⁶⁵⁶ Voir Ibid., §65.

⁶⁵⁷ Voir Ibid., §§24, 44, 51, 66.

⁶⁵⁸ Voir Cour EDH, *Bilgen c. Turquie*, arrêt [Sect.2] du 9 mars 2021, N° 1571/07, §§ 56-57 et 66-67.

d'un droit au renouvellement du détachement⁶⁵⁹. Le fait pour la Cour de s'en tenir au constat des juridictions internes semble surprenant lorsque l'on remarque que le requérant a ouvert une instruction sans la conduire jusqu'à sa fin et qu'il a été retiré quand certaines autorités de la police et de la justice risquaient d'être jugés⁶⁶⁰.

408. D'autre part, conclure à l'irrecevabilité de la demande incite la Cour à ne pas juger le problème objectif en l'espèce, celui d'un système judiciaire interne permettant l'éviction d'un juge d'instruction en fonction par une autorité exécutive sans autre formalité et contrairement au principe d'indépendance pourtant fondamental dans la garantie du droit à un procès équitable⁶⁶¹. Sans nul doute, dans cette affaire, la séparation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire pourtant encensée par la Cour au profit de ce dernier est à l'avantage du premier⁶⁶². Pour sauvegarder ce principe, la Cour est intransigeante et n'hésite pas à constater une violation de l'article 6§1 comme dans sa jurisprudence *Grzęda* où elle ignore la souveraineté du parlement polonais ayant écarté un juge de ses fonctions dans le Conseil supérieur de la magistrature à travers un changement législatif de circonstance aux effets négatifs sur l'indépendance des juges⁶⁶³. Il était pourtant possible pour la Cour, dans cette même perspective, de reconnaître que le droit monégasque à l'époque des faits n'était pas compatible avec l'exigence d'indépendance de la justice selon l'article 6§1 de la Convention⁶⁶⁴. En effet, force est de conclure que cette décision de la Cour est le reflet d'un déni de justice au profit d'un arrangement tripartite ; notamment en faveur de la

⁶⁵⁹ Voir Ibid., §§ 61-62.

⁶⁶⁰ Voir R. LETTERON, « La CEDH très bienveillante à l'égard de la justice monégasque ». [Article consultable en ligne](#). Consulté le 26 novembre 2024.

⁶⁶¹ Sans doute, « *Il est donc de bon aloi de se préoccuper de savoir si les magistrats détachés bénéficient des mêmes garanties de nomination et d'exercice juridictionnel qu'en France, et si les conditions de leur détachement sont conformes au principe d'indépendance de la justice* ». Éric SENNA, « Le détachement judiciaire en Principauté de Monaco », *Gazette du Palais*, N°18, 30 mai 2023, p.10.

⁶⁶² Voir L. MILANO, « La séparation des pouvoirs et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit à un procès équitable », *Titre VII*, n°3, novembre 2019, pp.60-69 ; A. S. TSAMPI, *Le principe de séparation des pouvoirs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Pédone, Paris, 2019 et N. LE BONNIEC, « L'appréhension du principe de la séparation des pouvoirs par la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDC*, Vol.106, N°2, Mai 2016, pp.335-356.

⁶⁶³ Voir Cour EDH, *Grzęda c. Pologne*, arrêt [G.Ch.] du 15 mars 2022, N° 43572/18, §§344-353.

⁶⁶⁴ Surtout qu'à l'époque, avertie de cette défaillance du système judiciaire monégasque, la France par correspondance au printemps 2023, a proposé à la Principauté de Monaco que soit modifié l'article 5 de la Convention de 2005 pour reconnaître plus d'indépendance du magistrat sur la durée de ses fonctions et que l'on peut lire désormais selon ces termes : « *Lorsque, à date d'entrée en vigueur du présent avenant, un magistrat est en position de détachement pour une première période de trois ans, la durée de son détachement est automatiquement prolongée pour atteindre cinq ans. Lorsque, à date d'entrée en vigueur du présent avenant, un magistrat est en position de détachement pour une deuxième période de trois ans, la durée de son détachement demeure de trois ans* ».

Principauté monégasque qui obtient l'approbation de son jugement d'éviction d'un juge trop dynamique dans le combat contre la corruption, ensuite de la Cour qui obtient une modification de la Convention franco-monégasque qui s'ajuste conformément à la Convention quant au cas des magistrats en détachement à Monaco et, enfin, du juge Levraut dont l'activisme n'a pas été sanctionné par le Conseil supérieur de la magistrature en France qui l'a complétement disculpé⁶⁶⁵.

409. En réalité, le défaut de contrôle des droits conventionnels du requérant découlant des actes de gouvernement relativement à cette question des rapatriés d'Algérie a induit auparavant l'impossibilité par la Cour de reconnaître le droit à l'indemnisation, mais encore l'absence de contrôle du droit d'accès au juge et bien encore la persistance de ce défaut de contrôle s'agissant du refus de renouvellement du détachement d'un magistrat. Ces privations doivent se résoudre par le fait d'imposer la présomption de réciprocité aux Etats membres de la Convention, mais plus encore par une rupture radicale de la Cour avec la théorie des actes de gouvernement. Le déni de justice peut aller au-delà des circonstances liées aux actes de gouvernement et concerner aussi les règles de prescriptions.

⁶⁶⁵ Voir R. LETTERON, « La CEDH très bienveillante à l'égard de la justice monégasque ». [Article consultable en ligne](#). Consulté le 26 novembre 2024. Aussi le Professeur LABAYLE soupçonne cette vision d'accord quant à cette affaire lorsqu'il souligne : « Au total, les enseignements de la jurisprudence Tamazount permettent de souligner la parenté de vues techniques et politiques entre le Conseil d'Etat et la CEDH (...) Ralliement tactique pour mieux convaincre des avancées à réaliser ou accord au fond sur les limites de l'art juridique ? Nul ne le sait ». Voir H. LABAYLE, « Les actes de gouvernement devant la Cour européenne... », article précité, p. 889.

Section 2. La justification du déni de justice en lien avec les règles de prescription

410. En lien avec les règles de prescription, l'analyse du déni de justice par la Cour suppose de rechercher en principe les fondements à ces règles pour cerner l'obstruction d'accès au tribunal (§1) avant de le prouver en réalité (§2).

§1. La recherche des fondements aux règles de prescription pour la justification de leur obstacle à l'accès au juge

411. Dans la quête des fondements des règles de prescription, l'on constate leur nature inséparable du droit (A), leur indifférence selon les structures juridiques, notamment internationale, européenne et interne (B) donnant lieu à des fondements partagés (C).

A. L'inséparabilité des règles de prescription du droit

412. L'existence de règles de prescription est concomitante à l'existence du droit. En effet, Grotius et Pierre du Puy affirment la réalité de ces règles depuis l'Antiquité chez les Hébreux, les Grecs et même chez les Romains où, d'une part, Cicéron les considérait comme « *patrona generis humana* » en supposant qu'elles peuvent garantir l'ordre dans la société et, d'autre part, Justinien les maintenait dans le « *corpus juris civilis* » en les confondant aux règles d'usucapion, un amalgame au fondement de la terminologie actuelle⁶⁶⁶. Si le droit romain influence au Moyen-âge tous les pays successeurs de la civilisation romaine par un ensemble de principes communs, dès les XVe jusqu'au début du XIXe siècles, le questionnement sur les règles de prescription va d'abord porter sur leur caractère ou non de droit naturel pour se centrer plus tard sur leur intégration ou non dans le droit international positif tel qu'il ressort de conventions ou de la coutume des États⁶⁶⁷. Si la doctrine ne s'accorde pas sur cette dernière question, c'est l'inverse pour la pratique des États. De fait, plusieurs auteurs n'ignorent pas les règles de prescription et y dédient leurs écrits, c'est l'exemple du

⁶⁶⁶ Voir P.A. VERYKIOS, *La prescription en droit international public*, A. Pédone, Paris, 1934, pp.2 et 3.

⁶⁶⁷ Voir *Ibid.*, p.4.

bibliothécaire du roi Louis XIV et conseiller au Parlement Pierre du Puy et de son contradicteur professeur à l'Université de Helmstaedt, Johann Werlhoff, qui conteste leur existence, une contestation exacerbée au XVIII^e siècle par G.-F. de Martens considérant ces règles contraires au droit naturel et à la pratique des États par manque de délais préfixes en droit international⁶⁶⁸. Actuellement, le débat persiste et nul ne saurait nier l'existence des règles de prescription en droit international sur certains fondements ou conceptions à travers la doctrine et la pratique des États ainsi que la jurisprudence. Ainsi, Le professeur Ch. de Visscher soutient que ces règles tiennent à un principe général de prescription en droit international où l'on distingue particulièrement les règles de prescription acquisitive aidant à l'acquisition d'un territoire et celles de prescription libératoire importantes pour éteindre les obligations tenant à la responsabilité contractuelle ou délictuelle d'un État envers un autre État ou un ressortissant de ce dernier⁶⁶⁹. En réalité, trois raisons peuvent expliquer que les règles de prescription fassent partie du droit international comprenant également le droit conventionnel européen des droits de l'homme. La première est leur conformité à la pratique des États pour laquelle la conscience des auteurs a prouvé l'importance du principe de prescription, surtout pour les contestations territoriales⁶⁷⁰. La deuxième raison est leur admission par les législations internes des États sur le fondement de l'article 38§3 du Statut de la Cour permanente de justice internationale⁶⁷¹. Et enfin, la troisième est leur nécessité et utilité à tout droit qui ne peut ignorer les situations de fait durables sans risquer de créer l'incertitude et l'instabilité dans la société⁶⁷². En résumé, l'existence de la prescription en droit international reste une problématique très débattue qui divise les internationalistes en gardant des opinions très séparées en dépit des événements assez déterminants relevés sur l'évolution de ce principe.

⁶⁶⁸ Voir Ibid., p.4 et 5.

⁶⁶⁹ Voir Ibid., p.8.

⁶⁷⁰ Voir Ibid., pp.14-16.

⁶⁷¹ Voir J. SPIROPOULOS, *Droit international public (en grec)*, 1Vol., Athènes, 1933, p.172 et *Annuaire de l'Institut de Droit international*, t. XXXII, 1925.

⁶⁷² « Or la prescription trentenaire/est devenue d'un usage si général, elle a été adoptée avec tant de faveur chez tous les peuples qui ont des idées de conservation et de stabilité, qu'on peut la considérer comme indigène dans le droit des gens ». R. T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué : De la prescription*, Vol.2, 3^{ed.}, Paris, 1838, t. I, p.41 et « La prescription est une institution nécessaire à la stabilité de tous les droits ». G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. TISSIER, *Traité théorique et pratique de droit civil : De la prescription*, Vol.1, 4^{ed.}, Paris, 1924, p.20.

B. L'indistinction des fondements aux règles de prescription en droit international et européen et en droit interne

413. Les fondements des règles de prescription en droit international ou européen et en droit national ne diffèrent pas contrairement à ce qu'on laisse croire. En droit national, la société est formée d'individus ou de personnes physiques et de collectivités ou personnes morales, et ces dernières sont constituées d'individus pouvant jouir du droit national sous deux formes de statut : un statut direct en tant que sujets de ce droit et un statut indirect sous-couvert de ces collectivités qu'ils intègrent⁶⁷³. L'on constate qu'un seul individu jouit du droit national soit comme sujet de droit direct en tant que membre de la société nationale, soit comme sujet indirect de ces collectivités constituant la société nationale et seul le droit prévoit qu'il participera à l'un ou l'autre de ces statuts. Cette réalité n'est pas très distincte en principe dans la société internationale ou la société européenne si ce n'est que ces collectivités sont supplantées par des États puissants clamant leur souveraineté sans vouloir ni devoir rendre compte à quiconque, ce qui est inexact car le droit international comprend des règles pouvant bénéficier aux individus soit comme ressortissants d'un État soit immédiatement en tant que membres de la société internationale, comme dans le cas des règles de la Convention européenne des droits de l'homme⁶⁷⁴.
414. En droit interne et en droit international ou en droit européen conventionnel, la prescription comme notion englobe des règles et situations juridiques diverses, mais son usage se justifie par l'existence d'un élément partagé entre toutes ces situations, en d'autres termes, un principe commun les guide en dépit de l'aménagement technique qui les distingue, étant donné qu'un principe est inséparable de l'essence des choses et important pour l'existence d'une société⁶⁷⁵. Dans son aménagement, si l'on peut différencier le droit de la prescription de la loi de la prescription, le principe et ses applications techniques, c'est parce que, dans les structures juridiques, nationales, elle a acquis du législateur une « armature technique » composite pouvant faire acquérir des droits ou les supprimer⁶⁷⁶. Dans son appréhension, le temps est incontournable et distinct de la pure durée du philosophe ; il constitue un temps social

⁶⁷³ Voir P.A. VERYKIOS, *op.cit.*, pp.14-16.

⁶⁷⁴ Voir *Ibid.*, pp.14-16.

⁶⁷⁵ Voir R. PINTO, *La prescription en droit international*, Sijthoff, Leyde, 1956, p.398.

⁶⁷⁶ Voir *Ibid.*, pp.398 et 393.

empli d'événements, de croyances et faisant varier ainsi les délais de prescription en fonction de l'essence et du caractère des situations prises en compte⁶⁷⁷. Dans la prescription, les délais de prescription sont insuffisants pour la réaliser sans démontrer l'inaction immotivée du titulaire du droit et l'action assimilable à un droit dans une situation de fait de son bénéficiaire potentiel qui agit en débiteur normalement libéré de sa créance⁶⁷⁸. Mobilisant donc le temps pour faire naître ou éteindre un droit, la prescription est sans doute une notion accordant au temps des conséquences juridiques. Voilà ce qui explique qu'elle se définit comme la conséquence du temps sur l'acquisition ou l'extinction d'un droit⁶⁷⁹. Si la bonne foi facilite son invocation rapide et la confiance des tiers dans l'état de fait, son rôle disparaît pour celui de la preuve faisant ainsi de la prescription un moyen de preuve ne contredisant pas un titre, mais le confirmant ou le suppléant⁶⁸⁰. Son champ se circonscrit aux situations réelles, spécifiques, subjectives et ne trouve pas d'application relativement aux situations objectives⁶⁸¹.

C. Les fondements communs des règles de prescription en droit international et européen et en droit national

415. Les règles de prescription étant indistinctes en droit international et européen comme en droit interne, il en découle des fondements communs comprenant un fondement subjectif en ce qu'elles présument l'abandon des droits non exercés et deux fondements objectifs par le fait qu'elles sont un moyen de régulation de preuve et de nécessité sociale.
416. Premièrement, fonder les règles de prescription sur la présomption de renonciation est en lien avec le droit de la nature et l'idée de négligence. Dans un sens, pour certains

⁶⁷⁷ Voir Ibid., p.393.

⁶⁷⁸ Idem.

⁶⁷⁹ Voir Supra.

⁶⁸⁰ Voir R. PINTO, op.cit., p.394.

⁶⁸¹ « Ce qui naîtra le plus souvent ou qui du moins peut incontestablement prendre naissance dans l'usage, entre personnes quelconques, entre individus, si l'on veut, c'est un état de droit subjectif ; je veux dire un rapport juridique déterminé, établi entre ces personnes par le moyen et suivant les règles de la prescription...mais la prescription n'engendre que des droits particuliers (droits au sens subjectif), d'après les principes d'un ordre juridique préexistant. Elle ne crée jamais cet ordre juridique lui-même, elle ne fonde pas de règle de droit (droit au sens objectif) ». F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, 2ème éd., LGDJ, Paris, 1919, p.381.

penseurs à l'instar de Grotius, Bello, Riquelme, Puffendorf et contrairement à d'autres comme Rutherforth, Twiss, Vattel, Walker et Wheaton, il est « (...) *très naturel de penser, au bout d'un certain temps d'inaction du titulaire du droit, que celui-ci l'a abandonné ; c'est vrai, la plupart du temps* »⁶⁸². En d'autres termes, bien que la contestation de la présomption puisse nier juridiquement une manifestation de volonté dans le silence, l'explication acceptable de ce fondement exprime l'adage « *Qui ne dit mot consent* » en supposant globalement qu'un long silence non motivé est un consentement à l'état de choses actuel, sinon il y aurait protestation. Dans un autre sens, la présomption d'abandon se fonde sur l'hypothèse de punition de la négligence puisque « (...) *par la force des choses, le Droit a plus de respect pour celui dont le droit a été mis en œuvre, utilisé, que pour celui qui le laisse sommeiller* »⁶⁸³. Pour cette idée, « *le temps court contre les indolents et ceux qui négligent leurs droits* »⁶⁸⁴. Cette présomption affirme que la négligence induit une suspicion de fraude en questionnant l'existence et le bien-fondé de réclamation d'un droit ; ainsi, elle devient comme une exigence de la prescription puisque l'on peut écarter la prescription à défaut de l'indolence et non du temps, le seul à même d'éteindre le droit⁶⁸⁵.

417. Ensuite, objectivement, ce sont les exigences d'une bonne administration de la justice en droit international, en droit conventionnel comme en droit interne qui justifieraient la prescription en mettant en doute la valeur d'un titre non réclamé depuis longtemps et en préjugant des fabrications pouvant mettre en difficulté le défendeur dans un procès dans sa quête de preuves contraires⁶⁸⁶.
418. Enfin, toujours objectivement, l'utilité de la paix sociale comme fondement des règles de prescription a la faveur de tous les systèmes juridiques et ajoute une sorte de motivation apaisante. Concrètement, les règles de prescription ne viennent que renforcer une situation de fait dont la sauvegarde ou la continuité ne peut se concevoir que par l'importance ou l'intérêt que la société en perçoit, elles n'existent que pour le bien du public méritant ainsi leur appellation de « *protectrice (s) du genre humain et*

⁶⁸² P.A. VERYKIOS, op.cit., p.26.

⁶⁸³ R. DEMOGUE, Traité des obligations, Librairie Arthur Rousseau, Rousseau et Cie, Paris, vol. 1, 1923, p.21.

⁶⁸⁴ Traduction de: « for time runs against the indolent and those who are careless of their rights ». Henrici de BRACON, De Legibus et Consuetudinibus Angliae, éd. Twiss, Vol.5, 1879, t. II, p.23.

⁶⁸⁵ Voir P.A. VERYKIOS, La prescription en droit international public, A. Pédone, Paris, 1934, pp.29 et 30.

⁶⁸⁶ Voir R. PINTO, op.cit., p.401.

*préservatrice (s) de la quiétude et de la concorde entre les hommes »*⁶⁸⁷. Il est d'importance publique que soient clos les litiges, au risque que le contrôle des choses demeure longtemps dans l'incertitude comme le traduit cette maxime latine « *Interest reipublicae ut sit finis litium ; ne dominia rerum diutius in incerto essent* ». Qu'il s'agisse du droit international, du droit européen ou du droit interne, de nombreux auteurs fondent les règles de prescription sur leur utilité sociale, notamment d'ordre, de tranquillité et de stabilité⁶⁸⁸. L'utilité sociale semble le fondement invocable en toute circonstance et la seule justification concevable en droit international comme en droit interne, en droit public comme en droit privé pour les règles de prescription de courte ou longue durée, de nature acquisitive ou libératoire ou de bonne ou mauvaise foi⁶⁸⁹. L'utilité sociale est la seule qui puisse rationaliser l'éventuel renoncement au droit individuel, lequel ne peut être évincé que par un droit plus marqué, celui de la société, et qui constitue l'une des justifications pertinentes des règles de prescription en droit interne comme en droit international ou en droit européen.

419. Le droit international et européen ainsi que les droits nationaux ont des fondements communs en matière de règles de prescription. Ceci est une conséquence logique de l'indistinction de ces règles et de leur inséparabilité du droit en général qui caractérise la quête des fondements aux règles de prescription et permet d'expliquer par la suite leur obstruction à l'accès au juge pourtant fondamental pour la protection des droits de l'homme.

§2. La preuve du refus d'accès à la Cour du fait des règles de prescription

420. Certifier que les règles de prescription obstruent l'accès à la Cour des requérants peut s'illustrer avec l'affaire *Stubbings et autres c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1996 (A)

⁶⁸⁷ Ibid., pp.391 et 396.

⁶⁸⁸ Voir E. AUDINET, « De la prescription acquisitive en droit international public. Son rôle, son objet et ses conditions d'existence », RGDIP, t. III, 1896, pp.313-325; Sir E.S. CREASY, *First platform of International law*, J. Van Voorst, 1 Vol, n°253, Londres, 1876, pp.252-253; P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public, européen et américain suivant les progrès de la science et de la pratique contemporaines*, IIe Vol, n°820, 1885; M. de REAL, *La science du gouvernement*, t. Ve, contenant le Droit des gens, qui traite des Ambassades; de la guerre; des Traités; des Titres; des Prérogatives; des Prétentions et des Droits respectifs des Souverains, Paris, 1764, chap. IV, sect.v, §XVIII, p.828.

⁶⁸⁹ Voir P.A. VERYKIOS, *op.cit.*, p. 24.

dont la critique - révélant l'atteinte à la substance du droit d'accès au juge par une mauvaise interprétation de la Convention (B) – nécessite l'adaptation de ces règles aux exigences du droit au juge par l'imprescriptibilité ou non surtout pour les violations sexuelles envers les enfants(C)⁶⁹⁰.

A. L'illustration par l'affaire *Stubbings* et autres c. Royaume-Uni

421. L'affaire *Stubbings* contre le Royaume-Uni concerne plusieurs femmes britanniques ayant subi des sévices sexuels dans leur enfance mais dont la prise de conscience du lien de causalité avec des troubles psychologiques qui leur sont diagnostiqués intervient après prescription des délais légaux et empêche ainsi toute action devant un tribunal pour obtenir réparation de leurs préjudices, et ce, même devant la Cour.
422. En fait, l'une d'elles, Madame *Stubbings* née en janvier 1957, a subi gravement d'une part des sévices sans rapport sexuel de son père adoptif, M. Webb entre 1959 et 1971, donc avant son adoption, jusqu'à ses 14 ans et, d'autre part, de son frère adoptif, Stephen Webb, né en juillet 1952 qui, en 1969, alors qu'elle avait 12 ans l'obligea par deux fois à entretenir des rapports sexuels. Souffrant de graves troubles mentaux depuis 1976 la poussant même à tenter le suicide, c'est en 1984 qu'elle prend conscience du lien de causalité entre les sévices et les troubles mentaux après un traitement psychiatrique. Entamant une procédure nationale pour réparation des préjudices le 18 août 1987 contre ses parents et frère adoptifs dont la défense arguait le rejet de sa plainte pour prescription conformément à la loi anglaise de 1980 sur la prescription, la Haute Cour et la Cour d'appel ne lui donnent pas gain de cause. Reconnaisant néanmoins la conservation par Madame Webb de souvenirs des sévices de son père et frère adoptifs et la prise de conscience du lien de causalité avec ses troubles en 1984, la Haute Cour, tenue par la jurisprudence *Le tang v. Cooper* exigeant que la saisine soit faite dans les trois ans suivant la date de connaissance du lien, va considérer l'affaire prescrite. Exerçant un pourvoi devant la *Chambre des Lords*, celle-ci va douter que la date de connaissance soit aussi tardive en soulignant « *le plus grand mal à admettre qu'une femme qui a été violée ignore qu'elle a subi un*

⁶⁹⁰ Voir Cour EDH, *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, arrêt [Ch.] du 22 octobre 1996, Nos 22083/93 et 22095/93.

grave préjudice » par la bouche du Lord Griffiths, et constater que le fondement légal de la plainte sur le « *manquement à un devoir* » ne concerne pas des actions tirées des dommages intentionnels comme des viols et atteintes à la pudeur prescrits de six ans à compter de la majorité selon la loi de prescription de 1980. Sur ces considérations, notant l'âge de la requérante depuis sa majorité, il y a forclusion.

423. Une deuxième femme, madame J.L, née en 1962 soutient avoir subi des sévices sexuels par son père qui prenait également des clichés pornographiques d'elle. Connaissant une dépression et des difficultés relationnelles entre 1981 et 1991, des débuts de cauchemars en 1990 vont la pousser à découvrir par un traitement en octobre le lien de causalité entre les sévices subis et les troubles psychologiques et même à une tentative de suicide en décembre. Ceci l'incite à solliciter l'assistance juridique pour une action en réparation contre son père qu'elle obtient en introduisant son action le 26 mars 1991. Diagnostiquée pour l'instance comme souffrant de graves troubles psychologiques, elle signale les sévices à la police qui, après interrogation de son père, n'engage pas de poursuites, et cette nouvelle la pousse à tenter un suicide. Ceci n'empêche pas la suspension de son instance civile à la suite de l'arrêt de la *Chambre des Lords* dans l'affaire *Stubbings* avisant de la prescription de son action depuis 1986, la sixième année depuis ses dix-huit ans.
424. Aussi, une troisième femme, Mme J.P, née en 1958, découvre en février 1989 grâce à une thérapie entamée depuis le décès de son père en 1985 que les troubles psychologiques - la dépression et les cauchemars - dont elle souffre sont liés aux souvenirs de sévices sexuels et autres violences sexuelles comme les viols subis dans son enfance de la part de M. P, directeur adjoint de l'école où elle fut retirée à Londres en 1966 par ses parents et qui l'utilisait pour garder sa fille de 2ans. Elle demande en octobre 1991 l'aide juridique pour engager une action en dommages et intérêts dont l'acte introductif d'instance a lieu le 10 février 1992 ; l'assistance juridique lui est retirée, son action est suspendue après l'arrêt *Stubbings* de la *Chambre des Lords* puisque prescrite depuis 1982.
425. Enfin, une quatrième femme, née en 1962, Mme D.S, va être l'objet de plusieurs sévices par son père entre 1968 et 1977, précisément des viols la rendant dépressive, apeurée, culpabilisante et lui créant des difficultés relationnelles. Si le 15 mars 1991, son père plaide coupable pour attentat à la pudeur à son égard avec une année de mise

à l'épreuve, elle va engager le 14 août 1992 une action civile estimant légère la sanction qui lui est infligée. Malgré un rapport psychologique confirmant son impossibilité de déclencher plus tôt les actions à cause de souvenirs inhibés, son action est suspendue le 24 mai 1993 pour tardiveté de la demande introduite au-delà des six ans requis dès la majorité, comme pour les autres femmes à la suite de l'arrêt *Stubbings*.

426. Sans issue au niveau national, ces femmes saisissent le 14 mai et 14 juin 1993 la Commission européenne des droits de l'homme en contestant le jeu de la loi de la prescription qui les a privées du droit d'accès à un tribunal contrairement à l'article 6.1 de la Convention pour obtenir réparation des préjudices subis. Pour elles, la différence des règles qui leur ont été appliquées comparativement à d'autres plaignantes est également une discrimination prohibée par l'article 14 de la Convention. Trois d'entre elles, Mmes *Stubbings*, J.L et J.P vont alléguer, seule ou en combinaison avec l'article 14 précité, la défaillance du gouvernement du Royaume-Uni à protéger leur droit à la vie privée selon l'article 8 de la Convention pour manque de voie de recours au civil par rapport aux sévices subis dans leur enfance. Retenant leurs requêtes le 6 septembre 1994, la Commission conclut unanimement le 22 février 1995 qu'il y a violation de l'article 14 seul ou combiné avec l'article 6§1 et qu'il n'est pas important de juger isolément l'article 6§1 ou l'article 8 seul ou combiné à l'article 14.
427. L'affaire arrivant devant la Cour, le gouvernement britannique va nier la violation de la Convention mais les requérantes y réitèrent les mêmes allégations - la violation isolée de l'article 6§1 et de l'article 8 et la violation de l'article 14 seul ou combiné avec ces précédents articles.
428. Sur l'article 8, la Cour nie la défaillance de l'Etat face à l'obligation positive de protection du droit des requérantes au respect de leur vie privée contre les sévices sexuels⁶⁹¹. Notant que l'article 8 n'exige pas l'exercice du droit de recours au civil sans limite, la Cour souligne l'existence d'une voie de recours explorable en la

⁶⁹¹ Voir Cour EDH, *Stubbings et autres*, arrêt précité, §67.

matière dans des délais bien prescrits à laquelle s'ajoutent des procédures pénales exploitables à tout moment⁶⁹².

429. Relativement à l'article 14 en combinaison avec les articles 6§1 et 8, même si la Commission partage l'avis des requérantes que le traitement de leur situation est analogue à celui de victimes de sévices sexuels accidentels alors que les deux catégories sont distinctes, la Cour ne trouve pas de discrimination⁶⁹³. Pour elle, le même traitement pour les deux groupes est raisonnable et objectif, et ce, bien que les Etats puissent prévoir des régimes différents en vertu de la marge d'appréciation et des traits distinctifs des deux groupes⁶⁹⁴.
430. Concernant l'article 6§1, le gouvernement conteste l'atteinte à la substance même du droit d'accès au tribunal estimant que la prescription est légitime car elle permet la sécurité juridique en empêchant les plaintes tardives, qu'elle est proportionnée en ne faisant pas prévaloir les souvenirs lointains des plaignants sur des pièces écrites, et surtout que le délai de prescription est plus long que celui de certains engagements internationaux. Pour les requérantes, les préjudices subis leur ont empêché de recouvrer la mémoire avant l'expiration du délai de prescription comme le témoignent les expertises médicales, lesquelles ont permis la découverte du lien de causalité avec les sévices. Si elles admettent généralement le délai de prescription, elles en contestent dans leur cas la légitimité et la proportionnalité.
431. Entre ces arguments contradictoires, malgré la reconnaissance d'une prise de conscience au sein des États sur les questions des sévices sexuels sur les enfants pouvant changer les réglementations prescriptives par des dispositions spéciales, la Cour nie la violation du droit d'accès à un tribunal en considérant, d'une part, les buts des délais de prescription légitimes à cause de la marge d'appréciation pour régler le droit à un tribunal reconnue en la matière aux Etats⁶⁹⁵. Pour la Cour, ce droit n'est pas substantiellement atteint puisqu'elle ne peut dans son examen se substituer aux autorités internes mieux placées pour savoir la meilleure politique à prendre. Toujours, spécifiquement aux délais de prescription dans des affaires d'atteinte à l'intégrité physique, la Cour juge leur but légitime en ce qu'ils assurent la

⁶⁹² Voir Ibid., §§63-66.

⁶⁹³ Voir Ibid., §75.

⁶⁹⁴ Voir Ibid., §74.

⁶⁹⁵ Voir Ibid., §§ 56 et 57.

sécurité juridique en limitant temporellement les actions et en évitant des plaintes tardives et difficilement contestables, et aussi en ce qu'ils empêchent l'injustice potentielle d'un jugement très éloigné des faits et de preuves sans foi, parfois partielles par l'usure du temps⁶⁹⁶. D'autre part, les buts sont proportionnés pour la Cour, puisque les délais de prescriptions ne sont pas courts et semblent longs comparativement à certains instruments internationaux en cas de dommages corporels. En ce sens, pour elle, si les requérantes avaient introduit à temps leurs actions, celles-ci auraient bien été reçues, et elles avaient aussi toujours la possibilité d'engager une procédure pénale ne souffrant d'aucune prescription⁶⁹⁷.

B. L'atteinte substantielle du droit d'accès au tribunal par une interprétation contestable de la Convention

432. En l'espèce, reconnaître la prescription de la demande en réparation des requérantes pour les sévices sexuels rend impossible le droit d'accès au tribunal. Normalement, l'article 6§1 selon la jurisprudence *Golder* assure le droit à un tribunal de connaître toute contestation en matière civile et ce n'est pas ici le cas puisque la Cour n'a pas véritablement interprété la Convention et s'est laissé influencer par la distinction en droit anglais entre dommages intentionnels et ceux non intentionnels concernant la prescription⁶⁹⁸. Même si les Etats jouissent d'une marge d'appréciation en la matière et que le droit d'accès au tribunal est relatif, le limiter interdit son atteinte substantielle comme en l'espèce selon la jurisprudence *Ashingdane*⁶⁹⁹. En réalité, les principales préoccupations de la Cour devraient l'assurer du moment de départ de la prescription et de l'existence d'un accès effectif au tribunal par les requérantes. Ainsi, si le délai de prescription commence à courir et finit avant la prise de conscience du dommage allégué par l'intéressé dont l'importance et l'imputabilité revient à la défense, toutes les chances de la victime de saisir le tribunal se dissipent⁷⁰⁰. Sans doute, en l'espèce, les victimes n'ont pas eu la chance de saisir la justice puisqu'à la période où elles

⁶⁹⁶ Voir Ibid., §51.

⁶⁹⁷ Voir Ibid., §52.

⁶⁹⁸ Point 2 de l'opinion partiellement dissidente du Juge FOIGHÉL sous l'affaire Cour EDH, *Stubbings et autres*, arrêt précité.

⁶⁹⁹ Voir Cour EDH, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, arrêt [Ch.] du 28 mai 1985, N° 8225/78, § 57.

⁷⁰⁰ Opinion partiellement dissidente du Juge FOIGHÉL sous l'affaire Cour EDH, *Stubbings et autres*, point 5.

pouvaient le faire, la plupart d'entre elles ignoraient le lien de causalité entre les troubles psychologiques et les sévices sexuels dans leur enfance⁷⁰¹. Ceci est attesté par l'expertise médicale et psychologique que les sévices en matière sexuelle peuvent provoquer une double personnalité et que l'une des requérantes, née en 1962, n'a eu connaissance du lien de causalité entre ses troubles psychologiques et les sévices qu'en 1987, alors qu'il y avait déjà prescription de son action et donc impossibilité d'accès au tribunal⁷⁰². En l'espèce, notant l'inconscience d'une victime sur son intérêt à agir, la finalité d'un délai de prescription - impliquant le maintien d'un équilibre entre les plaintes tardives au bénéfice de la défense et la sauvegarde des intérêts de la demande – devient saugrenue⁷⁰³.

433. En plus, bien que la Cour souligne l'existence d'une voie de recours pénale, celle-ci n'est pas une solution de rechange à une action civile selon l'article 6§1 de la Convention, surtout que dans un conflit familial, entre père et fille, une indemnisation est plus adaptée à qu'un long emprisonnement⁷⁰⁴. Certes, malgré la latitude des États en la matière, la marge d'appréciation ne leur autorise pas à priver entièrement une personne d'un droit ; or la marge trop étendue reconnue au droit anglais dans le domaine de la prescription par la solution de la Cour *in specie* atteint substantiellement le droit d'accès au tribunal des requérantes et viole l'article 6§1 alors que celui-ci protège des droits concrets et effectifs, pas des droits illusoires et théoriques⁷⁰⁵. Logiquement, la nature du préjudice en cause alliée à l'ignorance du lien de causalité entre le dommage subi et les sévices pour les victimes n'équivalent pas à un délai de six ans dès la majorité ou à la date de commission de l'acte sans différenciation des cas et lorsqu'il n'existe pas, comme en l'espèce, une procédure idoine pour diminuer les effets d'un tel délai⁷⁰⁶. Concrètement, un tel déséquilibre a privé les requérantes du droit à un tribunal et déborde la marge d'appréciation des

⁷⁰¹ Ibid., point 6.

⁷⁰² Idem.

⁷⁰³ Ibid., point 7.

⁷⁰⁴ Idem.

⁷⁰⁵ Cour EDH, Airey, arrêt précité, §24.

⁷⁰⁶ En l'espèce, les troubles psychologiques constituant un obstacle à la saisine du tribunal dans le délai de six ans prescrit et la prise de conscience du lien de causalité entre la détresse psychologique et les sévices subis pendant l'enfance intervenant le droit au tribunal étant déjà vidée de sa substance font de ce droit un droit illusoire et théorique. Point 3 de l'opinion partiellement dissidente du Juge MACDONALD sous l'affaire Cour EDH, Stubbings et autres c. Royaume-Uni, 22 octobre 1996.

États à fixer les délais d'ouverture d'une action en justice⁷⁰⁷. Dans cette affaire, la Cour, dans la prise en compte des intérêts pour conclure à l'équilibre du délai de prescription entre la demande et la défense, a ignoré l'urgence de reconnaître et de rendre possible d'une part la défense d'enfants subissant des sévices sexuels ignorant leurs droits avant leur prescription et d'autre part, la sécurité, la santé et le bien-être de la société entière⁷⁰⁸. La prise en compte des intérêts en la matière par le droit anglais est déséquilibrée : en effet, ce droit considère les dispositions de la prescription comme visant à contrôler et prévenir les injustices mais oublie d'autres intérêts pouvant surgir pour les législateurs, les rédacteurs et juges dans leur effort continu pour relever les défis rattachés aux dommages sexuels aux enfants. Cet oubli, corroboré par la Cour, démontre la poursuite des objectifs classiques des législations sur la prescription au détriment des droits de la Convention reconnus aux requérantes et de la lutte menée, non seulement pour reconnaître les sévices sexuels sur les enfants comme une atteinte aux droits de l'enfant spécifiquement et aux droits de l'homme généralement, mais aussi pour changer radicalement les mentalités et les objections de la société face à ce phénomène désolant, et ce surtout en rapport avec l'interdiction de la discrimination⁷⁰⁹.

434. Le traitement différencié entre les requérantes victimes des dommages intentionnels et les victimes des dommages non intentionnels n'est pas objectif et raisonnable selon l'article 14. Il n'est pas raisonnable par l'impossibilité absolue de supposer que toutes les victimes des dommages volontaires soient plus conscientes des faits pour un grief que celles subissant involontairement des dommages, surtout pour des victimes enfants dont le droit d'accès au tribunal est rendu dépendant du comportement volontaire ou involontaire de l'auteur des exactions⁷¹⁰. En réalité, il est absurde que des objectifs légitimes de prescription soient même mis en œuvre pour les deux catégories de victimes sur le fondement d'une distinction entre dommages intentionnels et non intentionnels. Contrairement à la jurisprudence *Frédin* de la Cour, d'autres personnes sont placées dans une situation plus favorable que les

⁷⁰⁷ Opinion partiellement dissidente du Juge MACDONALD sous l'affaire Cour EDH, *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1996, point 2.

⁷⁰⁸ *Idem*.

⁷⁰⁹ Voir *Ibid.*, point 5.

⁷¹⁰ Voir *Ibid.*, point 7.

requérantes sans aucune motivation objective et raisonnable⁷¹¹. Vraiment, en l'espèce, la différence de traitement s'explique par une distinction en apparence et une incapacité d'adapter le droit de prescription à une nouvelle situation, ce qui crée une inégalité de traitement incompatible avec la Convention selon la jurisprudence de la Cour elle-même⁷¹².

C. L'adaptation du droit de prescription aux exigences du droit au juge : Vers l'imprescriptibilité des sévices sexuels sur les enfants ?

435. Le droit de prescription devrait être adapté aux exigences du droit au juge, parce qu'il a été relevé en la matière que, dans la considération des intérêts en jeu, le droit anglais est déséquilibré en visant uniquement à prévenir les injustices tout en commettant une injustice par oubli d'autres intérêts comme les défis rattachés aux dommages sexuels aux enfants et l'urgence de leur réparation judiciaire. En effet, il y a nécessité d'adaptation de la législation interne sur cette question pour s'aligner sur les exigences de la Convention et épargner aux victimes une atteinte substantielle à leur droit au juge⁷¹³. A cause de la marge d'appréciation reconnue aux Etats, la Cour a soutenu l'Etat dans sa poursuite des objectifs traditionnels de la législation sur la prescription au mépris des droits conventionnels reconnus aux requérants, notamment le droit au juge et la lutte pour la sauvegarde de l'intégrité physique ou plus largement de la dignité de la personne humaine, plus précisément des enfants.
436. Le droit de prescription en la matière nécessite l'adaptation face au droit au juge, un droit fondamental de la Convention, et ce, tout d'abord puisque « (...) *la prescription n'est pas un droit fondamental (...) ni un droit essentiel de la personne, ce n'est pas*

⁷¹¹ Voir Cour EDH, Frédin c. Suède (N°1), arrêt [Ch.] du 18 février 1991, N° 12033/86, §60.

⁷¹² Voir Cour EDH, Airey, arrêt précité³, §30.

⁷¹³ C'est le rôle des lois de fixer avec précision le laps de temps nécessaire à la défense de l'accusé et à l'administration des preuves ; si ce rôle est laissé au juge, il se substituerait au législateur. Aussi, les crimes affreux dont les hommes gardent longtemps souvenir ne valident, une fois prouvés, aucune prescription à l'avantage d'un condamné qui échappe au châtiment par la fuite. Voilà ce que BECCARIA relève : « C'est aux lois seules à fixer le temps qu'on doit accorder à l'accusé pour sa défense, et celui qu'on doit employer à la recherche des preuves du délit, si le juge avait ce droit, il deviendrait lui-même législateur ; la prescription ne doit pas avoir lieu en faveur des scélérats qui ont évité par la fuite la punition de ces crimes atroces, dont le souvenir subsiste longtemps dans la mémoire des hommes ». C. BECCARIA, CHAILLOU de LISY (Trad.), Des délits et des peines, Impr. de Boiste, Paris, 1796, §XXX, p.133.

une exigence de la justice même »⁷¹⁴. Le droit de prescription n'est qu'un pragmatisme de convenance qui s'est commué en règle il n'y a pas très longtemps, règle non reconnue dans de nombreux systèmes juridiques et encore débattue dans ceux qui l'ont reconnue⁷¹⁵.

437. En cette matière de sévices sexuelles sur les enfants, si l'une des thèses pour la prescription peut soutenir que les craintes et remords des supposés auteurs de sévices constituent une sanction pendant la durée de la prescription, force est de reconnaître que les délinquants manifestent beaucoup de mépris ou d'insensibilité destructrice et bien que du temps se soit écoulé depuis leurs forfaits, ils n'expriment pas de regret, ni culpabilité et parfois se targuent de leur attitude⁷¹⁶. Si le droit anglais de la prescription et la Cour justifient la prescription par la difficulté de produire des preuves longtemps après les faits, force est de reconnaître que les preuves recueillies, notamment les expertises psychiatriques, pour établir l'existence de ces sévices ont rendu la saisine des juridictions nationales et même de la Cour plus faciles. Si les preuves dans l'enfance de ces victimes étaient parfois compliquées à démontrer, par ignorance, faute d'expertise médicale et de témoignages, le temps de prise de conscience par les victimes a permis l'accumulation de documents et de témoignages.
438. Aussi, si l'argumentation de l'oubli est souvent invoquée à l'avantage de la prescription, en présence d'infractions aussi grave, notamment de sévices sexuels sur des enfants, l'opinion publique, même longtemps après la réalisation du forfait, reste affligée et revendique davantage de justice lorsqu'une sanction n'a pas eu lieu ou qu'une sanction, une fois prise, n'a pas été exécutée⁷¹⁷. Face à une telle réalité, une

⁷¹⁴ A. LAQUIEZE, « Le débat de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité ». In G. LEYTE, A. LAQUIEZE, P. BOURETZ, Prescription et Imprescriptibilité, PUF, Paris, 2000, n°30, p.19.

⁷¹⁵ « Une pratique d'opportunité devenue règle à des périodes souvent encore récentes, règle au surplus non admis dans d'importants systèmes juridiques, et toujours discutée ou critiquée même dans ceux qui l'ont admise ». J. GRAVEN, « Les crimes contre l'humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription ? », Revue pénale suisse, 1965, p.132.

⁷¹⁶ « Ainsi, à la crainte et aux remords dans lesquels a vécu le délinquant pendant la durée de la prescription et qui constituerait l'équivalent d'un châtement, les partisans de l'imprescriptibilité répondent que les grands criminels affichent souvent une arrogance ou une indifférence agressive et qu'en dépit du temps écoulé depuis l'accomplissement de leurs méfaits, ils ne ressentent aucun remords, aucun reproche de leur conscience et se vantent même de leur comportement ». A. LAQUIEZE, « Le débat de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité », article précité, pp.26 et 27.

⁷¹⁷ « Quant à la loi de l'oubli, autre argument généralement présenté en faveur de la prescription, les défenseurs de l'imprescriptibilité expliquent qu'en cas d'infractions graves, l'opinion publique, même longtemps après l'accomplissement du méfait, reste troublée. Elle réclame d'autant plus satisfaction qu'une condamnation n'a pas eu lieu ou qu'une condamnation, une fois prononcée, n'a pas été mise en exécution. ». Ibid., p.27.

sanction de la Cour, bien que tardive face au dépassement du droit de prescription au Royaume-Uni, ne pourrait apparaître comme déficiente d'exemplarité. La prescription changeante selon le degré des fautes n'est pas un droit mais une faveur, un oubli des peuples fatigués, pensant que le temps suffit pour corriger les délinquants et ne désirant plus se rappeler des méfaits que le mouvement a absous ; c'est une mesure pour ne pas reconnaître les sévices sexuels sur des enfants commis par des adultes et pour que, lorsqu'ils auront été révélés, il n'aura pas été prévu de les sanctionner. En effet, si l'oubli est à la proportion des sévices sexuels subis par les enfants, à quel moment peut-il prendre place quand les actes sont disproportionnés ?⁷¹⁸.

439. Face à la relativité du droit de prescription, la prorogation des délais de prescription pour les sévices sexuels sur les enfants, une infraction très grave pour ses conséquences psychologiques presque irrémédiables sur les victimes, est plus que judicieuse. Vraiment, pour paraphraser Beccaria, la sanction définitive reconnaissant l'innocence ou la responsabilité d'un individu met un terme à sa conviction d'impunité, une impunité d'autant plus dommageable que le méfait est plus intolérable⁷¹⁹. Bentham penche également pour une sanction définitive face aux infractions graves, bien qu'en l'espèce il s'agisse d'une question d'indemnisation en matière civile. Pour le paraphraser, il soutient l'intransigeance avec les personnes auteures d'infractions graves et désire que la sanction demeure suspendue à leur égard, puisque voir l'auteur d'une infraction jouir de la quiétude en dépit de ses méfaits et être protégé par les lois qu'il a bafouées est une injure publique à la justice et à la morale ; la prescription est comme une récompense à leur forfait⁷²⁰.

⁷¹⁸ « La prescription, qui varie suivant la gravité des fautes, qui est non un droit mais une faveur (...) n'est qu'un oubli des peuples lassés, espérant avec le temps le repentir des criminels, ne voulant plus se souvenir de fautes que l'écoulement des années a effacées. C'est une mesure qui ne saurait en aucune manière s'appliquer à des attentats contre l'humanité tout entière, et que les nations, lorsqu'elles les ont dénoncées, n'ont pas envisagée. Si l'oubli est à la mesure des crimes, quand peut-il intervenir lorsque les mesures sont sans proportion ? » Maurice ROLLAND, *Le Monde*, 17 décembre 1964, p.10.

⁷¹⁹ « Parce que seul le verdict définitif établissant l'innocence ou la culpabilité d'un homme met fin à son espoir d'impunité, impunité d'autant plus nuisible que le crime est plus atroce ». BECCARIA cité par A. LAQUIEZE, « Le débat de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité », article précité, p.26.

⁷²⁰ « Point de traité avec des méchants de ce genre (Bentham ciblant les auteurs d'infractions graves. Que le glaive vengeur reste toujours suspendu sur leurs têtes. Le spectacle d'un criminel jouissant en paix du fruit de son crime, protégé par les lois qu'il a violées, est un appât pour les malfaiteurs, un objet de douleur pour les gens de bien, une insulte publique à la justice et à la morale ! (...) si le voleur, le meurtrier, l'injuste acquéreur du bien d'autrui parviennent à éluder pendant vingt ans la vigilance des tribunaux, leur adresse sera récompensée, leur sureté rétablie, et le fruit de leur crime légitimé entre leurs mains ». J. BENTHAM, E. DUMONT (Trad.), *Traité de législation civile et pénale*, Paris, 2e éd., 1820, t. II, p.147-149.

440. L'imprescriptibilité étant une solution extrême, une solution conciliante s'impose avec sagesse puisqu'il ne faut pas que la ténacité visant les personnes non encore condamnées pousse à sanctionner des innocents. Prenant en compte les arguments raisonnables de la prescription comme le dépérissement des preuves, l'aveu possible de l'auteur d'une infraction grave, son éventuelle resocialisation, il serait souhaitable qu'en matière de sévices sexuels sur les enfants l'écoulement du temps ne provoque pas systématiquement la prescription. Les droits nationaux des États membres devraient envisager que le juge puisse décider, au vu des faits, si la prescription est ou non valable, telle une forme de compétence discrétionnaire élargie à son endroit comme le suggère le professeur Stéfan Glaser. Conscient que la prescription s'appuie sur des hypothèses ou des présupposés pouvant être contestables, que sa validation ne saurait se passer de l'avis du juge pour attester son bien-fondé, le professeur Stefan Glaser souligne :

« Il en résulte que dans tous les cas une nouvelle procédure judiciaire devrait avoir lieu. Si l'inculpé, après avoir commis le méfait, a réussi à se soustraire à la poursuite, il devrait être jugé sans égard au temps qui s'est écoulé depuis le délit, mais au bout d'un certain temps le juge devrait avoir le pouvoir même de s'abstenir de condamner s'il constate que les circonstances intrinsèques ou extrinsèques le justifient. De même, au cas où un certain temps s'est écoulé depuis la condamnation sans que celle-ci n'ait pu être exécutée, la procédure devrait être réouverte pour que le juge puisse constater si, dans l'affirmative, dans quelle étendue, cette condamnation doit encore être subie »⁷²¹.

441. L'adaptation des règles de prescription aux exigences du droit au juge, sans forcément virer à l'imprescriptibilité, est une solution équilibrée pour éviter l'atteinte substantielle au droit d'accès au tribunal comme relevé dans l'affaire *Stubbings* prouvant le déni de justice en la matière.

⁷²¹ S. GLASER, « Quelques observations sur la prescription en matière de criminalité de guerre », RDPC, 1964-1965, pp.526-527.

Conclusion du chapitre II

442. Devant les règles de prescription et les actes de gouvernement, il est parfois reproché à la Cour un déni de justice aux requérants dont elle ne protège plus certains de leurs droits conventionnels.
443. D'une part, les règles de prescription se justifient par leur inhérence au droit et notamment par l'indistinction de leurs fondements dont certains sont communs aux droits - nationaux et international et européen. Cependant, étant faillible, comme dans l'affaire *Stubbings* où la Cour est coupable d'atteinte substantielle au droit d'accès à un tribunal par une mauvaise interprétation de la Convention, surtout pour des sévices sur les enfants, cette justification des règles de prescription nécessite tout de même leur adaptation au droit fondamental d'accès au juge sans forcément mener à une imprescriptibilité jugée très extrême.
444. D'autre part, les actes de gouvernement, bien qu'ayant des fondements politiques, comme on le prouve largement avec les exemples avec les rapatriés d'Algérie concernant la France, lieu de leur conception, aboutissent à obstruer l'accès à la Cour et à l'impossibilité d'indemniser ces rapatriés, ou à leur assurer un droit au juge et bien plus, au-delà de la France, d'assurer le renouvellement du détachement d'un magistrat à Monaco. Ceci se fait non par une motivation juridique mais par une motivation politique liée à leur nature fonctionnelle ; il serait donc logique de proposer, pour éviter tout déni de justice, d'imposer aux États membres la présomption de réciprocité dans l'application et l'interprétation de la Convention quant à leurs rapports avec les États tiers et, dans l'idéal, que la Cour rompe avec la théorie des actes de gouvernement pour l'obstacle qu'elle dresse à son contrôle de la Convention.

CONCLUSION DU TITRE II

445. Le déni de justice structurel par la Cour tient pour une autre partie à la préservation des structures juridiques nationales. Dans cette préservation, l'impossibilité pour le requérant d'accéder à la Cour est en lien avec l'état d'urgence et les immunités étatiques d'une part et d'autre part à travers les actes de gouvernement et les règles de prescription.
446. Dans un sens, la situation d'urgence peut compromettre en théorie l'accès à la Cour du fait de la souplesse et de l'équivocité de son régime conventionnel au niveau supranational combinée au contrôle à géométrie variable de la très grande marge de manœuvre reconnue aux États au niveau interne en la matière. En pratique, dans certaines demandes liées à l'urgence, la Cour manque parfois d'assurer suffisamment son contrôle conventionnel. Il est arrivé qu'elle reconnaisse irrégulièrement une restriction de liberté en phase active d'un conflit armé international en ignorant clairement le manque de contrôle interne de ladite restriction, notamment avec l'affaire *Hassan contre Royaume-Uni*. Bien plus, elle a eu à valider aussi l'impossible recours interne liée à une relocalisation juridictionnelle à cause de la perte du contrôle effectif sur une portion territoriale par l'Ukraine dans l'affaire *Khlebiak*. Pour éviter d'être responsable de déni de justice en la matière, la Cour doit veiller à assurer un juste équilibre des restrictions des droits de l'homme en interdisant que ces dernières soient excessives. Quant à l'obstruction liée aux immunités étatiques, il s'est avéré important de chercher leurs fondements pour expliquer l'entrave. Historiquement, ces fondements sont, au départ, marqués par l'incertitude juridique réel par le rejet de nombreux fondements historiques et l'indécision en doctrine et en jurisprudence d'opter la souveraineté ou la courtoisie comme fondement et ; ensuite, de nos jours, par l'évidence du fondement politique dans la courtoisie entre États au point que cela nécessite de trouver un fondement juridique. Par ailleurs, l'obstruction s'est concrètement prouvée dans le choix triste et répété de la Cour qui reconnaît la prévalence de l'immunité interne face aux droits conventionnels, d'essence parfois « impérative », comme l'interdiction de la torture ou, « fondamentale », comme le droit d'accès à un tribunal, respectivement dans les affaires *Al-Adsani* ou *Jones c.*

Royaume-Uni. Pour remédier à cette triste reconnaissance et éviter le déni de justice, l'harmonisation du régime actuel des immunités avec le droit au juge s'impose et suppose le resserrement législatif des immunités à l'aune de ce droit d'une importance et d'un contenu précis, surtout que rien n'entrave les États de légiférer en la matière en circonscrivant notamment la compétence internationale du juge de l'État du for.

447. Dans un autre sens, les actes de gouvernement motivent parfois la Cour à opposer une fin de non-recevoir à certaines demandes des justiciables. Ces actes ont une nature fonctionnelle manifeste, d'une part, dans l'immunité juridictionnelle caractérisant leur conception évolutive en partant d'une motivation politique dans la théorie du but politique jusqu'à une motivation pragmatique actuelle dans une approche pragmatique et, d'autre part, dans leur prégnance principalement quant à la question des rapatriés d'Algérie ou de leurs descendants en France s'expliquant dans les multiples préjudices qu'ils ont subis et leur nombre. En réalité, ces actes obstruent l'accès à la Cour en rendant impossible le droit à l'indemnisation de ces rapatriés malgré leur expropriation : c'est l'exemple dans les affaires *S.C et Teytaud c. France*, puis récemment avec l'affaire *Tamazount* devant la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme. Ces entraves expriment clairement un choix politique de la Cour en soutien à la France. La Cour n'étant pas investie pour faire de la politique ou causer un déni de justice, l'urgence qu'elle impose la présomption de réciprocité aux États membres dans leurs rapports avec les États et aussi qu'elle rompe sans équivoque avec la doctrine de l'acte de gouvernement est apparue comme un dénouement viable. Au-delà des rapatriés d'Algérie, le déni de justice par la Cour quant à ces actes persiste par le constat récent de l'approbation dans l'affaire *Levrault* d'un refus de renouveler le détachement d'un magistrat au nom d'une convention franco-monégasque de manière à éviter de juger le système judiciaire monégasque dans sa dépendance au pouvoir exécutif. Pour les règles de prescription, rechercher leurs fondements pour comprendre l'obstruction qu'elles causent à l'accès au juge a démontré leur inséparabilité des règles du droit, leurs indistinction et fondements communs en droit international et européen comme dans les droits nationaux. La preuve de l'entrave créée s'est illustrée avec l'affaire *Stubbings et al. c. Royaume-Uni* dont la critique révèle l'atteinte substantielle au droit d'accès au juge par une interprétation contestable de la Cour. Face à ce manquement, l'adaptation du droit de prescription aux exigences du droit au juge apparaît importante mais non jusqu'à

consacrer l'imprescriptibilité notamment s'agissant des sévices sexuels sur enfants, si ce n'est l'interdiction d'une prescription automatique.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

448. Au terme de cette première partie, le déni de justice structurel par la Cour peut apparaître comme le défaut de protection du justiciable contre l'injustice dans ou en dehors de la juridiction de la Convention et résultant d'une interaction complexe entre les différentes règles de divers ordres juridiques en droit international. En effet, ne pouvant ignorer ces dits ordres et confrontée au défaut d'un pouvoir hétéronome pour garantir l'harmonie et l'efficacité globale du système, parfois, la Cour n'assure pas suffisamment son contrôle des droits conventionnels des requérants pour ne pas perturber ses rapports structurels avec l'ordre juridique international et les ordres juridiques nationaux. Par conséquent, le déni de justice structurel par la Cour est lié à sa volonté de préserver ces ordres.
449. D'une part, pour préserver l'ordre juridique international, la Cour s'abstient de contrôler la garantie des droits de la Convention pour sauver l'intégrité soit de l'ordre universel de manière générale, soit de l'ordre de l'Union de façon particulière.
450. En premier lieu, la Cour protège l'ordre universel, notamment dans le cadre de l'ONU en se fondant formellement sur la nature de ses actes. Pour ce faire, la Cour non seulement évite de hiérarchiser entre la Convention et la Charte onusienne qui souligne clairement sa primauté sur les autres engagements internationaux que consolide la jurisprudence, mais elle essaie aussi d'harmoniser ces deux textes au désavantage de la primauté de la Convention qui est pourtant l'instrument spécial et le plus protecteur en matière des droits de l'homme. En évitant une hiérarchisation entre la Charte onusienne et la Convention, le contrôle de la Cour devient pratiquement moins ouvert aux requêtes liées au maintien de la paix, souvent, pour des raisons critiquables d'incompétence en raison du lieu ou de la personne, à l'instar des affaires *Berhami* et *Saramati* ainsi que *Stichting mothers of Srebrenica* et *Béric*. Pour parer à ce problème, la Cour devrait engager la responsabilité de l'Etat quand de voies de recours alternatifs font défaut au sein de l'organisation onusienne.
451. Hors du cadre onusien, la Cour paraît non accessible aux requérants quant aux requêtes impliquant les actes de certaines organisations internationales ou des actes

interétatiques. Pour ne pas contrôler les actes des organisations internationales, la Cour se fonde en apparence sur le respect du droit international et des droits internes, la non-application de la compétence extraterritoriale et l'immunité juridictionnelle de celles-ci. Cependant, en réalité, ce refus s'explique par le régionalisme de la Convention et l'obligation de coopération internationale qui ne sont pas du moins des notions figées en droit conventionnel européen des droits de l'homme. En effet, pour éviter le déni de justice, le dépassement de ces dernières notions est possible dans l'application extraterritoriale de la Convention, l'exigence d'assurer le contrôle de proportionnalité et la mise en place d'une voie de recours alternatifs et impartiaux. Concernant certains actes interétatiques, le refus de contrôle par la Cour peut se fonder soit sur la rémanence de l'immunité d'exécution des États ou la présence de clause limitative temporelle de la compétence juridictionnelle. Ces fondements poussent souvent la Cour à l'arbitraire pour nier l'exception à l'immunité d'exécution ou décider en défaveur de la clause limitative dans le temps. Pour ne pas en arriver là, la Cour devrait prendre en compte le fait générateur pour établir les responsabilités dans les demandes qui lui sont adressées, mais aussi être modérée.

452. En second lieu, pour sauvegarder l'ordre de l'Union, la Cour ne contrôle pas, en principe, les actes des institutions de cette organisation impliqués dans les requêtes. Ce traitement d'exception tient au défaut de l'Union d'adhérer formellement à la Convention et à la reconnaissance par la Cour d'une présomption de conventionnalité du droit de cette organisation par le biais de la théorie d'équivalence de protection. Historiquement, l'Union n'a pas encore adhéré à la Convention parce qu'au départ, à l'époque des communautés européennes, son objectif économique avait ignoré complètement l'interférence avec les droits de l'homme et, quand bien même l'évidence de cette interférence s'est manifestée par la suite, l'interrogation subsiste quant à la place de la Convention et sa nature « ambiguë » en droit de l'Union. En réalité, protéger l'ordre de l'Union mène - dans certaines affaires – *CFDT, Bosphorus et Établissements Biret et Cie et Biret International* - impliquant les actes de ses institutions devant la Cour au constat de leur contrôle dilué. Cette réalité part de l'époque communautaire, pour diverses raisons comme la protection de l'intégration communautaire, le respect de la présomption de conventionnalité même face à l'insuffisance législative manifeste menant au déni de justice. La dilution du contrôle faisant grief à la protection des droits conventionnels des requérants devrait se

corriger par la mise en cause de la responsabilité individuelle ou collective des Etats ou l'attente de manifestation d'une adhésion de l'Union à la Convention dont l'importance et la portée ne justifieraient plus un traitement différencié des actes de droit dérivé de cette organisation.

453. D'autre part, ayant inévitablement le principe de subsidiarité en vue, la Cour délaisse la protection des droits de la Convention en commettant le déni de justice pour préserver les structures juridiques nationales. A cet égard, elle s'appuie non seulement sur la situation d'état d'urgence et les immunités étatiques, mais aussi sur les actes de gouvernement et les règles de prescription.
454. En théorie, le contexte d'état d'urgence compromet l'accès à la Cour à cause de l'équivocité de son régime souple en droit conventionnel et d'un contrôle à géométrie variable de la très large marge d'appréciation nationale. En réalité, pour les demandes en la matière, le contrôle des droits conventionnels par la Cour est gravement insuffisant: elle peut priver les requérants de garanties procédurales en reconnaissant irrégulièrement la restriction de liberté pendant un conflit armé international comme dans l'affaire *Hassan contre Royaume-Uni*, ou elle peut valider le refus de droit au recours consécutivement à une relocalisation d'une juridiction après la perte du contrôle effectif du territoire par un Etat comme dans l'affaire *Khlebiuk c. Ukraine*. Un tel manquement peut se dénouer si elle parvient à assurer un juste équilibre dans la restriction des droits de l'homme en période d'urgence.
455. S'agissant des immunités étatiques, elles obstruent l'accès à la Cour en principe de deux manières. Chronologiquement, cet obstacle résulte de l'incertitude juridique causée par le rejet de multiples socles historiques et de l'indécision dans la doctrine et la jurisprudence entre la souveraineté et la courtoisie comme fondement de ces immunités. En outre, l'entrave découle du fondement politique certain de ladite immunité dans la courtoisie entre les Etats, une certitude qui exige que soit forcément recherché un fondement juridique. Concrètement, l'entrave d'accès à la Cour se manifeste dans son choix douloureux et répété de reconnaître que l'immunité interne prime sur les droits conventionnels au point d'écarter un droit de nature impérative, comme l'interdiction de la torture, ou, d'essence fondamentale, comme le droit d'accès à un tribunal en promouvant quasiment l'impunité, et ce, respectivement dans les jurisprudences *Al-Adsani* et *Jones contre le Royaume-Uni*. Pour conjurer une telle

obstruction, il faudrait harmoniser le régime actuel des immunités avec le droit au juge, mais aussi resserrer législativement ces immunités en vertu de ce dernier droit par un contenu précis, spécifiquement, parce que rien ne devrait empêcher l'Etat de légiférer sur les immunités quand il restreint la compétence internationale du juge de l'Etat du for.

456. Le déni de justice par la Cour rattaché aux actes de gouvernement s'explique en principe par la nature fonctionnelle et en pratique par le défaut de contrôle des droits conventionnels du requérant confronté à ces dits actes. Dans sa nature, l'acte de gouvernement comporte certains attributs et la conception de son injusticiabilité a évolué motivée par un but politique, celui de défendre la société ou l'intérêt général vers un but pragmatique, celui de gouverner. Ainsi conçue, la question de l'acte de gouvernement caractérise énormément la situation des rapatriés d'Algérie. En pratique, l'invocation de l'acte de gouvernement empêche la Cour de contrôler les droits conventionnels qu'il prive aux requérants. En effet, c'est le cas du droit à l'indemnisation longtemps dénié aux rapatriés d'Algérie dans les affaires *S.C* et *Teytaud* par le jeu des Accords d'Evian, manifestant ainsi le choix d'une jurisprudence davantage politique que juridique dont le terme passe par la nécessité d'imposer la présomption de réciprocité aux États dans leurs rapports mutuels pour sauvegarder les droits conventionnels. Il n'y a pas que le droit à l'indemnisation qui était dénié et si aujourd'hui il semble qu'on y a remédié en reconnaissant le droit à l'indemnisation des descendants de ces rapatriés d'Algérie dans l'affaire *Tamazount*, le droit d'accès au juge demeure absolument entravé par l'acte de gouvernement. Bien plus, il y a aussi avec l'affaire *Levrault* le refus de garantir le droit de renouveler le détachement d'un magistrat cachant tout simplement le refus par la Cour de juger le système judiciaire monégasque qui manque au principe d'indépendance. De telles entraves n'exigent finalement qu'une rupture claire de la Cour avec la théorie des actes de gouvernement pour éviter le déni de justice.
457. Enfin, sur les règles de prescription, le déni de justice en la matière provient de l'obstruction qu'elles créent à l'accès au juge, notant surtout qu'elles sont inséparables des règles du droit et qu'on ne peut pas distinguer leurs fondements en droit international et européen ainsi que dans les droits nationaux. L'entrave réelle à l'accès au juge s'illustre avec l'affaire *Stubbings et al. c. Royaume-Uni* qui révèle en vrai une violation substantielle au droit d'accès au juge contrairement aux conclusions

de la Cour dont l'interprétation est contestable en vertu de la Convention. Comme dénouement en la matière, le droit de prescription devrait s'adapter aux exigences du droit au juge en interdisant toute prescription systématique, mais pas jusqu'à reconnaître l'imprescriptibilité, notamment quant aux sévices sexuels sur les enfants.

458. Telle est l'analyse du déni de justice structurel par la Cour. En outre, il existe une autre forme de déni dont la Cour est auteure, à savoir, le déni de justice juridictionnel.

DEUXIÈME PARTIE : LA COUR EUROPENNE DES DROITS DE L'HOMME AUTEURE DE DÉNI DE JUSTICE JURIDICTIONNEL

459. Sans s'opposer totalement aux exigences formelles, mais partant sur l'idée qu'aucun système juridique ne se fonde sur une seule méthode de validation, le droit en comparaison avec d'autres systèmes juridiques peut aussi se concevoir là où il existe une « *perception* » par les observateurs des normes et institutions que ces normes sont du droit⁷²². En réalité, une règle peut provenir ou non du droit ; cependant, il demeure constamment un sentiment, un certain regard qu'il est question d'une obligation juridique et que certains assimilent à la conscience du droit, à la conviction, la reconnaissance ou la représentation dans une démarche subjective⁷²³. Cette conception subjective du droit appliquée à l'étude du déni de justice a pour faiblesse le manque de conception totalement objective du droit ou de son déni, ce qui est problématique, notamment quant à reconnaître sa juridicité par distinction à la morale ou la religion et, en plus, elle risque de tout inclure dans le droit ou de tout concevoir comme déni de justice ou de mener à des constats contradictoires sur l'existence de ces derniers⁷²⁴. Cependant, la subjectivité dans l'étude du droit et, spécifiquement ici du déni de justice, peut être pertinente en permettant des constats sur d'autres fondements d'un droit ou d'un déni de justice pouvant être reconnu par les observateurs des règles, à savoir, la société, et par une autre méthode⁷²⁵.

⁷²² Voir J. MATRINGE, « Introduction aux droits africains et au pluralisme juridique en Afrique ». Article consultable en ligne. Consulté le 2 décembre 2024.

⁷²³ Voir Ibid.

⁷²⁴ Quant aux faiblesses de cette méthode, Ripert souligne : « Ce qui est le droit, a dit M. Em. Lévy, c'est ce que nous croyons être le droit ». A prendre au sérieux de telles formules on arrive à fonder le droit sur la croyance générale, c'est-à-dire, et par une singulière perversion de l'esprit, la vérité sur l'erreur commune ». G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 4^{éd.}, 1949, p.290. Voir aussi C. VALCKE, « « Droit » : réflexions sur une définition aux fins de comparaison », in P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résoluments*, PUF, coll. Les voies du droit, Paris, 2009, pp.99-121.

⁷²⁵ « Le pluralisme juridique est concomitant du pluralisme social : l'organisation juridique de la société est congruente avec son organisation sociale. Le « pluralisme juridique » renvoie à l'hétérogénéité normative qui résulte du fait que l'action sociale se déroule toujours dans le contexte de multiples « champs sociaux semi-autonomes » qui se chevauchent, ce qui, on peut l'ajouter, est en pratique une condition dynamique ». Traduction de : « Legal pluralism is a concomitant of social pluralism: the legal organization of society is congruent with its social organization. « Legal pluralism » refers to the normative heterogeneity attendant upon the fact that social action always takes place in context of multiple, overlapping "semi-autonomous social fields", which, it may be added, is in practice a dynamic condition ». J. GRIFFITHS, "What Is Legal Pluralism », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Vol. 24, 1986, pp.1-56, p.38. Aussi, pour SCELLE : « L'étude des sociétés primitives et des

460. La subjectivité prévaut aussi en matière des droits de l'homme où il a déjà été relevé que le principe irrésistible est celui d'éviter absolument la discrimination, et, dans cette perspective, il a été souligné que le déni de justice peut se concevoir comme un « *droit de regard minimum* » sur les conditions dont une juridiction rend la justice et l'interdiction de l'immuniser contre toute volonté d'appréciation externe⁷²⁶. En tant que juridiction, il est important de percevoir la manière dont la Cour rend justice. Par conséquent, le déni de justice juridictionnel par son intermédiaire peut se concevoir comme l'absence de protection du justiciable par la Cour contre l'injustice eu égard essentiellement au droit à un procès équitable envisagé par l'article 6 ou parfois indirectement quant à l'incidence de cette violation sur une autre disposition de la Convention. Sans ambages, les droits de la Convention à appliquer par la Cour concernent l'encadrement des procédures juridictionnelles ou les droits impliqués dans ces procédures, et donc, ils ont une nature procédurale ou substantielle⁷²⁷. Sur le postulat d'une telle distinction, en exerçant son pouvoir juridictionnel, la Cour peut manquer de protéger le justiciable contre l'injustice relativement aux droits de nature procédurale ou substantielle. En effet, cela peut entraîner un déni de justice de nature procédurale (**Titre I**) ou matérielle (**Titre II**).

sociétés modernes nous apprend que le Droit est un produit spontané du milieu social, antérieur et supérieur à toute acceptation, peut-être même à toute conscience claire des individus dont il régit les comportements ». G. SCELLE, Précis de droit des gens, Principes et Systématique, Sirey, Dalloz, Paris, Vol.1, 2008, p.2.

⁷²⁶ Voir F. MEGRET, « Qu'est-ce qu'une juridiction... », article précité, p.195.

⁷²⁷ « Ubi jus, ibi remedium. L'intuition n'a pas échappé aux pères fondateurs de la Convention. A côté des droits purement substantiels conférés aux personnes – le droit au respect de la vie privée, la liberté d'expression, etc., des garanties procédurales leur sont également reconnues, au premier rang desquelles le droit au procès équitable de l'article 6 ». F. TULKENS, « Marie-Aude Beernaert et Frédéric Krenc, Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 2^e éd., Anthémis, Limal, 2023, 254p. », RDH, N°137(1), p.254.

TITRE I : LE DÉNI DE JUSTICE PROCÉDURAL PAR LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

461. Le droit à un procès équitable est un véritable point de rencontre entre les droits puisque l'effectivité des droits substantiels est inconcevable sans sa garantie, étant donné que c'est lui qui assure la « *prééminence* » du droit en démocratie tout en constituant non seulement « *l'ossature* » de l'ordre public européen mais en partageant la consubstantialité avec l'État de droit⁷²⁸. Positionné ainsi au premier rang des exigences procédurales, ce n'est que sur les fondements de ce droit au procès équitable que peut s'appréhender le déni de justice procédural par la Cour. Ce type de déni s'entend comme la violation caractérisée par la Cour du droit à un procès équitable selon l'article 6 et de ses principes manifestant une annulation, une infirmation de la nature même des droits qu'il induit. Véritablement, si en vertu de l'article 6§1 de la Convention, la Cour elle-même soutient que le droit à un procès équitable nécessite une interprétation à l'aune du principe de prééminence du droit qui requiert qu'existe une voie juridictionnelle effective, elle devrait respecter ce principe en évitant d'annuler ou d'infirmer la nature des droits induits par cette disposition⁷²⁹. Généralement, les droits induits par cette disposition ayant une nature civile et pénale, de part et d'autre, il est possible de concevoir, à cet égard, que la Cour soit auteure de déni de justice procédural civil (**Chapitre I**) et de déni de justice procédural pénal (**Chapitre II**).

⁷²⁸ Voir Ibid.

⁷²⁹ « La Cour a déjà déclaré à maintes reprises que le droit à un procès équitable, garanti par l'article 6§1 de la Convention, doit s'interpréter à la lumière de la prééminence du droit, dont l'un des éléments fondamentaux est le principe de la sécurité des rapports juridiques, qui exige que soit assurée une voie judiciaire effective permettant à chaque justiciable de revendiquer ses droits civils (...). Elle rappelle également que la réglementation relative aux formalités et aux délais à respecter pour former un recours vise à assurer la bonne administration de la justice et le respect, en particulier, du principe de la sécurité juridique susmentionné. Cela étant, la réglementation en question, ou l'application qui en est faite, ne doit pas empêcher le justiciable d'utiliser une voie de recours disponible ». Cour EDH, *Beles et autres c. République Tchèque*, arrêt [Sect.2] du 12 novembre 2002, §49.

CHAPITRE I : LE DENI DE JUSTICE PROCEDURAL CIVIL

462. Le déni de justice procédural civil peut s'entendre comme la violation caractérisée de l'article 6§1 particulièrement aux exigences d'équité des procédures en matière civile, en d'autres termes, c'est l'infirmerie par la Cour de la nature civile-même des droits qu'induits cette disposition. Dans l'application de cet article par la Cour, les exigences d'équité des procédures se conçoivent en distinguant un champ strict et un champ large du procès civil. Véritablement, une interprétation selon une approche stricte et large est accolée à l'article 6§1 quant à la procédure civile lorsqu'il énonce que

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil... ».

463. D'une part, de manière stricte, la Cour considère que la procédure conventionnellement est de nature « civile » dès lors qu'elle implique « une contestation » « réelle et sérieuse » « portant sur un droit « civil » reconnu défendable selon le droit national et pour lequel l'issue est déterminante⁷³⁰. Sur cette conception stricte, le déni procédural civil *stricto sensu* par la Cour pourrait donc se concevoir comme l'annulation par elle-même de l'exercice d'un droit de nature « civile », « défendable » nationalement dans une « contestation réelle et sérieuse » dont l'issue est déterminante pour ledit droit (**Section 1**). D'autre part, de façon large, si la Cour conçoit que la nature civile peut s'étendre à d'autres contestations non strictement civiles mais avec certaines implications sur un droit civil, il est possible d'étendre l'infirmerie à une telle extension (**Section 2**).

⁷³⁰ Voir Cour EDH, *Grzęda c. Pologne*, arrêt de [G.Ch.] du 15 mars 2022, N° 43572/18, §257-259 et *Régner c. République Tchèque*, arrêt de [G.Ch.] du 19 septembre 2017, N°35289/11, §99 et *Denisov c. Ukraine*, arrêt de [G.Ch.] du 25 septembre 2018, N°76639/11, §44.

Section 1. L'infirmité de la nature civile d'un droit dans un procès

464. La nature civile *stricto sensu* du droit à un procès équitable tenant à certaines conditions selon l'interprétation de la Cour, la violation caractérisée par la Cour de ce droit en la matière pour un déni de justice ne pourrait tenir en théorie qu'à l'hypothèse de contestation de ces exigences (§1) avant tout constat manifeste (§2).

§1. L'hypothèse d'une dérogation aux conditions d'établissement d'une nature civile du droit à un procès équitable

465. Rappelant que la nature civile *stricto sensu* du droit à un procès équitable exige l'exercice par le requérant d'un droit de nature civile estimé « défendable en droit national dans une contestation réelle et sérieuse, y déroger par la Cour ne peut tenir qu'à l'entorse à l'exigence d'exercice par le justiciable d'un droit de nature « civile » (A), l'« indéfendabilité » de ce droit en droit national (B) et le refus de son rapport à une contestation réelle et sérieuse (C).

A. L'entorse à l'exercice par le requérant d'un droit « civil » au sens conventionnel

466. En principe, la condition d'exercice par le requérant d'un droit « civil » au sens conventionnel devrait toujours dépendre de la conception ci-dessous de la Cour en tant qu'ultime gardienne de la Convention pour éviter l'influence des États. En effet, lorsque la Cour déroge elle-même à cette exigence de manière contestable, cela peut entraîner le déni de justice ou une violation caractérisée du droit à un procès équitable en matière civile pour le requérant. Normalement, selon sa propre conception, l'exercice civil d'un droit en cause « *ne saurait s'interpréter par simple référence au droit interne de l'État défendeur mais doit être considéré comme une notion autonome découlant de la Convention* »⁷³¹. En effet, c'est l'approche autonome de la Cour qui doit s'imposer, abstraction faite de la qualité des parties, de l'essence de la loi qui

⁷³¹ Cour EDH, Grzęda, arrêt précité, §287

règle la « contestation » et de l'autorité habilitée pour juger. Pour la Cour, la nature civile n'est pas controversée dans les litiges entre particuliers en droit privé qui sont qualifiés de civils par le droit interne ; puisque c'est en droit public qu'elle peut s'étendre aux procédures nationales, d'abord, déterminantes pour des droits et obligations de caractère privé relatifs à la protection des droits patrimoniaux ; ensuite, celles impliquant la défense de l'intérêt général, sous-réserve de l'enjeu du recours, de la nature des actes en cause ainsi que de la qualité pour agir des personnes privées ; et enfin, celles administratives contre l'Etat pour faute ou annulation d'acte violant les droits du requérant⁷³². En pratique, pour la Cour, l'aspect « civil » d'un droit ne devrait pas tenir à la qualification juridique mais au contenu substantiel et aux conséquences que lui donne le droit national sans omettre son interprétation par la Cour selon l'objet et le but de la Convention⁷³³.

467. D'une part, pour la Cour, en droit privé, l'aspect civil comprend des droits qu'ont les personnes, dans un sens, de façon individuelle sur le fondement de leur statut d'être humain relativement aux personnes physiques ou de rapprochement à ces dernières quant aux personnes morales, et dans un autre sens, au motif de leurs relations mutuelles de nature affective ou patrimoniale⁷³⁴. De cela, il ressort donc que les droits de « caractère civil » sont ceux rattachés aux droits des personnes : c'est le cas dans l'Affaire *Airey* où, la requérante reproche à l'Irlande l'entrave à l'exercice de son droit à un tribunal, notamment à cause des frais prohibitifs du procès l'ayant empêchée de saisir la *High Court* pour obtenir la séparation du corps avec son mari⁷³⁵. Pour l'issue de cette affaire, la Cour a estimé que l'Irlande a violé le droit à un tribunal et privé la requérante de saisine effective de la *High Court* pour juger un droit civil,

⁷³² Voir respectivement Cour EDH, *Airey*, arrêt précité, §21 (droit privé) ; Cour EDH, *Ringeisen c. Autriche*, arrêt [Ch.] du 16 juillet 1971, N°2614/65, §94 ; *König c. Allemagne*, arrêt [pl.] 28 juin 1978, N°6232/73, §94-95 ; *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, arrêt [Pl.] du 23 septembre 1982, N°7152/75, §79 et *Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie*, arrêt [G.Ch.] du 29 novembre 2016, N° 76943/11, §§71-73 (détermination dans la protection des droits patrimoniaux) ; Cour EDH, *Barosu Baskanligi et autres c. Turquie*, arrêt [Sect.2] du 19 juin 2018, N°25680/05, §§127-128 (défense de l'intérêt général sous-réserve) ; Cour EDH, *X c. France*, arrêt [Ch.] du 31 mars 1992, N°18020/91 et Cour EDH, *Geoffre de la Pradelle c. France*, arrêt [Ch.] du 16 décembre 1992, N°12964/87 (procédures administratives contre l'Etat pour faute et en annulation d'une décision administrative). Effectivement, en se référant aux droits de « caractère civil », les rédacteurs de la Convention imaginaient sans aucun doute ériger une distinction manifeste entre les litiges de droit privé et ceux de droit public, mais c'était sans prévoir le progrès imminent que va connaître l'Europe. Voir P. GILLIAUX, *Droit (s) européen (s) à un procès équitable*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p.140.

⁷³³ Cour EDH, *Evers c. Allemagne*, arrêt [Sect. 4] du 28 mai 2020, N° 17895/14, §65 et *König c. Allemagne*, arrêt [Pl.] du 28 juin 1978, N°6232/73, § 89.

⁷³⁴ Voir P. GILLIAUX, *Droit (s) européen (s) à un procès équitable*, op.cit., p.140.

⁷³⁵ Voir Cour EDH, *Airey*, arrêt précité, §§20 et 21.

celui de séparation de corps⁷³⁶. Sans controverse, le droit à la séparation de corps devant un tribunal manifeste un droit de nature civile puisqu'il intègre la matière familiale, un domaine strictement privé selon l'article 8 de la Convention.

468. Pour la Cour, autrement dit, l'aspect civil peut concerner des litiges en matière d'arbitrage. C'est le cas dans la jurisprudence *Mutu et Pechstein c. Suisse* où deux requérants contestent deux sentences arbitrales les visant en sanctionnant l'un à verser des dommages-intérêts et en suspendant l'autre pour deux ans, des contestations dont la Cour considère les droits en cause comme étant de nature « civile », parce que, d'un côté, d'essence patrimoniale en résultant d'un rapport contractuel entre personnes privées, et de l'autre côté, impliquant un droit de pratiquer une profession⁷³⁷. Bien plus, les droits de nature civile peuvent concerner : les droits de la personnalité à l'instar du droit à l'intégrité physique ou du droit à la réputation, le droit au respect du domicile, les droits d'un prisonnier contestant les conditions de détention, le droit à l'indemnité quant à une action en responsabilité civile qu'elle soit d'essence contractuelle ou extracontractuelle, les litiges liés à la pratique d'une activité commerciale, d'une profession privée ou profession libérale, le droit de propriété, les recours contre les décisions de l'administration autorisant de bâtir sur le bien ou son exploitation eu égard à des difficultés environnementales⁷³⁸.
469. D'autre part, pour la Cour, l'implication d'une autorité publique n'exclut absolument plus le caractère civil d'un droit ; certains facteurs, notamment la perception de la société civile évoluant sur la façon d'administrer par son désir de contribuer non passivement à l'action administrative, sans oublier l'attention de la Cour sur le fait qu'un droit peut donner à toute personne possédant un intérêt à agir à le réclamer devant les juridictions nationales, ont rendu poreuses les barrières séparant le droit privé et public⁷³⁹. Par conséquent, en droit public, la nature civile marque des contentieux dont le terme peut être déterminant pour des droits d'essence privée ou sauvegardant des « droits patrimoniaux. Effectivement, pour la Cour, selon la

⁷³⁶ Voir Ibid., §28.

⁷³⁷ Voir Cour EDH, *Mutu et Pechstein c. Suisse*, arrêt [Sect.3] du 2 Octobre 2018, Nos 40575/10 et 67474/10, §§56-59. Voir également Cour EDH, *Xavier Lucas c. France*, arrêt [Sect.5] du 9 juin 2022, N° 15567/20, §§30-32.

⁷³⁸ Voir P. GILLIAUX, op.cit., pp.140-142.

⁷³⁹ Voir P. LAMBERT, « La Cour européenne des droits de l'homme-année 2000 », JTDE., 2001, p.37 et Cour EDH, *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox- Collectif stop Melox et Mox c. France*, décision du 28 mars 2006, N°75218/01.

jurisprudence *Bilgen c. Turquie*, la nature « civile » ne s'arrête pas à l'objet immédiat du litige et peut couvrir des affaires qui ne semblent pas d'emblée concerner un droit civil mais qui peuvent avoir des répercussions directes et importantes sur un droit pécuniaire ou non pécuniaire privé appartenant à un individu⁷⁴⁰. C'est l'exemple, selon cette dernière jurisprudence, des contestations disciplinaires liées au droit d'exercice d'une profession, mais encore des litiges rattachés – au droit à un environnement sain, aux modalités de détention des détenus ou au droit d'un détenu à un entretien confidentiel en face à face avec un avocat hors du procès pénal, au droit d'accès aux documents de l'enquête, à la non-inscription d'une condamnation au casier judiciaire, à l'application d'une mesure préventive non privative de liberté, à la révocation de l'habilitation de sécurité d'un fonctionnaire au sein du ministère de la défense⁷⁴¹.

470. Alors qu'elle devrait s'en tenir à cette interprétation de l'exercice par le requérant d'un droit « civil », il arrive exceptionnellement et malheureusement qu'elle s'écarte de cette approche autonome parce qu'elle s'en tient aux conceptions nationales de l'exercice d'un tel droit. Par conséquent, d'une telle interprétation contestable de l'exercice d'un droit de caractère civil dans certaines affaires peut parfois résulter le déni de justice.
471. L'exigence d'exercice d'un droit civil n'est pas l'unique condition, la nature civile d'un droit exige aussi qu'il soit défendable au niveau national. A cet égard, le déni de justice *stricto sensu* par la Cour ou autrement sa violation caractérisée du droit à un procès équitable supposerait alors qu'elle conteste le caractère défendable du droit en cause en droit national.

B. L'indéfendabilité du droit civil du justiciable en droit national

472. L'indéfendabilité pour la Cour du droit civil du justiciable en droit national ne peut se comprendre que comme le non-respect de l'exigence établie par elle-même et développée ci-dessous, à savoir qu'en matière civile, il faut en plus de la nature civile,

⁷⁴⁰ Cour EDH, *Bilgen*, arrêt précité, §65.

⁷⁴¹ *Idem*.

le revêtement par le droit en cause d'un caractère défendable en droit national. Sans ambages, selon la Cour, pour un caractère défendable, « *il faut qu'il y ait contestation sur un « droit » que l'on peut prétendre, au moins de manière défendable, reconnu en droit interne, que ce droit soit ou non protégé par la Convention* »⁷⁴². Ainsi donc, l'indéfendabilité va supposer le refus par la Cour de l'existence d'une contestation quant à un droit présumé défendable en droit national. Si la défendabilité s'explique par le fait que la Cour prend en compte sa fonction subsidiaire visant logiquement à s'assurer que son contrôle ne concerne que la conformité des mesures nationales aux exigences de la Convention, l'indéfendabilité du droit en cause devant elle va incidemment induire la non-prise en compte de ladite fonction. En d'autres termes, la Cour va opter pour ignorer cette condition là où en principe elle « (...) *ne saurait ignorer les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'Etat qui, en qualité de Partie contractante, répond à la mesure contestée (...) [ni] ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes* »⁷⁴³. Certainement, là où sauvegarder les droits et libertés conventionnels reposerait sur un partage de compétences entre deux échelons de souveraineté, national et supranational, se complétant, la Cour va raisonner inversement⁷⁴⁴. Dans cette optique, alors qu'elle le devrait, la Cour ne va pas vérifier la base légale en droit national du droit matériel invoqué par le requérant : pratiquement, elle ne va pas examiner les dispositions du droit national pertinent et leur interprétation par les juridictions nationales en conformité avec la Convention et accessoirement avec des dispositions du droit international ou des valeurs communes du Conseil de l'Europe intégrables au droit national et qui s'imposent aux juridictions nationales⁷⁴⁵. En effet, la Cour pourrait par

⁷⁴² Cour EDH, *Boulois c. Luxembourg*, arrêt [G.Ch.] du 2012, N°37575/04, §90 ; *Denisov*, arrêt précité, §44 et *Bilgen*, arrêt précité, §§ 56 et 63.

⁷⁴³ Cour EDH, affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique (fond), arrêt [Pl.] du 23 juillet 1968, Nos 1474/62 ; 1677/62 et autres, §10.

⁷⁴⁴ « La garantie commune des droits et libertés repose en Europe sur une répartition de compétences entre deux niveaux de souveraineté : le niveau national – où réside la souveraineté originaire des Etats groupes au sein du Conseil de l'Europe – et le niveau supranational constitué par le système de contrôle mis sur pied par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et où s'est enracinée, pour reprendre l'expression de P.H. Teitgen, la souveraineté de la morale et du droit. Loin d'être indépendants l'un de l'autre, ces deux niveaux se complètent ». M. DE SALVIA, « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) émerger à la marge d'appréciation ? ». In P. MAHONEY, F. MATSCHER, H. PETZOLD, L. WILDHABER, *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, 2000, p.373.

⁷⁴⁵ Voir Cour EDH, *Károly Nagy c. Hongrie* [G.Ch.], 14 septembre 2017, N°56665/09, §§60-61 ; *Roche c. Royaume-Uni* [G.Ch.], 19 octobre 2005, N°32555/96, §§119 et *Boulois*, arrêt précité, §91 (vérification de la base légale en droit national du droit matériel) ; *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* [G.Ch.] du 21 juin 2016, N°5809/08, §97 et *Regner c. République Tchèque*, arrêt précité, §100 (examen principal du droit interne) ;

exemple nier l'atteinte à l'article 6§1 parce qu'elle ne trouve pas qu'un droit à un congé revendiqué par le requérant soit un droit défendable⁷⁴⁶. De même, elle pourrait rejeter une requête en niant qu'un service donné, selon le droit interne comme interprété par les juridictions nationales, soit un droit « défendable »⁷⁴⁷.

473. La dénégation du caractère défendable d'un droit en matière civile par la Cour est problématique parce qu'elle crée un double système juridique dans les États membres en violation de leur souveraineté la plus basique et en plaçant certains litiges hors de leur portée sans leur avis, ce qui prive les citoyens de protection judiciaire, pourtant une obligation positive pour les États⁷⁴⁸. Pour transcender cet écueil, l'interprétation stricte par les juridictions suprêmes nationales pourrait se fonder sur la jurisprudence de la Cour et ses principes pour la lier, hormis en cas de constat d'arbitraire manifeste⁷⁴⁹. En revanche, lorsqu'elle n'est pas liée par l'interprétation nationale, la Cour pourrait néanmoins tenir compte de l'aspect « *discrétionnaire* » des pouvoirs d'interprétation des juridictions nationales, mais, cela sans induire que toute marge d'appréciation nationale écarte *ipso facto* l'existence d'un droit défendable⁷⁵⁰. Dans cette perspective, lorsqu'il y a une réforme législative, pour établir l'existence ou non en droit national d'un droit défendable, la Cour devrait considérer que cette question ne puisse se résoudre sur le fondement de la nouvelle législation⁷⁵¹.
474. Par ailleurs, si la Cour peut reconnaître un droit défendable dans le cadre d'une contestation portant sur une décision discrétionnaire violant les droits du requérant, l'indéfendabilité dans ce cas serait le refus d'une violation des droits du requérant par une telle décision⁷⁵². Parfois, lorsqu'il arrive que, sans reconnaissance nationale d'un

Naït-Liman c. Suisse, arrêt précité, §116 et 118 (compatibilité avec la Convention et examen accessoire) et Bilgen c. Turquie, arrêt précité, §§53 et 62-64.

⁷⁴⁶ Voir Cour EDH, Boulois, arrêt précité, §§95, 104 et 105 (A contrario)

⁷⁴⁷ Voir Cour EDH, Károly Nagy, arrêt précité, §§77 et 78.

⁷⁴⁸ Voir Opinion dissidente commune aux juges SAJO, LOPEZ GUERRA, TSOTSORIA et LAFFRANQUE dans l'affaire Károly Nagy.

⁷⁴⁹ Voir respectivement Ibid., §§60 et 62 ; Cour EDH, Z et autres c. Royaume-Uni, arrêt [G.Ch.] du 10 mai 2001, N° 29392/95, §89 et Cour EDH, Markovic et autres c. Italie, arrêt [G.Ch.] du 14 décembre 2006, N°1398/03, §§100-102.

⁷⁵⁰ Voir respectivement Cour EDH, Boulois c. Luxembourg, arrêt précité, §93 et Pudas c. Suède, arrêt [Ch.] du 27 octobre 1987, N° 10426/83, §34.

⁷⁵¹ Cour EDH, Grzęda c. Pologne, arrêt précité, §285 et Baka c. Hongrie, arrêt [G.Ch.] du 23 juin 2016, N° 20261/12.

⁷⁵² Voir Cour EDH, Obermeier c. Autriche, arrêt [Ch.] du 28 juin 1990, N°11761/85, §69-72. Dans cette affaire, sans aucun doute, le droit national visé ne contenait pas une clause substantielle précise sur les décisions de deux autorités administratives et, de ce silence textuel, une juridiction administrative de recours en toute discrétion s'est arrogé le pouvoir de juger de la légalité des dites décisions alors que le droit du requérant était de nature civile et

droit subjectif ou matériel, la Cour soutienne l'existence d'un droit défendable dans un droit procédural pouvant procurer un avantage ou un privilège en créant un droit civil, l'indéfendabilité serait le fait qu'elle nie la violation des droits du requérant par certaines décisions internes, administratives et discrétionnaires, d'octroi ou de refus d'un avantage ou privilège pour lesquelles la loi accorde à l'administré le droit d'action en justice pouvant mener jusqu'à leur - illégalité et annulation⁷⁵³. En revanche, pour la Cour, la tolérance à commettre un acte illégal et l'octroi d'un avantage ou d'une promesse par une législation ne prévoyant pas la possibilité de contestation en justice sans reconnaître un droit ne constituent pas des droits défendables⁷⁵⁴.

475. La distinction entre ce qui, au niveau national, relève de la nature procédurale et de l'ordre substantiel est déterminante quant à la détermination du caractère défendable ou non d'un droit selon la Cour conformément à l'article 6§1 de la Convention⁷⁵⁵. Si pour la Cour, l'aspect défendable ne saurait s'étendre aux limitations substantielles d'un droit consacré par la législation nationale, l'indéfendabilité impliquerait donc la validation de telles limitations⁷⁵⁶. Si la « *défendabilité* » du droit empêche de soustraire un droit à la compétence des juridictions internes sur certaines actions civiles ou d'exonérer certaines personnes de leur responsabilité et promeut également l'évolution du droit en assurant aux revendications créatrices ou à la marge nationale le bénéfice d'une justice ; l'« *indéfendabilité* » va en revanche permettre cette soustraction⁷⁵⁷. Aussi, supposant que la vérification du caractère défendable d'un droit par la Cour permet en principe d'exclure la reconnaissance de la réalité d'un droit potentiellement incompatible avec les principes fondamentaux, l'indéfendabilité

ne pouvait se prêter à un contrôle judiciaire aussi limité en ignorant complètement la réalité. En outre, pour un requérant suspendu injustement par son employeur, il serait utile pour l'Etat autrichien de lui assurer en toute célérité un contrôle judiciaire concernant la légalité de la mesure le suspendant. Voir également Cour EDH, Mats Jacobsson c. Suède, arrêt [Ch.] du 28 juin 1990, N°11309/84, §32.

⁷⁵³ Voir Cour EDH, Régner, arrêt précité, §105. Dans cette affaire, le requérant ne disposait pas du droit d'obtenir une attestation de sécurité devant être délivrée par l'administration mais qui, une fois délivrée pour son entrée en fonction au ministère de la Défense, lui conférerait le droit de s'opposer à sa révocation. Voir aussi Mirovni Institut c. Slovénie, arrêt [Sect.4] du 13 juin 2018, N°32303/13, §§28-30.

⁷⁵⁴ Voir Cour EDH, De Bruin c. Pays-Bas, décision [Sect.3] du 17 septembre 2013, N°9765/09, §58 ; Boulois c. Luxembourg, arrêt précité, §§96 et 101 ; Roche c. Royaume-Uni, arrêt précité, §§122-125 ; Masson et Van Zon c. Pays-Bas, arrêt [Ch.] du 28 septembre 1995, Nos 15346/89 et 15379/89, §§49-51 et Ankarcrona c. Suède, décision [Sect.1] du 27 juin 2000, N° 35178/97.

⁷⁵⁵ Voir Cour EDH, Károly Nagy, arrêt précité, §§60-61.

⁷⁵⁶ Voir Cour EDH, Roche c. Royaume-Uni, arrêt précité ; Boulois c. Luxembourg, arrêt [Gr. Ch.] précité et Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie, arrêt [Gr.Ch.] du 29 novembre 2016, N° 76943/11, §100.

⁷⁵⁷ Voir P. GILLIAUX, op.cit., pp.136 et 137.

approuve cette réalité⁷⁵⁸. Le constat de l'indéfendabilité d'un droit en droit national reprochable à la Cour va rester contextuel et contingent, puisque, le contexte interne est variable, car ce qui est défendable à un tel moment ne le sera pas à un autre à la suite des éclaircissements législatifs ou jurisprudentiels ou du droit international ainsi que d'un consensus élargi dans la pratique des États à la Convention⁷⁵⁹.

476. Au-delà de l'indéfendabilité du droit civil en cause en droit national, le refus d'une contestation réelle et sérieuse par la Cour peut entraîner le déni de justice procédural civil *stricto sensu* dont l'évitement dépend de la condition de reconnaissance d'une telle contestation.

C. Le refus d'un rapport à une contestation réelle, sérieuse à issue déterminante pour le droit civil en cause

477. Au-delà de sa nature civile au sens conventionnel mais également d'être défendable en droit national, selon la Cour, le droit en cause au sens strict doit être en rapport avec une « *contestation* » d'une dimension « *réelle et sérieuse à issue déterminante* ». Bien au contraire, nier ce rapport dans les litiges qui lui sont présentés peut entraîner la Cour au déni de justice procédural *stricto sensu* conformément aux exigences du droit à un procès équitable. En principe, pour la Cour, il n'y a pas contestation dans une procédure non contentieuse et unilatérale portant exclusivement sur des situations de défaut de litige liées aux droits qui manquent d'intérêts contradictoires en jeu, ni dans des procédures d'enquête pour établir et consigner des faits pouvant postérieurement servir de fondement à l'action d'autres autorités habilitées qu'elles soient de poursuite, réglementaires, disciplinaires ou législatives⁷⁶⁰. En revanche, considérant que « *L'esprit de la convention commande de ne pas prendre ce terme dans une acception trop technique et d'en donner une définition matérielle plutôt que formelle...* », la contestation pour la Cour exige normalement d'aller au-delà des apparences et du vocabulaire utilisé pour comprendre la réalité ressortant des

⁷⁵⁸ Voir Ibid., p.137.

⁷⁵⁹ Voir Ibid., p.138.

⁷⁶⁰ Voir Cour EDH, Alaverdyan c. Arménie, décision [Sect.3] du 24 Aout 2010, N°4523/04, §35 et Fayed c. Royaume-Uni, arrêt [Ch.] du 21 septembre 1994, N° 17101/90, §61.

circonstances de chaque affaire⁷⁶¹. Par conséquent, dans l'optique du refus d'une contestation réelle et sérieuse, la Cour va parfois s'en tenir à une acception technique de la contestation et ne va pas dépasser les apparences et le vocabulaire employé pour cerner la réalité découlant du contexte de chaque cas.

478. De façon réelle et sérieuse, d'une part, la contestation implique en matière civile *stricto sensu* de dépasser l'idée de deux prétentions ou demandes contradictoires et de considérer un « *différend* » dans sa double dimension - juridique et factuelle⁷⁶². Pour l'illustrer, dans l'affaire *Cipolletta*, le requérant a reproché à l'État italien la violation de l'article 6 pour la durée excessive d'une procédure en liquidation administrative en obtenant gain de cause devant la Cour qui a estimé que l'Etat défendeur n'a pas factuellement et avec conviction justifié une telle durée, à savoir vingt-cinq ans de procédure⁷⁶³. De même, dans l'affaire *Le Compte, Van Leuven et Demeyere*, il est reproché à la Belgique par les requérants d'avoir porté atteinte à l'article 6§1 pour l'incompétence de sa cour de cassation à examiner le fond de l'affaire ; ceci a eu pour conséquence l'écartement de plusieurs aspects de la contestation de nature civile en cause, cette déficience n'a pas pallié le défaut de publicité reproché dans les procédures précédant la cassation⁷⁶⁴. La dimension sérieuse de la contestation est présumée du moment que celle-ci est portée devant un tribunal, mais cette présomption est renversable, notamment quand une action n'a ostensiblement aucune chance d'aboutir en raison, par exemple, quand il y a des données certaines qu'elle est inutile, insultante ou sans fondement⁷⁶⁵. A l'inverse, d'autre part, le refus par la Cour du caractère réel et sérieux de la contestation dans son rapport va simplement induire le non-dépassement de l'idée de deux prétentions ou demandes contradictoires et la non-considération d'un « *différend* » dans sa dimension juridique et factuelle.

⁷⁶¹ Voir Cour EDH, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, arrêt [Pl.] du 23 juin 1981, Nos 6878/75 et 7238/75, §45, Cour EDH, *Gorou c. Grèce (N°2)*, arrêt [G.Ch.] du 20 mars 2009, N°12686/03, §29 et Boulois, arrêt précité, §92, *Moreira de Azevedo c. Portugal*, arrêt [Ch.] du 23 octobre 1990, N° 11296/84, §66 et *Miessen c. Belgique*, arrêt [Sect.2] du 18 octobre 2016, N°31517/12, §43.

⁷⁶² Voir Cour EDH, *Cipolletta c. Italie*, arrêt [Sect.1] du 11 avril 2018, N°38259/09, § 31 ; *Miessen c. Belgique*, arrêt précité, §43 ; *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, arrêt précité, §45 et Cour EDH, *Naït-Liman c. Suisse*, N°51357/07, 15 mars 2018, §107 et F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2019, p.561.

⁷⁶³ Voir Cour EDH, *Cipolletta*, arrêt précité, §§19 et 43-45.

⁷⁶⁴ Voir Cour EDH, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, arrêt précité, §§ 39 et 59-61.

⁷⁶⁵ Voir Cour EDH, *Rolf Gustafson c. Suède*, arrêt du 1er juillet 1997, N°23196/94, §39 ; *Kaukonen c. Finlande*, décision [Pl.] du 8 décembre 1997, N°24738/94 et *Jesus Mafra c. Portugal*, décision [Sect.4] du 18 janvier 2001, N°43684/98.

479. De plus, « à issue déterminante » pour le droit en cause, la contestation doit avoir une incidence directe sur le droit civil en cause du requérant et impliquer, en cas de reproche à l'Etat et à la Cour, de démontrer un faible lien ou des incidences indirectes entre le dommage et le droit en cause pour se dédouaner et, à l'inverse, pour le justiciable, de prouver un préjudice personnel, précis et imminent quant à la violation d'un droit civil⁷⁶⁶. Le refus de l'issue déterminante par la Cour va dénier l'incidence directe sur le droit civil en cause du requérant et va l'empêcher de se dédouaner parce qu'elle ne peut pas démontrer un faible lien ou des incidences indirectes entre le droit en cause et le dommage, là où le justiciable prouve un préjudice personnel, précis et imminent sur l'atteinte à son droit civil. Dans cette visée, là où classiquement une contestation disciplinaire ne remettant pas en question directement le droit à poursuivre l'exercice de sa profession n'est pas déterminante selon l'article 6§1 parce qu'elle exige qu'intervienne une autre procédure, la Cour pourrait reconnaître cette remise en cause⁷⁶⁷. Cependant, sur une contestation sur la nomination au poste brigué par le requérant d'un autre candidat poursuivant le droit à une promotion légale et équitable où elle était déterminante pour la Cour, cette dernière pourrait conclure le contraire⁷⁶⁸. De même, si la Cour a toujours estimé qu'une procédure pour rétablir la capacité juridique d'un individu est directement déterminante pour ses droits de nature civile ; en cas de refus dans une situation, elle conclurait le contraire⁷⁶⁹. Définitivement, quand un requérant révoqué de sa fonction de président d'une cour administrative d'appel pour mauvaise gestion de cette fonction administrative conserve sa fonction de juge dans cette même juridiction, si la Cour souligne que la contestation relative à l'exercice de son droit d'occuper cette fonction administrative pour laquelle il a été choisi pour un quinquennat a un caractère sérieux étant donné le rôle reconnu à un président de juridiction en droit national et les effets financiers

⁷⁶⁶ Voir Cour EDH, *Frydlender c. France*, arrêt [G.Ch.] du 27 juin 2000, N°30979/96, §27 et *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, arrêt précité, § 81 ; *Boulois* précité, §90 ; *Balmer-Schafroth et autres c. Suisse*, arrêt [G.Ch.] du 26 août 1997, N°22110/93, §40 et *Athanassoglou et autres c. Suisse*, arrêt [G.Ch.] du 17 avril 2000, N°27644/95, §§46-55.

⁷⁶⁷ Voir Cour EDH, *Marušić c. Croatie*, décision [Sect.2] du 23 mai 2017, N°79821/12, §§ 74-75 ; voir, dans un autre contexte, *Morawska c. Pologne*, décision [Sect.1] du 7 janvier 2020, N°3508/12, § 72.

⁷⁶⁸ Cour EDH, *Bara et Kola c. Albanie*, arrêt [Sect.3] du 12 octobre 2021, Nos 43391/18 et 17766/19, §58.

⁷⁶⁹ Effectivement, dans l'affaire *Stanev*, constatant l'absence de contestation de l'applicabilité de l'article 6§1 par les parties concernant la procédure de rétablissement de la capacité juridique et la privation partielle du requérant de sa capacité juridique liée à un défaut supposé en droit bulgare d'un accès direct au tribunal pour engager une action en rétablissement de la capacité, la Cour souligne qu'elle a eu à maintes fois à « préciser que les procédures de rétablissement de la capacité juridique sont directement déterminantes pour des « droits et obligations de caractère civil ». Cour EDH, *Stanev c. Bulgarie*, arrêt [G.Ch.] du 17 janvier 2012, N° 36760/06, §233.

directs en jeu ; dans l'hypothèse d'un refus de l'issue déterminante, elle pourrait contester ce caractère alors que le contexte est analogue⁷⁷⁰.

480. Le refus d'un lien à une contestation réelle et sérieuse à issue déterminante pour un droit civil en cause, l'indéfendabilité de ce droit en droit national et l'opposition à l'exercice par le requérant d'un tel droit contrairement à ce que la Cour elle-même a toujours établi comme des exigences traduisent son infirmation de la nature civile d'un droit à un procès équitable. Un tel raisonnement dans certaines affaires peut manifestement entraîner le déni de justice.

§2. Une infirmation source de déni de justice procédural civil

481. L'infirmation de la nature civile d'un droit dans un procès devant la Cour peut être, d'une part, une source de déni de justice par l'impossibilité qu'il crée pour le requérant d'obtenir une décision sur le bien-fondé de son action en indemnisation (A) et, d'autre part, l'impossibilité qu'il provoque pour celui-ci d'être indemnisé quant à un service ecclésiastique au nom de l'autonomie religieuse (B).

A. L'impossible obtention d'une décision sur le bien-fondé d'une action civile en indemnisation

482. Cette impossible obtention d'une décision sur le bien-fondé d'une action civile en réparation devant la Cour se démontre par l'affaire *Markovic et autres c. Italie* du 14 décembre 2006 (1)⁷⁷¹. La critique de cette affaire révèle une inconcevable consolidation par la Cour de la « raison d'Etat » intolérante à la prééminence du droit par l'absence d'un réel accès au juge qui la caractérise (2) et qui ne peut être comblée que par la soumission de cette raison d'État à la prééminence du droit (3).

⁷⁷⁰ Voir Cour EDH, Denisov, arrêt précité, N°76639/11.

⁷⁷¹ Cour EDH, Markovic et autres c. Italie, arrêt [Gr.Ch.] du 14 décembre 2006, N°1398/03.

1. L'exemple de l'affaire *Markovic et autres contre Italie* du 14 décembre 2006 devant la grande chambre

483. L'affaire *Markovic contre la République d'Italie* concerne une demande de dix ressortissants de Serbie-Monténégro ayant saisi la Cour le 6 décembre 2002 et se plaignant de l'issue d'une action en réparation introduite devant les juridictions italiennes à cause d'une frappe aérienne contre la République fédérale de Yougoslavie⁷⁷². Impliquant le droit au juge envisagé par l'article 6§1 de la Convention, cette affaire est d'une importance primordiale dans le système conventionnel européen des droits de l'homme par sa portée générale révélatrice de « (...) la position de l'individu face au pouvoir (...) dans son aspect le plus redoutable : celui de la « raison d'État »⁷⁷³.
484. Si les deux premiers requérants, Dusan et Zoran Markovic, ont saisi la Cour en raison du décès de leur fils et frère, Dejan Markovic, les deuxième et troisième requérants, Dusika et Vladmir Jontic, l'ont fait à cause de la mort de leur mari et père Slobodan Jontic. Quant à la cinquième requérante, Draga Jankovic, c'est pour le décès de son mari, Milovan Jankovic et les sixième et septième requérantes, Mirjana et Slavica Stevanovic le font respectivement pour le décès de leur fils et frère Slavisa Stevanovic. Les trois derniers requérants, Milena, Obrad et Dejan Dragojevic vont notamment le faire à cause du décès de leur fils et frère, Dragorad Dragojevic.
485. Les faits ici tiennent au même contexte que celui de l'affaire *Bankovic et autres contre Belgique et autre relative* au bombardement de la station « *Radio-televizija Srbija* ». Toutefois, en l'espèce, la Cour de cassation italienne, en faveur du gouvernement, a refusé l'accès au tribunal des requérants en méconnaissant les droits interne et international invoqués pour exiger la réparation des dommages tenant à une activité de l'administration publique italienne impliquant le bombardement de la station radio évoquée et tous les actes préparatoires entrepris en Italie avec la permission et la coopération des autorités italiennes conformément aux *articles 2043 du code civil, 6 du code pénal et 174 du code pénal militaire* en période la guerre. Pour les requérants,

⁷⁷² Ibid.

⁷⁷³ Voir L'opinion dissidente du juge ZAGREBELSKY à laquelle se rallient les juges ZUPANČIČ, JUNGWIERT, TSATSA-NIKOLOVSKA, UGREKHELIDZE, KOVLER et DAVID THÓR BJÖRGVINSSON dans cette affaire.

le juge de cassation prive de cette manière la Convention de tout effet en droit national italien, et ce, en contradiction avec la jurisprudence de la Cour qui exige le respect substantiel des droits conventionnels par les Etats membres et en justifiant le comportement de l'État italien par l'« *acte de gouvernement* » injusticiable et primant sur la Convention pour qu'il n'en découle pas un droit d'accès au tribunal conformément à l'article 6§1⁷⁷⁴.

486. Pour l'État italien défendeur, l'article 6 de la Convention ne s'applique pas en l'espèce, car le droit à la réparation invoqué n'est pas valablement reconnu par le droit interne et le droit international coutumier, particulièrement dans la mesure où l'acte attaqué est extraterritorial et commis en plus par l'OTAN⁷⁷⁵. Poursuivant sa défense, l'Etat italien estime que même si ladite disposition s'applique, il ne peut en ressortir une violation quant au bien-fondé du grief puisque la restriction subie par les requérants en exerçant leur droit d'accès au tribunal tient à une exigence de l'Etat de droit et de la séparation des pouvoirs et est proportionnée au but légitime poursuivi⁷⁷⁶.
487. Départageant les parties, la Cour va rappeler le principe selon lequel le droit d'accès au tribunal n'est pas absolu et peut être restreint de façon légitime et proportionnée aux moyens par la loi ou dans les faits, dès lors qu'il n'y a pas d'atteinte à sa substance⁷⁷⁷. En appliquant ce principe général à l'espèce, la Cour trouve applicable l'article 6§1 à l'action en responsabilité contre l'État italien et qu'il existe une contestation réelle et sérieuse mais ne va pas nier sa violation⁷⁷⁸. Pour la Cour, en se fondant sur des principes fondamentaux dégagés de sa jurisprudence liée à l'interprétation et à l'application du droit interne, l'on n'a pratiquement pas empêché les requérants de porter leurs griefs devant les juridictions internes⁷⁷⁹. Ainsi, la Cour estime que sa fonction est d'assurer le respect des engagements liés à la Convention pour les États membres et non le fait de connaître des erreurs de droit ou de fait supposées être commises par une juridiction nationale, sauf atteinte substantielle à un

⁷⁷⁴ Voir Ibid., §§11 et 70.

⁷⁷⁵ Voir Ibid., §§ 71-78.

⁷⁷⁶ Voir Ibid., §79-82.

⁷⁷⁷ Voir Ibid., §99.

⁷⁷⁸ Voir Ibid., §§ 101, 102 et 116.

⁷⁷⁹ Voir Ibid., §§ 105 et 107.

droit conventionnel, puisque c'est d'abord aux autorités nationales et particulièrement aux juridictions nationales d'interpréter et d'appliquer le droit interne⁷⁸⁰.

488. Relativement aux conclusions du juge de cassation italien sur les conventions internationales, la Cour, en apparence, n'y voit pas d'erreur d'interprétation, puisque le *Protocole additionnel I aux Conventions de Genève* régit les relations entre les États dans un sens et, dans un autre sens, le paragraphe 5 de la *Convention de Londres* soulevé par les requérants porte sur des actes ayant occasionné des dommages à un tiers sur le territoire de l'État de séjour, pourtant les dommages en l'espèce ont été subis en Serbie et pas en Italie⁷⁸¹. Plus particulièrement, sur l'affirmation que les violations de la Convention ne se constatent que par elle, la Cour relève la subsidiarité du recours à son office par rapport aux mécanismes nationaux de protection des droits de l'homme et ainsi, elle ne trouve pas de problèmes de compatibilité liés aux effets d'une interprétation d'irrecevabilité de la demande des requérants auprès de la juridiction de cassation⁷⁸². En bref, la Cour soutient que l'interprétation du droit interne et l'application par ce dernier des engagements internationaux ne permettent pas de valider en l'espèce l'existence d'un droit à réparation établi sur la responsabilité délictuelle, et pour elle, même si ce droit existait depuis 2004 par le progrès de la jurisprudence, comme souligné par les requérants, rien ne permet d'attester l'existence de ce droit existait avant cette évolution⁷⁸³.

489. De plus, pour la Cour, par son caractère général et absolu, la décision en cassation, contrairement aux affirmations des requérants, ne consacre pas une immunité, mais apporte uniquement des indications sur la portée du contrôle qu'un juge peut avoir sur un acte de politique étrangère comme l'acte de guerre⁷⁸⁴. Sur cette base, s'inspirant de la jurisprudence *Ashingdane*, elle va conclure que l'impossibilité pour les requérants de poursuivre l'État ne tenant pas à l'immunité, mais aux règles sur le droit d'action matériel en droit national, elle ne constitue pas une limitation d'accès au tribunal⁷⁸⁵.

⁷⁸⁰ Voir Ibid., §§ 107 et 108.

⁷⁸¹ Voir Ibid., §§ 109.

⁷⁸² Voir Idem.

⁷⁸³ Voir Ibid., §§ 111.

⁷⁸⁴ Voir Ibid., §§ 114.

⁷⁸⁵ Cour EDH, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, arrêt [Ch.] du 28 mai 1985, N°8225/78, §57.

490. En définitive, pour la Cour, les requérants n'ont pas été privés du droit d'obtenir une décision sur le bien-fondé de leurs prétentions qui ont fait l'objet d'un juste examen selon les règles de droit interne et conformément à l'article 6§1 appliqué par la Cour de cassation italienne de manière juridiquement défendable⁷⁸⁶. En effet, la Cour considère, à l'instar de l'affaire *Z et autres c. Royaume-Uni* que les requérants n'ont pas été privés d'un accès au tribunal mais que celui-ci était simplement limité dans l'impossibilité d'obtenir une décision sur le bien-fondé⁷⁸⁷.

2. L'inconcevable consolidation de la « raison d'État » intolérante à la prééminence du droit et à l'accès au juge

491. Même si la Cour trouve conforme à la Convention et aux règles internes cette affaire, l'impossibilité d'obtenir une décision juridictionnelle sur le bien-fondé d'une requête constitue un déni de justice par l'obstacle insurmontable d'accéder réellement au juge qu'elle crée pour les requérants.
492. D'emblée, la solution de la Cour illustre une entaille au fondement même de la Convention, car son autorité conforte les appétences de la « raison d'État » intolérante au droit et à sa « prééminence » ne pouvant se concevoir sans la possibilité d'accéder au juge selon la jurisprudence *Golder*⁷⁸⁸. En réalité, malgré l'avertissement qu'elle doit toujours se prémunir face à la tentation de la « *raison d'Etat* » se révélant comme « *première menace* » des libertés et même de la démocratie, la Cour y a succombé⁷⁸⁹. Ensuite, l'accès aux juridictions italiennes qu'elle valide n'est pas réel puisque les requérants n'y ont accédé que pour se voir opposer la déclaration d'incompétence des juridictions civiles et de toute autre juridiction italienne pour traiter leur demande. Véritablement, il y a en l'espèce restriction de fait de l'accès au juge dans cette

⁷⁸⁶ Voir Cour EDH, *Markovic*, arrêt précité, §§ 115.

⁷⁸⁷ Voir *Idem*.

⁷⁸⁸ Voir Cour EDH, *Golder*, arrêt précité, §34

⁷⁸⁹ Selon P.H. TEITGEN dans son allocution le 19 août 1949 lors devant l'Assemblée Consultative du projet de création d'une Cour européenne des droits de l'homme, « *Trois menaces pèsent sur nos libertés. D'abord la première menace : l'éternelle raison d'État. Derrière l'État, comme une tentation permanente, et quelle que soit la forme de l'État, fût-il démocratique, il y a toujours la tentation de la raison d'État. (...) Il faut nous prémunir, même dans nos pays démocratiques, contre cette tentation de la raison d'État* ».

démarche selon le juge Zagrebelsky dans son opinion dissidente en l'espèce lorsqu'il souligne :

« La Cour de cassation a de fait restreint la portée du droit général à réparation prévu par l'article 2043 du code civil, (...), n'a pas mis en balance dans sa décision les intérêts concurrents en jeu et elle n'a pas essayer d'expliquer pourquoi, dans les circonstances particulières de l'espèce, la nature politique de l'acte en cause avait mis en échec l'action civile des requérants ».

493. De plus, en principe, bien qu'il soit possible de reconnaître que la dimension discrétionnaire des actes politiques peut écarter toute contestation et se justifier par la nature de la fonction même pratiquée par le gouvernement et par la volonté de protéger la libre décision politique, cette reconnaissance devrait s'harmoniser avec la prééminence du droit et le droit d'accès au juge qui en résulte et trouver ainsi des limites dans les règles de droit qui encadrent l'exercice de l'action gouvernementale visée⁷⁹⁰. Bien évidemment, cette idée suppose que la légitimité de tout acte politique puisse se circonscrire par des règles de droit et au domaine de la discrétion que l'autorité gouvernementale exerce légitimement. Cependant, en l'espèce, ces limitations de l'acte politique, en dépit des prétentions des requérants qu'elles ont ignorées en opposition aux règles du droit national et du droit international coutumier liées aux conflits armés, ne sont pas prises en compte par la Cour puisque la « raison d'État » invoquée est toujours hors de tout contrôle du juge.

494. De ce qui précède, si l'acte politique est possible, ce n'est pas le cas dans cette affaire en l'absence de définition, de limitation et de distinction de l'« acte de gouvernement » tant dans l'arrêt de la Cour que dans celui du juge de cassation italien⁷⁹¹. Notant que tout acte des autorités publiques est en lien direct ou indirect avec une décision politique, la notion de « fonction de nature politique » dans les arrêts national et supranational brille par sa généralité et sa vacuité et empêche d'admettre toute « limitation implicite » au droit d'accès au juge des requérants en cause. Même la tentative de la Cour pour circonscrire l'étendue de cette notion - en relevant que la décision interne de cassation ne visait qu'un pan de l'exercice de l'action en

⁷⁹⁰ Voir L'opinion dissidente du juge ZAGREBELSKY à laquelle se rallient les juges ZUPANČIČ, JUNGWIERT, TSATSA-NIKOLOVSKA, UGREKHELIDZE, KOVLER et DAVID THÓR BJÖRGVINSSON dans cette affaire.

⁷⁹¹ Voir Idem.

responsabilité menée contre l'État, une dimension limitée aux dommages résultant d'un acte de gouvernement relatif à un acte de guerre - ne saurait occulter que ladite décision nationale se fonde incontestablement sur l'essence politique de l'acte en cause⁷⁹². De fait, considérant le droit au juge en cause en l'espèce, aucune raison ni modalité de distinction d'un acte politique de guerre d'un autre acte politique n'est valable, puisqu'il est évident que le juge de cassation a conclu sans égard au fait que l'action litigieuse ne visait pas directement l'implication italienne au conflit armé dans le cadre de l'OTAN, ni l'annulation d'un acte de gouvernement, mais tout simplement l'indemnisation des dommages lointains, potentiels et indifférents aux buts d'un acte politique⁷⁹³. Décidément, nonobstant l'aspect général du droit reconnu par l'article 2043 du code italien, c'est exclusivement l'essence politique de la participation italienne aux opérations militaires qui incite la Cour de cassation à valider le défaut d'un juge national compétent pour trancher sur les prétentions des requérants. Il est donc incontestable que la juridiction a débordé l'objectif légitime lié à la conception de l'acte politique et aussi ignoré toute proportionnalité au préjudice des requérants. La Cour, en validant cette démarche nationale, ne fait aussi que conforter l'impossible obtention d'une décision par les requérants sur le bien-fondé de leur allégation visant l'indemnisation dans une procédure civile.

495. Pour renchérir, si la conclusion de la Cour dans cette affaire vise à garantir la séparation des pouvoirs et à protéger la politique étrangère à la discrétion du gouvernement, c'est à l'encontre de la posture de la Cour dans les jurisprudences *Chevrol* et *Beaumartin* s'opposant à toute influence externe à l'égard du juge⁷⁹⁴. En vrai, protéger « *la séparation des pouvoirs doit permettre de garantir que le juge ne reçoive aucune instruction ou pression dans l'exercice juridictionnel* »⁷⁹⁵. Toutefois, il ne s'agit pas de la réalité observée en l'espèce à travers le défaut de plénitude de compétence de la Cour de cassation à l'égard de l'exécutif italien, alors qu' « un

⁷⁹² Voir Cour EDH, Markovic, arrêt précité, §§ 113.

⁷⁹³ Voir L'opinion dissidente du juge ZAGREBELSKY à laquelle se rallient les juges ZUPANČIČ, JUNGWIERT, TSATSA-NIKOLOVSKA, UGREKHELIDZE, KOVLER et DAVID THÖR BJÖRGVINSSON dans cette affaire.

⁷⁹⁴ Dans ces jurisprudences, il ressort qu'un juge en s'alignant obligatoirement l'avis du ministre, entendu comme une autorité extérieure et relevant du pouvoir exécutif sans que cet avis soit soumis à la critique et au débat contradictoire, une telle ingérence est contraire au principe d'indépendance juridictionnel énoncé à l'article 6§1. Voir Cour EDH, *Chevrol*, arrêt précité, §81 et *Beaumartin*, arrêt précité, §35.

⁷⁹⁵ L. MILANO, « La séparation des pouvoirs et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit à un procès équitable », Éditions Conseil Constitutionnel, Titre VII, 2019/2, N°3, pp.60-69, spéc. p.64.

tribunal » selon l'article 6§1 de la Convention est « *tout organe jouissant de la plénitude de juridiction et répondant à une série d'exigences telles que l'indépendance à l'égard de l'exécutif comme des parties en cause* »⁷⁹⁶. En fait, concernant les rapports entre l'exécutif et le pouvoir juridictionnel, la jurisprudence européenne rattachée à l'article 6§1 se veut garantie de la séparation des pouvoirs, mais cette garantie va dans un seul sens, celui de la protection de la justice contre le pouvoir exécutif et non l'inverse⁷⁹⁷.

496. L'impossibilité pour les requérants au niveau interne d'obtenir une décision sur le bien-fondé de leur action civile étant validée par la Cour, c'est un signe en faveur des États faisant de la conduite de leurs relations extérieures « *une zone de non-droit* » où leur « *acte de gouvernement* » régi ou non par le droit, compatible ou non à celui-ci, ne saurait relever de la compétence des juridictions internes⁷⁹⁸. Donc, il est possible, en vertu de cette démarche, que le pouvoir exécutif puisse conserver la possibilité d'écarter de la compétence juridictionnelle les effets de son action préjudiciable aux étrangers à l'extérieur, surtout en cas de conflit armé⁷⁹⁹. La défaillance d'une telle approche est, d'abord, qu'elle ignore des aspects importants de l'évolution des relations interétatiques en attestant d'une conception unilatérale comme si ces relations n'impliquaient que l'État du for et, ensuite, qu'elle dévalorise la fonction constitutionnelle de la justice de protéger l'individu face aux abus de l'exécutif⁸⁰⁰.

3. La soumission de la raison d'Etat à la prééminence du droit

497. Dans cette affaire, les requérants devant la Cour ont été privés d'une décision sur le bien-fondé de leur demande en réparation en matière civile et n'ont plus d'autre possibilité. En effet, leur droit à la réparation de nature civile a été écarté face à la raison d'État sans justification particulière de la Cour pouvant démontrer de quelle façon l'essence politique de l'acte de gouvernement en cause a mis en péril une action civile. A cet égard, la solution envisageable doit mettre fin à l'arbitraire de la raison

⁷⁹⁶ Cour EDH, Vasilescu c. Roumanie, arrêt [Ch.] du 22 mai 1998, N°27053/95, §41.

⁷⁹⁷ L. MILANO, « La séparation des pouvoirs ... », article précité, p.68.

⁷⁹⁸ Voir C. MCLACHLAN, « Entre le conflit de lois, le droit international public et l'application internationale du droit public : le droit des relations externes des États », Éditions Dalloz, RCDIP, 2018/2 (N°2), pp.191-209, p.196.

⁷⁹⁹ Idem.

⁸⁰⁰ Voir Ibid., p.198.

d'État véhiculée par excellence dans un acte de gouvernement. En vrai, la Cour elle-même en l'espèce a déjà validé l'interdiction de consacrer l'immunité en fait dans l'optique de soustraire arbitrairement à la compétence des juridictions toute demande à leur endroit⁸⁰¹. Il est crucial, pour éviter le déni de justice, que soit écartée l'immunité de juridiction au bénéfice des actes de gouvernement, surtout quand ils s'opposent à un droit fondamental de nature constitutionnelle ou conventionnelle comme celui de la réparation d'un préjudice en matière civile⁸⁰². Selon le professeur Flauss, pour tout justiciable, le droit à un recours effectif dans la Convention implique la possibilité de recours contre tout acte, même les actes de gouvernement⁸⁰³. En effet, cette réflexion est logique, d'autant plus que, selon la jurisprudence de la Cour, la juridiction de la Convention n'est pas que territoriale mais aussi extraterritoriale exceptionnellement avec la possibilité de s'étendre ainsi aux actes des États commis hors du territoire national et à ceux produisant des conséquences en dehors de ce dit territoire du fait ou non des agents étatiques⁸⁰⁴.

498. Certes, eu égard à la réalité au niveau supranational, s'il s'est avéré que les types d'actes qualifiés « de gouvernement » peuvent mener à exclure tout droit de contestation pour leur aspect discrétionnaire, il est aussi indéniable que le respect de la prééminence du droit et du droit d'accès au tribunal doit limiter cette exclusion en encadrant et en délimitant la mise en œuvre de ces dits actes par des règles de droit⁸⁰⁵. Véritablement, la légitimité de l'acte de gouvernement ne doit pas excéder le domaine de discrétion et d'exercice de l'autorité gouvernementale dans les bornes des règles du droit⁸⁰⁶. Cependant, au niveau national, étant donné que les requérants en l'espèce ont soutenu que l'action des autorités italiennes s'opposaient aux règles nationales et au droit international coutumier pendant la guerre, la problématique des bornes à reconnaître à la « raison d'État » en n'étant pas soumise au contrôle juridictionnel

⁸⁰¹ Voir Cour EDH, Markovic, arrêt précité, §113-114.

⁸⁰² Voir M. DOSÉ, « Rapatriement des femmes et enfants français détenus en Syrie : une condamnation sur le fond qui ne dit pas son nom », Gazette du Palais, 25 octobre 2022, N°34, pp.15-18, spéc.15

⁸⁰³ « Il n'est guère contestable que l'article 13 garantit un recours contre tout acte, y compris les actes de gouvernement ». J.-F. FLAUSS, « Le droit à un recours effectif. L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme », RUDH, 1991, p.331.

⁸⁰⁴ Voir Cour EDH, Al-Skeini, arrêt précité, §131 et M.N. c. Belgique, arrêt [G.Ch.] du 5 mai 2020, N°3599/18, §101.

⁸⁰⁵ Opinion dissidente du juge ZAGREBELSKY à laquelle se rallient les juges ZUPANCIC, JUNGWIERT ? TSTATSA-NIKOLOVSKA, UGREKHELIDZE, KOVLER et David THOR BJORGVINSSON concernant Cour EDH, Markovic, arrêt précité.

⁸⁰⁶ Idem.

était donc fondée⁸⁰⁷. Ne définissant ni ne limitant un acte de gouvernement ou un acte politique en confondant les deux, les arrêts de la Cour et de la juridiction de cassation italienne, comme il a déjà été rappelé, exaspèrent. Leur appréhension générale et vague desdits actes s'oppose à affirmer qu'il existe une limitation tacite du droit d'accès au juge : il n'y a pas de motivation dans ces circonstances de limiter l'accès au juge⁸⁰⁸. Bien plus, toujours au niveau national, l'action des requérants ne s'opposant pas directement à l'implication de l'Italie dans la guerre sous l'impulsion de l'OTAN et n'ayant pas pour finalité l'annulation de l'acte du gouvernement, sa finalité visait uniquement au dédommagement pour des effets lointains et indifférents aux objectifs de l'acte en cause⁸⁰⁹. Ladite action est fondée en droit interne sur l'article 2043 du code civil italien, nier qu'aucun juge n'est compétent pour la trancher dépasse la légitimité attribuable à l'acte politique et c'est disproportionné⁸¹⁰. Pour y remédier, la raison d'État nécessite d'être bien motivée et encadrée par des règles de droit afin de conjurer l'arbitraire, ce qui ne peut se manifester sans accès au juge, une exigence indispensable à la prééminence du droit.

499. La soumission de la raison d'État à la prééminence du droit comme solution face à l'inconcevable consolidation de cette dite raison au détriment de l'accès au juge du requérant résultant de son impossibilité d'obtenir une décision sur le bien-fondé de son action en réparation en matière civile n'est pas l'unique exemple. En effet, le requérant peut se voir refuser un droit à l'indemnisation en matière civile pour un service ecclésiastique en vertu du principe d'autonomie religieuse.

B. L'impossible droit à l'indemnisation d'un service ecclésiastique au nom de l'autonomie religieuse

500. L'impossible droit à l'indemnisation d'un service ecclésiastique peut s'illustrer avec l'affaire *Károly Nagy contre Hongrie* du 14 septembre 2017 (1) et manifeste la

⁸⁰⁷ Idem.

⁸⁰⁸ Idem.

⁸⁰⁹ Idem.

⁸¹⁰ Idem.

reconnaissance par la Cour d'une quasi-immunité aux organisations religieuses en vertu de l'autonomie religieuse (2). Cette quasi-immunité ne peut être levée que par un contrôle de la Cour exigeant l'intervention juridictionnelle de l'Etat pour assurer l'équité d'un procès ecclésiastique conformément à l'article 6§1 de la Convention (3).

1. L'illustration par l'affaire Károly Nagy contre Hongrie du 14 septembre 2017 devant la grande chambre

501. Dans l'idée de justice, la manière la plus simple d'appliquer la règle de droit est naturellement de privilégier l'idée qu'une même règle générale vaut pour plusieurs personnes différentes afin de conjurer toute influence de préjugé, d'intérêt ou de frivolité⁸¹¹. Ce n'est pas le cas dans l'affaire *Károly Nagy* contre la Hongrie où, la Grande Chambre de la Cour européenne par dix voix contre sept, considère la requête irrecevable en trouvant que le requérant, pasteur révoqué de l'Église réformée de Hongrie, n'a pas un droit défendable en droit national à cause de sa fonction pastorale régie par le droit ecclésiastique et non civil.
502. Ressortissant hongrois né en 1951, le requérant, M. Károly Nagy fut établi pasteur dans l'Église réformée de Hongrie avec un montant de traitement et des droits et obligations transcrits dans la lettre de sa nomination lui envoyée par le Presbytère de la Paroisse réformée de sa ville de résidence Gödöllő.
503. Divulguant dans la presse locale que l'Etat hongrois avait indûment subventionné un internat calviniste, le requérant va être l'objet en juin 2005 d'une action disciplinaire devant le tribunal ecclésiastique qui, le suspendant immédiatement pour attendre une décision sur le fond, lui notifie une lettre indiquant un versement à moitié de son indemnité de fonction durant sa suspension. Le 27 septembre 2005, jugeant que le

⁸¹¹ « En effet, nous avons déjà souligné, en analysant l'idée de justice, que sa forme la plus simple (justice dans l'application de la règle de droit) revient simplement à prendre au sérieux l'idée que c'est une même règle générale qu'il convient d'appliquer à une multiplicité de personnes différentes, sans se laisser influencer par un préjugé, un intérêt ou un caprice ». Citation de Herbert Lionel ADOLPHUS HART dans le « Concept de Droit » cité dans l'Opinion dissidente du Juge PEJCHAL dans Cour EDH, *Károly Nagy*, arrêt précité.

requérant était coupable de fautes disciplinaires, ce tribunal le révoque en le poussant de cette façon à faire appel dont l'issue confirmera la décision.

504. Portant l'affaire près le tribunal de travail de Pest le 26 juin 2006 pour obtenir l'autre moitié de son indemnité de fonction et bien d'autres prestations auxquelles il pense avoir droit, le requérant y soutient que sa fonction pastorale est similaire à un emploi mais sans aucun succès. En effet, ce tribunal va clore l'action en estimant que les dispositions de la législation du travail sont inapplicables en la matière, puisque la fonction pastorale dans l'Église tient du droit ecclésiastique contrairement à l'emploi des laïcs régi par le droit du travail national. Cette décision étant confirmée en appel, le requérant n'opte pas pour le pourvoi en cassation devant la Cour suprême, mais choisit plutôt, le 10 septembre 2007, d'engager une action civile devant le tribunal de Pest-centre contre l'Église en arguant que leur rapport valait un contrat d'agence selon la législation civile. Débouté de sa demande le 2 janvier 2008 par le tribunal, il fait recours le 17 octobre 2008 devant le tribunal régional de Budapest qui rejette son appel et causant ainsi son pourvoi devant la Cour suprême qui, le 28 mai 2009, va mettre terme à la procédure en trouvant que sa créance n'est pas d'essence civile mais ecclésiastique, donc, non susceptible d'être exécutée par les juridictions nationales.
505. Considérant le refus des juridictions nationales de trancher un litige patrimonial lié à sa fonction pastorale comme une atteinte à son droit d'accéder au tribunal, le requérant saisit la Cour le 19 octobre 2009 en invoquant l'article 6§1 de la Convention. Rendant sa décision en Chambre le 1^{er} décembre 2015, la Cour ne constate pas de violation de l'article 6§1, ce qui crée le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre le 15 décembre 2015 sur la demande du requérant et en vertu de l'article 43 de la Convention. Le collège de cette formation validant la demande le 2 mai 2016 après l'autorisation d'une tierce intervention de l'organisation *Alliance Defending Freedom* par le président, une audience constituée de 17 juges le 12 octobre 2016 va conclure que l'article 6§1 est inapplicable aux faits en cause. La question centrale pour la Cour était de savoir si le requérant disposait d'un droit défendable reconnu en droit national. Cependant, pour elle, puisqu'en vertu de l'article 15§2 de la loi de 1990 sur les Églises, les créances résultant des lois et règles internes d'une Église n'étaient pas susceptibles d'exécution forcée par les organes de l'État. Véritablement, pour la Cour, conformément à cette législation, les juges internes ont mis fin à l'action du requérant en jugeant que les juridictions nationales

n'avaient pas compétence pour ordonner l'exécution forcée de sa créance, notant que sa fonction pastorale et la lettre de sa nomination sur laquelle il s'appuyait tenaient du droit de l'Église et non de l'État. Selon le juge européen de Strasbourg, ces conclusions des juridictions nationales sont, par ailleurs, en adéquation avec les principes énoncés dans l'arrêt n°32/2003 de la Cour constitutionnelle hongroise en 2003 où elle analyse la problématique de l'accès à un juge des personnes en service dans des organisations religieuses.

2. La reconnaissance d'une immunité quasi-absolue aux organisations religieuses au nom de l'autonomie religieuse

506. En lisant les conclusions de la majorité de l'auguste chambre de la Cour, il est difficile de les valider. En effet, comme le souligne le juge Pejchal en l'espèce, « *lorsque l'on a soi-même conscience de ses propres responsabilités et que l'on agit en conscience, il n'y a pas d'autre possibilité que d'exprimer son désaccord et d'adopter une position divergente* » partant exceptionnellement de l'interprétation la plus restrictive de la Convention qui puisse exister⁸¹². En réalité, l'interprétation de la grande chambre se concilie difficilement aux principes - établis par la Cour elle-même sur l'accès à la justice - prescrivant que « *lorsqu'un ordre interne empêche l'accès à un tribunal, la Cour vérifie que le litige est bien tel qu'il justifie une dérogation aux garanties de l'article 6. Si tel n'est pas le cas, aucun problème ne se pose et l'article 6§1 trouve à s'appliquer* »⁸¹³. Il est surprenant que l'issue de cette affaire affirme l'immunité presque absolue d'une organisation religieuse au nom de l'autonomie religieuse dans un État, et ce, sous-couvert de l'inapplicabilité de l'article 6§1 et qu'il n'existe pas de droit à caractère civil, alors que la Cour a refusé l'immunité parlementaire absolue et l'immunité diplomatique sans limite dans les affaires *Cudak* et *Sabeh El Leil*⁸¹⁴.

507. La majorité de la grande chambre avait la possibilité d'appliquer les principes de la jurisprudence européenne en matière d'accès à la justice en considérant la nature

⁸¹² Voir Opinion dissidente du Juge PEJCHAL dans Cour EDH, Károly Nagy, arrêt précité.

⁸¹³ Voir Cour EDH, Vilho Eskelinen et autres c. Finlande, arrêt [G.Ch.] du 19 avril 2007, N°63235/00, §§ 59-61.

⁸¹⁴ Lire Cour EDH, Cudak c. Lituanie, arrêt précité et Sabeh El Leil c. France, arrêt [Gr.Ch.] du 29 juin 2011, N°34869/05.

procédurale de la décision de la Cour suprême du 28 mai 2009 et, donc, du caractère procédural de la restriction touchant le droit du requérant d'accès à un tribunal pour conclure que l'article 6 de la Convention était applicable⁸¹⁵. Pour ce faire, un examen - des exigences de but légitime et de proportionnalité de la restriction prenant en compte le cadre juridique pertinent dans les États parties pour s'enquérir du consensus européen en la matière et de l'amplitude de la marge d'appréciation à reconnaître - était possible pour dire s'il y avait atteinte à l'article 6⁸¹⁶. La jurisprudence de la Cour sur l'article 6 de la Convention quant aux litiges pécuniaires impliquant les organisations religieuses étant limitée, par les informations disponibles à la Cour au moment de cette affaire, l'analyse comparée des systèmes juridiques des États parties à la Convention a clairement prouvé l'existence d'un consensus sur l'exigence de la compétence étatique s'agissant des litiges pécuniaires liés au clergé⁸¹⁷. A l'époque de l'affaire, étant donné qu'il y a seulement sept États sur les trente-neuf qui écartent entièrement la compétence des tribunaux étatiques en la matière, la marge d'appréciation en l'espèce doit être réduite et même si l'autonomie de l'Eglise est légitime, la restriction du droit d'accès du requérant au tribunal est disproportionnée en l'absence d'une autre voie de recours pouvant lui permettre de résoudre cette affaire⁸¹⁸.

508. Concrètement, dans la mesure où les juridictions internes ont déclaré leur incompétence - concernant la demande pécuniaire du requérant liée à son service ecclésiastique sans équilibrer les intérêts en jeu, à savoir le droit d'accès au tribunal du requérant et le risque éventuel pour l'autonomie de l'Eglise défenderesse - en privant la juridiction de l'État de nombreuses actions rattachées au clergé, les autorités nationales en l'espèce n'ont pas laissé une autre voie au requérant pour soumettre au juge sa demande, alors que cela est contraire à la prééminence du droit dans un État démocratique. L'article 6 devant s'interpréter à l'aune de la prééminence du droit nécessitant l'existence d'un mécanisme judiciaire effectif pour revendiquer les droits civils, le défaut de tout autre recours porte atteinte, sans ambages, à la substance même du droit d'accès à un tribunal et constitue un déni de justice selon la

⁸¹⁵ Voir Opinion dissidente du Juge PINTO DE ALBUQUERQUE dans Cour EDH, Károly Nagy, arrêt précité, point 3.

⁸¹⁶ Voir Idem.

⁸¹⁷ Voir Ibid., points 15-21.

⁸¹⁸ Voir Ibid., points 32 à 44.

jurisprudence de la Cour⁸¹⁹. Certainement, pour éviter les apparences et s'attacher à la réalité, un droit sans recours n'est pas un droit et, sans recours, un droit ne saurait se revendiquer ou exister ; c'est une simple recommandation, une obligation naturelle, puisque le recours est inhérent et inséparable d'un droit⁸²⁰. Pourtant, ce recours aurait été possible si la majorité de la Grande Chambre et la Cour suprême hongroise avaient compris l'arrêt de la Cour constitutionnelle N°32/2003 qui demandait aux juridictions nationales de revoir la possibilité que soit régie par le droit étatique un rapport de droit entre un individu au service de l'Église et l'Église et qui, n'excluait pas que le droit ecclésiastique et le droit étatique soient applicables à une même relation juridique⁸²¹. Comme la demande pécuniaire du requérant en l'espèce se fonde sur des indemnités de service liées à la période de sa suspension de ses fonctions et sur les arriérés des indemnités de professeur, donc sur des droits globalement reconnus en droit hongrois comme exécutoires devant les tribunaux étatiques, sans limitation liée à l'autonomie de l'Église, le requérant avait un droit défendable aux fins de l'article 6⁸²². Nier que les revendications pécuniaires du requérant sur son service dans l'Église constituent un droit civil en droit interne et conclure par-là que l'on ne pouvait s'interroger sous l'angle de l'accès à la justice est absolument décevant, puisque l'arbitraire est promu dans les Etats et de nombreuses personnes en service au sein de l'Église sont privées des garanties d'une action légale⁸²³. La Cour pouvait dépasser l'appréciation des juridictions nationales mettant fin à la procédure et trouver la relation de service ecclésiastique comme un droit inexécutoire, parce que selon sa jurisprudence, cette posture n'est pas déterminante dans l'absolu et ne constitue qu'un point de départ, elle n'écarter pas la possibilité qu'il existe un droit civil⁸²⁴. En l'espèce, les conclusions de la Cour entraînent des conséquences graves pour les

⁸¹⁹ Voir notamment Cour EDH, *Waite et Kennedy*, §§68 et 73 et *Beer et Regan*, §§58 et 63.

⁸²⁰ « De plus, un droit sans recours n'est qu'une recommandation (une « obligation naturelle »). Il s'ensuit qu'un droit est doublement tributaire du recours concomitant. Si le recours n'existe pas, le droit en question n'est pas un droit ; si le recours n'est pas utilisé procéduralement, le droit n'est pas revendiqué. Le droit et son recours ne sont pas seulement interdépendants, ils sont consubstantiels ». Voir Opinion dissidente du juge Zupancic jointe à l'arrêt de la Cour EDH, *Roche c. Royaume-Uni*, arrêt précité.

⁸²¹ Voir Opinion dissidente du Juge PINTO DE ALBUQUERQUE dans Cour EDH, *Károly Nagy*, point 24.

⁸²² *Ibid.*, point 28.

⁸²³ Voir Opinion dissidente commune aux juges SAJÓ, LÓPEZ GUERRA, TSOTSORIA ET LAFFRANQUE dans Cour EDH, *Károly Nagy*, arrêt précité.

⁸²⁴ « Dès lors, pour apprécier s'il existe un « droit » de caractère civil et déterminer quelle est la qualification (matérielle ou procédurale) à donner à la restriction en cause, il faut prendre pour point de départ les dispositions du droit national pertinent et l'interprétation qu'en font les juridictions internes ». Cour EDH, *Roche c. Royaume-Uni*, arrêt précité, §120 et *Masson et Van Zon c. Pays-Bas*, arrêt [Ch.] du 28 septembre 1995, Nos 15346/89 et 15379/89, §49.

droits des individus, elles traduisent la renonciation à la compétence étatique de protection judiciaire dès lors qu'une organisation religieuse dispose d'une compétence ecclésiastique qui touche ou non les principes doctrinaux précis. En d'autres termes, un accord ecclésiastique peut remettre en cause un rapport de droit en écartant la compétence de l'Etat du moment où il est régi par des règles ecclésiastiques⁸²⁵. Bien plus, ces conclusions accordent à l'autonomie religieuse une forme d'immunité presque absolue, alors que celle-ci n'a pas cette signification selon la jurisprudence de la Cour qui exige que le risque à son atteinte soit réel et substantiel, ce qui n'est pas le cas en l'espèce avec une revendication pécuniaire⁸²⁶.

3. La nécessité d'une intervention juridictionnelle de l'Etat pour garantir l'équité d'un procès ecclésiastique

509. Le principe de subsidiarité a beaucoup pesé sur l'issue en l'espèce ; en effet, lorsque l'on a égard au droit national hongrois et aux fonctions ecclésiastiques, le raisonnement de la Cour ne laisse pas d'autre alternative que l'incompétence des juridictions étatiques, notamment de travail, au bénéfice des tribunaux ecclésiastiques⁸²⁷. En ce sens, seule une justification sur les fonctions d'enseignement du pasteur en dehors de son action pastorale pouvait établir une compétence des juridictions étatiques, notamment de travail. Face à cette posture de la Cour, une solution pouvant permettre son contrôle devrait nécessairement passer par l'intervention d'une juridiction étatique au niveau national. Dans cette optique, la jurisprudence de la Cour a déjà démontré une possibilité de contrôle bien qu'étroit, notamment dans les affaires *Hanna et Peter Muller c. Allemagne* et *Dudova et Duda c. République tchèque* concernant respectivement la mise en indisponibilité d'un directeur de la confession religieuse « Armée du Salut » ainsi que le licenciement de prêtres⁸²⁸. Le contrôle serré dans la première affaire a pu se faire sur les juridictions nationales qui s'étaient attelées au niveau interne à examiner si la décision de la

⁸²⁵ Voir Opinion dissidente commune aux juges SAJÓ, LÓPEZ GUERRA, TSOTSORIA ET LAFFRANQUE dans Cour EDH, Károly Nagy, arrêt précité.

⁸²⁶ Voir Cour EDH, Fernandez Martinez c. Espagne, arrêt [G.Ch.] du 12 juin 2014, N°56030/07, §132.

⁸²⁷ Voir Cour EDH, Károly Nagy, §68.

⁸²⁸ Voir Cour EDH, Hanna et Peter Muller c. Allemagne, décision [Sect.5] du 6 décembre 2011, N° 12986/04 et Dudova et Duda c. République Tchèque, décision [Sect.3] du 30 janvier 2001, N°40224/98.

confession religieuse « Armée du Salut » était en adéquation avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique allemand. Pour la seconde affaire, le contrôle par la Cour constate que la requête du prélat de l'Eglise tchécoslovaque hussite licencié n'est pas recevable et va confirmer les décisions des juridictions internes affirmant, au nom de l'autonomie de l'Eglise, leur incompétence pour l'examen de la validité du licenciement, du moins en fixant l'indemnité à devoir au requérant en lien avec l'emploi perdu.

510. Pour l'issue définitive dans l'affaire en cause, la saisine préalable des tribunaux ecclésiastiques ayant la compétence exclusive sur le fondement du droit national hongrois pour trancher les litiges relatifs à son travail pastoral aurait été la bonne solution. Elle aurait dû se faire pour contester les manquements à l'équité du procès qui y auraient eu lieu et donner de l'espoir à l'élargissement de la jurisprudence *Pellegrini contre Italie*⁸²⁹. Dans cette dernière, la Cour s'est assurée que les juridictions italiennes, antérieurement à l'exequatur d'une déclaration de nullité du mariage prise par les juridictions du Vatican, ont convenablement contrôlé que la procédure y afférente respectait les exigences conventionnelles du procès équitable⁸³⁰. Toutefois, l'affaire *Pellegrini* tient à un contexte spécifique rattaché à une décision prise par une juridiction ecclésiastique habilitée hors du cadre de la Convention non signée par le Vatican. En vrai, la Cour n'y examine pas directement l'équité du procès devant la juridiction ecclésiastique, mais l'essence du contrôle sur cette équité par les juridictions nationales italiennes ayant accordé l'exequatur. La démarcation de cette affaire est donc limpidement fixée.
511. De toute manière, il est important qu'un contrôle de l'équité des procédures ecclésiastiques par les juridictions étatiques puisse se faire dans tous les États membres de la Convention pour respecter la prééminence du droit et parer aux zones de non-droit en leur sein. Prévoir un tel contrôle ne viole aucunement l'autonomie des églises ; bien au contraire, il assurera la protection judiciaire à tout individu sous juridiction des Etats membres.

⁸²⁹ Voir G. GONZALEZ, « Consolidation du principe d'autonomie des Eglises en droit européen des droits de l'homme », *Revue du droit des religions*, 5/2018, pp.175-180, spéc. p.180.

⁸³⁰ Voir Cour EDH, *Pellegrini c. Italie*, arrêt [Sect.2] du 20 juillet 2001, N°30882/96, §40.

512. L'impossibilité pour le requérant d'être indemnisé devant la Cour pour un service ecclésiastique en vertu de l'autonomie religieuse mais aussi celle d'obtenir une décision sur le bien-fondé d'une action civile en réparation sont des exemples manifestant le déni de justice procédural civil *stricto sensu* comme conséquences de l'infirmité de la nature civile d'un droit par la Cour dans un procès. Toutefois, l'infirmité par la Cour peut être étendue en visant une conception large du sens civil d'un droit conformément à l'article 6§1.

Section 2. L'extension de l'infirmité de la nature civile d'un droit dans un procès

513. L'infirmité de la nature civile d'un droit dans un procès par la Cour peut s'étendre en comportant certaines implications (§1) avant sa démonstration (§2)

§1. Les implications de l'extension de l'infirmité de la nature civile

514. Pour la Cour, en principe, le procès civil peut s'étendre matériellement aux contestations non civiles ayant des incidences décisives et directes sur un droit de nature pécuniaire et procéduralement, les mêmes critères fondant le procès civil au sens strict peuvent s'appliquer à diverses procédures nationales, à l'exclusion controversée de certaines procédures. Cependant, le constat d'un déni de justice, dans la même logique que celui au sens strict, ne peut tenir que d'une infirmité de l'extension matérielle aux contestations non civiles ayant des incidences importantes et directes sur un droit d'essence pécuniaire (A). Ainsi, toute contestation de nature civile, au sens strict ou large, peut être liée à diverses procédures nationales (B) à l'exclusion « controversée » de certaines selon la conception de la Cour qu'il faudrait pourtant inclure pour l'étude du déni de justice par la Cour (C).

A. L'extension de l'infirmité aux contestations non civiles à incidence décisive et directe sur un droit de nature pécuniaire

515. Selon la jurisprudence de la Cour sur l'article 6§1, le caractère civil ne se limite pas à l'objet direct du litige, il peut s'élargir pour inclure des affaires qui ne sont pas d'emblée d'essence civile mais pouvant entraîner des conséquences décisives et directes sur un droit de caractère pécuniaire ou non détenu par le justiciable⁸³¹. Sur ce fondement, le déni de justice civil peut découler d'un raisonnement contraire de la Cour à une telle extension. Dans cette optique, la Cour peut s'opposer à la nature

⁸³¹ Voir Cour EDH, Denisov, arrêt précité, §51

civile d'un droit dans un procès concernant des litiges pouvant apparaître nationalement comme relevant du droit public plutôt que privé.

516. Alors que le champ civil peut concerner les contestations disciplinaires souvent menées devant des organes corporatifs et mettant en jeu le droit d'exercer une profession, notamment -juge, avocat, médecin, ingénieur, notaire, etc. ; le déni par la Cour en la matière peut tenir de la dénégation d'un tel élargissement⁸³². Si l'alignement dans le champ civil pour une contestation disciplinaire ne tient pas forcément à l'issue concrète mais se détermine normalement par la Cour en fonction du genre des sanctions, par exemple, de la mise en cause du droit de pratiquer une profession par l'existence de la suspension d'exercer une profession dans l'inventaire de sanctions éventuelles contre le requérant, le déni de justice en la matière peut résulter d'un raisonnement de la Cour contraire à cet alignement⁸³³..
517. L'article 6§1 précité s'appliquant aux litiges sur des questions sociales, le déni de justice par la Cour peut s'y étendre par la contestation d'une telle application par la Cour, par exemple en matière de licenciement d'un employé par une entreprise privée, d'octroi de prestations d'assurance sociale, des allocations d'aide sociale et d'habitat et d'exigence de paiement des cotisations de sécurité sociale⁸³⁴. En effet, dans l'ensemble de ces situations, si les aspects de droit privé prévalent sur ceux de droit public pour la Cour en confirmant la nature civile, celle-ci ne pourrait que s'y opposer dans l'hypothèse d'un déni⁸³⁵.
518. Selon ce même principe d'applicabilité de l'article 6§1, la nature civile pouvant se déployer aux contestations des fonctionnaires, la Cour dirait le contraire dans une situation de déni de justice. Véritablement, en la matière, la Cour contredirait le fait qu'elle soutient que la spécificité de la relation entre l'Etat et le fonctionnaire ne suffit pas à écarter la nature civile dans une procédure ordinaire les opposant, parce que,

⁸³² Voir Cour EDH, *Reczkowicz c. Pologne*, arrêt [Sect.1] du 22 juillet 2021, N° 43447/19, §§183-185 ; *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, arrêt précité ; *Philis c. Grèce* (n°2), arrêt [Ch.] du 27 juin 1997, N°19773/92, §§45 et *Peleki c. Grèce*, arrêt [Sect.1] du 5 mars 2020, N° 69291/12, §§ 155, 159 et 160.

⁸³³ Voir Cour EDH, *Marušić c. Croatie*, décision précitée, §§72-73 et *Peleki c. Grèce*, arrêt précité, §39.

⁸³⁴ Voir a contrario Cour EDH, *Buchholz c. Allemagne*, arrêt [Ch.] du 6 mai 1981, N°7759/77 (licenciement) ; *Feldbrugge c. Pays-Bas*, arrêt [Plén.] du 25 mai 1986, N°8562/79 (octroi des prestations d'assurance sociale) ; *Salesi c. Italie*, arrêt [Ch.] du 26 février 1993, N°13023/87 (allocation d'aide sociale) ; *Fazia Ali c. Royaume-Uni*, arrêt [Sect.4] du 20 octobre 2015, N° 40378/10, §§58-59 (aide sociale et habitat) ; *Schouten et Meldrum c. Pays-Bas*, arrêt [Ch.] du 9 décembre 1994, N° 19005/91 et 19006/91 (obligation de cotisation à la sécurité sociale) et *Eternit c. France*, décision [Sect.5] du 27 mars 2012, N°20041/10, §32 (exigence de cotisation à la sécurité sociale).

⁸³⁵ Voir a contrario Cour EDH, *Woś c. Pologne*, arrêt [Sect.4] du 8 juin 2006, N° 22860/02, §76.

par présomption le sens civil peut s'y élargir, à moins que l'Etat prouve ces conditions cumulatives, à savoir : l'interdiction légale ou expresse du droit d'accès à un tribunal pour le fonctionnaire en cause et son fondement sur des motivations objectives liées à l'intérêt de l'Etat⁸³⁶. En d'autres termes, la Cour, en cas de déni de justice, estimerait que la relation entre l'État et le fonctionnaire est suffisante pour exclure la nature civile dans une procédure ordinaire les confrontant et, ce, sans exiger à l'État de prouver qu'il existe un droit légal d'accès à un tribunal pour le fonctionnaire en cause et qu'il doit se fonder sur des justifications objectives. Par conséquent, alors que l'exigence légale d'accès au tribunal assure la prééminence du droit, l'application générale et l'extension du terme « tribunal » à un organe administratif ou parlementaire ainsi que celle de fonder un tel droit sur des motivations objectives impliquent uniquement l'exercice par le fonctionnaire de la puissance publique, ce qui remet en cause le lien spécial de confiance qui l'unit à l'État et exclut la simple démonstration d'un lien spécial ou la simple participation à l'exercice ; le raisonnement de la Cour manquera à ces exigences pour infirmer l'extension de la nature civile⁸³⁷. Notant que ces exigences touchent plusieurs sortes de contestations concernant les fonctionnaires, notamment, leur recrutement ou nomination, carrière ou promotion, mutation, fin de fonctions et litiges disciplinaires, l'infirmerie de la Cour source de déni de justice peut s'y élargir⁸³⁸. Ces conditions étant aussi déterminantes pour les contestations sur le droit d'accès à un tribunal ou les autres garanties découlant du droit au procès équitable comme le droit à une audience et celui à une décision de justice dans un délai raisonnable, l'extension de l'infirmerie de l'essence civile par la Cour peut s'y rattacher⁸³⁹.

519. Dans la même perspective, l'infirmerie par la Cour peut aussi porter sur une contestation de partie civile, et ce, puisque le sens civil s'y étend pour pallier

⁸³⁶ Voir Cour EDH, Vilho Eskelinen, arrêt précité, §§50-62 et Grzęda c. Pologne, arrêt précité, §§292, 299 et 300.

⁸³⁷ Voir Cour EDH, Baka, arrêt précité, §117 (compatibilité avec la prééminence du droit) ; Oleksandr Volkov c. Ukraine, 9 janvier 2013, N° 21722/11, §88 (extension du sens « tribunal » à un organe administratif ou parlementaire) et Vilho Eskelinen et autres c. Finlande précité, §62 (exigence de l'exercice de la puissance publique remettant en cause le lien spécifique de confiance entre l'Etat et le fonctionnaire).

⁸³⁸ Voir successivement Cour EDH, Juričić c. Croatie, arrêt [Sect.1] du 26 juillet 2011, N°58222/09, §§ 54-58 ; Dzhidzheva-Trendafilova c. Bulgarie, décision [Sect.4] du 9 octobre 2012, N° 12628/09, § 50 ; Bara et Kola c. Albanie, arrêt précité, § 57 ; Ohneberg c. Autriche, arrêt [Sect.1] du 18 septembre 2012, N°10781/08, § 24 ; Olujic c. Croatie, arrêt [Sect.1] du 5 février 2009, N° 22330/05 ; Nazsiz c. Turquie, décision partielle [Sect.2] du 26 mai 2009, N°22412/05 et Kamenos c. Chypre, arrêt [Sect.3] du 31 octobre 2017, N° 147/07, §§ 73-81.

⁸³⁹ Voir Cour EDH, Nedeltcho Popov c. Bulgarie, arrêt [Sect.5] du 22 novembre 2007, N°61360/00 ; Suküt c. Turquie, décision [Sect.2] du 11 septembre 2007 (droit d'accès au tribunal) et Vilho Eskelinen et autres, arrêt précité.

l'impossibilité de poursuivre ou de condamner conventionnellement en matière pénale des tiers pour des intentions punitives ou une vengeance privée, ou pour permettre la réparation d'un préjudice personnel et direct subi⁸⁴⁰.

520. Le sens civil selon la Cour pouvant s'étendre aux contestations sur les conditions carcérales pour leurs conséquences sur les droits personnels, le déni de justice pourrait découler d'un refus de cet élargissement⁸⁴¹. Une telle infirmation serait malheureuse, alors que le sens civil des contestations sur les conditions carcérales ne devrait pas être contestable pour la Cour en la matière, parce que, limiter des droits de détenus s'opère de multiples façons, un placement dans des zones de haute sécurité ou des restrictions du droit de visite familiale, pouvant avoir des conséquences sur leurs droits personnels comme celui à la bonne réputation, l'accès aux documents administratifs ou aux pièces du dossier d'instruction et la poursuite des études supérieures ou l'instruction primaire⁸⁴².
521. Aussi, étendre l'infirmation de la nature civile peut concerner les contestations en matière environnementale parce qu'elles ont une telle nature selon la Cour à cause de leurs effets sur les droits des particuliers à la vie, à la santé ou à un environnement sain, mais aussi d'autres contestations pour leur incidence directe et décisive sur les droits civils, notamment - les contestations liées aux droits de l'enfant sur son placement en foyer ou les conditions de sa scolarisation, d'établissement de sa paternité, sans celles relatives au droit à la liberté d'expression, le droit de réception et de communication d'informations⁸⁴³.

⁸⁴⁰ Voir consécutivement Cour EDH, Mustafa Tunç et Fecire Tunç c. Turquie, arrêt [G.Ch.] du 14 avril 2015, N° 24014/05, §218 ; Sigalas c. Grèce, arrêt [Sect.1] du 22 décembre 2005, N°19754/02, §29 ; Mihova c. Italie, décision [Sect.2] du 30 mars 2010, N° 25000/07 et Perez c. France, arrêt [G.Ch.] du 12 février 2004, N° 47287/99, §§70-71.

⁸⁴¹ Voir Cour EDH, De Tommaso c. Italie, arrêt [G.Ch.] du 23 février 2017, N° 43395/09, §§147-150.

⁸⁴² Voir Cour EDH, Enea c. Italie, arrêt [G. Ch.] du 17 septembre 2009, N° 22277/93, §§97-107 et Stegarescu et Bahrin c. Portugal, arrêt [Sect.2] du 6 avril 2010, N° 46194/06 (placement dans les zones de haute sécurité ou cellule de sécurité) ; Gülmez c. Turquie, arrêt [Sect.2] du 20 mai 2008, N° 16330/02, §30 (restrictions du droit de visite) ; Helters c. Suède, arrêt [Pl.] du 29 octobre 1991, N°11826/85 (droit à la bonne réputation) ; Loiseau c. France, décision [Sect.2] du 28 septembre 2004, N° 46809/99 et Savitskyy c. Ukraine, arrêt [Sect.5] du 26 juillet 2012, N° 38773/05, §§ 143-145 (droit d'accès à des documents administratifs ou pièces d'instruction) ; Emine Araç c. Turquie, arrêt [Sect.2] du 23 décembre 2008, N° 9907/02, §§18-25 et Oršuš et autres c. Croatie, arrêt [G.Ch.] du 16 mars 2010, N°15766/03, §104 (droit de poursuivre ses études supérieures ou l'instruction primaire).

⁸⁴³ Voir Cour EDH, Taşkın et autres c. Turquie, arrêt [Sect.3] du 10 novembre 2004, N° 46117/99 (contestations sur l'environnement) ; Cour EDH, McMichael c. Royaume-Uni, arrêt [Ch.] du 24 février 1995, N° 16424/90 et Ellès et autres c. Suisse, arrêt [Sect.1] du 16 décembre 2010, N° 12573/06, §§21-23 (contestation sur les droits des enfants) ; Alaverdyan c. Arménie, décision précitée, §33 ; Aerts c. Belgique, arrêt [Ch.] du 30 juillet 1998, N° 25357/94, §59 ; Laidin c. France (n°2), arrêt [Sect.2] du 7 mars 2003, N° 39282/98 (droit à l'établissement de la

B. L'implication de diverses procédures nationales dans l'extension

522. L'extension de l'infirmerie de la nature civile d'un droit dans un litige par la Cour implique différentes procédures nationales constituant un procès. Ainsi, le sens civil par la Cour n'induisant pas forcément un litige rattaché à la procédure principale en droit national, mais concernant aussi la procédure provisoire si le droit en cause est « civil » comme celui dans la procédure principale et si la mesure provisoire qui en résulte s'avère déterminante pour ce droit par sa nature, son objet, sa finalité et ses effets, sans égard à sa durée, l'infirmerie de la Cour peut porter sur un droit de nature civile dans une telle procédure⁸⁴⁴. Auparavant, cette procédure était exclue du champ civil ; cependant, la Cour va l'intégrer en profitant d'une affaire assez anodine de voisinage où elle reconnaît l'atteinte par l'Etat maltais à l'impartialité à la suite d'un jugement d'une de ses juridictions d'appel ayant rejeté le recours contre une injonction liée à une procédure provisoire interdisant au requérant d'étendre des linges au-dessus de la cour d'un appartement de son adversaire⁸⁴⁵.
523. L'infirmerie de la nature civile peut se rattacher aux litiges devant les juridictions de recours, considérant la spécificité du rôle exercé dans les droits nationaux par les juridictions d'appel et de cassation dans la vision globale du procès, et la tendance dominante de la jurisprudence qui reconnaît que le champ civil en vertu de l'article 6§1 implique également les procédures autorisant ces recours⁸⁴⁶. En effet, cela s'explique du fait que dans l'analyse globale du procès, selon la Cour, au nom des apparences de la justice, une juridiction de cassation doit assurer la sécurité juridique, la prévisibilité et l'égalité devant la loi des parties⁸⁴⁷. Quant à une juridiction d'appel, au même titre, elle doit pallier le défaut de motivation d'une décision de justice,

paternité) ; Kenedi c. Hongrie, arrêt [Sect.2] du 26 mai 2009, N° 31475/05, §33 ; Sedat Doğan c. Turquie, arrêt [Sect.2] du 18 mai 2021, N°48909/14, § 20 ; Selmani et autres c. « L'ex-République yougoslave de Macédoine », arrêt [Sect.1] du 9 février 2017, N° 67259/14, §47 et Shapovalov c. Ukraine, arrêt [Sect.5] du 27 avril 2016, N° 45835/05, §49 (droit à liberté d'expression, etc.).

⁸⁴⁴ Voir Cour EDH, Micallef c. Malte, arrêt [G. Ch.] du 15 octobre 2009, N° 63235, §§ 80-86 ; Camelia Bogdan c. Roumanie, arrêt [Sect.4] du 20 octobre 2020, N°36889/18, §70 et Loquifer c. Belgique, arrêt [Sect.3] du 20 juillet 2021, Nos 79089/13 et 2 autres, §§34-35.

⁸⁴⁵ Pour d'amples informations sur cette affaire. Lire F. KRENC, « L'assujettissement du référé aux garanties du procès équitable Cour européenne des droits de l'homme (Gde Ch.), Micallef c. Malte, 15 octobre 2009 », RTDH, n°86, 2011, pp.295 -315.

⁸⁴⁶ Voir Cour EDH, Hansen c. Norvège, arrêt [Sect.1] du 2 octobre 2014, N° 15319/09, § 55 ; Monnell et Morris c. Royaume-Uni, arrêt [Ch.] du 2 mars 1987, N° 9562/81, § 54 et Martinie c. France, arrêt [G.Ch.] du 12 avril 2006, N° 58675/00, §§ 11 et 53-55.

⁸⁴⁷ Voir Cour EDH, Martinie c. France, arrêt précité, §§39-55.

puisque cette carence supprime toute possibilité de pourvoi en privant la juridiction de cassation de moyen pour juger⁸⁴⁸.

524. En outre, l'infirmité peut s'étendre à une procédure pénale puisque l'élargissement du champ civil peut couvrir une telle procédure lorsqu'elle s'avère déterminante pour l'issue d'une procédure civile, particulièrement quand elle reconnaît l'existence d'un droit à l'indemnisation et que la procédure civile fixe le montant d'indemnisation générant un droit réel avec des modalités d'exercice⁸⁴⁹. En effet, c'est le cas dans l'arrêt *Torri* où la Cour condamne l'Italie pour défaut de célérité dénoncé par le requérant et lié à deux procédures consécutives, l'une pénale avec le requérant comme partie civile et l'autre civile relative à la réclamation des dommages et intérêts⁸⁵⁰.
525. Au surplus, mises à part les procédures rattachées aux actes constitutionnels d'un chef de l'Etat ou ses manquements au serment, une procédure constitutionnelle - normale ou sur renvoi préjudiciel ou conservatoire - déterminante pour une procédure civile, puisqu'elle est de nature civile, peut intégrer le champ civil et donc être concernée par l'infirmité de la nature civile⁸⁵¹. Toutefois, c'est selon les conditions prévues pour la procédure provisoire que se détermine une procédure constitutionnelle de nature « conservatoire »⁸⁵². A titre illustratif, la Cour condamne l'Espagne pour atteinte à l'article 6§1 de la Convention dans l'affaire *Ruiz-Mateos* à cause des procédures constitutionnelles à titre préjudiciel ayant un impact sur une procédure civile⁸⁵³. En l'espèce, la Cour a trouvé ces procédures trop longues pour une affaire d'un enjeu aussi important pour les requérants et la société espagnole, lorsqu'on tient compte des conséquences socio-économiques, du grand nombre des individus concernés et des capitaux en cause⁸⁵⁴. Aussi, quant à une procédure constitutionnelle normale, l'affaire *Voggenreiter* révèle la condamnation de

⁸⁴⁸ Note d'information sur la jurisprudence de la Cour n°178 d'octobre 2014 sur l'affaire *Hansen c. Norvège*, 12 octobre 2014, N° 15319/09.

⁸⁴⁹ Voir Cour EDH, *Torri c. Italie*, arrêt [Ch.] du 1^{er} juillet 1997, N° 26433/95, § 19.

⁸⁵⁰ Voir *Idem*, §§16, 28 et 29.

⁸⁵¹ Voir Cour EDH, *Paksas c. Lituanie*, arrêt [G.Ch.] du 6 janvier 2011, N° 34932/04, §§ 65-66 (exception de litiges liés aux actes constitutionnels du président) ; *Xero Flor w Polsce sp. z o.o c. Pologne*, arrêt [Sect.1] du 7 mai 2021, N° 4907/18, §§188-191 et 203-206 ; *Süßmann c. Allemagne*, arrêt [G.Ch.] du 16 septembre 1996, N°20024/92, § 41 ; *Ruiz-Mateos c. Espagne*, arrêt [Pl.] du 26 juin 1993, N°12952/87 ; *Voggenreiter c. Allemagne*, arrêt [Sect.3] du 8 avril 2004, N°47169/99, §§ 31-33 et § 36 et *Kübler c. Allemagne*, arrêt [Sect.5] du 13 janvier 2011, N° 32715/06, §§ 47-48 (déterminance sur une procédure civile ou procédure constitutionnelle normale ou sur renvoi préjudiciel ou conservatoire).

⁸⁵² Voir Cour EDH, *Kübler*, arrêt précité, §§ 47-48

⁸⁵³ Voir Cour EDH, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, arrêt précité.

⁸⁵⁴ Voir *Idem*, §§51-53.

l'Allemagne par la Cour pour atteinte à la célérité du procès par sa cour constitutionnelle, en dépit de son importance dans l'ordre judiciaire et constitutionnel : en vrai, elle souligne une atteinte préjudiciable au requérant en cause qui contestait la constitutionnalité d'une loi sur la suppression des tarifs en la considérant comme une ingérence dans ses droits privés à exercer une profession et de propriété⁸⁵⁵. Par conséquent, l'infirmerie de l'extension de la nature civile peut concerner une telle procédure.

526. Selon la jurisprudence de la Cour, la vision globale du procès n'exclut pas du champ de l'article 6§1 précité des étapes postérieures à une décision au fond au niveau national, notamment les procédures d'exécution d'une décision de justice à titre ne découlant pas de la procédure principale ou à titre étranger définitif, sauf à titre portant sur une confiscation prononcée par une juridiction en matière pénale ; par conséquent, le champ civil au sens large pouvant concerner ces étapes, l'infirmerie par la Cour de l'extension de la nature civile d'un droit dans un procès peut s'y rattacher⁸⁵⁶. A titre d'exemple, dans l'affaire *Hornsby*, la Cour condamne la Grèce pour violation de l'article 6§1 liée au refus de se conformer pendant plus d'un lustre à une décision de justice définitive et exécutoire ordonnant, sans tenir compte de la nationalité, les requérants à établir une école privée d'apprentissage de l'anglais⁸⁵⁷. Particulièrement, s'agissant d'une procédure d'exécution à titre indépendant de la procédure principale, la Cour a eu à sanctionner la Croatie d'avoir violé l'article 6§1 dans le retard des autorités habilitées à enregistrer le changement de propriétaire après une procédure de succession⁸⁵⁸. Sur le fondement de ces exemples, une posture de la Cour contraire dans d'autres affaires peut mener au déni de justice.

⁸⁵⁵ Voir Cour EDH, *Voggenreiter*, arrêt précité, §§13 et 51-53.

⁸⁵⁶ Voir respectivement Cour EDH, *Hornsby*, arrêt précité, § 40 et *Romańczyk c. France*, arrêt [Sect.5] du 18 novembre 2010, N° 7618/05, § 53 (inclusion de procédures d'exécution) ; *Buj c. Croatie*, arrêt [Sect.1] du 1^{er} juin 2006, N° 24661/02, § 19 (non nécessité d'un titre de la procédure principale) ; *Avotiņš c. Lettonie*, arrêt [G.Ch.] du 23 mai 2016, N° 45036/98, § 96 et *Saccoccia c. Autriche*, décision [Sect.1] du 5 juillet 2007, N° 69917/01 (décision étrangère définitive et exception par une juridiction en matière pénale).

⁸⁵⁷ Cour EDH, *Hornsby* précité, §§44-45.

⁸⁵⁸ Dans cette affaire, si le gouvernement croate estime que l'article 6§1 n'est pas applicable dans l'optique où le procédure de succession n'était pas en soi contentieuse et où l'enregistrement des titres devrait se faire d'office par le tribunal local et non le requérant, la Cour souligne que l'applicabilité de cette disposition à la procédure de succession n'est pas l'essentiel et qu'un titre d'exécution relatif aux droits civils ne provient pas toujours d'une procédure où s'applique cette disposition. Voir Note d'information sur la jurisprudence de la Cour n° 87 de juin 2006 sur l'arrêt *Buj c. Croatie*, 1^{er} juin 2006, N° 24661/02.

527. La réouverture d'une procédure définitive, à cause de l'autorité de la chose jugée et parce qu'elle ne constitue pas une contestation défendable en droit national, n'intègre pas techniquement le champ de l'article 6§1, à moins que sa nature, sa portée et ses spécificités le permettent, spécifiquement en cas de déni de justice flagrant par une juridiction nationale dont la décision n'est réparable que par une révision⁸⁵⁹. Il s'agit de l'exemple dans la seconde version de l'affaire *Bochan* où la Cour constate la violation de l'article 6§1 par l'Ukraine pour déni de justice manifeste après dénaturation par sa juridiction suprême de l'arrêt rendu par la Cour en 2007 dans la première version de l'affaire, ce qui a eu comme conséquence l'échec de l'examen de la cause de la requérante dans une procédure de cassation exceptionnelle et également l'atteinte à son droit de propriété⁸⁶⁰. L'infirmerie de la nature civile peut donc concerner également cette procédure de manière spécifique si la Cour se retrouvait dans une situation analogue en concluant différemment.
528. L'extension de l'infirmerie de la nature civile peut englober la procédure en tierce opposition à incidence directe sur un droit civil comme elle s'applique à l'article 6§1, notamment dans l'hypothèse d'une procédure des frais de justice séparée d'une procédure principale et dont les frais exerceront nécessairement une influence sur le patrimoine du justiciable en cause⁸⁶¹. C'est en effet le cas de l'affaire *Kakamoukas* où la Grèce se fait sanctionner par la Cour à cause, d'une part, d'une durée excessive de deux procédures litigieuses sur une tierce opposition, et d'autre part, de deux arrêts du Conseil d'Etat grec impliquant de nombreux requérants en matière d'expropriation⁸⁶². Pour la Cour, dans la première procédure, la procédure en tierce opposition influence forcément la procédure principale, il n'est pas possible de les envisager séparément dans le calcul de la durée globale du procès⁸⁶³. En outre, pour elle, l'atteinte à la célérité dans ces procédures a généré un préjudice moral aux

⁸⁵⁹ Voir successivement Cour EDH, *Bochan c. Ukraine* (no 2), arrêt [G.Ch.] du 5 février 2015, N° 22251/08, §§ 44-45, 46 et 50 et *Sablon c. Belgique*, arrêt [Sect.3] du 10 avril 2001, N° 36445/97, § 86.

⁸⁶⁰ Dans la première version de l'affaire, la Cour avait conclu le 3 mai 2007, eu égard aux circonstances exceptionnelles de réattribution de l'affaire aux tribunaux inférieurs par la Cour suprême, que les doutes sur l'impartialité des juges qui ont l'affaire, même ceux de la haute juridiction, étaient fondées objectivement. Voir Cour EDH, *Bochan* (no 2) précité, §§64-68.

⁸⁶¹ Cour EDH, *Kakamoukas et autres c. Grèce*, arrêt [G.Ch.] du 15 février 2008, N° 38311/02, § 32 et *Robins c. Royaume-Uni*, arrêt [Ch.] du 23 septembre 1997, N° 22410/93, § 29.

⁸⁶² Cour EDH, *Kakamoukas*, §32 et 33.

⁸⁶³ *Idem*.

requérants nécessitant une indemnité, en l'espèce 4000 euros à chaque requérant⁸⁶⁴. Notant que la Cour valide la nature civile d'une telle procédure, procéder autrement dans ce même cas de figure pourrait entraîner le déni de justice.

C. La proposition d'inclusion de certaines procédures exclues de la nature civile dans l'analyse du déni de justice

529. Dans la conception de la nature civile d'un procès, la Cour exclut certaines procédures qui restent ainsi non seulement en marge de son contrôle quant aux exigences conventionnelles, mais deviennent aussi écartées de l'étude du déni de justice procédural civil. Pourtant, pour un contrôle conventionnel quant à la protection des droits des individus visés par ces procédures, leur exclusion est problématique ; mieux vaudrait que la Cour les inclût pour permettre la critique de son action juridictionnelle dans cette analyse du déni procédural civil.
530. Evoquant cette exclusion, selon la jurisprudence de la Cour sur le droit à un procès équitable, le caractère « patrimonial » d'une contestation n'est pas toujours suffisant pour confirmer la nature civile d'une contestation, c'est-à-dire que certaines contestations relatives à certaines matières peuvent échapper au domaine de l'article 6§1 et, donc, de l'analyse du champ du déni de justice civile au sens large⁸⁶⁵. L'exclusion de ces matières de la nature civile est problématique, compte tenu de l'indivisibilité et de l'universalité des droits de l'homme interdisant naturellement l'économie de leur garantie, notamment celle de la protection juridictionnelle pour l'intérêt des justiciables confrontés aux nombreuses prérogatives et aux moyens de puissance publique à la disposition des Etats en cas de conflit.
531. En dépit de leurs effets patrimoniaux, même en lien au référé de règlement des droits de douane, puisqu'elles font partie du « noyau dur » de la souveraineté des États par le lien public prééminent qu'elles établissent entre les États et les contribuables, les procédures en matière fiscale sont exclues du champ de l'article 6§1⁸⁶⁶. Assurément,

⁸⁶⁴ Ibid., §48.

⁸⁶⁵ Voir Cour EDH, Ferrazzini c. Italie, arrêt [G.Ch.] du 12 juillet 2001, N° 44759/98, § 25.

⁸⁶⁶ Voir Cour EDH, Emesa Sugar N.V. c. Pays-Bas, décision [Sect.3] du 13 janvier 2005, N° 62023/00 et Ferrazzini, § 29.

des motifs propres à la France et à la Commission européenne des droits de l'homme l'expliquent historiquement. D'une part, c'est tardivement, trente et un ans après l'adoption de la convention, que la France a reconnu et accepté les requêtes individuelles devant la Cour, sans lesquelles aucun débat sur le contenu et la portée de la Convention ne pouvait se faire utilement et, d'autre part, la Commission a trouvé que certains points en matière fiscale ne dépendent pas de l'article 6§1, à l'instar de la détermination des impôts et des avantages fiscaux⁸⁶⁷. Sous ces motifs, l'exclusion ne se justifie pas en cherchant à concilier les prérogatives très excessives de la France avec la Convention qui insiste sur le fait que protéger les droits fondamentaux liés à la personne et au patrimoine n'est pas une question de droit interne, mais celle du respect des principes généraux du droit liant l'interprétation de la Convention et comprenant l'interdiction du déni de justice⁸⁶⁸.

532. L'exclusion touche aussi les procédures d'immigration - à savoir, l'octroi de l'asile politique ou l'expulsion - dont l'étendue peut inclure l'indemnisation consécutivement au refus d'octroi de l'asile, le signalement d'un étranger dans le fichier du système d'information des *Accords de Schengen*, le droit à un passeport et à la nationalité, hormis le droit pour un étranger de demander un permis de travail lorsqu'il est gravement entravé procéduralement⁸⁶⁹. Sur cette dernière exception, la Cour a déjà eu à condamner l'Etat autrichien d'atteinte à l'article 6§1 de la Convention face à sa contestation de l'applicabilité de cette disposition, à son refus d'accorder des permis de travail et à ses entraves au droit à un tribunal des requérants étrangers⁸⁷⁰. Pour la Cour, si, dans son issue, la contestation est déterminante pour les rapports des requérants avec leurs potentiels employeurs, elle intègre le champ civil dès lors qu'elle est réelle et sérieuse et que l'article 6§1 est applicable⁸⁷¹. Rappelant l'exclusion, une certaine doctrine la justifie en la matière à travers le principe du «

⁸⁶⁷ Voir R. BONDIGUEL, « Convention européenne des droits de l'homme et fiscalité », *Revue Juridique de l'Ouest*, 1999-4, pp. 423-434, spéc. pp.423 et 424.

⁸⁶⁸ Voir Ibid.

⁸⁶⁹ Voir Cour EDH, *Maaouia c. France*, arrêt [G.Ch.] du 5 octobre 2000, N°39652/98, § 38 ; *Peñafiel Salgado c. Espagne*, décision [Sect.4] du 16 février 2002, N° 65964/01 et *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, arrêt précité, §§ 81-83 ; *Panjeheighalehei c. Danemark*, décision [Sect.5] du 13 octobre 2009, N° 11230/07 (procédure d'indemnisation suivant un refus d'octroi de l'asile) ; *Dalea c. France*, décision [Sect.5] du 2 février 2010, N° 964/07 (signalement d'un étranger dans le fichier) ; *Smirnov c. Russie*, décision [Sect.1] du 7 juin 2007, N° 71362/01 (droit à un passeport et la nationalité) et *Jurisic et Collegium Mehrerau c. Autriche*, arrêt [Sect.1] du 27 juillet 2006, N° 62539/00, §§ 54-62 (exception sur le droit de demander un permis de travail).

⁸⁷⁰ Voir Note d'information sur la jurisprudence de la Cour n°88 de juin-août 2006 sur l'arrêt *Jurisic et Collegium Mehrerau c. Autriche*, [Sect.1] du 27 juillet 2006, N° 62539/00.

⁸⁷¹ Voir Idem.

traitement international minimal de l'étranger » provenant de la pratique interne des États en droit interne et reconnu en droit international coutumier et signifiant que l'État ne peut garantir aux étrangers qu'un statut égal aux nationaux et non un statut spécifique⁸⁷². Cependant, selon la vision actuelle des droits de l'homme, l'exclusion en cause ne s'explique pas, car le principe d'égalité n'a pour conséquence que la non-discrimination et la restriction austère de prérogatives discrétionnaires des États à l'égard des étrangers⁸⁷³.

533. Par ailleurs, les procédures des fonctionnaires sont aussi évincées du champ civil par la Cour, sauf si elles matérialisent cumulativement les conditions exigées pour leur inclusion⁸⁷⁴. En vrai, leur exclusion tient au fait que les deux conditions, précisément l'exclusion en droit national du droit d'accès au tribunal pour le fonctionnaire concerné et la justification de cette dérogation au droit d'accès, sont malheureusement difficiles à matérialiser de façon cumulative⁸⁷⁵.
534. L'analyse de l'extension de l'infirmité de la nature civile ne prend pas en compte également, du fait de l'inapplicabilité de l'article 6§1, les procédures en matière de droits politiques pouvant porter sur les droits électoraux, le droit à la pension parlementaire, les droits des partis politiques, les modalités d'exercice d'un mandat politique, le droit de poursuite et de condamnation d'un tiers, le droit de rendre des

⁸⁷² Lire G. S. GOODWIN-GILL, *International law and the movement of persons between states*, OUP, Oxford, 1978, pp. 58-63 et J. C. HATHAWAY, *The rights of refugees under international law*, 2005, pp 75-83 et 147-153.

⁸⁷³ Lire I. BROWNLEE, *Principles of public international law*, OUP, Oxford, 1998, pp. 526-531 et R. CHOLEWINSKI, *Migrant workers in international human rights law: Their protection in countries of employment*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 40-47.

⁸⁷⁴ Il faut non seulement l'exclusion en droit national du droit d'accès à un tribunal pour le poste ou la catégorie de la profession en cause mais aussi une justification de cette dérogation - à l'accès au tribunal par des motifs d'intérêt de l'Etat - qui doit être compatible à la prééminence du droit en se fondant sur une législation d'application générale et non individualisée. Voir. Cour EDH, Grzęda, arrêt précité, §§292, 261 et 299-300 ; Vilho Eskelinen et al. précité, §62 ; Baka c. Hongrie arrêt [G.Ch.], §§103 et 117 et Regner c. République Tchèque, arrêt [Gr.Ch.] précité, §107.

⁸⁷⁵ En effet, la condition d'exclusion en droit national du droit d'accès à un tribunal est difficile à matérialiser puisque d'une part elle doit être claire et expresse en droit national mais d'autre part la conception du tribunal n'est pas dépendante du droit national et peut déboucher à la qualification de « tribunal » par la Cour alors qu'il s'agit d'un organe non judiciaire, ce qui fait qu'un défaut de recours n'emportera pas toujours l'exclusion de l'accès à un tribunal au sens conventionnel. Voir, par exemple, Cour EDH, Suküt, décision précitée ; Apay c. Turquie, décision [Sect.2] du 11 décembre 2007, N° 3964/05 ; Nazsiz c. Turquie, décision du 12 juin 2003, N°36593/97 et Nedeltcho Popov c. Bulgarie, arrêt précité, § 38 ; Kamenos c. Chypre, arrêt précité, §§ 75 et 84 et Cour EDH, Oleksandr Volkov c. Ukraine, arrêt précité, § 88. En outre, la seconde condition sur la justification de la dérogation au droit d'accès à un tribunal pose un écueil en ce qu'elle implique la démonstration par l'Etat non uniquement de la participation du justiciable en cause à l'exercice de la puissance publique ou d'un rapport de confiance et loyauté existant entre eux, mais aussi que l'objet du différend dépend de l'exercice de la puissance publique en menaçant ce rapport spécial. Cour EDH, Vilho Eskelinen et al. précité, §62.

comptes sur les questions débattues en audience publique et le droit d'une juridiction étatique à annuler ou censurer un droit en vigueur⁸⁷⁶.

535. La suggestion d'inclure certaines procédures exclues de la nature civile du droit au procès équitable pour une bonne analyse du déni de justice, l'implication de diverses procédures nationales dans l'extension de l'infirmerie de la nature civile par la Cour et le postulat de l'extension matérielle de cette infirmerie aux contestations non civiles à incidence directe et décisive sur un droit de nature pécuniaire sont les implications de l'extension de la contestation de l'essence civile par la Cour. Ces implications théoriques lorsqu'elles sont mises en œuvre peuvent mener réellement au déni de justice.

§2. La démonstration du déni de justice procédural civil par extension de l'infirmerie

536. Par extension de l'infirmerie de la nature civile d'un droit dans le cadre du droit à procès équitable, la Cour peut commettre un déni de justice en reconnaissant d'une part le refus des juridictions nationales de juger une action en réparation du préjudice moral quant aux actes de torture reprochés à un Etat étranger (A) et en approuvant d'autre part le rejet d'une action civile pour abus sexuels menée contre le Saint-Siège à cause de l'immunité juridictionnelle (B).

⁸⁷⁶ Voir Cour EDH, *Pierre-Bloch c. France*, arrêt [Ch.] du 21 octobre 1997, N° 24194/94, § 50 (droits électoraux de candidater ou de conserver son mandat) ; *Papon c. France*, décision [Sect.2] du 11 octobre 2005, N°344/04 (droit à la pension parlementaire) ; *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c. Turquie*, décision [Sect.3] du 3 octobre 2000, N°41340/98 ; *Lovrić c. Croatie*, arrêt [Sect.2] du 4 avril 2017, N°38458/15, § 55 (droits des partis politiques de se livrer à des activités politiques ou d'y adhérer ou d'y être exclu) ; *Cătănciu c. Roumanie*, décision [Sect.4] du 6 décembre 2018, N° 22717/17, § 35 (modalités d'exercice d'un mandat politique comme l'interdiction de se trouver dans un conflit d'intérêts) ; *Perez c. France*, arrêt [G.Ch.] du 12 février 2004, N°47287/99, § 70 et *Mustafa Tunç et Fecire Tunç c. Turquie*, arrêt [G.Ch.] du 14 avril 2015, N° 24014/05, § 218 (droit de poursuite et de condamnation pénale d'un tiers) ; *Mackay et BBC Scotland c. Royaume-Uni*, arrêt [Sect.4] du 7 décembre 2010, N° 10734/05, §§ 20-22 (droit de reddition de compte sur des questions débattues en audience publique) et *James et autres c. Royaume Uni*, arrêt précité, § 81 (droit d'une juridiction étatique d'annuler ou de censurer un droit en vigueur).

A. La reconnaissance du refus par les juridictions internes de juger une action en réparation du préjudice moral de faits de torture

537. La Cour a reconnu ce type de refus dans l'affaire *Naït-Liman contre Suisse* (1), ce qui est malheureux parce qu'elle y renonce à assurer la spécificité du droit de la Convention (2). Pour y remédier, la Cour devrait recourir à certains principes et valeurs de la Convention avant tout (3).

1. Le cas de l'affaire *Naït-Liman contre Suisse*

538. Dans l'affaire *Naït-Liman contre Suisse*, l'auguste chambre de la Cour juge que le refus des juridictions suisses d'examiner l'action civile du requérant en réparation du préjudice moral pour des actes de torture supposés être subis en Tunisie, et ce, malgré leur interdiction absolue, ne porte pas atteinte à son droit d'accès à un tribunal.
539. En fait, le requérant Abdennacer Naït-Liman né en 1962, résidant à Versoix dans le canton de Genève, est un ressortissant tunisien nationalisé suisse. Il affirme le 22 avril 1992 avoir été arrêté en Italie où il résidait par la police italienne puis emmené au consulat de Tunisie à Gênes où il s'est vu remettre un acte d'accusation le considérant comme une menace pour la sécurité de l'État italien. Ramené dans son pays d'origine par les agents tunisiens, le requérant souligne y avoir été injustement détenu et torturé dans les locaux du ministère de l'Intérieur à Tunis sur ordre du ministre de l'Intérieur A.K entre le 24 avril au 1^{er} juin 1992. Après ces sévices, le requérant prend la fuite pour la Suisse où il obtient le droit d'asile politique le 8 novembre 1995.
540. Le 14 janvier 2001, le requérant va demander une action pénale en se constituant partie civile devant le procureur général du canton de Genève contre l'ancien ministre A.K qui séjournait en Suisse pour être hospitalisé. Cependant, le procureur va classer l'action le 19 février 2001 pour la raison que l'accusé n'a pu être interpellé par la police et n'était plus en Suisse. Non démotivé, le requérant réengage le 8 juillet 2004 une action en réparation des dommages contre son État d'origine et A.K devant le tribunal qui va la juger irrecevable pour incompétence *ratione loci*, trouvant que la compétence des juridictions suisses en vertu du for de nécessité n'était pas valable pour insuffisance du lien de rattachement entre la Suisse et les faits en cause. Il

interjette appel de cette décision ; la cour de justice du canton rejette le recours, considérant que les défendeurs jouissent de l'immunité de juridiction en s'inspirant de la jurisprudence de la Cour dans l'affaire *Al-Adsani* du 21 novembre 2001. Exerçant de nouveau un recours devant le Tribunal fédéral pour réformation, celui-ci est rejeté le 22 mai 2007 pour incompétence en raison du lieu des juridictions suisses alors que le 14 mai 2007 le requérant avait obtenu la nationalité suisse par naturalisation dans la ville de Versoix qui va la confirmer le 25 mai 2007.

541. Face au refus des juridictions nationales suisses de juger au fond son action en réparation des dommages pour des allégations de torture subie en Tunisie, le requérant va requérir le 20 novembre 2007 la Cour en arguant la violation de son droit d'accès au tribunal. Le 21 juin 2016, la Chambre de la juridiction supranationale va conclure à l'absence de violation du droit d'accès à un tribunal par la Suisse qui n'était aucunement obligée conventionnellement à valider l'action civile en cause sur le fondement du droit coutumier, et ce pour le défaut d'une pratique des États favorable à la compétence universelle civile.
542. Face à cette décision, le requérant demande un renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre le 19 septembre 2016 qui sera accueilli favorablement le 28 novembre 2016. L'audience ayant lieu le 14 juin 2017, l'auguste Chambre conclut à la non-violation du droit d'accès au tribunal mais elle invite les États membres à prendre en compte dans leur ordre juridique national toute évolution militant pour l'application effective du droit à réparation liée aux actes de torture en examinant diligemment toute demande d'une telle essence pour y découvrir, si nécessaire, les aspects pouvant obliger leurs juridictions à affirmer leur compétence pour trancher.
543. En résumé, la Cour trouve que l'État suisse n'a pas excessivement ou illégitimement restreint le droit d'accès à un tribunal du requérant. Dans un sens, la restriction pour la Cour est légitime au regard des buts poursuivis dans le cadre d'une bonne administration de la justice et du maintien de l'effectivité des décisions judiciaires, puisqu'elle évite aux tribunaux l'écueil dans - la recherche, l'examen des preuves et l'exécution des jugements - mais également le risque d'un *forum-shopping* pouvant les surcharger dans une situation de limitation budgétaire, sans oublier les conflits diplomatiques pouvant en résulter. Dans un autre sens, elle est proportionnée en ce que le droit international ne contraint aucunement la Suisse à ouvrir ses juridictions

soit au nom de la compétence universelle - n'exigeant aucun lien entre la juridiction saisie et la cause ou le cas litigieux – ou du for de nécessité – reconnaissant une compétence résiduelle exceptionnellement aux principes normaux du droit national quand une action à l'étranger se manifeste impossible ou extrêmement complexe en droit ou en fait. Pour la Cour, un tel défaut de norme contraignante en droit international reconnaît une grande liberté d'appréciation à l'État suisse dont le législateur et les juridictions n'ont pas abusé, d'autant plus qu'il n'existe aucun élément clairement déraisonnable ou arbitraire dans l'interprétation par le tribunal fédéral des dispositions légales déterminantes.

2. Un refus de juger malheureux dans la renonciation à la spécificité du droit de la Convention

544. Les conclusions de la grande chambre dans cette affaire sont malheureuses. En effet, l'impossibilité pour le requérant Nait-Liman de faire examiner sa demande devant les juridictions suisses apparaît dans le contexte de la cause selon le juge Serghides comme un déni de triple nature, à savoir « *d'accès procédural à la justice* », « *d'accès subjectif effectif à la justice* » et enfin « *de tout accès matériel à la justice* »⁸⁷⁷. Pour le professeur Andriantsimbazovina, voir la Cour « *modèle et pionnière* » s'abandonner à la bonne volonté des Etats pour rendre effective une règle impérative de droit international à l'issue de cette affaire est un « *désastre* », surtout « *après plus d'un demi-siècle d'efforts de protection internationale et européenne des droits de l'homme* »⁸⁷⁸. En réalité, cette issue est incontestablement un recul des droits de l'homme parce qu'en voulant obstinément aligner le droit conventionnel européen des droits de l'homme sur le droit international général, la Cour supprime toute l'évolution rendant la Convention particulière en tant qu'« *instrument constitutionnel de l'ordre public européen* »⁸⁷⁹. En vrai, c'est un repli de la Cour, qu'après une reconnaissance principielle du droit des victimes de torture à une réparation adéquate et effective, l'élimination de toutes les problématiques d'immunité juridictionnelle et

⁸⁷⁷ Opinion dissidente du Juge Serghides dans Cour EDH, Naït-Liman, arrêt précité, §§123-127.

⁸⁷⁸ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le refus de juridictions nationales de juger de faits de torture commis dans un Etat étranger ne viole pas le droit d'accès à un tribunal », Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Gazette du Palais, mardi 10 juillet 2018, N°25, pp.25-28, p.26.

⁸⁷⁹ Cour EDH, Loizidou c. Turquie, arrêt [G.Ch.] du 23 mars 1995, N°15318/89.

la validation de l'applicabilité de l'article 6§1 de la Convention, la Cour s'attèle à réitérer sa jurisprudence sur le droit d'accès à un tribunal en l'appliquant étroitement⁸⁸⁰. Il n'est pas établi qu'en concluant autrement par un constat de violation du droit d'accès au juge, une telle solution aurait entraîné une compétence juridictionnelle suisse incompatible au droit international, notamment lorsqu'on considère l'incertitude de l'objet de ce dernier sur ce plan et aussi du fait qu'engager une compétence suisse ne serait évidemment pas absurde concernant la demande d'un étranger résidant en Suisse après l'obtention d'un statut de réfugié⁸⁸¹.

545. Cette affaire révèle des écueils pour la Cour à circonscrire l'étendue des droits protégés par la Convention et les modalités selon lesquelles les Etats parties doivent les sauvegarder en cas de violation extraterritoriale impliquant des autorités étrangères et une victime étrangère. Il s'agit, par conséquent, dans ce contexte spécifique, d'un manquement de la Cour à déterminer le champ d'application de la Convention, les obligations du droit d'accès au juge et à garantir une protection juridictionnelle effective à un requérant alléguant l'atteinte à une règle impérative⁸⁸². Plus précisément, les arguments de la Cour sont compréhensibles mais non pertinents quant à la légitimité, la proportionnalité et la marge d'appréciation reconnues aux juridictions suisses.
546. Sur la légitimité de la restriction du droit d'accès au juge, les écueils - diplomatiques et d'exécution d'un arrêt rendu relativement à une compétence universelle ou un for de nécessité – invoqués par la Cour sont inconcevables pour une juridiction de son rang ayant déjà consacré le droit à l'exécution des décisions de justice comme un corollaire inhérent au procès et notamment au droit d'accès au juge, mais aussi reconnu que l'ensemble des ressources légales et diplomatiques à la disposition d'un Etat membre à l'égard d'un Etat tiers et des organisations internationales l'obligent à perpétuer la garantie de jouir des droits et libertés conventionnels⁸⁸³. Quant à la proportionnalité, les arguments dissuasifs de la Cour relatifs à tous les éléments

⁸⁸⁰ Voir Cour EDH, *Naït-Liman c. Suisse*, arrêt précité, §§97, 99, 111 et *Golder*, arrêt précité, §§112-116.

⁸⁸¹ Voir Fabien MARCHARDIER, « L'indifférence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard du for de nécessité », *Rev. Crit. DIP*, juillet-septembre 2018, pp.663-670, p.666

⁸⁸² Voir *Idem*.

⁸⁸³ Voir Cour EDH, *Hornsby*, arrêt précité, §40 ; *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, arrêt précité, §333 et F. SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 8^{ème} ed., Paris, 2017, nos 33 et 70, pp.404 et 851.

pouvant réduire la marge d'appréciation de la Suisse et s'opposant ainsi à toute interprétation évolutive du droit conventionnel en rapport avec le droit international général érigent une digue, amoindrissent, bloquent et barricadent le particularisme de la Convention comme l'instrument constitutionnel de l'ordre public européen sus-évoqué⁸⁸⁴. Dans ce sens, pour le juge Sidov, le recours aux principes et valeurs de la Convention convenait pour constater une atteinte au droit d'accès au juge, au lieu de vainement rechercher en la minimisant l'existence d'une obligation non coutumière et/ou conventionnelle de l'Etat défendeur pour reconnaître une compétence universelle concernant des actes de torture et une compétence pour les juridictions suisses au titre du for de nécessité⁸⁸⁵. Relativement à la marge d'appréciation, elle est « *trop large* », et démontre, en l'absence des solutions restrictives par la Cour en l'espèce, que la Cour renonce à assurer un seuil minimum de protection juridictionnel dans des situations internationales⁸⁸⁶. La Cour se camoufle assurément derrière une interprétation restrictive de la « cause » faite par le Tribunal fédéral suisse pour fonder le défaut d'éléments manifestement déraisonnables et aléatoires ; cependant, le rattachement entre la cause et la Suisse est réel par l'octroi de l'asile au requérant et fonde l'utilité d'assurer une protection internationale contre la torture⁸⁸⁷. En d'autres termes, l'obtention du statut de réfugié prouve suffisamment les persécutions que le requérant Nait-Liman a subies⁸⁸⁸.

3. Le recours à certains principes et valeurs de la Convention

547. Il faut affirmer, en empruntant les propos du professeur Marchadier que « *l'affaire Nait-Liman offrait à la Cour la possibilité d'affiner sa jurisprudence et de tracer ou tout au moins d'esquisser les limites du droit de l'individu et, en contrepoint, les obligations des Etats* » et qu'elle « *n'était pas sans doute la plus compliquée* »⁸⁸⁹. La Cour pouvait s'inspirer des principes et valeurs de la Convention pour fonder le droit

⁸⁸⁴ Voir Cour EDH, Naït-Liman, arrêt précité, §174 et Loizidou, arrêt précité.

⁸⁸⁵ Voir J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le refus de juridictions nationales de juger des faits de torture commis dans un Etat étranger ne viole pas le droit d'accès à un tribunal », article précité, p.26.

⁸⁸⁶ Voir F. MARCHADIER, « L'indifférence de la Cour européenne ... », article précité, p.670.

⁸⁸⁷ En France, la compétence de juridictions françaises a déjà été reconnue dans l'octroi d'un statut de réfugié aux requérants d'origine turque qui n'avaient pas la possibilité de faire une requête défendable en Turquie, Etat où la famille avait séjourné temporairement et clandestinement. Voir J. HAUSER cité par Idem.

⁸⁸⁸ Voir Ibid., pp.667 et 670.

⁸⁸⁹ F. MARCHADIER, « L'indifférence de la Cour européenne... », article précité, pp.667 et 670.

d'accès à un tribunal du requérant en cause, mais elle a préféré déprécier tous les aspects favorables à établir une obligation pour l'Etat, à savoir : reconnaître une compétence universelle pour torture comme en droit comparé américain et canadien quant aux actes de terrorisme ; affirmer l'éventualité d'une constitution de partie civile dans une procédure pénale à l'instar de ce qui se fait au sein de certains Etats membres du Conseil de l'Europe ; rappeler l'interprétation dynamique par le Comité contre la torture de l'article 14 de la *Convention des Nations Unies contre la torture* dans son *observation générale n°3 de 2012* ; évoquer les discussions lors des travaux préparatoires de la Convention contre la torture ou le droit souple issu des travaux de l'Institut du droit international ; s'inspirer de l'opinion d'une partie de la doctrine et enfin reconnaître le for de nécessité consacré par une douzaine d'Etats européens⁸⁹⁰.

548. Pour revenir aux principes et valeurs de la Convention pouvant fonder le droit d'accès au juge, la Cour pouvait rappeler la signification spécifique qu'implique ce droit dans sa jurisprudence, notamment dans un contexte comprenant les éléments d'extranéité. Sur ce plan, si ce droit n'assure pas un droit sans mesure à choisir la juridiction compétente, l'amplitude des liens qu'entretient un cas avec le for devient déterminant au point qu'un Etat le violerait s'il n'accorde pas à ses juridictions de contrôler et de trancher une affaire ayant de très forts rattachements avec le for⁸⁹¹. En effet, dans l'affaire *Alerwin*, la Cour a confirmé l'atteinte à l'article 6§1 de la Convention quant à une diffamation contre un Suédois par un Suédois lors d'une diffusion télévisée émise au Royaume-Uni, et, ce, bien que les juridictions suédoises se soient déclarées incompétentes à cause de l'émission transfrontalière⁸⁹². Dans la même optique, à son époque, la Commission n'avait pas constaté une violation de l'article 6§1 de la Convention par les juridictions britanniques après qu'elles se sont reconnues compétentes s'agissant d'un litige familial sur la base des rattachements satisfaisants avec le Royaume-Uni⁸⁹³.

549. Sur ce qui précède, la Cour ne contredirait pas le droit à un tribunal de Convention en reconnaissant une compétence étatique sur un litige sans lien avec le for et dont la source, loin du for, empêche l'accès au juge. Dans l'affaire *Nait-Liman*, il était

⁸⁹⁰ Voir J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le refus de juridictions nationales ... », arrêt précité, p.27.

⁸⁹¹ Voir Cour EDH, *Bayrak c. Allemagne*, décision [Sect.4] du 6 juillet 2000, N°27937/95 et *Arlewin c. Suède*, arrêt [Sect.3] du 1^{er} mars 2016, N°22302/10.

⁸⁹² Voir Cour EDH, *Arlewin* précité.

⁸⁹³ Voir Com. EDH, *B.A c. Royaume-Uni*, décision du 13 mai 1976.

important que la Cour examine la requête en étant inspirée par les valeurs et principes de sa jurisprudence *Golder* où elle a affirmé que c'est un principe fondamental et universel qu'une contestation en matière civile soit examinée par un juge pour ne pas violer le principe de droit international interdisant le déni de justice⁸⁹⁴. Par l'établissement du lien de rattachement qu'exige le for de nécessité, la Cour, à défaut de valider la compétence universelle, devrait inscrire dans le marbre du droit européen des droits de l'homme cette première notion en obligeant les Etats à ne pas rejeter les demandes des victimes d'atteintes graves aux droits de l'homme ou au-delà celles de refus d'accès au juge⁸⁹⁵. Dans cet élan, il fallait que la Cour relève d'abord l'obstacle absolu d'une action à l'étranger, soit la possibilité d'une action en Italie où vivait le requérant avant son renvoi en Tunisie, lieu de commission d'actes de torture supposés, et, ensuite, qu'elle rappelle certains aspects sur la solidité des rapports entre le cas et le for, leur rôle et l'instant qu'il faut choisir pour les examiner, l'unique problématique pour laquelle elle a été requise⁸⁹⁶. Pour ce faire, la reconnaissance du statut de réfugié déjà évoquée n'est pas indifférente à la cause pour établir ce lien.

550. La Cour ne fait malheureusement pas que valider le refus de juger par les juridictions nationales une action en réparation du préjudice au point que cela nécessite un recours aux principes et valeurs de la Convention car en agissant ainsi elle renonce à la spécificité de cette dernière ; il arrive qu'elle approuve également le rejet par ces dites juridictions d'une action civile même en matière d'abus sexuels.

B. L'approbation du rejet d'une action civile pour abus sexuels contre le Saint-Siège du fait de l'immunité juridictionnelle

551. Cette approbation peut s'illustrer à travers l'affaire *J.C et autres contre Belgique* (1) et traduit ainsi l'insuffisance du contrôle par la Cour de l'obligation pour les juridictions nationales de motiver en fait et en droit leurs décisions (2). Face à cette insuffisance, la Cour devrait reconnaître une responsabilité sans faute de l'Etat face à l'impossibilité de réparer un préjudice moral (3).

⁸⁹⁴ Voir Cour EDH, *Golder*, §35.

⁸⁹⁵ Voir F. MARCHARDIER, « L'indifférence de la Cour européenne... », p.668.

⁸⁹⁶ *Idem*.

1. L'exemple de l'affaire J.C et autres c. Belgique

552. De manière inédite, voire « révolutionnaire », l'affaire *J.C. et autres* dirigée contre la Belgique soulève la question de l'immunité du Saint-Siège, une entité juridique spécifique en droit international⁸⁹⁷. En effet, dans cette affaire, malgré le refus par les tribunaux d'exercer leur juridiction pour examiner l'action en responsabilité civile pour des abus sexuels contre le Saint-Siège bénéficiaire de l'immunité juridictionnelle, la Cour va constater l'absence de violation du droit d'accès à un tribunal.
553. Affirmant être tous des victimes d'abus sexuels par des prêtres catholiques dans leur enfance, les demandeurs vont extraordinairement le 12 juillet 2011 engager une action en responsabilité civile devant le tribunal de première instance de Gand par une seule citation en dénonçant les déficiences structurelles dans l'Église pour résoudre la problématique notoire d'abus sexuels⁸⁹⁸. Conscients de l'immunité personnelle dont jouit le Pape, chef d'État du Vatican, les demandeurs dirigent la demande contre le Saint-Siège, un archevêque de l'Église catholique de Belgique, deux de ses devanciers, de nombreux évêques et deux associations religieuses catholiques⁸⁹⁹. Dans un jugement du 1^{er} octobre 2013, le tribunal nie sa juridiction à l'endroit du Saint-Siège, suspend l'examen des 38 demandes en trouvant nulle la citation pour ne s'atteler que sur une seule, celle du demandeur R.V.
554. Contre ce jugement, trente-six des trente-neuf demandeurs au départ, le 25 février 2016, interjettent appel sans succès devant la cour d'appel de Gand qui confirme le jugement, sous condition de modifier la décision relative aux frais et l'exclusion de sa juridiction du fait tant de l'immunité juridictionnelle du Saint-Siège reconnue en Belgique et de l'autonomie administrative des évêques dans leur diocèse par rapport au Saint-Siège ; elle va aussi nier que la cause puisse relever d'une des exceptions au principe de l'immunité des États, à l'instar d'une action en réparation pécuniaire lié

⁸⁹⁷ T. DEMARIA, « La reconnaissance de l'immunité de juridiction du Saint-Siège dans le contexte des abus sexuels dans l'Eglise (obs. sous Cour EDH, arrêt du J.C. et autres c. Belgique du 12 octobre 2021) », RTDH, 2023/1, N° 133, pp.193-211, spéc. p.195.

⁸⁹⁸ Les déficiences structurelles pour les requérants consistent dans l'ensemble en des fautes et omissions dans la politique générale en rapport aux abus sexuels, dans la gestion des cas individuels et le manque de sanctions contre les évêques. Cour EDH, J.C et autres c. Belgique, arrêt [Sect.3] du 12 octobre 2021, N°11625/17, §4.

⁸⁹⁹ Voir Idem.

à un « préjudice corporel » ou une « atteinte à l'intégrité physique »⁹⁰⁰. Sous l'angle du droit d'accès à un tribunal, selon l'article 6§1 de la Convention, la juridiction d'appel va souligner la reconnaissance par la Cour de la possibilité de limiter le droit d'accès par l'immunité juridictionnelle, surtout en présence d'autres voies de recours pour les requérants afin de faire valoir leurs droits⁹⁰¹. Par ailleurs, cette juridiction va contester la connexité entre les demandes des multiples demandeurs contre les autres défendeurs et le Saint-Siège en limitant son examen à la demande de R.V pour laquelle elle conclut au défaut de juridiction suffisante pour trancher l'action en responsabilité contre tous les défendeurs, même le Saint-Siège, et ce, puisqu'elle vise à obtenir une décision déclarative, sans lien avec un cas concret⁹⁰². En outre, la cour d'appel va suspendre les demandes des trente-cinq autres appelants jusqu'à leur mise en rôle individuelle suivant le paiement des frais de mise en rôle personnels⁹⁰³.

555. Finalement, les requérants vont recevoir le 3 août 2016 un avis négatif d'un avocat sur les possibilités d'aboutissement d'un pourvoi en cassation à la Cour de cassation qui va estimer que la décision en appel était valide quant à l'immunité de juridiction du Saint-Siège ou aux problématiques de droit procédural belge⁹⁰⁴. Ultérieurement, tous les requérants, à l'exception de quatre ne s'étant pas adressés au centre d'arbitrage, vont être dédommagés s'agissant des abus sexuels dans l'Église⁹⁰⁵.
556. Trouvant que l'approbation de l'immunité de juridiction des États au bénéfice Saint-Siège a obstrué l'examen de leurs griefs à son encontre, vingt-quatre des requérants originaires vont saisir la Cour le 2 février 2017 en arguant, en vertu de l'article 6§1, l'atteinte à leur droit d'accès au tribunal⁹⁰⁶. Pour la Cour, il n'y a pas de violation en l'espèce car le refus par les juridictions belges d'assurer leur juridiction pour connaître l'action en responsabilité civile des requérants contre le Saint-Siège n'est pas contraire aux règles de droit international général sur l'immunité des États et, de ce fait, il n'est pas concevable que la restriction au droit d'accès à un tribunal en cause soit disproportionnée quant aux objectifs légitimes visés⁹⁰⁷.

⁹⁰⁰ Voir Ibid., §§ 8-10.

⁹⁰¹ Voir Ibid., §11.

⁹⁰² Voir Ibid., §12 et 13.

⁹⁰³ Voir Ibid., §14.

⁹⁰⁴ Voir Ibid., §15.

⁹⁰⁵ Voir Ibid., §§ 16 et 17.

⁹⁰⁶ Voir Ibid., §§34 et 41.

⁹⁰⁷ Voir Ibid., §§76 et 75.

557. Pour arriver à cette conclusion, la Cour va corroborer le jugement de la juridiction d'appel belge qui ne pouvait que déduire, eu égard aux engagements internationaux et à la pratique diplomatique belge, que le Saint-Siège dispose de l'immunité comme les États⁹⁰⁸. Aussi, conformément à sa jurisprudence, elle admet que reconnaître à l'État l'immunité en matière civile vise l'objectif légitime de respecter le droit international pour promouvoir la courtoisie et la coopération entre les Etats⁹⁰⁹. Quant à la proportionnalité de la restriction du droit à un tribunal, la Cour valide la démarche de ladite juridiction, la trouvant conforme à la pratique des Etats en la matière et son interprétation ni arbitraire ni déraisonnable vu les principes applicables et pertinents en l'espèce considérant les causes de l'action entreprise par les requérants⁹¹⁰. Pour la problématique de savoir si le cas du Saint-Siège tient aux exceptions à l'application de l'immunité juridictionnelle des Etats, la Cour juge l'appréciation de la cour d'appel également juste et raisonnable en soulignant que supplanter l'appréciation des juridictions nationales n'est pas son rôle⁹¹¹. Enfin, pour elle, l'inaboutissement de l'action interne des requérants tient au défaut de faire évoluer en cours d'instance leur choix procéduraux pour détailler et personnaliser les faits en soutien de leurs demandes⁹¹².

2. L'insuffisance du contrôle de l'obligation de motivation factuelle et juridique des décisions juridictionnelles nationales

558. L'immunité de juridiction empêche le justiciable de faire prévaloir son droit et sa reconnaissance par le juge, ce qui crée en lui un sentiment diffus de déni de justice, notamment en l'absence d'une réponse sur le bien-fondé de son droit⁹¹³. Tel est le constat en l'espèce dans le rejet - extrêmement sommaire par les juridictions nationales belges des arguments des requérants - approuvé par la Cour et menant au défaut de violation du droit d'accès au juge, alors qu'en vertu de l'article 6 de la Convention, ces juridictions ont l'obligation de motiver en fait et en droit leurs

⁹⁰⁸ Voir Ibid., §§ 63-65.

⁹⁰⁹ Voir Ibid., §60.

⁹¹⁰ Voir Ibid., §§61 et 62.

⁹¹¹ Voir Ibid., §69.

⁹¹² Voir Ibid., §74.

⁹¹³ Voir M. COSNARD, *La Soumission des Etats aux tribunaux internes...*, op.cit., p.210.

décisions de manière adéquate⁹¹⁴. Certainement, les juridictions internes ont manqué un raisonnement adéquat et certaines interprétations du droit international dans leurs réponses aux arguments des requérants, notamment sur l'exception territoriale de l'immunité de l'Etat en cas de responsabilité délictuelle d'autrui⁹¹⁵. Par sa réaction, la Cour a également manqué à protéger les requérants en prenant ses distances des faits et en s'en tenant à l'analyse de l'erreur manifeste d'appréciation, pourtant, à propos des immunités, les juridictions internes n'ont pas de marge d'appréciation ; car elle n'existe pas et que c'est exclusivement le droit international qui détermine la solution⁹¹⁶. Absolument, en jouant un rôle important en droit international et dans les relations internationales, l'immunité déroge au principe de souveraineté territoriale et au pouvoir juridictionnel qui en résulte⁹¹⁷.

559. Selon une certaine doctrine, l'immunité de juridiction reconnue au Saint-Siège n'est pas conforme au droit international, puisque le Saint-Siège n'est pas un Etat pour en disposer, et, sur cette base, il était possible pour la Cour de reconnaître la compétence des juridictions belges sur le fondement de l'article 6§1 de la Convention⁹¹⁸. En tant que « *direction suprême de l'Eglise catholique* », le Saint-Siège, situé au Vatican, n'est pas partie aux instruments relatifs aux immunités déterminantes en l'espèce, spécialement la *Convention des Nations Unies de New -York* adoptée en 2004 et la *Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 1972* adoptée à Bâle et ratifiée par la Belgique et sept autres Etats sans le Saint-Siège⁹¹⁹. Si les *Accords de Latran* entre le Saint-Siège et l'Italie signés le 11 février 1929 reconnaissent la souveraineté internationale au Saint-Siège, ils le distinguent de la Cité du Vatican comprise comme une entité juridique rattachée au Saint-Siège⁹²⁰. Pourtant, visé en l'espèce, le Saint-Siège, selon la doctrine, ne saurait remplir l'ensemble des conditions ordinaires d'un Etat en tant qu'entité juridique particulière⁹²¹. La personnalité juridique du Saint-

⁹¹⁴ Voir Opinion dissidente du Juge Pavli concernant Cour EDH, J.C et al., points 19.

⁹¹⁵ Voir Ibid., points 2.

⁹¹⁶ Voir I. PREZAT, « Immunités internationales », Juris-classeur Droit international, 2021, §71.

⁹¹⁷ Voir CII, arrêt Immunités juridictionnelles de l'Etat, Allemagne c. Italie : Grèce (Intervenant), 3 février 2012, §57.

⁹¹⁸ Voir G. ROBERTSON, *The Case of the Pope: Vatican accountability for Human Rights Abuses*, Penguin, Londres, 2010. Cité par T. DEMARIA, « La reconnaissance de l'immunité ... », article précité, spéc. p.196.

⁹¹⁹ Voir J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, AUF, Bruxelles, 2001, p.1015 et T. DEMARIA, « La reconnaissance de l'immunité de juridiction... ». op.cit., p.196.

⁹²⁰ Voir notamment Articles 2, 3, 4 et 5 des Accords de Latran du 11 février 1929.

⁹²¹ Voir notamment J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of International Law*, OUP, Oxford, 2012, p.124; J. DUURSMA, *Fragmentation and the International Relations of Micro-States*, OUP, Oxford, 1999, p.386; A.

Siège est incontestable ; néanmoins, elle comporte plusieurs niveaux pour être assimilée au statut d'État : en effet, la reconnaître à une entité n'investit pas cette dernière des mêmes droits et devoirs que l'Etat⁹²².

560. Sur cette dernière affirmation, il y a donc une erreur pour la Cour de soutenir que la signature et la ratification des traités, pour le Saint-Siège, lui vaut l'immunité étatique⁹²³. Signer et ratifier des traités sont détachables de la qualité de l'Etat, puisque les organisations internationales, sans avoir la qualité de l'État, peuvent également signer ou non des traités et posséder l'immunité et, bien plus, les organisations non gouvernementales, sans immunité, peuvent signer des traités à l'instar de l'*Ordre de Malte* ou du *Comité International de la Croix-Rouge (CICR)*⁹²⁴. La souveraineté du Saint-Siège étant d'essence spirituelle, la Cour pouvait s'enquérir, si en octroyant les immunités au Saint-Siège, les juridictions nationales violent le droit d'accès au juge des requérants en l'espèce en ayant en vue sa particularité en droit international comme elle le fait s'agissant des organisations internationales⁹²⁵.
561. Au-delà du droit international, l'immunité de juridiction reconnue en l'espèce au Saint-Siège n'est pas en adéquation avec les exigences de l'article 6 de la Convention. Si d'un point de vue de la légitimité elle n'est pas contestable, elle l'est sous l'angle de la proportionnalité.
562. Pour la Cour, si la proportionnalité de la restriction du droit d'accès au juge des requérants implique la protection de l'immunité par la juridiction nationale conformément au droit international, ce raisonnement n'est pas réellement un examen de la proportionnalité⁹²⁶. Le vrai contrôle de proportionnalité suppose la vérification que les juridictions nationales appliquent infailliblement le droit international des immunités et que la Cour en examine toutes les exceptions ne protégeant pas

AUST, *Handbook of International Law*, CUP, Cambridge, 2010, p.18 et I. CISMAS, *Religious Actors and International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p.155.

⁹²² Voir M. FORTEAU, A. MIRON et A. PELLET et al., *Droit international public*, LGDJ, 9^{ème} éd., Paris, 2022, p.665.

⁹²³ Voir Cour EDH, J.C et autres, arrêt [Sect.3] précité, §57 et Fernández Martinez c. Espagne, 12 juin 2014, §118.

⁹²⁴ Voir J. CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 44 et 232; D. PAVOT et L. LAPERLE-FORGET, "The Emergence of Objective Guidelines for Granting Immunity to International Non-Governmental Organizations", *Chine Journal of International Law*, 2021, vol.20, p.145 et P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2022, p.311.

⁹²⁵ Voir A. LAGERWALL, « Le Saint-Siège dispose-t-il des mêmes immunités que les Etats étrangers ? », *Consultable en ligne*, Consulté le 4 janvier 2024.

⁹²⁶ Voir T. DEMARIA, « La reconnaissance de l'immunité de juridiction... », article précité, spéc. p.202.

l'ensemble des actions des Etats⁹²⁷. La Cour va écarter ou s'abstenir face à toutes ces exceptions. Sur la première tirée de la distinction entre actes *de jure gestionis* et de *jure imperii*, la Cour trouve qu'il n'y a de solution déraisonnable ou arbitraire prise par les juridictions nationales. Sur la deuxième exception, dite « territoriale », interdisant l'invocation de l'immunité devant un tribunal d'un autre Etat en matière de réparation de préjudice corporel ou matériel quand le fait survient dans l'Etat du for et que l'auteur du dommage est présent au moment de sa survenance, la Cour s'abstient d'y répondre et s'en remet au jugement de la cour d'appel belge en trouvant que toutes les conditions n'étaient pas réunies alors que l'examen n'avait pas été bien fait⁹²⁸. En vrai, sur cette exception, pour le juge Pavli, l'issue en l'espèce serait différente si la Cour reconnaissait que le comportement des évêques pouvait être indirectement attribuable au Saint-Siège, sachant surtout que c'est le Pape qui établit et révoque les évêques, en plus d'être l'auteur du « *secret pontifical* »⁹²⁹. D'ailleurs, en droit comparé, notamment américain, les membres du clergé de l'Eglise catholique ont été considérés dans certaines affaires comme subordonnés au Saint-Siège en tant qu'« employés »⁹³⁰. Sur la troisième exception liée à la violation du droit international, notamment l'omission de prévention et de réparation des traitements inhumains et dégradants, s'alignant sur la jurisprudence de la Cour internationale de justice et sa propre jurisprudence défavorables aux requérants, la Cour soutient qu'il faut une évolution additionnelle pour confirmer que l'immunité de juridiction ne s'impose pas à de telles omissions, surtout que les requérants n'ont pas apporté de preuves concluant à un tel dynamisme⁹³¹. Sur la dernière exception tenant au dernier « recours », à savoir mettre à l'écart l'immunité en l'absence d'autres voies de recours pour la réparation et pour éviter le déni de justice, si la Cour avant soutenait l'existence d'autres voies raisonnables, il s'est avéré que cette solution ne garantit pas vraiment

⁹²⁷ Possibilité de condamnation de l'Etat par la Cour en cas de dépassement de la marge de protection immunitaire internationale. Voir Cour EDH, Cudak, arrêt [G.Ch.] précité et Sabeh El Leil, arrêt [G.Ch.] précité.

⁹²⁸ Voir Article 11 de la Convention de Bâle du 16 mai 1972, article 12 de la Convention de New York de 2004 et Cour EDH, J.C et al., arrêt [Sect.3] précité, §69.

⁹²⁹ Voir Opinion dissidente du Juge Pavli concernant Cour EDH, J.C et al., arrêt [Sect.3] précité, points 12 et 15 et Rapport final de la Commission indépendante sur les abus sexuels dans l'Eglise du 5 octobre 2021, p.308. Consultable en ligne. Consulté le 4 Janvier 2024.

⁹³⁰ Voir M. BLACK, « The unusual sovereign State: the foreign sovereign immunities act and litigation against the Holy See for its role on the global priest sexual abuse scandal », Wisconsin International Law Journal, 2009, vol.27, p.317.

⁹³¹ Cour EDH, J.C et autres, arrêt [Sect.3] précité, §§64 et 65.

le respect de la Convention, même pour la Cour internationale de justice⁹³².

563. En somme, la Cour a manqué à son obligation en ne vérifiant pas le bien-fondé des solutions des juridictions nationales. En effet, selon le juge Pavli, quant aux exceptions à l'immunité, puisque les juridictions internes n'ont pas vraiment motivé en droit leur raisonnement pour savoir si les actions des évêques sont attribuables au Saint-Siège et qu'elles ont nié la responsabilité pour fait d'autrui, la non-extension de l'exception territoriale de responsabilité délictuelle aux actes *de jure imperii* est contestable⁹³³. Leur raisonnement est formaliste et abstrait et ne répond pas aux problématiques des requérants sur les prétentions graves d'une responsabilité directe et importante du Saint-Siège dans le traitement des abus sexuels commis par des prêtres dans l'Eglise catholique de Belgique⁹³⁴. Ne pas rechercher à établir si les conditions territoriales de l'exception étaient remplies selon l'article 1384 du Code civil prive les requérants du droit à un examen adéquat de leurs arguments par les tribunaux. En ce sens, sans autre possibilité pour les requérants de faire trancher leur situation, force est de considérer que la restriction du droit d'accès à un tribunal ne saurait être proportionnée au but légitime recherché⁹³⁵. Finalement, comme l'affirme Denis Alland dans son analyse de cette affaire, « *si l'immunité a pour fonction de protéger l'entité étrangère qui en bénéficie dans l'ordre juridique du for, elle produit incontestablement un fâcheux effet de déni de justice* » comme en l'espèce où « *un particulier lésé par ladite entité ne peut obtenir réparation du fait qu'il se heurte à l'incompétence du juge dans une cause* »⁹³⁶.

⁹³² « La compatibilité de l'octroi de l'immunité de juridiction à un Etat ne dépend pas de l'existence d'alternatives raisonnables pour la résolution du litige ». Par ailleurs, « La Cour ne voit pas, dans la pratique des Etats dont découle le droit international coutumier, aucun élément permettant d'affirmer que le droit international ferait dépendre le droit d'un Etat à l'immunité de l'existence d'autres voies effectives permettant d'obtenir réparation ». Cour EDH, Ndayegamiye-Mporamazina c. Suisse, arrêt [Sect.3] du 5 février 2019, N° 16874/12, §64 et CIJ, Immunités juridictionnelles précité, §101.

⁹³³ Voir Opinion dissidente du Juge Pavli concernant Cour EDH, J.C et autres c. Belgique, arrêt [Sect.3] du 12 octobre 2021, N°11625/17, point 19.

⁹³⁴ Voir Opinion dissidente du Juge Pavli concernant Cour EDH, J.C et autres, arrêt précité, point 19.

⁹³⁵ Voir Ibid.

⁹³⁶ D. ALLAND, « De l'application au Saint-Siège des règles du droit international relatives aux immunités », Revue critique de droit international privé, 2022, Vol.2 (2), pp.361-372, spéc. p.371.

3. L'exigence de reconnaître une responsabilité sans faute de l'État face à l'impossible réparation juridictionnelle d'un préjudice

564. Bien qu'avertie du sérieux des enjeux en cause à savoir le défaut de réparation pour les victimes des comportements graves d'abus sexuels sur des mineurs liés à l'article 3 de la Convention, la Cour juge une telle issue conforme au droit d'accès au juge selon la Convention. Assurément, la Cour se justifie par le fait que les requérants en cause disposaient d'un moyen de recours et va démontrer ainsi son attachement à la procédure sans vouloir aller en profondeur sur le fond. Une telle attitude ne protège pas véritablement les requérants dans ce genre de contentieux liés aux abus sexuels sur mineurs ; elle traduit un effort de la Cour « (...) *de maintenir la pratique en la matière dans des limites permettant de vérifier que le principe du droit à un procès équitable n'est pas méconnu* »⁹³⁷. La Cour maintient ce comportement alors que, dans une de ses récentes jurisprudences en février 2021, quelques mois avant l'affaire en l'espèce datant d'octobre 2021, elle consolide la protection des mineurs victimes d'exploitation ou d'abus sexuels dans la perspective de l'article 3 et particulièrement aux allégations d'abus sexuels sur mineurs⁹³⁸. Même si la Cour se justifie par le fait qu'appliquer le droit international en matière d'immunité écarte le droit à une réparation devant le juge, force est de constater que le préjudice demeure puisque les requérants ne pourront voir le contrôle au fond de leur requête se faire face à l'exception d'immunité. Pour y remédier, une solution à l'instar de ce que le Conseil d'Etat français propose dans sa jurisprudence *Almayrac* en exigeant la réparation des préjudices résultant de conventions conclues par la France avec d'autres Etats et intégrées valablement dans l'ordre national sous-réserve de leur aspect « grave » et « spécial »⁹³⁹. Cette dernière jurisprudence du juge administratif suprême français a été élargie, sous certaines exigences, aux mises en œuvre dommageables de normes internationales coutumières, par exemple l'immunité, notamment dans l'affaire *Mme Saleh*⁹⁴⁰. En effet, le Conseil d'Etat y souligne que l'article 1^{er} relatif à la *loi du 9 juillet 1991* visant réforme des procédures civiles d'exécution envisage tout d'abord l'inapplicabilité de l'exécution forcée et des mesures conservatoires aux bénéficiaires

⁹³⁷ Ibid., p.372.

⁹³⁸ Voir Cour EDH, N.C. c. Turquie, arrêt [Sect.2] du 9 février 2021, N°40591/11, §§132-135.

⁹³⁹ CE, *Almayrac*, arrêt [Sous-sect. 1 et 6] du 29 décembre 2004, N°262190.

⁹⁴⁰ Voir CE, *Mme Saleh*, 14 octobre 2011, N°329788.

de l'immunité d'exécution, sauf écartement expresse par cette loi ou une autre législation d'une règle coutumière de droit public international sur l'immunité d'exécution des Etats. Ensuite, ledit article exige de rechercher la responsabilité de l'Etat basée sur la rupture de l'égalité devant les charges publiques en cas de préjudice grave et spécial. Seule une telle possibilité en droit belge peut se manifester comme la solution face au refus de juger sur le fond la réparation des préjudices liées aux abus sexuels faits sur des mineurs comme en l'espèce.

565. Reconnaître la responsabilité sans faute face l'impossibilité de réparer un préjudice moral est la solution pour éviter l'insuffisance du contrôle par la Cour de l'obligation pour les juridictions nationales de motiver en fait et en droit leurs décisions dans l'approbation du rejet d'une action civile pour abus sexuels menée contre le Saint-Siège à cause de l'immunité juridictionnelle. Par ailleurs, l'autre solution est que la Cour doive recourir à certains principes et valeurs de la Convention de manière primordiale pour parer à son renoncement d'assurer la spécificité de cette dernière dans le fait de reconnaître le refus des juridictions nationales de juger une action en réparation du préjudice moral quant aux actes de torture reprochés à un Etat étranger à travers l'affaire *Nait-Liman*. Telles sont les solutions consécutives à la démonstration du déni de justice par extension de l'infirmerie.

Conclusion du chapitre I

566. Le déni procédural civil s'entend comme une violation caractérisée du droit à un procès équitable tenant à l'infirmerie par la Cour des exigences d'équité des procédures en matière civile de ce droit en vertu de l'article 6§1 de la Convention. En effet, la Cour, dans son interprétation ou son application du droit à un procès équitable, peut contredire les exigences de ce droit, notamment la nature civile en cause et cette infirmerie peut s'étendre à d'autres contestations.
567. L'infirmerie de la nature civile d'un droit dans un procès équitable par la Cour tient en théorie à l'hypothèse d'une dérogation aux exigences pour établir la nature civile d'un droit dans un procès équitable et concrètement à la démonstration de cette infirmerie. La dérogation aux exigences pour établir la nature civile du procès suppose l'entorse à l'exercice par le requérant d'un droit « civil » au sens conventionnel, l'indéfendabilité de ce dernier en droit national et le refus de son rapport à une contestation réelle, sérieuse et à issue déterminante. Concrètement, l'infirmerie dans certains cas tient à l'impossibilité, d'une part, d'obtenir une décision sur le bien-fondé d'une action civile en indemnisation et, d'autre part, d'être indemnisé quant à un service ecclésiastique en vertu de l'autonomie religieuse. Si la première impossibilité marquant l'affaire *Markovic* manifeste inconcevablement une consolidation par la Cour de la raison d'État intolérante à la prééminence du droit alors qu'il faudrait que celle-ci se soumette à cette prévalence, la seconde s'illustrant par l'affaire *Károly Nagy* traduit la reconnaissance par la Cour d'une immunité quasi-absolue aux organisations religieuses au nom de leur autonomie et nécessite ainsi une intervention juridictionnelle de l'État pour l'équité du procès.
568. L'extension de l'infirmerie de la nature civile d'un droit dans un procès comporte quelques implications avant de constater les situations de déni de justice qui en résultent. L'élargissement de l'infirmerie implique les contestations non civiles mais à incidence directe et décisive sur un droit de nature pécuniaire ainsi que diverses procédures nationales, tout en excluant certaines qu'il faut pourtant intégrer pour une analyse exhaustive du déni de justice par la Cour en la matière. Dans cette extension, le constat du déni de justice tient, spécifiquement, dans l'affaire *Nait-Liman*, à la reconnaissance par la Cour du refus par les juridictions internes de juger une action en réparation du préjudice moral subi pour des faits de torture, mais aussi, dans

l'affaire *J.-C et autres*, à l'approbation par la Cour du rejet, à cause de l'immunité juridictionnelle, d'une action civile pour abus sexuels contre le Saint-Siège. Pour l'affaire initiale, reconnaître un tel refus de juger est malheureux parce que la Cour y renonce à assurer la spécificité de la Convention alors qu'elle devrait recourir à certains de ses principes et valeurs. Pour l'affaire suivante, elle traduit l'insuffisance du contrôle par la Cour de l'obligation de motivation factuelle et juridique des décisions juridictionnelles internes, démontrant ainsi son refus d'être une juridiction de quatrième instance et exige de reconnaître une responsabilité sans faute de l'État devant l'impossible réparation juridictionnelle d'un préjudice.

569. Telle étant l'analyse du déni procédural civil par la Cour, il convient d'aborder par la suite le déni procédural pénal.

CHAPITRE II : LE DENI DE JUSTICE PROCEDURAL PENAL

570. Il s'agit de la violation caractérisée par la Cour des exigences d'équité des procédures en matière pénale contrairement à l'article 6§1 de la Convention. L'application de cette disposition impose certaines exigences d'équité des procédures en distinguant un champ strict et un champ large en matière pénale. Véritablement, l'article 6§1 soulignant quant à la procédure pénale au sens conventionnel que

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, (...), soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle... »

est apprécié restrictivement, mais aussi largement par la Cour.

571. En ce sens, relativement au procès équitable, l'accès à un tribunal, dans sa mise en œuvre en matière pénale est soumis strictement à l'existence d'« *un bien-fondé d'une accusation pénale* » et, dans cette optique, le déni de justice procédural par la Cour ne peut tenir qu'à l'infirmité de la nature pénale d'un droit en cause (**Section 1**). Par ailleurs, comme en matière civile, l'interprétation large du procès pénal peut fonder la possibilité d'étendre l'infirmité pour établir le déni de justice (**Section 2**).

572. Par ailleurs, la matière pénale pouvant exister en dehors de l'article 6 concernant d'autres droits, notamment l'article 15 de la Convention permettant la dérogation à certains droits conventionnels, la recherche du déni de justice peut s'y étendre également indirectement (**Section 3**).

Section 1. L’infirmité de la nature pénale d’un droit dans un procès

573. La nature pénale d’un droit en cause exigeant un lien avec la détermination du bien-fondé d’une accusation pénale, le déni de justice ne peut en théorie résulter que du rejet par la Cour de ce lien (§1) avant de le constater réellement avec certaines affaires (§2).

§1. Le rejet du lien avec la détermination du bien-fondé d’une accusation pénale

574. « Les droits de l’homme servent de « bouclier » contre les abus du droit pénal et ont limité les États et permis à la Cour d’être autonome pour appliquer et interpréter la Convention. Dans ce sens, pour la Cour, la notion d’« *accusation en matière pénale* » selon l’article 6§1 impose qu’elle qualifie spécifiquement l’aspect « pénal » et la matérialité ou le moment d’existence de l’« *accusation* ». Dans cette stricte perspective, pour concevoir qu’il y a déni de justice pénal par la Cour, cela ne pourrait tenir qu’au rejet par elle-même de ses propres exigences quant à la qualification de l’aspect pénal et de la matérialité de l’accusation. Par conséquent, le rejet du lien d’un droit avec le bien-fondé d’une accusation pénale impliquera pour la Cour de refuser tant la qualification de l’aspect pénal (A) que la matérialité de l’accusation (B).

A. Le refus d’une qualification pénale

575. Normalement, la reconnaissance stricte du caractère pénal par la Cour est spécifique et guidée par une vision autonome dans le contrôle des obligations de la Convention. En effet, la Cour n’empêche pas les Etats membres de « *dépénaliser* », ni n’implique qu’ils s’émancipent totalement en dépénalisant certaines infractions contrairement aux buts et objet de la Convention ; néanmoins cette reconnaissance va dépendre de la qualification en droit national de la nature et de la gravité de l’infraction en cause⁹⁴¹.

⁹⁴¹ Cour EDH, Engel et autres c. Pays-Bas, arrêt [Pl.] du 8 juin 1976, N°5100/71, §§82-83 et Oztürk c. Allemagne,

Dès lors, le rejet de la qualification par la Cour de l'aspect pénal supposera une non-dépendance de la qualification en droit national de la nature et de la gravité de l'infraction en cause.

576. D'habitude, la reconnaissance pénale est liée à la qualification « pénale » en droit national, mais non de manière absolue. En vrai, ce lien sert uniquement de point d'amorce de la qualification conventionnelle et nécessite de s'enquérir du caractère « pénal » ou « non pénal » d'une infraction dans les Etats membres, ou, le cas échéant, à analyser la réalité substantielle de la procédure en cause devant la Cour par rapport à la classification nationale des infractions⁹⁴². Par conséquent, dans l'optique du déni de justice par la Cour, l'on induirait un certain détachement de la Cour de cette exigence de partir de la qualification pénale nationale ou éventuellement de s'atteler à la réalité de la nature de la procédure en cause devant elle par rapport à la typologisation nationale.
577. Autant, la reconnaissance du caractère pénal dépend de la nature de l'infraction qui est très importante dans une procédure. Décidément, sur ce point, la Cour en principe prend en compte de nombreux facteurs : la spécificité ou la généralité de la règle, l'ouverture de l'instance par une autorité publique compétente légalement, la fonction répressive ou dissuasive de la règle, la protection des intérêts généraux assurés par le droit pénal, la dépendance de la condamnation pénale au constat de culpabilité et le mode de classification des procédures analogues dans différents États du Conseil de l'Europe⁹⁴³. Par ailleurs, sur la gravité de la sanction encourue, la plus forte peine envisagée légalement pour la cause en droit national est souvent considérée⁹⁴⁴. Dans une logique pour établir le déni de justice, il serait envisageable que la Cour néglige

21 février 1984, arrêt [Pl.] du 21 février 1984, N° 8544/79, §49. Généralement, pour confirmer l'aspect « pénal », la nature et la gravité de l'infraction peuvent être alternatives et non nécessairement cumulatives, le plus important étant que l'infraction visée soit « pénale » conventionnellement ou que le niveau de gravité de la sanction qu'elle appelle par nature intègre la matière pénale, le défaut d'une sanction d'emprisonnement n'étant pas décisif. Voir Cour EDH, Lutz c. Allemagne, arrêt [Pl.] du 25 août 1987, N° 9912/82, §§ 53 et 55 ; Oztürk c. Allemagne, arrêt [Pl.] du 21 février 1984, N° 8544/79, §54 et Nicoleta Gheorghe c. Roumanie, arrêt [Sect.3] du 3 avril 2012, N° 23470/05, §26.

⁹⁴² Voir Cour EDH, Engel et al., arrêt précité, §§82-83 et Gestur Jonsson et Ragnar Halldor Hall c. Islande, arrêt [G.Ch.] du 22 décembre 2020, Nos 68273/14 et 68271/14, §§85 et 77-78.

⁹⁴³ Voir Cour EDH, Jussila c. Finlande, arrêt [G.Ch.] du 23 novembre 2006, N°73053/01, §38 ; Bendenoun c. France, arrêt [Ch.] du 24 février 1994, N°12547/86, §47 ; Benham c. Royaume-Uni, arrêt [G.Ch.] du 10 juin 1996, N°19380/92, §56 ; Oztürk c. Allemagne, arrêt précité, §53 et *Produkcija Plus Storitveno podjetje d.o.o. c. Slovénie*, 23 octobre 2018, N° 47072/15, §42

⁹⁴⁴ Voir Cour EDH, Campbell et Fell c. Royaume-Uni, arrêt [Ch.] du 28 juin 1984, N° 7819/77, §72 et Demicoli c. Malte, arrêt [Ch.] du 27 août 1991, N° 47072/15, §42.

de considérer tous ces facteurs précités quant à la nature de l'infraction et ignore la peine légale la plus forte s'agissant de l'ampleur de la sanction encourue.

578. En considérant tant les conséquences sur les droits du requérant de la nature et de la gravité de l'infraction que l'autonomie conventionnelle dans la vision du procès, alors que la Cour a déjà estimé que les manquements d'un organe disciplinaire en termes d'indépendance, de prononcé public d'une décision et d'accès à un tribunal sont équivalents au fond à des infractions de nature pénale, l'on supposerait une conclusion contraire en cas de déni de justice⁹⁴⁵.
579. Poursuivant, il est possible dans une logique de recherche du déni de justice que la Cour ne reconnaisse pas dans une même configuration la qualification pénale d'une procédure alors qu'elle l'a déjà qualifiée ainsi, en raison du degré de sévérité de la sanction encourue et vu son caractère *erga omnes* ne ciblant pas l'organisation ni le bon fonctionnement interne du parlement, une procédure devant une Chambre des représentants impliquant le jugement d'un requérant opposé à deux parlementaires et dont la nature disciplinaire en droit national n'a pas été déterminante parce qu'elle manquait d'impartialité⁹⁴⁶.
580. En somme, pour la Cour, cumuler la qualification en droit national, la nature et la gravité de l'infraction est plausible pour attester de l'aspect pénal, surtout lorsque l'examen séparé de chaque condition n'aboutit pas à une conclusion claire en lien avec la matérialité de l'accusation pénale⁹⁴⁷. De ce fait, le déni de justice par la Cour ne peut résulter à cet égard que du rejet du cumul de la qualification en droit national, de la nature et de la gravité de l'infraction pour attester l'aspect pénal, notamment quand l'analyse distincte de chaque exigence ne conduit pas à une détermination précise en rapport avec la matérialité de l'accusation pénale.

⁹⁴⁵ Voir Cour EDH, Campbell et Fell, arrêt [Ch.] précité, N° 7819/77, §§ 66, 82, 92, 105-107.

⁹⁴⁶ Voir Cour EDH, Demicoli, arrêt [Ch.] précité, N° 13057, §§ 30-35 et 41-42.

⁹⁴⁷ Voir Cour EDH, Bendenoun c. France, arrêt [Ch.] du 24 février 1994, N° 12547/86, § 47.

B. L'opposition à la matérialité de l'accusation pénale

581. En règle générale, l'analyse de la matérialité de l'« accusation pénale » dans un procès suppose pour la Cour une approche non formelle mais concrète où une autorité compétente notifie officiellement le justiciable, suspect ou accusé, d'avoir commis une infraction pénale⁹⁴⁸. La conception matérielle de l'accusation emporte de nombreux comportements envers le justiciable : son arrestation pour soupçon de commission d'une infraction pénale, son interrogation pour participation à des faits caractéristiques d'une infraction pénale, son implication dans une telle infraction voire formellement comme témoin, son inculpation formelle dans une procédure pénale nationale, sa notification formelle par le ministère public d'arrêter une activité et de transiger⁹⁴⁹. Dans toutes ces situations, tout soupçon peut être considéré comme une « accusation », sauf l'interrogatoire dans le cadre d'un contrôle frontalier ne demandant pas une décision sur d'éventuelles raisons d'incrimination pénale⁹⁵⁰. Par ailleurs, compiler des preuves au lieu d'une infraction ou sur le corps d'un justiciable, lui ordonner d'ouvrir un document dans son bureau vaut son traitement comme « suspect » et, en ce sens, toute information qui lui est révélée dans un interrogatoire ultérieur influençant directement ou indirectement sa situation est une accusation⁹⁵¹. L'exemple d'une accusation par une notification du ministère public visant un justiciable pour l'arrêt d'une activité et d'une transaction s'illustre bien avec l'affaire *Deweer* concernant l'obstruction de l'accès à un tribunal du requérant à la suite de l'acceptation d'une amende transactionnelle qui lui proposée par contrainte, à savoir sous-peine de « fermeture de sa boucherie »⁹⁵². Celui de l'accusation entendue comme interrogatoire pour participation à des faits caractéristiques d'infraction se démontre mieux avec l'affaire *Ibrahim et autres* dans laquelle la Cour a reproché au Royaume-

⁹⁴⁸ Cour EDH, *Deweer c. Belgique*, arrêt [Ch.] du 27 février 1980, N° 6903/75, §44 ; *Eckle c. Allemagne*, arrêt [Ch.] du 15 juillet 1982, N° 8130/78, §73 ; *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*, arrêt [Gr.Ch.] du 13 septembre 2016, N° 50541/08, §249 et *Simeonovi c. Bulgarie*, arrêt [G.Ch.] du 12 mai 2017, N° 21980/04, §110.

⁹⁴⁹ Voir notamment Cour EDH, *Heaney et McGuinness c. Irlande*, arrêt [Sect.4] du 21 mars 2001, N° 34720/97, §42 ; *Brusco c. France*, arrêt [Sect.5] du 14 octobre 2010, N°1466/07, §§47-50 ; *Aleksandr Zaichenko c. Russie*, arrêt [Sect.1] du 18 février 2010, N°39660/02, §§41-43 ; *Yankov et autres c. Bulgarie*, arrêt [Sect.1] du 11 mars 2004, N° 39084/97, §23 ; *Schmidt-Laffer c. Suisse*, arrêt [Sect.2] du 16 juin 2015, N° 41269/08, §§30-31 ; *Stirmanov c. Russie*, arrêt [Sect.3] du 29 janvier 2018, N° 31816/08, §39 ; *Kaleia c. Lettonie*, arrêt [Sect.5] du 5 octobre 2017, N° 22059/08, §§ 36-41 ; *Pélissier et Sassi c. France*, arrêt [G.Ch.] du 25 mars 1999, N° 25444/94, §66, *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark*, arrêt [G.Ch.] du 17 décembre 2004, N° 49017/99, §44 et Cour EDH, *Deweer c. Belgique*, arrêt [Ch.] précité, §§41-47.

⁹⁵⁰ Voir Cour EDH, *Beghal c. Royaume-Uni*, arrêt [Ch.] du 28 février 2019, N° 4755/16, §121.

⁹⁵¹ Voir Cour EDH, *Blaj c. Roumanie*, arrêt [Sect.3] du 8 avril 2014, N° 36259/04, §§73-74.

⁹⁵² Cour EDH, *Deweer* précité, §§39 et 54.

Uni son manque d'équité à l'égard d'un des requérants pour cause d'admission en tant qu'auto-incrimination de sa déposition comme témoin dans un interrogatoire, et ce, sans être informé préalablement de ses droits à ne pas s'auto-incriminer et à être défendu⁹⁵³.

582. Exceptionnellement, la situation du déni de justice en la matière impliquerait le cantonnement de la Cour à une démarche formelle et son opposition à une approche concrète comme relevé ci-dessous. Cette contestation de la matérialité de l'accusation et le refus d'une qualification pénale marquent le rejet par la Cour du lien d'un droit en cause avec la détermination du bien-fondé d'une accusation pénale. Il convient de voir manifestement ce rejet pour prouver l'infirmité de la nature pénale d'un droit dans un procès par la Cour.

§2. La manifestation de l'infirmité de la nature pénale d'un droit dans un procès

583. L'infirmité de la nature pénale par la Cour passe dans le fait qu'elle entérine un refus de contrôle judiciaire national d'une détention prolongée lors de l'état d'urgence (A). Une telle confirmation méconnaît l'obligation conventionnelle de contrôle judiciaire d'une limitation de la liberté durant un tel temps de crise (B) et nécessite à cet effet de garantir ce contrôle en cas de limitation de liberté (C).

A. La confirmation du refus de contrôle judiciaire national de la détention prolongée pendant l'état d'urgence

584. L'approbation par la Cour du refus de contrôle judiciaire national de la détention prolongée lors de l'état d'urgence peut s'illustrer tant par l'affaire *Brannigan et Mc Bride* (1) que l'affaire *Marshall* (2) impliquant le Royaume-Uni⁹⁵⁴.

⁹⁵³ Voir Cour EDH, Ibrahim et autres, arrêt [G.Ch.] précité, §§234, 295, 300 et 311.

⁹⁵⁴ Voir Cour EDH, Brannigan et Mc Bride c. Royaume-Uni, arrêt [Pl.] du 26 mai 1993, Nos 14553/89 et 14554/89 et Marshall c. Royaume-Uni, décision [Sect.4] du 10 Juillet 2001, N°41571/98.

1. L'illustration par l'affaire *Cour EDH, Brannigan et Mc Bride c. Royaume-Uni* du 26 mai 1993

585. Comme d'autres textes nationaux et internationaux, la Convention contient un dispositif dérogatoire en cas d'état d'urgence. En ce sens, lorsqu'il y a « *guerre* » ou autre « *danger public menaçant la vie de la nation* », chaque Etat membre peut prendre au fond des mesures qui dérogent aux obligations conventionnelles⁹⁵⁵. Par conséquent, il doit reconnaître solennellement l'état de crise et se plier aux exigences de la dérogation : informer dans un délai raisonnable le Secrétaire général du Conseil de l'Europe sur la prise des mesures en les motivant d'une part et d'autre part, signaler à terme la date de fin de celles-ci⁹⁵⁶. Le déploiement de ce dispositif est fortement contrôlé par la Cour pour éviter l'atteinte de certains droits indérogeables et pour que, même sur des droits dérogeables, l'Etat n'ait un pouvoir sans borne, précisément sur certains droits comprenant celui à la liberté et à la sûreté comme en l'espèce⁹⁵⁷. Cependant, dans l'affaire *Brannigan et Mc Bride* ayant à l'origine deux requêtes dirigées contre le Royaume-Uni, la Cour va entreprendre un faible contrôle en ignorant l'exigence d'un contrôle judiciaire alors qu'il y a limitation de la liberté par une détention prolongée pour soupçon de terrorisme et trouver qu'il n'y a pas de violation de la Convention.

586. En fait, tous deux ressortissants de l'Irlande du Nord, le premier requérant, M. Peter Brannigan, est ouvrier non spécialisé né en 1964 et, le second, M. Patrick McBride, est né en 1951. En vertu d'une disposition législative prévenant le terrorisme, l'article 12§1b de la loi de 1984, ils vont les 9 et 5 janvier 1989 être arrêtés et détenus pendant six jours, quatorze heures et trente minutes ainsi que quatre jours, six heures et vingt-cinq minutes respectivement et subir plusieurs interrogatoires par des policiers et sans assistance ni contrôle judiciaires⁹⁵⁸. Le second requérant meurt tué par un policier devenu fou et ayant attaqué le quartier général du Sinn Fein à Belfast⁹⁵⁹. Selon cette loi de 1984, les principaux moyens de recours pour les détenus permettent de solliciter une ordonnance d'*habeas corpus* et d'engager une action en réparation pour détention

⁹⁵⁵ Voir Article 15§1 de la Convention EDH.

⁹⁵⁶ Voir Article 15§3 de la Convention EDH.

⁹⁵⁷ Voir N. HERVIEU, « Etat d'urgence et CEDH : de la résilience des droits de l'homme », 1 décembre 2015 [Consultable en ligne](#), Consulté le 16 février 2024.

⁹⁵⁸ Cour EDH, *Brannigan et Mc Bride c. Royaume-Uni*, arrêt précité, §§10 et 11.

⁹⁵⁹ *Idem*, §11.

illégale⁹⁶⁰. A la suite de l'arrêt *Brogan et autres c. Royaume-Uni* le 29 novembre 1988 - où la Cour, examinant des problématiques similaires à celles en l'espèce, va constater une violation de l'article 5§3 de la Convention dans le chef de chacun des requérants victimes d'une détention excessive au titre de l'article 12 de la loi en cause tout en relevant aussi la violation de l'article 5§5 pour chacun des requérants - le Royaume-Uni va, le 23 décembre 1988, déclarer au Secrétaire général du Conseil de l'Europe sa dérogation à l'article 15 de la Convention à la suite d'une déclaration du ministre de l'Intérieur devant la Chambre des communes la veille le 22 décembre 1988 expliquant les écueils d'un contrôle judiciaire de la décision d'arrestation et de détention d'un présumé terroriste⁹⁶¹. Dans une seconde notification en date du 12 décembre 1989, le Royaume-Uni va signaler la prorogation du droit à la dérogation de la Convention et reconnaître son incapacité à instaurer une procédure adéquate pour contrôler la détention de présumés terroristes⁹⁶².

587. Bien avant cette nouvelle notification, le 19 janvier 1989, les requérants en cause saisissent la Commission européenne des droits de l'homme et se plaignent de n'avoir pas été traduits aussitôt devant un juge et de n'avoir pas eu droit à réparation et à un recours effectif contrairement aux prévisions des articles 5§3 et §5 ainsi que de l'article 13 de la Convention. Ordonnant, le 5 octobre 1990, que soient jointes les deux requêtes et les recevant le 28 février 1991, la Commission va nier la violation des premières dispositions à cause de la dérogation du 22 décembre 1988 et relever le manque d'intérêt à analyser distinctement l'article 13⁹⁶³.
588. Par la suite, le 21 février 1992, la Commission va déférer l'affaire à la Cour dont la Chambre en date du 28 octobre 1992 se dessaisit au profit de la Cour plénière qui tiendra l'audience le 24 novembre 1992⁹⁶⁴. La demande de la Commission à la Cour vise à obtenir une décision impliquant de savoir, si en tenant compte du droit de dérogation, les faits en l'espèce révèlent un manquement de l'État défendeur aux obligations de la Convention dans les articles 5§3 et §5 et l'article 13⁹⁶⁵. Pour conclure, face au rejet par l'Etat défendeur des accusations, la Cour, par vingt-deux

⁹⁶⁰ Voir Ibid., §§26-39.

⁹⁶¹ Voir Ibid., §§30 et 31.

⁹⁶² Voir Ibid., §32.

⁹⁶³ Voir Ibid., §§33 et 34.

⁹⁶⁴ Voir Ibid., §§1,6 et 7.

⁹⁶⁵ Voir Ibid., §34.

voix contre quatre, va considérer la dérogation conforme aux exigences de l'article 15 et que les requérants ne peuvent régulièrement se plaindre d'une atteinte à l'article 5§3, ni réclamer un droit à la réparation selon l'article 5§5 ou à celui à un recours effectif selon l'article 13 aux conditions moins strictes que l'article 5§4, la loi spéciale quant aux griefs liés à l'article 5⁹⁶⁶.

589. Pour en arriver là, examinant la validité de la dérogation, la Cour reconnaît l'existence d'une large marge d'appréciation aux États s'accompagnant d'un contrôle européen exigeant et qu'elle accorde de l'importance aux facteurs déterminants comme l'essence des droits en cause, la durée de l'état d'urgence et les événements le causant⁹⁶⁷. Sur ces fondements, la Cour affirme l'existence d'un danger justifiant les mesures strictes prises par l'Etat défendeur dont la dérogation ne manifestait qu'une résolution à mieux se conformer à l'avenir aux obligations de la Convention en cas de persistance de l'état d'urgence⁹⁶⁸. Pour la Cour, introduire un contrôle judiciaire dans la prorogation d'une détention ne suffit pas à créer une situation compatible à l'article 5§3 ou à l'article 5§4 pour les interpréter comme nécessitant une action judiciaire⁹⁶⁹. Ne pouvant se substituer à l'Etat défendeur directement responsable pour établir un équilibre entre adopter des mesures efficaces pour combattre le terrorisme et protéger les droits des individus et, considérant la vulnérabilité du corps judiciaire face au terrorisme et l'intérêt de l'Etat défendeur à garder la foi du public dans l'indépendance de ce corps, la Cour soutient qu'il n'y a pas débordement de la marge nationale d'appréciation à exclure un contrôle judiciaire, surtout que l' *habeas corpus* fournit un contrôle de légalité de l'arrestation et de la détention préventives des requérants évitant l'arbitraire⁹⁷⁰.

2. L'exemple de l'affaire *Marshall c. Royaume-Uni* du 10 juillet 2001

590. Dans l'affaire *Marshall* déjà évoquée, l'on rappellera que la Cour y a déclaré irrecevable la requête dirigée contre le Royaume-Uni en estimant qu'il n'y a pas

⁹⁶⁶ Note d'information sur la jurisprudence de la Cour N° mai 1993 sur l'affaire *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*.

⁹⁶⁷ Voir *Ibid.*

⁹⁶⁸ *Idem.*

⁹⁶⁹ *Idem.*

⁹⁷⁰ *Idem.*

violation de l'article 5§3 de la Convention, malgré le défaut de contrôle judiciaire de la détention du requérant pendant une situation d'urgence en Irlande du Nord.

591. Dans cette affaire, l'on réitérera que la Cour va s'inspirer des principes applicables quant à la dérogation à l'article 15 dans sa jurisprudence *Brannigan et Mc Bride* et bien antérieurement à celle-ci dans les affaires *Irlande contre Royaume-Uni* du 18 janvier 1978 et *Lawless contre Irlande* du 1^{er} juillet 1961. En vrai, la Cour en l'espèce ne va pas trouver de motivation pour changer sa conception de la jurisprudence *Brannigan* et va pouvoir souscrire au point du requérant considérant que la situation sécuritaire en Irlande du Nord pendant sa détention s'est transformée positivement à telle enseigne qu'il n'y a plus de danger public perturbant la vie de la nation. Pour la Cour, le contexte politique et sécuritaire de ce pays n'a pas évolué entre ces deux affaires en dépit des huit ans qui les séparent. Ainsi, en outre, la Cour va juger que les agissements du Royaume-Uni et la détention secrète ne portent pas atteinte à l'article 5§4 ni à l'article 13 de la Convention moins strict.

B. La méconnaissance de l'obligation de contrôle judiciaire d'une limitation de liberté lors de l'état d'urgence

592. Depuis longtemps, sans aucun doute, la situation en Irlande du Nord est grave et il est logique que le Royaume-Uni recoure au droit à la dérogation prévu par la Convention. Néanmoins, que la Cour soutienne que la situation des personnes soupçonnées de terrorisme et n'ayant pas bénéficié d'un contrôle judiciaire n'est pas recevable ou ne viole pas la Convention est inacceptable. En effet, les prescriptions de la Convention sont très claires quand le droit à la liberté et à la sûreté est limité, spécifiquement par l'arrestation ou la détention et lorsqu'elles énoncent que celle-ci doit s'ensuivre « aussitôt », dans un « délai raisonnable » ou « bref » d'un contrôle judiciaire⁹⁷¹. Si ce contrôle judiciaire n'était pas crucial, les rédacteurs de la Convention auraient

⁹⁷¹ Article 5§3 et §4 de la Convention : « 3) Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi, à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience. 4) Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue a bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ».

clairement envisagé de l'ignorer en état d'urgence. En soutenant que l'absence de ce contrôle n'est pas contraire à la Convention, la Cour contredit sa propre jurisprudence relative à une situation similaire à celles-ci, sauf demande de dérogation, notamment l'affaire *Brogan contre le Royaume-Uni*, où elle relève l'importance du droit fondamental de l'homme à la liberté et la nécessité d'un contrôle judiciaire s'il subit une ingérence⁹⁷². Sans prouver qu'exclure un tel contrôle répondait aux « strictes exigences de la situation » selon l'article 15 de la Convention antérieurement ou postérieurement à 1988, la validation par la Cour de la détention prolongée par l'Etat défendeur des requérants pour soupçon de terrorisme va à l'encontre de cette dernière jurisprudence.

593. L'affirmation par la Cour que le défaut de contrôle judiciaire en recourant au droit à la dérogation est compatible à la Convention dans ces affaires ne doit pas se limiter au contexte des causes comme lorsque d'autres droits de la Convention sont ciblés. En effet, appliquer et interpréter la dérogation par la Cour a une incidence générale, même involontairement, sur l'Etat défendeur et sur l'ensemble du système conventionnel européen des droits de l'homme parce qu'elle jette le doute sur l'article 15⁹⁷³. Normalement, la dérogation en l'espèce a trait à une clause de la Convention ne devant pas subir de dérogation, à savoir, l'exigence d'un contrôle judiciaire en cas d'arrestation ou de détention limitant le droit à la liberté et à la sûreté⁹⁷⁴.
594. L'autre problème dans ces affaires tient au défaut de limite temporaire de la dérogation. Sans doute, le fait pour la Cour de se défendre par l'argument que l'article 15§3 reconnaît la possibilité à l'Etat de revoir périodiquement la situation est une évidence ; cependant, ceci ne convainc pas de sa volonté à mobiliser en l'espèce tous les moyens juridiques possibles pour protéger rapidement l'intégrité de la Convention, spécifiquement le droit fondamental de l'homme à la liberté prévu par l'article 5. Ainsi, la Cour confère à l'Etat un pouvoir sans limite de recourir à la détention prolongée et sans durée précise au grand dam de l'intégrité de l'ordre conventionnel des droits de l'homme et même de l'Etat de droit exigeant la

⁹⁷² Opinion dissidente de M. le juge MEYER dans Cour EDH, *Brannigan et Mc Bride*, arrêt précité.

⁹⁷³ Opinion dissidente de M. Le juge MAKARCZYK dans Cour EDH, *Brannigan et Mc Bride*, arrêt précité.

⁹⁷⁴ Voir Ibid.

soumission de toute action de l'État au droit, ce qui ne peut se passer sans contrôle judiciaire⁹⁷⁵. Véritablement, comme le souligne le professeur Hervieu :

*« Certes à une situation de danger imminent peut parfois répondre un état d'exception. Toutefois, un tel sacrifice ponctuel de libertés est intimement lié à sa finalité : assurer la pérennité de la démocratie et le prompt retour de l'État de droit »*⁹⁷⁶.

595. La détention prolongée sans contrôle judiciaire n'a pas assuré un « *prompt retour à l'Etat de droit* » et ne saurait être légitime : elle le serait si l'État défendeur prouvait qu'elle permet concrètement de réprimer ou prévenir le terrorisme, mais malheureusement, dans l'affaire *Brannigan* par exemple, ce dernier se justifie sans preuve en arguant que le contrôle judiciaire de la détention prolongée, hors de la procédure judiciaire normale, à des effets néfastes⁹⁷⁷.
596. Selon les conclusions de la Cour dans ces affaires, l'on pourrait croire que l'unique fait de soulever une dérogation par un Etat fait obstacle à une condamnation au titre d'une mesure spécifique. Pourtant, la Cour a déjà souligné qu'il n'est pas suffisant pour l'Etat d'invoquer simplement les écueils de la lutte contre le terrorisme lors d'une crise pour justifier des privations prolongées de libertés sans contrôle judiciaire⁹⁷⁸. Par ailleurs, la Cour a déjà eu à condamner le dispositif de détention sans inculpation après les attentats du 11 septembre 2001, quand bien même il s'agissait d'étrangers dans la cause⁹⁷⁹. L'on ne devrait pas limiter les pouvoirs du juge en cas d'état d'urgence : en effet, même si la lutte contre le terrorisme est noble, prévenir le terrorisme ne doit pas impliquer d'accorder un chèque en blanc aux Etats membres, les garde-fous sont importants et le juge doit veiller à leur respect⁹⁸⁰.

⁹⁷⁵ Voir Idem.

⁹⁷⁶ N. HERVIEU, « Etat d'urgence et CEDH ... », article précité.

⁹⁷⁷ Voir Opinion dissidente de M. Le juge MAKARCZYK dans Cour EDH, *Brannigan et Mc Bride*, arrêt [Pl.] précité.

⁹⁷⁸ Voir Cour EDH, *Demir et autres c. Turquie*, arrêt [Ch.] du 23 septembre 1998, N° 71/1997/855/1062-1064, §52.

⁹⁷⁹ Voir Cour EDH, *A et autres c. Royaume-Uni*, §186

⁹⁸⁰ Lors de l'état d'urgence, il n'y a pas de limitation des pouvoirs du juge mais simplement un élargissement temporaire des pouvoirs de l'administration selon Guillaume ODINET. Quant à Jean-Baptiste PERRIER, il souligne : « L'objectif est louable mais la lutte contre le terrorisme et la prévention des attentats ne peuvent conduire à délivrer un blanc-seing aux autorités ; compte tenu de l'atteinte portée par ces mesures aux droits et libertés, en particulier au droit au respect de la vie privée et à la liberté d'aller et venir, il était important de prévoir des garde-fous, et de confier au juge le soin de veiller à leur respect ». G. ODINET, « Le rôle du juge administratif dans le contrôle de l'état d'urgence », *Cahiers de la justice*, 2017/2, N°2, pp.275-280, spéc. p.276 et J.-B.

C. La garantie du contrôle judiciaire en cas de limitation de la liberté en état d'urgence

597. Face à l'ignorance du contrôle judiciaire de la détention prolongée sans autre motivation que la volonté d'assurer l'état d'urgence, il est important, conformément à la Convention que la Cour veille à garantir ce contrôle, seul rempart, même en situation exceptionnelle, face aux abus de l'Etat. En réalité, toute personne a droit au contrôle judiciaire pour faire valoir ses droits : il s'agit, dans tout Etat de droit d'un principe fondamental manifestant le contrepoids à la prohibition de toute vendetta privée et à la base de tout contrat social au sein des Etats membres⁹⁸¹. Sans contester la possibilité de limiter la liberté en matière pénale ni le caractère relatif du contrôle judiciaire dans un Etat selon la jurisprudence *Deweert*, ce dernier doit être ouvert à toute personne sans discrimination, pour éviter tout risque de commettre un déni de justice, et ce, sans considération de la recevabilité, de la régularité ou du bien-fondé de la demande du requérant⁹⁸². Le contrôle judiciaire a un caractère fondamental et nécessite une protection, contre tout pouvoir dans l'Etat qu'il soit exécutif ou législatif, sur le fondement légal mais encore constitutionnel et même international ou supranational, sans omettre l'intervention des juges normaux mais également constitutionnels et internationaux⁹⁸³. Le contrôle judiciaire est important « *même si les règles de procédure interne ne le prévoient pas* »⁹⁸⁴. En effet, la Convention protège avant tout l'individu selon la jurisprudence de la Cour concernant le contrôle judiciaire ; l'Etat n'est pas uniquement débiteur d'une obligation négative de ne pas faire obstruction à ce contrôle, mais plus encore d'une obligation positive d'en ménager la mise en œuvre⁹⁸⁵.

PERRIER, « Le juge judiciaire et l'état d'urgence », RFDA, 2017, p.949.

⁹⁸¹ Voir L. FAVOREU et T.-S. RENOUX, « Le contentieux constitutionnel des actes administratifs », extrait du Répertoire Dalloz du contentieux administratif, Sirey, Paris, 1992, p.90 et s et Travaux de l'association Henri-Capitant, « Nul ne peut se faire justice à soi-même : le principe et ses limites », Journées françaises de Lyon, Grenoble et Aix-en-Provence, RIDC, 1967, vol.19, p.938.

⁹⁸² Cour EDH, *Deweert c. Belgique*, arrêt [Ch.] du 27 février 1980, N° 6903/75 et A. STEFF, « La protection de l'accès au juge judiciaire par les normes fondamentales », Les Annales de droit. Mis en ligne le 16 octobre 2018. [Consultable en ligne](#). Consulté le 19 février 2024.

⁹⁸³ Voir S. GUINCHARD, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, Paris, 2011, N°44, p.99.

⁹⁸⁴ CJCE, *Oleificio Borelli c. Commission*, arrêt du 3 décembre 1992, C-97/91, Rec., 1992, p.I-6313.

⁹⁸⁵ Voir R. KOERING-JOULIN, « Note relative au droit d'accès à un tribunal et à la chose jugée », Annexe au rapport du Conseiller rapporteur, sous C. Cass., *Césareo*, arrêt [ass. plén.] du 7 juillet 2006, pourvoi n° 04-10.672.

598. S'il est vrai que le droit au contrôle judiciaire peut être limitée implicitement, notamment en matière pénale, cet aménagement implique que l'État ne puisse pas y porter atteinte substantiellement par la poursuite d'un but légitime et la présentation d'un rapport de proportionnalité⁹⁸⁶. Pour ce faire, selon la Cour, ceci implique un contrôle juridictionnel avec « pleine juridiction », i.e., sans trop de limitation, ce qui n'est pas le cas dans les affaires *Brannigan et Mc Bride* ainsi que *Marshall* où ce contrôle n'existe pas au niveau national⁹⁸⁷. Que la Cour limite ce contrôle aux seules motivations des faits n'est pas suffisant, il faut qu'il soit complet en termes de légalité et que le juge national compétent juge de tous les aspects en droit comme en fait⁹⁸⁸. Bien plus, comme il s'agit de matières pénales, cette pleine juridiction appelle à ce que le contrôle judiciaire reconnaisse au juge la prérogative de reformer en fait comme en droit la décision en cause, ici celle de limiter la liberté des requérants⁹⁸⁹.
599. Le contrôle judiciaire avec pleine juridiction suppose pour le requérant de jouir de la possibilité claire et réelle de s'opposer à un acte manifestant une ingérence dans ses droits, comme dans ces deux affaires en cause, du droit au juge et celui au recours conformément aux dispositions de l'article 5§§3 et 4 de la Convention⁹⁹⁰. En d'autres termes, pour garantir l'effectivité de ce contrôle judiciaire, la Cour doit veiller à ce que les États membres puissent respecter leur obligation positive de briser certaines barrières empêchant ce contrôle. Ceci laisse à la Cour, même en cas d'état d'urgence, la latitude d'examiner au cas par cas selon les faits en cause, surtout qu'elle condamne l'atteinte substantielle à l'exigence de contrôle judiciaire par des règles de procédures nationales obstruant ou interdisant à certaines personnes, physique comme morale, l'action en justice⁹⁹¹. Mieux, la Cour pourrait considérer le droit au contrôle judiciaire comme un droit absolu ne devant subir d'exception au niveau national conformément à la Convention⁹⁹².
600. En cas de limitation de la liberté pendant l'état d'urgence, promouvoir la garantie du contrôle judiciaire par la Cour est une solution importante devant le constat de sa

⁹⁸⁶ Voir Cour EDH, *Golder c. Royaume-Uni*, précité, §38 et *Ashingdane c. Royaume-Uni*, précité, §57.

⁹⁸⁷ Voir Cour EDH, *Albert et Le Compte c. Belgique*, arrêt [Pl.] du 10 février 1983, Nos 7299/75 ; 7496/76, §29.

⁹⁸⁸ Voir Cour EDH, *Zumtobel c. Autriche*, arrêt [Ch.] du 21 septembre 1993, N° 12235/86.

⁹⁸⁹ Voir Cour EDH, *Schmautzer et autres c. Autriche*, arrêt [Ch.] du 23 octobre 1995, N°15523/89.

⁹⁹⁰ Voir Cour EDH, *Bellet c. France*, décision [Ch.] du 4 décembre 1995, N° 23805/94, §36.

⁹⁹¹ Voir Cour EDH, *British American Tobacco Co. Ltd. c. Pays-Bas*, arrêt [Ch.] du 20 novembre 1995, N°19589/92 et *Les Saints-Monastères c. Grèce*, arrêt [Ch.] du 9 décembre 1994, Nos 13092/87 et 13984/88.

⁹⁹² Voir A. STEFF, « La protection de l'accès au juge judiciaire... », article précité.

méconnaissance dans le fait que la Cour, dans ce contexte, corrobore le refus des juridictions nationales d'assurer un tel contrôle alors qu'il est indispensable pour éviter le déni de justice dans ce cadre. Telle est l'analyse quant à la manifestation du déni de justice procédural pénal dont l'exigence d'un lien avec la détermination du bien-fondé d'une accusation pénale est importante dans son acception stricte. Au-delà de sa dimension stricte, le champ du déni peut s'élargir et s'entendre au sens large en matière pénale.

Section 2. L'extension de l'infirmité de la nature pénale d'un droit dans un procès

601. D'emblée, si la nature pénale d'un droit dans un procès peut s'élargir, l'hypothèse du déni de justice par la Cour impliquant l'infirmité de cet élargissement nécessite d'en rechercher les fondements (§1) avant sa matérialisation dans l'impossibilité pour un requérant d'obtenir la levée de l'immunité parlementaire pour se défendre dans un procès pénal (§2).

§1. Les fondements de l'élargissement de l'infirmité de la nature pénale

602. Si selon l'article 6§1 de la Convention, la Cour élargit la matière pénale à d'autres matières non naturellement pénales dans les droits nationaux, le déni de justice à cet égard ne peut qu'impliquer une extension de l'infirmité à ces matières non naturellement pénales (A). Par ailleurs, l'élargissement de la matière pénale par la Cour à ces matières selon l'article 6§1 de la Convention n'étant pas sans limite et excluant du contrôle conventionnel certaines matières, un tel défaut de contrôle ne peut être que source de déni de justice (B).

A. L'élargissement aux matières non naturellement pénales dans les droits nationaux

603. Si pour éviter le déni de justice, la Cour étend, en vertu de l'article 6§1 de la Convention, la nature pénale aux nombreuses contestations non naturellement pénales dans les droits nationaux qu'importe la phase de la procédure pour permettre son contrôle, le causer ne peut résulter pour la Cour que d'une dérogation à cet élargissement.
604. *Primo*, si la Cour intègre dans la matière pénale conformément à l'article 6§1 des contestations non originellement d'essence pénale comme celles disciplinaires, notamment militaire, fonctionnaire, juridictionnelle et pénitentiaire, sans que cela n'obstrue leur qualification civile par cumul, le déni de justice en la matière ne peut découler que d'une infirmité par la Cour de cette intégration⁹⁹³. Sans doute, une

⁹⁹³ Voir Cour EDH, *Albert et Le Compte c. Belgique*, arrêt précité, §30.

contestation militaire au sens national peut devenir pénale conventionnellement du fait d'une longue durée de la sanction liée à l'infraction ciblée, tandis que celle fonctionnaire peut l'être à cause de la non-justification d'une décision discrétionnaire sanctionnant le fonctionnaire pour indiscipline⁹⁹⁴. En plus, pour la contestation disciplinaire juridictionnelle, l'aspect pénal peut tenir à la nature ou à la gravité de l'infraction et à sa classification pénale en droit national, alors que pour la matière pénitentiaire il se justifie par la nature de l'accusation, l'essence et le degré de gravité de la peine en matière pénitentiaire à régime spécial⁹⁹⁵. Au-delà, si l'indiscipline parlementaire est de nature civile pour son caractère de compétence discrétionnaire comme le fait d'un parlementaire, elle peut devenir pénale au sens conventionnel selon la Cour si le fait est d'un tiers, et ce, à cause du caractère général et de l'ampleur de la peine encourue⁹⁹⁶. A titre illustratif, une contestation disciplinaire au niveau national s'est vu reconnaître une nature pénale conventionnellement dans l'affaire *Kyprianou* où la Cour condamne la partialité à l'égard du requérant d'une des juridictions chypriotes, la cour de Limassol, un manquement non redressé par la juridiction suprême. En fait, dans cette affaire, le requérant fut condamné pour atteinte à la dignité des juges en refusant de poursuivre l'interrogatoire d'un témoin après son interruption par ladite cour⁹⁹⁷. Par ailleurs, une indiscipline parlementaire fut considérée comme étant du domaine pénal dans l'affaire *Demicoli* condamnant Malte pour violation de l'impartialité d'une chambre parlementaire à l'égard du requérant opposé à deux parlementaires sur une question de privilèges parlementaires⁹⁹⁸. Si toutes ces contestations citées peuvent avoir nature pénale en droit conventionnel, le déni de justice à cet égard ne peut être que le résultat d'une opposition par la Cour dans des affaires analogues à cette nature pénale qu'elle a déjà reconnue.

605. *Secundo*, l'infirmerie de l'extension de la nature pénale par la Cour peut concerner les contestations nationales en matières administratives et fiscales, puisque, les premières peuvent relever de cette nature, notamment quant à la circulation routière ou la tranquillité publique, la sécurité ou le rassemblement public, et les secondes,

⁹⁹⁴ Voir Cour EDH, *Engel et al. c. Pays-Bas*, arrêt [Pl.] du 8 juin 1976, Nos 5100/71 et al., §85 ; *Moulet c. France*, déc. [Sect.3] du 13 septembre 2007, N°27521/04.

⁹⁹⁵ Voir Cour EDH, *Kyprianou c. Chypre*, arrêt [G.Ch.] du 15 décembre 2005, N° 73797/01, §§61-64 ; *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, arrêt [G.Ch.] du 9 octobre 2003, Nos 39665/98 et 40086/98, §82.

⁹⁹⁶ Cour EDH, *Demicoli c. Malte*, §32.

⁹⁹⁷ Cour EDH, *Kyprianou* précité, §§14-27, 60, 128 et 133-135.

⁹⁹⁸ Voir *supra*.

lorsque la majoration d'impôt est considérable en violation d'une règle générale à but dissuasif et répressif, et ce, malgré qu'une faible majoration soit qualifiée de « pénale » nationalement⁹⁹⁹. Comme exemple de requalification conventionnelle d'une matière pénale d'une contestation administrative liée à la circulation routière, l'on peut évoquer l'affaire *Igor Pascari* devant la Cour condamnant la République de Moldavie pour avoir reconnu coupable le requérant d'avoir provoqué un accident dans une procédure à laquelle il n'avait pas été convié¹⁰⁰⁰. Dans cette affaire, si, pour le gouvernement moldave cette procédure n'était pas pénale, elle l'était pour la Cour parce que l'infraction avait un caractère général et la décision de justice avait un effet décisif sur le requérant en emportant implicitement d'avance la reconnaissance de sa culpabilité¹⁰⁰¹. En outre, quant à la contestation sur le rassemblement public considérée comme pénale par la Cour, la jurisprudence *Navalny* condamnant la Russie pour avoir violé les garanties d'équité dans six procès visant le requérant consécutivement à ses arrestations pour participation à des rassemblements publics l'illustre bien¹⁰⁰². L'hypothèse du déni de justice ne peut que se manifester dans la dérogation par la Cour aux règles qui l'ont inspiré à reconnaître la nature pénale dans ces situations.

606. *Tertio*, l'infirmerie de la Cour en la matière peut s'étendre à la matière douanière et aux infractions des mineurs et aliénés puisque la nature pénale peut couvrir ces matières respectivement quant à l'indiscipline budgétaire ou financière, aux infractions économiques dans le cadre financier ou concurrentiel et de manipulation du marché, mais aussi quant aux – nature, temps et modes d'exécution d'une privation

⁹⁹⁹ Voir Cour EDH, Lutz c. Allemagne, arrêt [Pl.] du 25 août 1987, N° 9912/82, §182 ; Schmutz c. Autriche, arrêt [Ch.] du 25 octobre 1995, N° 15523/89 ; Malige c. France, arrêt [Ch.] du 23 septembre 1998, N° 68/1997/852/1059 ; Marcan c. Croatie, arrêt [Sect.1] du 10 juillet 2014, N° 40820/12, §33 et Igor Pascari c. République de Moldova, arrêt [Sect.2] du 30 août 2016, N° 25555/10, §§20-23 (contestations administratives en matière de circulation routière) ; Lauko c. Slovaquie, arrêt [Ch.] du 2 septembre 1998, N° 26138/95 et Nicoleta Gheorghe c. Roumanie, arrêt [Sect.3] du 3 avril 2012, N° 23470/05, §§25-26 (contestations administratives en matière de tranquillité publique) ; Huseyin Turan c. Turquie, arrêt [Sect.2] du 4 mars 2008, N°11529/02, §§18-21 (contestations administratives en matière de sécurité sociale) ; Kasparov et autres c. Russie, arrêt [Sect.1] du 3 octobre 2013, N° 21613/07, §§ 39-45 et Mikhaylova c. Russie, arrêt [Sect.1] du 19 novembre 2015, N° 46998/08, §§ 50-75 (contestations administratives en matière de rassemblement public) ; Bendenoun c. France, arrêt [Ch.] du 24 février 1994, N° 12547/86 et a contrario Mieg de Boozheim c. France, déc. [G.Ch.] du décembre 2002, N° 52938/99 (contestations en matière fiscale) et Jussila c. Finlande, arrêt [G.Ch.], §38 (qualification pénale d'une faible majoration).

¹⁰⁰⁰ Voir Note d'information sur la jurisprudence de la Cour n°199 d'Août-Septembre 2016.

¹⁰⁰¹ Voir Idem.

¹⁰⁰² Voir Cour EDH, Navalny c. Russie, arrêt [G.Ch.] du 15 novembre 2018, N° 29580/12 et autres, §§3, 73 et 84.

de liberté de ces personnes¹⁰⁰³. Pour illustration, en matière douanière considérée comme pénale par la Cour, il y a l'affaire *Grande Stevens et autres* où l'Italie a manqué à l'équité, notamment par un défaut d'impartialité et de plénitude de juridiction, à l'endroit de requérants concernés dans une procédure devant un organe de contrôle douanier¹⁰⁰⁴. En outre, pour une contestation impliquant un aliéné et vue comme étant pénale par la Cour, il y a l'exemple de la jurisprudence *Vasenin* sanctionnant la Russie pour atteinte au droit à un procès équitable dans une procédure où le requérant n'était pas présent, ni représenté efficacement et était privé du droit de faire recours contre le jugement en première instance¹⁰⁰⁵.

607. En définitive, les étapes procédurales au niveau national impliquées dans l'extension de la nature pénale vont au-delà de la procédure principale du fait de l'importance de prendre compte le procès dans sa globalité en matière des droits de la défense et de célérité de la justice et cela permet d'élargir en la matière l'hypothèse de l'infirmité de la Cour pour y intégrer, autant la procédure d'instruction, que la phase de fixation de peine ou celle dont la sanction est assimilable à une peine jusqu'à celle en rectification d'une peine influençant la durée globale d'un emprisonnement¹⁰⁰⁶. A cet égard, l'affaire *Dvorski* est éloquente parce que l'Etat croate est reconnu responsable d'atteinte à l'article 6§1 en matière pénale pour avoir refusé sans motifs « *suffisants et pertinents* » à un suspect, le requérant en l'espèce, son droit d'être assisté par un avocat de son choix, une privation ayant provoqué son auto-incrimination et son emprisonnement par la suite¹⁰⁰⁷. Aussi, concernant la procédure dont la sanction est

¹⁰⁰³ Voir Cour EDH, *Salabiaku c. France*, arrêt [Ch.] du 7 octobre 1988, N° 10519/83 ; *Guisset c. France*, arrêt [Sect.1] du 26 septembre 2000, N° 33933/96 ; *Lilly c. France* (n°2), déc. [Sect.5] du 25 février 2011, N° 20429/07 ; *Dubus S.A. c. France*, arrêt [Sect.5] du 11 juin 2009, N° 5242/04 ; *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, arrêt [Sect.2] du 27 septembre 2011, N° 43509/08 et *Produkcija Plus Storitveno podjetje d.o.o. c. Slovénie*, arrêt du 23 octobre 2018, N°47072/15, §§ 45-46 ; *Grande Stevens et autres c. Italie*, arrêt [Sect.2] du 4 mars 2014, N° 18640/10, §§ 94-101 (contestation en matière douanière) ; *Blokhin c. Russie*, arrêt [G.Ch.] du 23 mars 2016, N° 47152/06, §§ 179-182 ; *Valeriy Lopata c. Russie*, arrêt [Sect.1] du 30 octobre 2012, N° 19936/04, §120 et *Vasenin c. Russie*, arrêt [Sect.3] du 21 juin 2016, N° 48023/06, §130 (contestations sur les infractions des mineurs et aliénés).

¹⁰⁰⁴ Voir Cour EDH, *Grande Stevens et autres* précité, §§ 87, 106, 123, 131, 137 et 155.

¹⁰⁰⁵ Voir Communiqué de presse du Greffier de la Cour sur les arrêts du 21 juin 2016, respectivement l'arrêt *Vasenin c. Russie*, N° 48023/06.

¹⁰⁰⁶ Voir Cour EDH, *Dvorski c. Croatie*, arrêt [G.Ch.] du 20 octobre 2015, N° 25703/11, §76 et *Imbrioscia c. Suisse*, arrêt [Ch.] du 24 novembre 1993, N° 13972/88, §36 (procédure d'instruction) ; *Phillips c. Royaume-Uni*, arrêt [Sect.4] du 5 juillet 2001, N° 41087/98, §39 et *Hamer c. Belgique*, arrêt [Sect.2] du 27 février 2008, N° 21861/03, §60 (procédure de fixation de peine et assimilation) et *Kereselidze c. Géorgie*, arrêt [Sect.5] du 28 mars 2019, N° 39718/09, §§32-33 (procédure en rectification d'une peine).

¹⁰⁰⁷ En effet, pour la Cour, même s'il n'est pas interdit à l'État de choisir un représentant pour un suspect, les juridictions nationales en la matière n'ont pas justifié ce refus en cause de manière conforme aux exigences en

assimilable à une peine, la Belgique a été condamné par la Cour pour l'absence de célérité, attestée mais non prise en compte dans la décision de condamnation du requérant en cause par une juridiction d'appel, relativement à une procédure d'instruction ayant établi l'infraction dudit requérant, notamment la construction illégale d'une maison¹⁰⁰⁸. L'implication de ces étapes procédurales dans l'extension de la matière pénale suppose que l'infirmerie de cette extension les concerne.

608. Bien plus, hormis malheureusement les procédures de recours exceptionnels ou de réouverture d'un procès ayant « force de la chose jugée » pour leur défaut de nouvelle infraction par l'accusé, la matière pénale implique les phases supérieures d'un procès, notamment les pourvois en cassation, les recours constitutionnels à issue déterminante pour une condamnation et les nouvelles procédures postérieures à l'admission d'une réouverture d'instance, ce qui fait que ces dites phases peuvent être concernées par l'infirmerie de la Cour¹⁰⁰⁹. En effet, en matière de pourvoi en cassation, l'étude du déni de justice peut s'y étendre avec l'exemple de l'affaire *Meftah et autres* sanctionnant la France pour iniquité d'une procédure de pourvoi en l'absence de communication au requérant du sens des conclusions de l'avocat général et d'une possibilité d'y répondre¹⁰¹⁰. Pour les procédures suivant l'admission d'une réouverture d'instance, la possibilité d'y étendre l'infirmerie peut se confirmer avec l'affaire *Ocalan* dans laquelle le requérant se plaint que les autorités juridictionnelles turques lui ont refusé un nouveau procès en n'exécutant pas correctement l'arrêt de

matière pénale conventionnelle et bien plus la prise en compte des premières déclarations du requérant a été déterminante pour sa condamnation, d'autant plus qu'un avocat de son choix aurait pu l'informer sur son droit de garder le silence. Voir Note d'information sur la jurisprudence de la Cour 189 d'Octobre 2015 sur l'arrêt *Dvorski* c. Croatie, arrêt précité.

¹⁰⁰⁸ En l'espèce, si, pour la Cour, la procédure au fond devant la juridiction d'appel condamnant le requérant de remettre en l'état les lieux et aux frais de justice, assimilable à une « peine » s'est déroulée dans un délai raisonnable (mai 1999 et janvier 2003), ce n'est pas le cas pour la procédure d'instruction déclenchée par le procès-verbal de février 1994 qui constate l'illégalité de la construction et cristallise l'infraction en rendant le requérant comme « accusé » pénalement. Voir Cour EDH, Hamer précité, §§ 46 et 60-61.

¹⁰⁰⁹ Voir Cour EDH, *Meftah et autres* c. France, arrêt [Gr.Ch.] du 26 juillet 2002, Nos 32911/96, 35237/97, §40 (pourvois en cassation) ; *Gast et Popp* c. Allemagne, arrêt [Sect.1] du 25 février 2000, N° 29357/95, §§65-66 et *Caldas Ramirez de Arellano* c. Espagne, déc. [Sect.4] du 28 janvier 2003, N° 688874/01 (recours constitutionnels) ; *Löffler* c. Autriche, arrêt [Sect.3] du 4 mars 2004, N° 72159/01, §§18-19 et Cour EDH, *Ocalan* c. Turquie, déc. [Sect.2] du 6 juillet 2010, N° 5980/07 (les nouvelles procédures postérieures à l'admission d'une réouverture d'instance) ; *Moreira Ferreira* c. Portugal (n°2), arrêt [Gr. Ch.] du 11 juillet 2017, N° 19867/12, §§60-61 et *Fischer* c. Autriche, déc. [Sect.3] du 29 mai 2001, N°37950/97 (exception de procédures de recours exceptionnel ou de réouverture d'un procès).

¹⁰¹⁰ Voir Cour EDH, *Meftah et autres* précité, §§33 et 51-52.

la Cour du 12 mai 2005 dans laquelle la Cour constatait la violation de l'impartialité et de l'indépendance du tribunal par la Turquie¹⁰¹¹.

B. La difficile remise en cause de la limitation implicite de l'extension de la nature pénale à certaines matières

609. L'extension de la nature pénale n'atteint pas implicitement certaines contestations qui, par conséquent, risquent d'échapper au contrôle conventionnel de la Cour et de créer le déni de justice. En dépit de cela, il semble difficile pour la Cour de remettre en cause une telle limitation.
610. La nature pénale en vertu de l'article 6§1 ne pouvant impliquer les questions d'expulsion des étrangers, d'extradition et de mandat d'arrêt européen ainsi que la phase d'exécution des peines, celles-ci ont tendance à se soustraire au contrôle conventionnel¹⁰¹². L'exclusion s'étend également aux poursuites pénales privées à cause de l'inadmissibilité de la condamnation pénale des tiers, et, aux contestations sur les questions politiques, sous-réserve de procédures de lustration à connotation pénale qui, par l'essence de l'infraction, la déclaration de lustration altérée, l'essence ou la gravité de la peine, la défense d'exercer certaines professions pendant longtemps, peuvent intégrer le champ d'étude du déni de justice en cause¹⁰¹³. La « lustration » est une procédure de « purification » légale impliquant la confession par certains fonctionnaires nés avant 1972 de leur collaboration avec les régimes communistes entre 1945 et 1989 et entraînant le licenciement ou l'interdiction d'exercer pendant dix ans en cas de collaboration avérée ou de refus de confesser¹⁰¹⁴.

¹⁰¹¹ Voir Cour EDH, *Ocalan c. Turquie*, déc. [Sect.2] du 6 juillet 2010

¹⁰¹² Voir Cour EDH, *Maaouia c. France*, arrêt [Gr.Ch.] du 5 octobre 2000, N° 39652/98, N° 39652/98, §39 ; *Penafiel Salgado c. Espagne*, déc. [Sect.4] du 16 avril 2002, N° 65964/01 ; *Monedero Angora c. Espagne*, déc. [Sect.3] du 7 octobre 2008, N° 41138/05 (expulsion, extradition et mandat d'arrêt européen) ; *Montcornet de Caumont c. France*, déc.[Sect.2] du 13 mai 2003, N° 59290/00 et *Saccoccia c. Autriche*, déc.[Sect.1] du 5 juillet 2007, N°69917/01 (contestations d'exécution de peines liées à l'amnistie, la libération conditionnelle, le transfert de personnes condamnées et l'exéquat).

¹⁰¹³ Voir I. RAMONET, « Pologne parano », *Le monde diplomatique*, Avril 2007, p.1.

¹⁰¹⁴ Voir Cour EDH, *Perez c. France*, arrêt [Gr.Ch.] du 12 février 2004, N° 47287/99, §70 et *Arlewin c. Suède*, arrêt [Sect.3] du 29 mars 2016, N° 22302/10, §§51-52 (poursuites pénales privées) ; *Pierre-Bloch c. France*, arrêt [Ch.] du 21 octobre 1997, Nos 120/1996/732/938, §§53-60 ; *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, déc. [Gr.Ch.] du 13 février 2003, Nos 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98 ; *Montera c. Italie*, déc. [Sect.1] du 9 juillet 2002, N° 64713/01 ; *Paksas c. Lituanie*, arrêt [Gr.Ch.] du 28 juillet 1999, Nos 34932/04, §§66-67 et a contrario *Haarde c. Islande*, arrêt [Sect.1] du 23 novembre 2017, N° 66847/12 (questions politiques) ;

611. La Cour fait échapper, par extension, dans la prise de l'aspect pénal les contestations sur l'immunité parlementaire et l'obligation d'exécution des décisions de justice. En effet, force est de noter que la Cour reconnaît une limitation implicite du droit à un procès équitable par les États en matière pénale en l'absence d'atteinte substantielle tout autant que de poursuite d'un but légitime par des moyens proportionnés et c'est la réalité souvent relativement aux contestations précitées.
612. D'une part, les raisons d'exclusion de l'immunité parlementaire sont qu'elle assure l'indépendance du parlement en consacrant l'irresponsabilité et l'inviolabilité du parlementaire, et ce, non seulement dans l'optique de lui éviter des poursuites pénales visant nuire à son action politique, mais aussi de protéger l'opposition de pressions de la majorité dans une démocratie¹⁰¹⁵. Si l'irresponsabilité parlementaire empêche généralement toute action judiciaire car elle porte sur les actes liés à la fonction parlementaire, l'inviolabilité impose de ne pas arrêter ou priver ou restreindre la liberté du parlementaire sans l'autorisation préalable du bureau d'une assemblée parlementaire, sauf pour crime, délit flagrant et condamnation définitive. En bref, pour juger le parlementaire, son immunité doit être levée¹⁰¹⁶. La Cour reconnaît la conventionnalité de l'immunité dès lors qu'il y a équilibre entre l'intérêt collectif de sauvegarde de l'intégrité parlementaire et l'intérêt individuel du justiciable victime de l'immunité et voulant sa levée pour qu'une suite soit donnée aux poursuites pénales¹⁰¹⁷. Avec l'immunité, la justiciabilité du parlementaire demeure conditionnelle et difficile faisant de cette notion un obstacle d'accès à la justice. Incontestablement, l'immunité parlementaire fait dépendre clairement le droit d'action en justice de sa victime d'autres personnes qu'elle-même puisque sa levée nécessite l'accord préalable des membres du bureau de l'assemblée parlementaire à laquelle appartient le parlementaire. Vu sa conventionnalité, l'immunité parlementaire est difficilement remise en cause par la Cour et l'expose facilement au déni de justice.

Matyjek c. Pologne, déc.[Sect.4] du 24 avril 2007, N°38184/03 et a contrario, Sidabras et Dziautas c. Lituanie, arrêt [Sect.2] du 27 juillet 2004, Nos 55480/00 et 59330/00 (exception sur les procédures de lustration à connotation pénale).

¹⁰¹⁵ Voir Cour EDH, Kart c. Turquie, arrêt [Gr.Ch.], §67.

¹⁰¹⁶ Voir R. OUERTAL, « Faut-il « supprimer » l'immunité parlementaire ? », article dans le journal Libération, publié le 5 avril 2017. [Consultable en ligne](#). Consulté le 03 septembre 2020.

¹⁰¹⁷ Voir Cour EDH, Kart c. Turquie, arrêt [Gr.Ch.], §§92-93.

613. D'autre part, l'exécution des décisions de justice est importante pour la Cour lorsqu'elle reconnaît que l'exécution d'un jugement ou d'un arrêt de toute juridiction fait partie du droit à un tribunal dans sa globalité et qu'elle constitue une étape essentielle pour la justice¹⁰¹⁸. L'exécution d'une décision de justice permet la matérialisation de la justice et la satisfaction du justiciable ; néanmoins, elle peut s'ériger en limite par le caractère définitif ou non d'une décision relativement au fond du litige, la possibilité d'exercer un recours à effet suspensif, l'opportunité d'une transaction judiciaire. Cette obligation justifiée par le souci de dématérialisation de la justice dans les États du Conseil est souvent instrumentalisée par les États pour limiter la matière pénale en rapport avec l'article 6§1 de la Convention de manière injustifiée et devient difficile à remettre en cause par la Cour. Cette instrumentalisation se manifeste souvent par l'irrecevabilité d'office du pourvoi en cassation de justiciables sous mandat d'arrêt ou ne s'étant pas mis en état¹⁰¹⁹. Au-delà, elle est instrumentalisée dans le domaine pénal par la latitude dont les États disposent sur l'exigence du droit à un tribunal en dévoyant son caractère non absolu pour priver le justiciable de ce droit, ce qui transforme une restriction en une limite de la portée pénale par la Cour¹⁰²⁰.
614. La reconnaissance de l'obligation d'exécution des décisions de justice et l'immunité parlementaire par la Cour rendent difficile leur remise en cause malgré les risques de déni de justice qu'elles créent en plus de l'extension de l'infirmité de la nature pénale à certaines matières non naturellement pénales en droits nationaux. Par ailleurs, au-delà du fait qu'elles fondent théoriquement l'extension du déni de justice en matière pénale, la preuve de ce déni peut tenir à l'impossibilité d'obtenir la levée de l'immunité parlementaire dans un procès pénal.

¹⁰¹⁸ Voir Cour EDH, *Hornsby c. Grèce*, arrêt [Ch.] du 19 mars 1997, N° 107/1995/613/701 et *Di Pede c. Italie*, arrêt [Ch.] du 26 septembre 1996, Recueil des arrêts et décisions, 1996.

¹⁰¹⁹ Voir Cour EDH, *Poitrimol c. France*, arrêt [Ch.] du 23 novembre 1993, N° 14032/88, §§38, 40-41 ; *Guérin c. France*, arrêt [Gr.Ch.] du 29 juillet 1998, N°25201/94, §§ 43 et 45 et *Omar c. France*, arrêt [Gr.Ch.] du 29 juillet 1998, N°24767/94, §42.

¹⁰²⁰ Voir *Manpa Zeeland B.V. et Metal Welding B.V. c. Pays-Bas*, arrêt [Sect.2] du 9 novembre 2004, N° 46300/99, §§41, 43, 50, 51, 63 et 64 et *Kulikowski c. Pologne*, arrêt [Sect.4] du 13 janvier 2009, N° 47628/06, §§3 et 54.

§2. L'impossible obtention de la levée de l'immunité parlementaire pour la défense dans un procès pénal

615. La possibilité d'obtenir la levée de l'immunité parlementaire pour se défendre dans un procès pénal ne s'est pas manifestée pour le requérant devant la grande Chambre de la Cour dans l'affaire *Kart contre Turquie* du 3 décembre 2009 (A). Il en découle sans doute un déni de procès pénal équitable par la Cour dans l'ignorance du délai raisonnable (B). Pour endiguer ce déni, une profonde modification des règles nationales sur l'immunité parlementaire est primordiale (C).

A. La manifestation par l'affaire *Kart contre Turquie* du 3 décembre 2009

616. L'accès au juge peut être obstrué par l'immunité parlementaire que la Cour s'évertue à garder dans des limites raisonnables¹⁰²¹. Alors qu'elle est requise habituellement par des requérants empêchés de poursuivre des personnes jouissant d'une telle immunité, la singularité de l'affaire *Kart c. Turquie* devant la Grande Chambre réside dans le fait que son initiateur se plaint que son immunité parlementaire obstrue son droit à être jugé pénalement pendant l'exercice de son mandat et notamment qu'il lui est impossible de rétablir son honneur dans deux procédures judiciaires précédentes¹⁰²². Pour la Cour, le requérant, en se présentant successivement à deux mandats, a causé lui-même l'allongement de la durée de son procès pénal, il n'y a donc pas d'atteinte à la substance de son droit d'accès à tribunal selon l'article 6 de la Convention parce qu'il pourra en jouir au terme de son mandat¹⁰²³. Une telle conclusion implique l'impossibilité pour un député d'obtenir la levée de son immunité parlementaire pour se défendre dans un procès pénal le visant.
617. En fait, c'est pour l'exercice de sa profession d'avocat que le requérant était poursuivi pénalement dans deux procédures. Élu député au Parlement turc en 2002, il obtint l'immunité parlementaire. Demandant la levée de cette immunité à la commission

¹⁰²¹ Voir Cour EDH, *A. c. Royaume-Uni*, arrêt [Sect.2] du 17 décembre 2002, N°35373/97 et *Cordova c. Italie*, arrêt [Sect.1] du 30 janvier 2003, N°40877/98.

¹⁰²² Voir F. SUDRE, G. GONZALEZ, M. LEVINET et H. SURREL, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2009), *Revue du droit public (RDP)*, N°3, p.853.

¹⁰²³ Voir Cour EDH, *Kart c. Turquie*, arrêt [Gr.Ch.] du 3 décembre 2009, N° 8917/05, §§106 et 111-114.

mixte du Parlement, celle-ci va décider de suspendre les poursuites pénales contre lui jusqu'au bout de son mandat. Opposé à cette suspension, le requérant va se prévaloir de son droit au juge dans un procès équitable mais sans succès jusqu'à sa réélection comme député en 2007 laissant sa demande pendante devant l'instance parlementaire.

618. Face à ce *statu quo*, saisissant la Cour le 8 février 2005, celle-ci dans un arrêt en chambre du 8 juillet 2008 va conclure, par quatre voix contre trois, à la violation de son droit à un procès équitable selon l'article 6§1 de la Convention¹⁰²⁴. Le gouvernement turc va contester cette solution et l'affaire sera en définitive renvoyée devant la Grande chambre le 1 décembre 2008¹⁰²⁵. L'auguste chambre va estimer que l'impossibilité pour un député poursuivi pénalement de renoncer à son immunité parlementaire ne vaut pas atteinte au droit à un tribunal en vertu de l'article 6§1 précité. Pour conclure ainsi, la Grande chambre n'a pas omis de souligner la portée très hétéroclite de l'immunité parlementaire au sein des Etats parties à la Convention et de préciser les raisons juridiques de l'impossible renonciation à l'immunité.
619. Sur la portée de l'immunité parlementaire, la Cour considère qu'elle n'est pas en soi excessive mais simplement relative par - son caractère temporaire se limitant à la durée du mandat, la possibilité de la levée, son cantonnement à la matière pénale et sa dimension inopérante pour certains cas de flagrant délit ou de crimes spécifiques contre le régime ou l'État. Bien plus, si cette portée semble plus étendue, elle ne semble pas contredire certaines solutions d'usage dans la plupart des pays européens à système parlementaire.
620. Quant aux raisons juridiques, d'une part, contrairement à la décision en chambre, la Grande chambre estime que le délai de procédure n'est pas préjudiciable au requérant au point de compromettre son procès équitable à l'expiration de son mandat et surtout ne remet pas en cause son droit à la présomption d'innocence en tant qu'accusé. D'autre part, elle soutient que, si le délai de la procédure parlementaire dépendant de la durée du mandat de député peut affecter le droit du requérant de voir sa cause entendue par un juge, en prorogeant son exercice, il n'emporte pas pour autant, en l'espèce, une atteinte substantielle au droit à un juge. En effet, pour la Grande chambre, l'immunité n'étant qu'un obstacle procédural visant préserver l'intégrité du

¹⁰²⁴ Voir Ibid.

¹⁰²⁵ Voir Ibid.

Parlement et à protéger l'opposition, elle n'empêche pas un procès au fond. Ainsi, renoncer individuellement à cette immunité ne saurait prévaloir une décision parlementaire et, bien plus, le droit à un tribunal n'étant pas absolu, ne pas lever cette immunité ne viole pas substantiellement ce droit de manière disproportionnée au but légitime poursuivi de préservation de l'intégrité parlementaire et de protection de l'opposition.

B. La preuve du déni de procès pénal équitable dans un délai raisonnable

621. La problématique du respect du droit au procès équitable des parlementaires, spécifiquement le droit à un procès équitable dans un délai raisonnable paraît en dernière ressort inévitable quand elle se conjugue au « privilège » de l'immunité dont ceux-ci jouissent ordinairement. En effet, même si ce que traite la Cour est important, ce qu'elle ne traite pas l'est tout autant, notamment cette problématique¹⁰²⁶. L'affaire *Kart*, pour le juge Bonello, ne consiste pas à déterminer la conventionnalité de l'immunité parlementaire, mais à répondre précisément s'il est possible d'empêcher un parlementaire accusé pénalement de renoncer à cette immunité pour obtenir un jugement sur les accusations¹⁰²⁷. Au nom de l'intérêt général, la majorité à la Grande chambre estime que ce n'est pas possible, et c'est très décevant pour diverses raisons.
622. D'emblée, aucune motivation d'intérêt général n'est suffisamment impérieuse en l'espèce pour priver le requérant de son droit essentiel d'accès au juge, surtout que c'est lui-même qui désire renoncer à son immunité¹⁰²⁸. Véritablement, sans contester le bien-fondé de l'immunité parlementaire visant à l'origine préserver l'intégrité du Parlement et à protéger les parlementaires de la tyrannie des puissants, de nos jours, cette immunité rend réellement tyranniques certains parlementaires sur des personnes moins fortes qu'eux¹⁰²⁹. Étant consciente de cela, au lieu de mettre en balance cette immunité avec le droit d'une personne désireuse d'être jugée parce qu'accusée d'une infraction pénale, la Cour a préféré prendre la partie de l'instance parlementaire ayant exclusivement décidé sur la possibilité et le moment de la levée de l'immunité sans

¹⁰²⁶ Voir Opinion dissidente du juge Bonello en l'espèce.

¹⁰²⁷ Voir Ibid.

¹⁰²⁸ Voir Idem.

¹⁰²⁹ Voir Idem.

justification et, bien plus, elle va ignorer la cause de deux personnes victimes de l'infraction présumée du requérant-député¹⁰³⁰. Même si la Cour soutient qu'au bout de son mandat parlementaire, le requérant peut répondre aux accusations, l'on ne peut nier que l'ajournement le prive d'une procédure pénale devant le juge dans un délai raisonnable tout en contrariant l'espoir de ses victimes de voir triompher la justice¹⁰³¹. L'observance d'une motivation impérieuse par la Cour aurait dû la pousser à voir ce qu'elle n'a pas traité : préciser la conséquence négative de la levée de l'immunité sur la démocratie parlementaire turque, confirmer si un accueil favorable de la demande d'être jugé du requérant causerait un désastre institutionnel ou l'effondrement du système parlementaire ou une révolution. En dépit de la crainte des effets négatifs de la remise en cause de l'immunité parlementaire, il paraît important pour la Cour de préciser la substance de ces effets plutôt que de ne rien en dire.

623. Ensuite, s'il est certain que la Cour ne doit pas substituer sa propre appréciation à celle de l'instance parlementaire de l'État turc jouissant en la matière d'une marge d'appréciation et que les exigences de la levée d'immunité sont diverses selon les systèmes parlementaires en Europe, il n'y a aucun doute que la procédure de levée de l'immunité en cause a manqué d'objectivité¹⁰³². Décidément, la commission mixte au parlement n'a pas justifié sa décision de suspension des poursuites pénales visant le requérant et, il n'existe pas de conditions objectives clairement déterminées pour la levée de l'immunité ni d'exigence de soumission de cette dernière à la célérité, surtout, vu le temps long qu'a pris le Parlement pour se prononcer alors que la demande de levée était inscrite au programme parlementaire¹⁰³³. Pour le juge Power,

¹⁰³⁰ Voir Idem.

¹⁰³¹ Voir Idem.

¹⁰³² Opinion concordante du juge MALINVERNI en l'espèce. Sur la diversité des régimes sur les immunités parlementaires, il est souligné « Le statut pénal des parlementaires donne lieu, (...) dans de nombreux États, à un régime d'immunité, que le constituant décline traditionnellement en deux figures juridiques : l'irresponsabilité et l'inviolabilité. Le pluriel est de rigueur. Plutôt que d'une immunité, il est question d'immunités parlementaires. La distinction entre ces deux immunités se retrouve dans de nombreux États européens, même si la terminologie retenue n'y est pas nécessairement la même. Dans d'autres États, en Europe ou ailleurs, la différence entre irresponsabilité et inviolabilité est ignorée, seule la première étant prévue par la Constitution. Par ailleurs, la manière dont l'irresponsabilité est régulée est assez comparable d'un État à l'autre. En revanche, on constate le plus de variations en ce qui concerne les modalités de l'inviolabilité. Ainsi, dans les pays anglo-saxons, rattachés à la famille juridique de la *common law*, lorsque l'inviolabilité est reconnue, elle est généralement restreinte à l'arrestation judiciaire ». M. SOLBREUX et M. VERDUSSEN, « Le statut pénal des parlementaires », *Courrier Hebdomadaire du CRISP*, 2019/31, N°2436-2437, pp.5et 6.

¹⁰³³ Opinion concordante du juge MALINVERNI en l'espèce.

« on trouve aucun critère spécifique et objectif permettant de justifier pareil refus »¹⁰³⁴.

624. Enfin, malgré la mauvaise estimation du requérant qu'une telle affaire implique un déni du droit d'accès au tribunal, la Cour avait la latitude de requalifier d'office la problématique centrale comme étant celle d'un déni de procès pénal équitable dans un délai raisonnable. En réalité, considérant que les dispositions de la Convention et de ses textes additionnels forment un bloc, il est concevable qu'étant régulièrement saisie,

« la Cour peut connaître de chacun des problèmes de droit qui surgissent en cours d'instance à propos des faits soumis à son contrôle par un État contractant ou par la Commission : maîtresse de la qualification juridique à donner à ces faits, elle a compétence pour les examiner, si elle le juge nécessaire et au besoin d'office, à la lumière de l'ensemble de la Convention et du Protocole »¹⁰³⁵.

625. De toute évidence, en gardant le grief dans le champ de l'accès au juge considéré comme un droit relatif, la Cour se lie à mettre en équilibre le droit du justiciable et l'intérêt général, une démarche qu'elle pouvait dévier en analysant l'affaire dans la perspective du délai abusif. Il est établi selon l'article 6 de la Convention que le justiciable a le droit d'être entendu concernant une accusation pénale dans un délai raisonnable, et pourtant, la Cour a déjà jugé ce délai excessif pour moins que neuf ans, il est inimaginable qu'il n'en soit pas de même en l'espèce alors que le procès, considérant la fin du mandat parlementaire, ne pourra prendre fin au minimum que neuf ans et au maximum quinze ans ou plus après la notification des charges¹⁰³⁶.

¹⁰³⁴ Opinion dissidente du juge POWER en l'espèce.

¹⁰³⁵ Cour EDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, arrêt [Pléniaire] du 7 décembre 1976, N°5493/72, §41 ; *Affaire linguistique belge c. Belgique*, arrêt [Pléniaire] du 23 juillet 1968, Nos 1474, 1677, 1691/62, 1769, 1994/63 et 2126/64, §1 et *Errico c. Italie*, arrêt [Sect.2] du 24 février 2009, N°29768/05, §30.

¹⁰³⁶ Voir Opinion dissidente du juge Bonello en l'espèce ; Cour EDH, *Milasie c. Italie*, arrêt [Ch.] du 25 juin 1987, N° 10527/83, §§14-20 (9 ans et 7 mois), *Baggetta c. Italie*, arrêt [Ch.] du 25 juin 1987, N° 10256/83, §§20-25 (13 ans et 4 mois) ; *B. c. Autriche*, arrêt [Ch.] du 28 mars 1990, N° 11968, §§48-55 (5 ans, 5 mois et 18 jours) ; *Rouille c. France*, 2004, arrêt [Sect.2] du 6 janvier 2004, N°50268/99, §29 (5ans et 11 mois), *Clinique Mozart SARL c. France*, arrêt [Sect.2] du 8 juin 2004, N°46098/99, §§34-36 (12 ans, 7 mois et 10 jours) et *Shorazova c. Malte*, arrêt [Sect.1] du 3 mars 2022, N° 51853/19, §§136-139 (Un peu moins de 4 ans et dix mois).

C. L'exigence d'une profonde modification des règles nationales sur l'immunité parlementaire

626. Il n'existe pas de présomption d'intégrité infaillible pour l'exercice de la fonction parlementaire et personne ne doit prétendre échapper à la violation de la loi en matière pénale puisque la responsabilité est une exigence morale qui ne doit épargner quiconque¹⁰³⁷. En ce sens, saisis d'une forme de culpabilité liée à la responsabilité dans ce monde politique n'épargnant pas les Etats de certaines dérives inacceptables, en l'espèce le déni de procès pénal équitable face à l'immunité parlementaire, il est impérieux, sans tomber dans la démagogie ou la remise en cause de la légitimité de cette institution d'immunité, de trouver une solution de compromis au niveau national dans les Etats membres pour assurer l'égalité de tous devant la loi et stopper l'effritement de la foi des justiciables à l'égard de l'institution parlementaire par des critiques, des fois injustifiées sur l'immunité¹⁰³⁸. Pour un tel compromis, une modification dans les États membres des règles sur l'immunité parlementaire est importante et doit viser la procédure de sa levée, la restriction de son champ, sa soumission à des critères préétablies, sans oublier l'amélioration des modalités procédurales.
627. Concernant la procédure de levée de l'immunité, celle-ci, au sein des États membres, doit se fonder sur des règles directrices précises et transparentes pour parer à l'usage abusif et arbitraire en la matière, comme dans cette affaire *Kart*, où la suspension des poursuites s'est faite sans motivation¹⁰³⁹. Dans cette optique, plus profondément, il

¹⁰³⁷ En effet, d'une part, « l'homme, intégré dans le système politique, ne cesse pas d'être un homme, caractérisé par des pulsions et des passions, aux prises avec des sentiments peu nobles, tels que la vanité, le prestige, la jalousie, l'envie, etc., mais également, ce qui est aussi important pour la vie politique, empreint de nobles sentiments tels que la compassion, la sympathie et l'empathie, la solidarité, le respect de l'autre, etc. » et, d'autre part, « dans toutes les choses de ce monde, la responsabilité est une nécessité morale à laquelle personne ne peut échapper ». R. AERNOUDT, « Éthique et politique : un couple infernal », *Pyramides*, volume 16, n°1, 2008, p.169 et D. SORIA DE CRISPAN, *Philosophie du droit public*, 3^e édition, tome 9, Bruxelles, Vanderauwera, 1854, p.104.

¹⁰³⁸ Pour UYTENDAELE, « le monde politique lui-même, responsable par ailleurs de certaines dérives inacceptables, a été saisi d'une forme de culpabilité collective ». M. UYTENDAELE, « Protection du parlementaire ou protection de l'institution parlementaire ? ». In Journée d'études « La Constitution hier, aujourd'hui et demain » organisée par le Sénat de Belgique, 4 octobre 2005, p.92. Voir aussi M. SOLBREUX et M. VERDUSSEN, « Le statut pénal des parlementaires », *Courrier Hebdomadaire du CRISP*, 2019/31, N°2436-2437, p.93.

¹⁰³⁹ Voir, notamment, les articles 5 à 9 du règlement intérieur du Parlement européen et Parlement européen, Direction générale des politiques internes, Département thématique C (Droits des citoyens et affaires constitutionnelles), Affaires juridiques, Manuel sur les incompatibilités et l'immunité des députés européens. Etude, Bruxelles, 2014, [Consultable en ligne](#) . Consulté le 28 mars 2024.

est possible d'envisager une législation sur l'inviolabilité parlementaire à l'instar des législations liées à la responsabilité pénale des ministres, ce qui est déterminant eu égard à la jurisprudence de la Cour en l'espèce où elle insiste malgré tout sur la nécessité d'avoir des critères légaux guidant les décisions sur la levée ou non de l'immunité parlementaire¹⁰⁴⁰.

628. Quant au champ de restriction de l'immunité parlementaire, les États membres devraient permettre la poursuite des parlementaires s'il est question d'infractions mineures comme en l'espèce, sans qu'il soit nécessaire de lever l'immunité, et, dans l'hypothèse d'une arrestation judiciaire, ce serait utile d'avoir l'aval du parlement au nom des préoccupations légitimes de l'immunité parlementaire, à savoir préserver l'intégrité de l'institution et protéger l'opposition¹⁰⁴¹. Par ailleurs, la levée de l'immunité doit échapper au pouvoir souverain et exclusif du parlement et se conformer à des critères prédéterminés pour éviter le risque d'arbitraire dans le traitement de cette question au parlement en cas de demande¹⁰⁴².
629. En définitive, sur le traitement de la procédure de levée de l'immunité devant le parlement ou en commissions de poursuite, les États membres, pour éviter le déni comme en l'espèce, doivent améliorer les modalités procédurales¹⁰⁴³. Pour ce faire, ils doivent, d'une part, instaurer le principe du contradictoire en écoutant systématiquement l'accusation, d'autre part, réviser la composition des commissions de poursuite par une meilleure représentativité de toutes les tendances politiques au parlement en permettant ainsi à tous les parlementaires de voter en connaissance de cause en séance plénière. Par ailleurs, ils doivent, dans cet élan, incorporer une ou des personne(s) extérieures, spécialistes en la matière sur la base de leur intégrité et de leur indépendance et choisies en début de législature hors de toute affaire spécifique.
630. La profonde modification des règles nationales sur l'immunité parlementaire est la solution face à l'impossible obtention de la levée de cette dernière pour se défendre dans un procès pénal.

¹⁰⁴⁰ Voir Cour EDH en l'espèce, §§88 et 89.

¹⁰⁴¹ Voir M. SOLBREUX et M. VERDUSSEN, « Le statut pénal des parlementaires », op.cit., p.95.

¹⁰⁴² Voir Ibid.

¹⁰⁴³ Voir European Commission for Democracy through Law, "Report on the scope and lifting of parliamentary immunities", 21-22 mars 2014, p.32.

Section 3. Le déni de justice procédural pénal en cas de dérogation à un droit conventionnel

631. Lorsqu'il est dérogé à un droit conventionnel en vertu de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme en matière pénale, le fondement du déni de justice par la Cour en la matière ne peut tenir qu'à une défaillance dans son contrôle de la marge nationale d'appréciation dont les États disposent à cet égard (§1). Ce fondement n'étant que théorique, cette défaillance peut tenir d'une interprétation erronée de la teneur et de l'étendue du droit à la liberté en situation d'urgence (§2).

§1. Le contrôle défaillant de la marge nationale d'appréciation sur un droit dérogeable en matière pénale

632. Même si son préambule contraint les Etats membres à « *une conception commune et un commun respect des droits de l'homme dont ils se réclament* », la Convention, conséquence d'une conciliation politique atteste également de la considération à la souveraineté des États, à savoir, leur « *juridiction* » à l'endroit de leurs ressortissants¹⁰⁴⁴. Ceci signifie tout simplement que le respect commun des droits conventionnels en Europe se fonde sur un partage de compétences entre deux échelons non entièrement autonomes mais se complétant : l'un interne – où repose la souveraineté initiale des États membres du Conseil de l'Europe – et l'autre supranational marqué par le mécanisme de contrôle instauré par la Convention symbolisant une sorte de « *souveraineté de la morale et du droit* »¹⁰⁴⁵. Incontestablement, ces deux échelons ne sont pas totalement autonomes et leur interdépendance est assurée par le principe de subsidiarité qui, d'une part, impose à l'État une sorte d'« *obligation de résultat* » tout en lui accordant l'option des moyens

¹⁰⁴⁴ Voir A. KOVLER, « La Cour européenne des droits de l'homme face à la souveraineté d'État », L'Europe en formation, Vol.2, N° 368, 2013, pp.209-210.

¹⁰⁴⁵ « La garantie commune des droits et libertés repose en Europe sur une répartition de compétences entre deux niveaux de souveraineté : le niveau national – où réside la souveraineté originaire des États groupes au sein du Conseil de l'Europe – et le niveau supranational constitué par le système de contrôle mis sur pied par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et où s'est enracinée, pour reprendre l'expression de P. H. Teitgen, la souveraineté de la morale et du droit. Loin d'être indépendants l'un de l'autre, ces deux niveaux se complètent ». M. DE SALVIA, « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) émerger à la marge d'appréciation ? ». In Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 2000, p.373.

appropriés pour y parvenir, donc une certaine liberté d'appréciation dans le champ conventionnel, et, d'autre part, place la Cour comme gardienne du respect de la Convention en cas de défaillance étatique¹⁰⁴⁶. La Cour, dans ses arrêts et décisions, témoigne sans cesse de la considération pour ce système dualiste interne et européen afin de constater une violation d'un droit conventionnel estimant que son contrôle ne vise que la conformité des mesures nationales à la Convention et qu'elle « ne saurait ignorer les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'État qui, en qualité de Partie contractante, répond de la mesure contestée », ni « ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire » du système conventionnel¹⁰⁴⁷. Sur ces fondements, dans son expression procédurale, le principe de subsidiarité empêche de saisir la Cour sans avoir épuisé les voies de recours interne conformément à l'article 35§1 de la Convention.

633. En revanche, dans son expression substantielle, la subsidiarité s'assimile souvent au principe de la marge nationale d'appréciation comprise, par le juge Spielmann, comme la reconnaissance aux autorités internes par la Cour d'une latitude de manœuvre pour mettre en œuvre leurs obligations en vertu de la Convention, ou par le professeur Andriantsimbazovina, comme la reconnaissance du « caractère prioritaire de la protection nationale à la protection européenne » pour « éviter de glisser de l'harmonisation à l'uniformisation »¹⁰⁴⁸. La marge d'appréciation nationale traduit le respect par la Cour tant du pluralisme culturel et historique des États parties à la Convention que de leurs démocraties¹⁰⁴⁹. La latitude d'appréciation reconnue aux autorités nationales ne peut pas concrètement s'appliquer aux droits indérogeables impliquant les articles 2, 3, 4, 6 et 7 de la Convention, à savoir le droit à la vie, l'interdiction de la torture, l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé,

¹⁰⁴⁶ « Afin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses protocoles, il est institué une Cour européenne des Droits de l'Homme ». Article 19 de la Convention.

¹⁰⁴⁷ Cour EDH, Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique (fond), arrêt [Plénier] du 23 juillet 1968, Nos 1474/62 et autres, §10 et Handyside c. Royaume-Uni, arrêt [Plénier] du 7 décembre 1976, N° 5493/72, §48.

¹⁰⁴⁸ Voir D. SPIELMANN, « En jouant sur les marges. La Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de la marge d'appréciation nationale : abandon ou subsidiarité du contrôle européen ? », Institut grand-ducal, Actes de la Section des Sciences morales et politiques, vol. XIII, Luxembourg, 2010, p.205 et J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, La Cour européenne des droits de l'homme, Lefebvre Dalloz, Paris, 2024, pp.138-139.

¹⁰⁴⁹ Voir J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, La Cour européenne des droits de l'homme, Lefebvre Dalloz, Paris, 2024, p.140.

l'interdiction de la non-rétroactivité des lois et le respect du principe *non bis in idem*. Cependant, la liberté d'appréciation s'étend aux droits dérogeables, notamment les articles 9 à 11 de la Convention relatifs à la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression, la liberté de réunion et d'association et même au droit de propriété sous-réserve de l'exigence de proportionnalité¹⁰⁵⁰. La marge d'appréciation permet, en matière de réserves conformément à l'article 57 et aussi relativement à la dérogation conventionnelle en cas d'état d'urgence selon l'article 15, aux autorités nationales de suspendre sur leur territoire la mise en œuvre d'une ou de nombreuses dispositions de la Convention. L'autorisation de déroger à la Convention en vertu de l'article 15 est une nécessité en face des États souverains qu'il convient de ménager lorsqu'ils sont confrontés aux guerres et autre danger menaçant leur existence et pour la simple raison qu'ils sont mieux placés que la Cour pour juger des mesures utiles à prendre de manière exceptionnelle concernant la suspension de certains droits conventionnels¹⁰⁵¹.

634. Le recours à la marge d'appréciation mène « à une jurisprudence assez casuistique » dans son contrôle juridictionnel par la Cour qui change en fonction de divers facteurs pris en considération¹⁰⁵². Le contrôle juridictionnel de la marge nationale d'appréciation par la Cour s'assure que les ingérences dans certains droits de la Convention par les Etats membres sont légitimes et nécessaires dans une société démocratique, étant donné que l'interprétation de la Convention se fait à l'aune du but qu'elle poursuit, notamment la promotion d'une telle société¹⁰⁵³. S'enquérir de la nécessité par la Cour renvoie au contrôle de proportionnalité et, considérant, la dimension variable de ce contrôle dans son intensité, il peut arriver que la Cour examine le contrôle national des ingérences dans certains droits de la Convention¹⁰⁵⁴. Le contrôle de proportionnalité de la marge nationale par la Cour part d'une recherche de l'existence de l'ingérence dans l'exercice du droit concerné et s'ensuit par

¹⁰⁵⁰ Sur le droit de propriété. Voir Cour EDH, *Cumpana et Mazare c. Roumanie*, arrêt [Gr.Ch.] du 17 décembre 2004, N° 33348/96 ; *Kemp et autres c. Luxembourg*, arrêt [Sect.1] du 24 avril 2008, N° 17140/05 et P. LAMBERT, « Marge nationale d'appréciation et principe de proportionnalité », in F. SUDRE, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp.63-89.

¹⁰⁵¹ Voir Cour EDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt [Plénière] du 18 janvier 1978, §207.

¹⁰⁵² Voir J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Lefebvre Dalloz, Paris, 2024, p.139 et 141.

¹⁰⁵³ Voir J. TAJADURA TEJADA, « La doctrine de la cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction des partis politiques », RFDC, N°90(2), p.341.

¹⁰⁵⁴ Voir J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Lefebvre Dalloz, Paris, 2024, p.141.

l'examen de la légalité, la légitimité et la nécessité de celle-ci pour trouver respectivement sa base juridique et son adéquation à un intérêt social impérieux¹⁰⁵⁵. Avec le Protocole 15 à la Convention ayant permis l'intégration de la subsidiarité et la marge d'appréciation dans le préambule de la Convention, le contrôle de proportionnalité semble avoir diminué dans son intensité et la Cour s'attèle simplement à contrôler le contrôle national en vérifiant le processus décisionnel à un triple échelon impliquant ces trois autorités nationales - administrative, parlementaire et judiciaire¹⁰⁵⁶.

635. Le principe de la marge nationale d'appréciation n'est pas le seul à assurer la garantie des droits conventionnels ; il peut, sous le contrôle garanti par la Cour, être limité par d'autres principes – effectivité, interprétation autonome et/ou évolutive de la Convention¹⁰⁵⁷. Avec la concurrence de ces autres principes, il arrive que la Cour en contrôlant la marge nationale d'appréciation n'arrive pas quelquefois à protéger effectivement les droits conventionnels restreints au niveau interne et empiète sur la proportionnalité en diminuant son intensité alors que l'effectivité des droits de l'homme exige de maintenir un contrôle rigoureux¹⁰⁵⁸. Par conséquent, il arrive que cette défaillance du contrôle de proportionnalité puisse entraîner dans une certaine mesure le déni de justice par manque de rigueur dans le contrôle de proportionnalité

§2. La réduction du contrôle de l'étendue et la teneur du droit fondamental à la liberté

636. L'étendue et la teneur du droit à la liberté ont connu de manière évidente un contrôle réduit par la Cour privant le requérant des garanties de ce droit dans l'affaire opposant

¹⁰⁵⁵ Voir J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, La Cour européenne des droits de l'homme, Lefebvre Dalloz, Paris, 2024, p.142.

¹⁰⁵⁶ Voir J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, La Cour européenne des droits de l'homme, Lefebvre Dalloz, Paris, 2024, pp.145 et 147 et F. SUDRE, « Le recadrage de l'office du juge européen », in F. SUDRE, Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Nemesis, Limal, Anthemis, Droit et justice, N°108, p.251.

¹⁰⁵⁷ Voir A. KOVLER, « La Cour européenne des droits de l'homme face à la souveraineté d'État », L'Europe en formation, Vol.2, N° 368, 2013, pp.212 et 213.

¹⁰⁵⁸ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, La Cour européenne des droits de l'homme, Lefebvre Dalloz, Paris, 2024, p.148 et F. SUDRE, « Le recadrage de l'office du juge européen », in F. SUDRE, Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Nemesis, Limal, Anthemis, Droit et justice, N°108, p.258.

Hassan contre le Royaume-Uni (A). Il s'agit d'un déni de justice parce qu'une telle diminution du contrôle ne se justifie pas logiquement en l'absence de dérogation à la Convention par l'État défendeur alors qu'il y avait conflit armé (B). Pour éviter d'en arriver là, il est nécessaire que la Cour affirme la spécificité de la Convention dans ce genre de circonstances (C).

A. Une évidence dans l'affaire *Hassan c. Royaume-Uni* du 16 septembre 2014

637. Le renforcement de la complémentarité normative en droit international des droits de l'homme a mené la Cour à créer une méthode pour régenter les rapports conflictuels entre le système européen des droits de l'homme et le système international dans l'affaire *Hassan contre le Royaume-Uni* déjà évoquée.
638. Le 20 mars 2003, une coalition armée sous le commandement des États-Unis et constituée entre autres d'un nombre important de soldats britanniques envahit l'Irak¹⁰⁵⁹. Un mois plus tard, au petit matin du 23 avril 2003, une unité de l'armée britannique se rendant au domicile d'un haut responsable du régime irakien de Saddam Hussein ne le trouve pas et va arrêter son frère, Tarek Hassan, sous le mobile qu'il était dans une posture de « *'tireur' posté sur le toit de la maison et armé d'un fusil d'assaut AK-47* »¹⁰⁶⁰. Il est conduit au « Camp Bucca », un centre de détention près d'Umm Qasr et à environ 70 au sud de Bassorah¹⁰⁶¹. En ce lieu, il va être soumis à certaines formalités d'usage, particulièrement son enregistrement sous le statut de « prisonnier de guerre ennemi »¹⁰⁶². A l'issue d'une procédure de « filtrage » visant à identifier les militaires ou paramilitaires susceptibles de détenir des informations importantes et incluant un entretien avec des agents américains, les autorités militaires soutiennent l'avoir libéré le 25 avril 2003 à 17h¹⁰⁶³. Quelques mois après sa libération, le 1^{er} septembre 2003, Tarek Hassan est retrouvé, le corps sans vie avec la poitrine

¹⁰⁵⁹ §9.

¹⁰⁶⁰ §§10 et 11.

¹⁰⁶¹ §§14-15.

¹⁰⁶² §§17-19.

¹⁰⁶³ §§21-28.

criblée de huit blessures causées par des balles de fusil d'assaut AK-47. A l'évidence, sa mort est intervenue peu de temps avant la découverte de sa dépouille¹⁰⁶⁴.

639. Quand des demandes sont liées à des situations où les personnes sont entre les mains des autorités, l'établissement objectif des faits mène souvent à des débats houleux et, en l'espèce, c'est à la Cour que revient le rôle de départager les parties qui s'opposent. Configuration extraordinairement inaccoutumée, l'équation factuelle est arrivée inentamée devant la Cour, sans aucun contrôle juridictionnel interne. Véritablement, ayant été requise en juillet 2009 par le frère de Tarek Hassan pour autoriser le déclenchement d'une enquête sur la responsabilité des troupes britanniques, la High Court of Justice l'avait débouté arguant l'absence de lien juridictionnel entre Tarek Hassan et le Royaume-Uni au sens de l'article 1 de la Convention¹⁰⁶⁵. Au moment de cette dernière saisine, la jurisprudence de la *Chambre des Lords* corroborait cette vision avant de l'inverser avec les affaires *Al-Jedda* et *Al-Skeini* en juillet 2011. Cette voie nationale sans issue va pousser le frère de Tarek Hassan à s'en remettre au juge supranational à Strasbourg en 2009.
640. Dans ces circonstances exceptionnelles, emboîtant à contresens la voie habituelle d'examen de la subsidiarité, la Grande Chambre de la Cour a été obligée de porter la robe de « *juge du fait de première instance* » et elle était prête vu l'arsenal de principes probatoires déployé¹⁰⁶⁶. Tout en approuvant d'examiner l'ensemble des preuves par le biais du principe de la preuve surpassant tout doute raisonnable, la Cour modère cette affirmation en soulignant son droit à apprécier librement tous les éléments de preuve, même par des déductions tirées des faits et commentaires des parties¹⁰⁶⁷. Notamment, elle insiste sur le fait que la procédure conventionnelle n'est pas toujours sujette à une stricte application du principe que « la preuve incombe à celui qui l'invoque », qu'il peut être utile d'adapter la charge de la preuve quand les circonstances en cause sont à la connaissance exclusive des autorités¹⁰⁶⁸. C'est le cas s'agissant de la demande arguant l'atteinte à l'intégrité physique liée à une privation de liberté et, en ce sens, c'est au Gouvernement de donner une justification crédible et acceptable de ce qui s'est passé dans ce lieu et de prouver que le concerné n'a pas

¹⁰⁶⁴ §29.

¹⁰⁶⁵ §§30-31.

¹⁰⁶⁶ §47.

¹⁰⁶⁷ §48.

¹⁰⁶⁸ §49.

été détenu par les autorités mais a quitté cet endroit sans que sa liberté ne lui soit ôtée plus tard¹⁰⁶⁹.

641. Sur la base de ces exigences probatoires, la Cour va départager factuellement les parties adverses sur les deux axes de contradiction. Dans un sens, elle soutient que l'arrestation et la détention ensuite de Tarek Hassan n'étaient pas dictées par la volonté des forces britanniques de provoquer la reddition de son frère mais liées à la détention d'armes au matin de l'arrestation le 23 avril 2003¹⁰⁷⁰. Dans un autre sens, la Cour considère « probable » le relâchement à Umm Qasr ou près de cette ville le 2 mai 2003 du concerné, sans qu'il soit confirmé qu'il ait subi des mauvais traitements lors de sa détention au Camp Bucca¹⁰⁷¹.
642. Dénouer cette contestation factuelle ne résout pas la question conventionnelle très complexe. Réellement, la mise en œuvre des exigences conventionnelles aux opérations militaires à l'étranger, surtout dans la phase d'hostilités actives, suscite énormément de problèmes compliqués. Pourtant, en l'espèce, la Cour, par l'intermédiaire de sa Grande Chambre, joue particulièrement avec le feu et l'eau en jonglant entre son désir de garder le contrôle conventionnel sur les opérations militaires et sa quête de considérer également le contexte des conflits. Par conséquent, elle affirme la portée large de son contrôle allant jusqu'au lieu des hostilités comme l'eau que rien n'arrête. Cependant, la Cour baisse l'amplitude du contrôle face à la chaleur du feu jusqu'à réviser indiciblement les garanties conventionnelles liées au droit à la liberté et à la sûreté.

B. La non-justification du contrôle réduit du droit à la liberté en l'absence de dérogation à la Convention

643. L'issue de l'affaire *Hassan* traduit une réduction du - champ et contenu - du droit fondamental de l'homme à la liberté établi par la Convention selon sa visée originelle, notamment mettre fin aux violences commises pendant les deux guerres

¹⁰⁶⁹ §49.

¹⁰⁷⁰ §§51-54.

¹⁰⁷¹ §§55 et 57.

mondiales¹⁰⁷². Arrêter les combattants dans un conflit armé international n'est pas une des justifications de détention permises de manière limitative par l'article 5§1 et, la Cour devait normalement reconnaître l'atteinte à l'article 5 par le Royaume-Uni, surtout qu'il n'a pas eu recours à sa prérogative de déroger à la Convention selon l'article 15. Véritablement, la méthode de la Cour pour aboutir à cette conclusion ne vaut pas eu égard au droit de la Convention européenne¹⁰⁷³. En effet, la Cour a jurisprudentiellement ajouté une nouvelle justification non écrite de privation de liberté en estimant qu'en l'absence d'exercice de la dérogation, les justifications de privation de liberté permises aux alinéas a) à f) de l'article 5 doivent s'harmoniser dans la mesure du possible avec l'arrestation des prisonniers de guerre et la détention de civils apparaissant comme une menace à la sécurité sur le fondement des Conventions 3 et 4 de Genève¹⁰⁷⁴. Rien ne justifie de créer de manière prétorienne une justification supplémentaire pour limiter le droit à la liberté sur la base d'autres règles internationales : sans doute, quand il n'est pas envisagé d'engager des poursuites pénales dans un délai raisonnable, interner et détenir préventivement une personne ne sont pas des motifs de détention autorisés par la Convention s'appliquant autant en temps de conflit armé qu'en temps de paix¹⁰⁷⁵. Bien plus, la motivation fondée sur la pratique des États ne peut justifier la détention prolongée du justiciable en cause par les militaires, car, elle n'est pas en accord avec les lois du Royaume-Uni selon l'opinion de la Baronne Hale of Richmond en l'affaire *Al-Jedda* devant la *Chambre des Lords* et n'est pas régulière sans recours à la dérogation selon l'article 15 de la Convention¹⁰⁷⁶. Sans dérogation, le fait pour la Cour de considérer que priver le justiciable de liberté sur le fondement des prérogatives consacrées par les Conventions de Genève est en adéquation avec la Convention a supprimé l'effectivité

¹⁰⁷² Voir Opinion dissidente du juge SPANO dans l'arrêt commenté, point 19.

¹⁰⁷³ Voir J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Les limites de la conciliation du droit à la liberté et à la sûreté avec les règles du droit international humanitaire », 31 mars 2015, *Gazette du Palais*, n°210K3, p.19.

¹⁰⁷⁴ Cour EDH, Hassan c. Royaume-Uni, 16 septembre 2014, §104 et Opinion dissidente du juge SPANO, point 18.

¹⁰⁷⁵ Voir Cour EDH, *Al-Jedda* c. Royaume-Uni, arrêt [G.Ch.] du 7 juillet 2011, N°27021/08, §100

¹⁰⁷⁶ « 122. (...) Il ne fait aucun doute qu'une détention prolongée entre les mains de militaires n'est pas conforme aux lois du Royaume-Uni. Elle ne pourrait au demeurant être licite sans une dérogation à nos obligations résultant de la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 5 § 1 de la Convention prévoit qu'une privation de liberté n'est autorisée que dans des cas bien précis, parmi lesquels ne figure pas le cas d'espèce. Les rédacteurs de la Convention avaient le choix entre une interdiction générale des détentions « arbitraires », s'inspirant de celle énoncée à l'article 9 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, et une énumération des motifs de détention permis. Ils optèrent délibérément pour la seconde solution. Ils connaissaient parfaitement la conception de Churchill selon laquelle l'internement même d'ennemis étrangers en temps de guerre était « odieux au plus haut point » (...) ». Cour EDH, Hassan c. Royaume-Uni, 16 septembre 2014, §39.

du principal moyen d'articulation entre le droit international des droits de l'homme et la Convention lors d'un conflit armé¹⁰⁷⁷. Par conséquent, la Cour a procédé sur le fondement d'une « omission », voire d'une « *pseudo coutume conventionnelle* » pour nier le droit à la liberté en cause¹⁰⁷⁸.

644. Poursuivant, la conclusion de la Cour en l'espèce est une tentative de réconcilier des règles de droit international irréconciliables, elle n'est pas conforme au texte ou à l'objet et à la finalité de l'article 5§1 et à son interprétation antérieure, ni au dispositif structurel de dérogation lors d'un conflit armé¹⁰⁷⁹. Lorsqu'il y a un doute sur le statut du combattant, la question doit se résoudre par un tribunal selon l'article 5§2 de la Convention ; en revanche le statut de prisonnier de guerre est intimement lié aux Conventions de Genève 3 et 4 qui ne reconnaissent pas le droit à une réévaluation périodique de la détention avant la fin de la guerre, sauf internement d'un civil pour des motifs de sécurité tant que ceux-ci subsistent¹⁰⁸⁰. Par ailleurs, l'interprétation de l'article 5§1 ne se circonscrit pas aux actes commis en dehors du champ conventionnel, mais également dans celui-ci, ce qui signifie qu'en cas de conflit armé entre États membres, ceux-ci peuvent recourir au droit international humanitaire sans déroger à l'article 5§1 dont l'étendue et la régularité sont contestables devant le juge national et la Cour¹⁰⁸¹. S'il est possible d'approuver toute la démarche de mise en œuvre de l'article 5 de la Convention dans cette situation spécifique dans la perspective du droit international, force est de reconnaître que dans ce droit, la Convention établit un ordre spécifique entre l'ordre international et l'ordre interne, elle est un instrument de l'« *ordre public* » particulier aux démocraties en Europe visant à matérialiser leur plus étroite union en vertu de son préambule¹⁰⁸².

¹⁰⁷⁷ Voir W. MONZALA, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international humanitaire », Petites Affiches, 26 juillet 2016, N°112w3, p.19.

¹⁰⁷⁸ P. FRUMER, « Quand droits de l'Homme et droit international humanitaire s'emmêlent – Un regard critique sur l'arrêt Hassan c/ Royaume-Uni », RTDH, 2015, N°102, p.491 et G. Gonzalez, « Jouissance comptable d'une "conscience" (un peu) malmenée – À propos du rapport 2014 de la Cour européenne des droits de l'Homme », JCP G. 2015, spéc. n° 8.

¹⁰⁷⁹ Voir Opinion dissidente du juge SPANO dans l'arrêt commenté, point 6.

¹⁰⁸⁰ Voir Article 5§2 de la Convention et les articles 4A de la 3^{ème} Convention de Genève et 43 et 78 de la 4^{ème} Convention de Genève.

¹⁰⁸¹ Voir Opinion dissidente du juge SPANO dans l'arrêt commenté, point 5.

¹⁰⁸² Voir F. SUDRE (dir.), Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, Anthemis, Nemesis, Limal, Bruxelles, 2014 et J. VELU et R. ERGEC, La Convention européenne des droits de l'Homme, Bruxelles, 2e éd., Bruylant, 2014, n°27, p. 27.

645. Par l'interprétation de manière erronée de la teneur et de la portée du droit à la liberté dont le justiciable en l'espèce est privé sans que le Royaume-Uni n'y ait dérogé, il est indéniable que le justiciable n'a pas bénéficié substantiellement de la protection spécifique que lui accorde la Convention et il y a donc un déni de son droit à la liberté en vertu de l'article 5 de la Convention.

C. L'exigence d'affirmation de la spécificité de la Convention en temps de conflit armé

646. Si l'interprétation de la privation du droit à la liberté conformément au droit international est possible, elle ne doit pas mener à diluer et à diminuer l'effectivité de la Convention en temps de conflit armé. Il est clair que les prérogatives des États pour interner les individus selon les 3 et 4èmes Conventions de Genève s'opposent directement aux prérogatives de l'article 5§1 de la Convention et la Cour ne dispose pas de moyen légitime pour enterrer ce conflit entre ces normes des deux ordres différents. Pour surmonter cela, la Cour doit au préalable mettre en valeur la Convention et s'atteler conformément à sa fonction à assurer le respect par les États membres des engagements qu'elle prévoit et aussi de ses protocoles additionnels¹⁰⁸³. En effet, la Cour doit emboîter les pas de son homologue, la Cour de justice, qui, au sein de l'ordre de l'Union européenne, ne résiste pas à clamer la particularité de ce dernier par rapport au droit international. Pour la Cour de justice, les règles internationales ne doivent pas violer l'ordre des compétences fixé par les traités communautaires et notamment l'autonomie du système juridique communautaire dont elle-même garantit le respect conformément à sa compétence exclusive considérée comme un des fondements de la Communauté¹⁰⁸⁴. Bien plus, pour cette Cour, les obligations d'un engagement international ne doivent pas entamer les règles constitutionnelles de l'ordre juridique communautaire comprenant notamment le respect par tous les actes communautaires des droits fondamentaux et qui est une

¹⁰⁸³ « Afin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses Protocoles, il est institué une Cour européenne des droits de l'homme, ci-dessous nommée « la Cour ». Elle fonctionne de façon permanente ». Article 19 de la Convention.

¹⁰⁸⁴ Voir CJCE, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, arrêt [Gr.Ch.] du 3 septembre 2008, Nos C-402/05 P et C-415/05 P, §282.

exigence de légalité dont elle assure le contrôle¹⁰⁸⁵. Enfin, pour la Cour de justice, le contrôle de la validité de toute action communautaire eu égard aux droits fondamentaux doit être comme la manifestation, dans une communauté de droit, d'une assurance constitutionnelle découlant du traité communautaire en tant que système juridique indépendant qu'un engagement international ne peut violer¹⁰⁸⁶. Par ce raisonnement, la Cour de justice pose les fondements de ses rapports avec le droit international : en qualifiant l'ordre juridique communautaire d'« *autonome* » et « *interne* », elle se libère définitivement du droit international en s'en séparant dans une réflexion particulièrement dualiste¹⁰⁸⁷. La Cour devrait faire de même et reconnaître son autonomie juridictionnelle et celle de la Convention pour garantir sa plénitude et sa spécificité. En effet, l'autonomie de la Convention lui permettra d'affirmer que le système juridique conventionnel dispose des ressources juridiques nécessaires pour répondre aux problèmes qui se posent à son niveau, mais aussi de se détacher du droit international dès lors qu'il ne permet pas le respect des droits de l'homme, notamment celui au juge pour contrôler une privation de liberté¹⁰⁸⁸.

647. La Cour doit affirmer la spécificité de la Convention car la réduction de son contrôle en temps de conflit armé et en l'absence de dérogation conventionnelle ne se justifie pas relativement à l'affaire *Hassan c. Royaume-Uni*. Une telle réalité traduit un déni de justice par la Cour dans son contrôle défaillant de la marge nationale d'appréciation sur un droit dérogeable en matière pénale.

¹⁰⁸⁵ Voir Ibid., §285.

¹⁰⁸⁶ Voir Ibid., §316.

¹⁰⁸⁷ « La qualification d'ordre juridique autonome et interne lui permet tout à la fois non seulement de se différencier définitivement du droit international mais aussi de s'en séparer dans un raisonnement spécifiquement dualiste ». H. GAUDIN, M. BLANQUET et al., Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne, Dalloz, Paris, 2023, 1407p., p.35.

¹⁰⁸⁸ Voir Ibid., p.42.

Conclusion du chapitre II

648. Le déni de justice procédural pénal comme absence de protection du justiciable contre l'injustice tient, d'une part, à l'infirmité stricte ou élargie par la Cour des exigences d'équité des procédures en matière pénale en vertu de l'article 6§1 de la Convention et, d'autre part, en dehors de cette dernière disposition, à une défaillance du contrôle par la Cour d'un autre droit conventionnel en matière pénale.
649. L'infirmité stricte de la nature pénale en vertu de l'article 6§1 de la Convention se fonde sur le rejet par la Cour du lien d'un droit avec la détermination d'une accusation pénale impliquant tant le refus de la qualification pénale que l'opposition à la matérialité de l'accusation pénale. En infirmant la nature pénale d'un droit en cause concrètement, la Cour a parfois entériné, avec les affaires *Brannigan et Mc Bride* ainsi que *Marshall contre Royaume-Uni* le refus d'un contrôle judiciaire national de la détention prolongée pendant l'état d'urgence. Cet entérinement méconnaît l'obligation de contrôle judiciaire d'une limitation de liberté en situation d'urgence et appelle inévitablement à la garantie de ce contrôle. Par ailleurs, la Cour peut étendre son infirmité de la nature pénale aux matières non naturellement pénales dans les droits nationaux et aussi en remettant difficilement en cause la limitation implicite de la portée de la nature pénale quant à certaines matières comme l'immunité. En agissant ainsi, il a été impossible pour le justiciable, notamment dans l'affaire *Kart contre Turquie*, d'obtenir la levée de l'immunité parlementaire pour se défendre dans un procès pénal, ce qui a entraîné le déni du procès équitable dans un délai raisonnable et qui a nécessité comme solution une profonde modification des règles nationales sur l'immunité parlementaire.
650. En dehors de l'article 6§1 de la Convention, la matière pénale existe, notamment en cas d'urgence permettant de déroger à la Convention et laissant aux États membres une marge d'appréciation. A cet égard, le déni peut tenir en théorie d'une défaillance dans le contrôle par la Cour de la marge nationale d'appréciation négligeant très souvent la proportionnalité. Cette hypothèse s'est manifestée par la réduction de l'étendue et de la teneur du droit à la liberté et à la sûreté dans l'affaire *Hassan c. Royaume-Uni* au préjudice de la proportionnalité et, ce, de manière injustifiée, surtout en l'absence de dérogation à la Convention puisque dans un contexte de conflit armé.

Cette défaillance dans le contrôle exige pour qu'elle ne se reproduise pas que la Cour affirme la spécificité de la Convention en temps de conflit armé.

CONCLUSION DU TITRE I

651. De ce qui précède, le déni de justice procédural se révèle comme la violation caractérisée par la Cour du droit à un procès équitable selon l'article 6 de la Convention et de ses principes manifestant une annulation, une infirmation de la nature même des droits qu'il induit. Induisant des droits de nature civile et d'essence pénale dans son approche de l'article 6§1 essentiellement, le déni de justice procédural peut être civil et aussi pénal.
652. Le déni de justice procédural civil est une violation caractérisée du droit à un procès équitable liée à l'infirmation par la Cour des exigences d'équité des procédures en matière civile. Sans aucun doute, la Cour en appliquant et interprétant le droit à un procès équitable contrevient parfois à ses exigences, niant la nature civile et, notant l'extensibilité de cette nature, cette attitude peut s'élargir.
653. Infirmier l'essence civile d'un droit dans un procès par la Cour se justifie en théorie par l'hypothèse d'une dérogation par la Cour aux exigences la guidant pour établir la nature civile et a nécessité de prouver cette hypothèse par des cas. Déroger aux exigences établissant la nature civile d'un droit dans un procès implique le fait que la Cour s'oppose à - l'exercice par le requérant d'un droit civil conventionnellement, la défendabilité de ce droit en droit national et son rapport à une contestation réelle, sérieuse et à issue déterminante. La preuve de cette infirmation se révèle parfois dans l'impossibilité d'obtenir une décision sur le bien-fondé d'une action civile en indemnisation avec l'exemple de l'affaire *Markovic* et parfois dans l'impossible indemnisation d'un service ecclésiastique au nom de l'autonomie religieuse avec l'affaire *Károly Nagy*. Dans l'affaire initiale, la Cour consolide inconcevablement la raison d'État intolérante à la prééminence du droit au lieu de la soumettre à cette dernière et, dans la seconde affaire, elle reconnaît une immunité quasi-absolue aux organisations religieuses au nom de leur autonomie alors qu'elle devrait assurer sa fonction juridictionnelle par le plein contrôle total pour une équité du procès.
654. L'infirmation de la nature civile par la Cour peut s'étendre aussi aux contestations non civiles à incidence directe et décisive sur un droit de nature pécuniaire et à

diverses procédures nationales mais en excluant certaines qui devraient normalement être intégrées pour une analyse exhaustive du déni de justice en matière civile. La manifestation du déni de justice à cet égard est parfois dans le fait que la Cour reconnaît, avec l'exemple de l'affaire *Naït-Liman*, le refus par les juridictions internes de juger une action en réparation du préjudice moral subi pour des faits de torture, mais quelques fois, à l'instar de l'affaire J.-C et autres, le rejet du fait de l'immunité juridictionnelle d'une action civile contre le Saint-Siège liée aux abus sexuels. D'une part, reconnaître le refus de juger des juridictions internes est malheureux en ce que la Cour abdique à garantir la spécificité de la Convention là où elle devrait faire recours à ses principes et valeurs pour rendre justice. D'autre part, approuver le rejet d'une action en réparation révèle l'insuffisance de la Cour à contrôler l'obligation de motiver factuellement et juridiquement des décisions juridictionnelles nationales au motif de ne pas apparaître comme une juridiction de quatrième instance au lieu de d'engager la responsabilité sans faute de l'État face à la compromission d'une réparation juridictionnelle.

655. S'agissant du déni de justice pénal, il est une violation caractérisée de l'article 6§1 de la Convention tenant à l'infirmer par la Cour de manière stricte ou élargie des exigences d'équité procédurale en matière pénale et, parfois une défaillance de contrôle d'une autre disposition de la Convention en matière pénale.
656. L'infirmer de façon stricte de la nature pénale par la Cour passe par le rejet du lien d'un droit avec la détermination d'une accusation pénale supposant le refus de la qualification pénale et de la matérialité pénale. Cette infirmer s'est parfois démontrée dans l'entérinement par la Cour du refus de contrôle judiciaire national d'une détention prolongée lors de l'état d'urgence avec les affaires *Brannigan et McBride* et aussi *Marshall contre le Royaume-Uni*. Un tel entérinement méconnaît l'exigence de contrôle judiciaire d'une limitation de liberté en situation d'urgence et exige sans doute que ce contrôle soit garanti. Par ailleurs, l'infirmer de la nature pénale d'un droit est extensible aux matières non naturellement pénales dans les droits nationaux et aussi dans la difficulté de remettre en cause la limitation implicite de la portée de la nature pénale, notamment par l'immunité. Dans cette dernière hypothèse, avec l'affaire *Kart contre Turquie*, il a été impossible pour le justiciable d'obtenir la levée de l'immunité parlementaire pour se défendre dans un procès pénal en créant

ainsi le déni du procès équitable dans un délai raisonnable, ce qui va nécessiter une profonde modification des règles nationales sur l'immunité parlementaire.

657. Hormis l'article 6§1 de la Convention, la matière pénale pouvant porter sur une autre disposition, c'est le cas en situation d'urgence permettant aux États membres de déroger à la Convention en leur reconnaissant une marge d'appréciation en vertu de la subsidiarité. Le déni de justice dans cette optique peut consister en une défaillance du contrôle par la Cour de la marge nationale d'appréciation et notamment à la négligence du principe de proportionnalité. Une défaillance s'est illustrée réellement avec l'exemple de l'affaire *Hassan c. Royaume-Uni* dans laquelle le contrôle par la Cour de l'étendue et de la teneur du droit à la liberté et à la sûreté est réduit au grand dam de la proportionnalité. Cette réduction du contrôle est injustifiable en l'absence de dérogation à la Convention, surtout dans un contexte de conflit armé. Pour éviter cela, la Cour devrait sereinement affirmer la spécificité de la Convention dans les contentieux liés aux conflits armés.
658. En définitive, au-delà du déni de justice procédural en matière pénale et civile, la Cour dans le déni de justice juridictionnel peut être aussi auteure de déni de justice matériel.

TITRE II : LE DÉNI DE JUSTICE MATÉRIEL PAR LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

659. Le déni de justice matériel s'entend comme l'absence de protection du justiciable par la Cour contre l'injustice relativement à une violation d'une disposition non procédurale de la Convention. L'option de ces droits matériels n'est pas exhaustive et visera quelques droits en particulier pour démontrer le déni de justice.
660. Actuellement, d'une part, il n'y a pas de doute que la protection des droits de l'homme implique le droit à la protection sociale. En effet, il est incontestable que ce dernier droit n'est pas formellement garanti par la Convention ; toutefois, pour la Cour, en interprétant ce texte, le droit à la protection sociale peut relever du droit patrimonial si le requérant remplit toutes les conditions pour en bénéficier en vertu de l'interdiction de la-discrimination¹⁰⁸⁹. D'autre part, considérant les perspectives inquiétantes sur le réchauffement climatique, une idée émerge de la Conférence de Stockholm depuis 1972 que l'homme a le droit d'espérer à vivre dignement et dans le bien-être, au point « *qu'il a le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures* »¹⁰⁹⁰. De ce constat va découler un droit à un environnement sain de l'œuvre interprétative de la Convention par la Cour ou la Commission à son époque. Par conséquent, s'il est sûr que le droit à la protection sociale et le droit à un environnement sain se déduisent indirectement de la Convention, cette certitude s'estompe quand il s'agit d'en jouir, et sur ce point, la Cour n'apparaît pas toujours protectrice des requérants (**Chapitre I**).
661. Par ailleurs, dans un sens, reconnaissant initialement la prérogative souveraine des Etats d'éloigner de leur territoire des individus, la Convention écartait réellement toute question relative aux migrations, en d'autres termes au statut des étrangers, au droit d'asile et au droit de séjour¹⁰⁹¹. Ce défaut de protection en matière migratoire a

¹⁰⁸⁹ Voir P. MAVRIDIS, « Les juridictions européennes et leurs interventions dans le domaine de la protection sociale », *Regards*, vol.47, N°1, 2015, p.91.

¹⁰⁹⁰ Voir O. LECUCQ et S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *Le rôle du juge dans le développement du droit à l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p.13.

¹⁰⁹¹ Selon le juge PETITTI, la Convention « à l'origine, excluait pratiquement tout ce qui devait concerner le droit d'asile, le statut des étrangers, le statut d'immigration, le statut du droit de séjour, mais admettait le droit souverain

été compensé, à travers une interprétation dynamique et évolutive de la Cour et de la Commission, par des garanties décisives face aux effets préjudiciables découlant des mesures de refoulement du territoire des Etats parties pouvant violer la Convention¹⁰⁹². Cependant, en pratique, la Cour et la Commission rencontrent des difficultés à assurer cette protection, dans la mesure où reconnaissant aux Etats la possibilité de restreindre certains droits en la matière pour des motivations d'ordre public et en vertu de leur très large marge d'appréciation, ceux-ci la dépassent au détriment de la protection et que son contrôle n'est pas toujours en mesure de pallier ce dépassement¹⁰⁹³. Dans un autre sens, tenant qu'en matière électorale, l'option par les Etats du système d'élection apparaît comme une action foncièrement politique et, surtout très technique ; il arrive que ces caractères puissent priver les droits électoraux d'effectivité ou entraver leur libre et égal exercice, notamment face à l'ambiguïté de l'article 3 du Protocole 1 à la Convention qui les consacre en ces termes

*« les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres et à scrutin secret, dans des conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif »*¹⁰⁹⁴.

En conséquence, pour la Cour ou la Commission à son époque, les difficultés, non seulement de protéger les justiciables dans leurs droits en matière migratoire ou électorale, traduisent dans certaines situations une absence de protection réelle créant une sorte de déni de justice **(Chapitre II)**.

pour l'Etat d'expulser les étrangers lorsqu'ils ont été condamnés ». L.-E. PETITTI, « La protection des étrangers par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». In H. FULCHIRON, Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, LGDJ, Paris, 2000, p.30.

¹⁰⁹² Voir D. ROUGET, « Les étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme : une protection limitée et contrastée », RQDI, vol. 13-1, p.219.

¹⁰⁹³ Voir Idem.

¹⁰⁹⁴ M. STARITA ; « Choix du système électoral et Convention européenne des droits de l'homme : quelques observations à la lumière d'une affaire concernant une loi électorale », AFDI, vol.59, 2013, p.302.

CHAPITRE I : LE DÉNI DE JUSTICE PAR LA COUR EN MATIÈRE SOCIALE ET ENVIRONNEMENTALE

662. « *L'effroi devant la situation sociale (..) et environnementale d'une grande partie de l'humanité a entraîné un déplacement de l'action humanitaire sur le terrain juridique* »¹⁰⁹⁵.
663. En dépit de cette affirmation, sur le plan juridique, il existe actuellement une différence de régime entre les droits civils et politiques avec les droits sociaux et économiques, qui crée « *une certaine vulnérabilité normative* » de ces derniers et qui cause une « *certaine fragilité contentieuse* », i.e., considérés plus comme des « *programmes* », « *objectifs* » ou « *guides d'action des pouvoirs publics que des droits* », les droits sociaux et économiques sont parfois faiblement protégés juridictionnellement à cause de leur faible détermination et de l'imprécision du titulaire¹⁰⁹⁶. Imprégnée de cette distinction, contrairement à certains instruments garantissant les droits sociaux ou économiques comme la *Charte sociale européenne* ou le *Pacte international sur les droits économiques et sociaux*, la Convention n'énonce que des droits traditionnels, notamment civils et politiques sans protéger en tant que tels les droits sociaux ou les droits économiques, si ce n'est le droit à la liberté syndicale et celui à la propriété¹⁰⁹⁷. L'extension aux droits sociaux de la Convention n'est possible qu'à travers un *Protocole additionnel*, mais cette ambition n'a pour l'instant pas encore portée des fruits au sein du Conseil de l'Europe¹⁰⁹⁸.
664. Nonobstant ce fait, loin d'être un texte juridique inadéquat et inexploitable par le justiciable ou les juridictions nationales et la Cour, la Convention protège donc les droits sociaux au nom de la dignité humaine, une valeur fondamentale consacrée par

¹⁰⁹⁵ D. ROMANE, « Les droits sociaux, entre « injusticiabilité » et « conditionnalité » : éléments pour une comparaison », RIDC., Vol.61, N°2(1), 2009, pp. 285-313, spéc.p.288.

¹⁰⁹⁶ Voir D. ROMANE, « Avant-propos. In Revue internationale de droit comparé, Vol. 63, N°2, 2011, pp.198-201, spéc. p. 200.

¹⁰⁹⁷ Voir article 11 de la Convention et article 1^{er} du Protocole 1.

¹⁰⁹⁸ « Certes, le catalogue des droits protégés par la Convention est susceptible d'être étendu par le biais d'un Protocole additionnel mais les travaux entrepris en ce sens par le Conseil de l'Europe n'ont pour l'instant pas abouti et la perspective d'un Protocole additionnel consacré expressément aux droits et sociaux semble très incertaine. ». Frédéric Sudre, « Misère et Convention européenne des Droits de l'homme », Revue Quart Monde mis en ligne le 05 janvier 1995. [Consultable en ligne](#) Consulté le 12 avril 2024. :

la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et, sans aucun doute, l'absence de la protection sociale porte atteinte de la dignité humaine¹⁰⁹⁹. La Convention, en tant qu'instrument juridique le plus efficace en matière des droits de l'homme, n'écarter pas de son champ la protection sociale et, le justiciable peut l'invoquer à cet égard. Cependant, ne s'étant pas encore complètement libérée de cette différence de régime, la Cour est parfois défaillante pour protéger en matière sociale les requérants (**Section 1**).

665. Par ailleurs, dans la même optique, en cas de revendication de son droit de l'homme à un environnement sain face à sa dégradation, aucun requérant n'aurait qualité pour saisir la Cour, puisque prévoir un tel droit n'est pas aisé d'emblée en l'absence d'une moindre allusion s'y rapportant dans la Convention¹¹⁰⁰. En vrai, le développement technologique avec une capacité de détruire et le nucléaire sont les facteurs qui vont pousser la société internationale, avec la *Déclaration de Stockholm* issue d'une Conférence du 5 au 12 juin 1972, à poser les premiers jalons pour l'émergence du droit de l'environnement actuel et à établir un rapport direct entre l'environnement et les droits de l'homme¹¹⁰¹. La première requête recevable en matière environnementale va avoir lieu le 15 juillet 1980 devant la Commission avec l'affaire *Arrondelle* et cette situation va se normaliser avant que la Cour ne prenne le relais en la matière concernant des droits procéduraux et précisément les nuisances sonores en affirmant que « *de son côté, elle n'ignore pas que la société d'aujourd'hui se soucie sans cesse davantage de préserver l'environnement* »¹¹⁰². Cet aveu fait, la Cour va plus tard

¹⁰⁹⁹ Article 1^{er} de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité. » et D. ROMANE, « Avant-propos. In RIDC, Vol. 63, N°2, 2011, pp.198-201, spéc. p. 199.

¹¹⁰⁰ « Si demain quelqu'un venait à revendiquer son droit de l'homme à un environnement sain, alors que celui-ci se dégrade de toutes sortes de façons, il n'aurait aucune qualité pour se présenter devant notre Cour » et « [...] le texte de la Convention de 1950 ne faisant pas la moindre allusion à ce droit de l'homme à l'environnement timidement apparu à l'aube des années 1970 ». Cour EDH, *Bacila c. Roumanie*, 30 mars 2010, N° 19234/04, Opinion concordante du juge Zupancic, §7 et P. BAUMANN, *Le droit à un environnement sain et la Convention européenne des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, 2021, p.1.

¹¹⁰¹ « L'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être. Il a le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures... ». Principe de la Déclaration de Stockholm de 1972.

¹¹⁰² Voir Com.EDH, *E.A. Arrondelle c. Royaume-Uni*, décision du 15 juillet 1980, N°7889/77. Il s'en est suivi d'autres : Com. EDH, *Baggs c. Royaume-Uni*, décision du 16 octobre 1985, N° 9310/81 ; G. et E. c. Norvège, décision du 3 octobre 1983, N° 9278/81 ; *Vearncombe et al. c. Royaume-Uni et RFA*, décision du 18 janvier 1989, N° 12816/87 ; S. c. France, décision du 17 mai 1990, N° 13728/88. Pour la Cour. Voir Cour EDH, *Zimmermann et Steiner c. Suisse*, 13 juillet 1983, N° 8737/79 (concernant le droit à un procès équitable fondé sur l'article 6§1) et *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, arrêt [Ch.] du 21 février 1990, N°9310/81 (Concernant le droit à recours

consacrer l'obligation positive de prendre de mesures adéquates pour sauvegarder le droit de l'homme à jouir d'un environnement sain et protégé avec l'affaire *Tatar* ¹¹⁰³. L'existence d'un droit à un environnement sain étant incontestable en droit de la Convention, sa protection est néanmoins problématique pour maintes raisons du fait de la Cour. En vrai, d'une part, la Cour constate rarement la violation de ce droit pour laquelle elle exige un degré élevé de gravité en ne se focalisant que sur « *les pires situations envisageables* » ; d'autre part, elle reconnaît une très grande latitude aux Etats qui a une incidence sur son contrôle et soumet quasi-automatiquement les affirmations de violation de la Convention à l'atteinte du droit interne de l'Etat défendeur¹¹⁰⁴. Pourtant, du moment qu'elle a reconnu un aspect environnemental à certains droits dans la Convention, la Cour doit s'offrir les moyens de juger, mais ce n'est pas ce qui constaté face à sa difficulté de reconnaître aux justiciables le droit de jouir d'un environnement sain ¹¹⁰⁵(Section 2).

effectif dans l'article 13 en lien avec les articles 8 et 6) et Frédin c. Suède, 18 février 1991, N°12033/86.

¹¹⁰³ Dans cette affaire, la Cour énonce « *l'existence d'un risque sérieux et substantiel pour la santé et pour le bien-être des requérants faisait peser sur l'État l'obligation positive d'adopter des mesures raisonnables et adéquates capables à protéger les droits des intéressés au respect de leur vie privée et leur domicile et, plus généralement, à la jouissance d'un environnement sain et protégé* ». Cour EDH, *Tatar c. Roumanie*, arrêt [Sect.3] du 27 janvier 2009, N°67021/01, §106.

¹¹⁰⁴ Voir P. BAUMANN, *Le droit à un environnement sain et la Convention européenne des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, 2021, p.1 et D. MISONNE et F.OST, « L'illusion du juste équilibre ou la variabilité de la jurisprudence du juge européen portant sur la balance des intérêts entre environnement et enjeux économiques ». In *Pour un droit économique de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin, Frison-Roche*, 2013, p.361.

¹¹⁰⁵ Pour LAMBERT ABDELGAWAD, « dès lors que la Cour a admis une dimension environnementale de certains droits, [...] elle devait se donner les moyens de juger ». É. LAMBERT ABDELGAWAD, « La proportionnalité dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme ». In H. RUIZ FABRI et L. GRADONI (dir.), *La circulation des concepts juridiques : Le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, UMR de droit comparé de Paris, Vol.16, Société de législation comparée, 2009, pp.427 et ss, spéc p.473.

Section 1. La défailante protection sociale des requérants

666. Dans ce cadre, il est d'abord fondamental de cerner le développement du droit à la protection sociale par la Convention, en se rappelant qu'elle n'a pas originellement et formellement vocation à protéger des droits sociaux (§1). La protection sociale ainsi fondée permettra, par la suite, de prouver manifestement parfois la défailance de la Cour à protéger les requérants en la matière (§2).

§1. Le développement de la protection sociale en droit de la Convention

667. La protection sociale du justiciable étant en totale adéquation avec l'application effective de la Convention (A) et son absence risquant de porter atteinte à son intégrité (B), ces deux constats justifient le développement de la protection de la Convention à ce domaine.

A. L'adéquation de la Convention européenne des droits de l'homme avec la protection sociale du justiciable

668. La Cour, ou à l'époque, la Commission, dans leur interprétation de la Convention ont l'obligation d'appliquer la Convention qu'importe la situation, ce qui implique également la protection sociale. Par conséquent, ce raisonnement permet l'adéquation de la Convention avec la protection sociale du justiciable et se justifie de part et d'autre par l'exigence de garantir l'effectivité des droits (1) et l'interprétation évolutive (2) pour éviter que cet instrument soit dépassé.

1. L'exigence de garantie de l'effectivité des droits de l'homme

669. L'effectivité s'entend comme le « *degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit* »¹¹⁰⁶. L'ubiquité de cette notion jalonne actuellement

¹¹⁰⁶ P. LASCOUMES, « Effectivité ». In Dictionnaire encyclopédique de sociologie et de théorie du droit, Paris, LGDJ, 1993, p.130.

la jurisprudence de la Cour et règle en majeure partie l'interprétation de la Convention depuis bien longtemps avec l'affaire *Airey* par cette formule : « *La Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs* »¹¹⁰⁷. Cette formule désormais principe sous-tendant la Convention est un moyen de contrer la passivité des États pour qu'ils respectent leurs engagements conventionnels en protégeant des droits concrets dans leurs systèmes juridiques nationaux par l'intégration dans le domaine de la Convention des conditions matérielles de leur pratique¹¹⁰⁸. En conséquence, l'effectivité suppose une meilleure garantie des droits individuels en permettant l'efficacité de la Convention à réaliser son but et son objet et, c'est, dans cette visée que la protection sociale du justiciable par la Cour est et doit être assurée. En effet, la confirmation que la Convention a pour objet la protection « des droits non théoriques ou illusoires mais concrets et effectifs » mène la Cour à estimer que de nombreux droits civils et politiques ont des prolongements de nature économique et sociale et qu'il n'y a pas de cloison étanche séparant la Convention du domaine des droits économiques et sociaux¹¹⁰⁹. Une telle affirmation fait déduire qu'un droit d'ordre économique ou social n'est pas exclu du domaine d'application de la Convention du moment qu'un rapport avec un des droits civils et politiques dans l'instrument existe¹¹¹⁰. Dans cette perspective, la Cour, autant que les autres organes conventionnels, s'efforce d'accorder à l'individu les moyens matérielles utiles à l'exercice concret des droits conventionnels jusqu'à imposer aux Etats l'obligation de prendre des mesures positives pour garantir l'effectivité des droits sociaux, souvent par le biais des articles 6, 8 de la Convention et 1^{er} du Premier Protocole additionnel sur le droit de propriété¹¹¹¹.

¹¹⁰⁷ Cour EDH, *Airey c. Royaume-Uni*, arrêt précité, §24 ; *Sporrong et Lönroth c. Suède*, 23 septembre 1982, §63 ; *Cruz Varas et al c. Suède*, arrêt du 20 mars 1991, N° 15576/89, §99, *Allenet de Ribemond c. France*, arrêt [Ch.] du 10 février 1995, N° 15175/89, §35 ; *Nerumberg c. Roumanie*, arrêt [Sect.3] du 1^{er} février 2007, N° 2726/02, §37.

¹¹⁰⁸ Voir Cour EDH, *Loizidou c. Turquie*, 18 décembre 1996, §50 et Cour EDH, *Airey c. Royaume-Uni*, arrêt [Ch.] du 9 octobre 1979 et B. DELZANGLES, « Effectivité, efficacité et efficience dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ». In V. CHAMPEIL-DESPLATS et D. LOCHAK (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Nanterre, Nanterre, 2008, pp.41-57, spec. p.42.

¹¹⁰⁹ Voir Cour EDH, *Airey*, arrêt précité, §26.

¹¹¹⁰ P. H. IMBERT, « Droit des pauvres, pauvre(s) droit (s) ? Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels », *RD Pub.*, 1989, p.739.

¹¹¹¹ A savoir, le droit à un procès équitable, le droit au respect de la vie familiale, le droit au respect de la vie privée, le droit au respect du domicile. Voir Cour EDH, *Artico c. Italie*, arrêt [Ch.] du 13 mai 1980, N° 6694/74, §36 ; *Johnston et autres c. Irlande*, arrêt [Pléniaire] du 18 décembre 1986, N°9697/82, §55 ; *Gaskin c. Royaume-Uni*, arrêt [Pléniaire] du 7 juillet 1989, N°10454/83, §38 et *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, arrêt [Ch.] du 21 février 1990, §41.

670. Il n'existe donc pas en principe d'obstacle à considérer comme indispensables à la dignité humaine et comme prolongement de nature économique et sociale à certains droits de la Convention quelques droits – droit au logement décent, droit à la sécurité sociale, droit à un revenu minimum, etc. - en admettant l'obligation positive des Etats en la matière pour en assurer l'effectivité¹¹¹². L'établissement d'un lien entre le droit à vivre dans des conditions dignes et un droit protégé par la Convention est si facile que la Cour, par la méthode de protection indirecte, va étendre la sauvegarde de certains droits garantis par la Convention à des droits ne s'y trouvant pas clairement¹¹¹³. Par ce procédé, la Cour, ou la Commission à l'époque, peut admettre, même en l'absence de l'interdiction d'expulsion ou d'extradition, et d'un droit à des conditions de détention dignes qu'une mesure étatique expulsant ou extradant est contraire tant au droit au respect de la vie familiale qu'à l'interdiction d'un traitement inhumain et dégradant¹¹¹⁴.
671. D'une telle méthode, il est possible d'affirmer en matière sociale que les conditions de vie indignes peuvent porter atteinte à l'interdiction d'un traitement inhumain et dégradant en l'absence de garantie expresse par la Convention d'un droit à un logement décent ou du droit à un niveau de vie suffisant. Indirectement, le droit de jouir des biens de première nécessité inséparable de la dignité humaine peut être, par ricochet, garanti par la Convention en vertu de l'article 3. De même, un droit au travail peut être considéré comme étant protégé par la Convention dans le fait qu'une mesure étatique supprimant l'emploi viole le droit à la vie privée et familiale, puisque ce dernier droit dépend de la sauvegarde de l'emploi.

2. L'interprétation évolutive de la Convention

672. Les notions ne conservent pas leur sens archaïque après un long moment, parce que les choses varient selon le bon plaisir des hommes qui ne se soucient point des

¹¹¹² Sur cette technique d'obligation positive. Lire C. MADELAINE, La Technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Thèse de doctorat sous la direction de F. SUDRE à l'Université Montpellier 1, 2012.

¹¹¹³ Sur cette protection indirecte. Voir F. SUDRE, L. MILANO et B. PASTRE-BELDA, Droit européen et international des droits de l'homme, PUF, Paris, 2021, p. 910 et S.

¹¹¹⁴ Voir Cour EDH, *Bedjoudi c. France*, arrêt [Ch.] du 26 mars 1992, N°12083/86 et *Soering c. Royaume-Uni*, arrêt [Plénière] du 7 juillet 1989, N° 14038/88 et *Comm.EDH, Herczegfalvy c. Autriche*, rapport du 1^{er} mars 1991, N°10533/93.

significations originelles des choses¹¹¹⁵. Marqué par les turbulences et les traversant en permanence dans son métier, le « juge n'a cessé de s'adapter dans sa fonction par son action propre devant les métamorphoses de la normativité¹¹¹⁶. Dans le pragmatisme des juridictions internationales, il est courant de considérer que les textes en matière de protection des droits de l'homme sont des « instruments vivants » que les organes juridictionnels internationaux font progresser par l'interprétation en les adaptant aux mouvements des sociétés qu'ils visent¹¹¹⁷. Non à l'abri de ces mutations, comme « *instrument vivant* », la Convention est interprétée par la Cour selon les « *conditions d'aujourd'hui* » et harmonisée eu égard au changement social et au progrès des mœurs¹¹¹⁸. A travers cette méthode évolutive, la Cour ne se désintéresse pas des questions de justice sociale et estime qu'éradiquer les ressentis des injustices en matière sociale constitue une des obligations du législateur dans une démocratie et que la marge d'appréciation des Etats peut aller jusqu'à garantir la justice sociale même lorsqu'une législation s'ingère dans des rapports contractuels entre particuliers en n'accordant aucun avantage immédiat aux Etats¹¹¹⁹. En conséquence, des droits - comme celui d'obtenir l'indemnisation pour un accident de travail, ou d'avoir des prestations d'assurance à cause de la vieillesse ou d'obtenir l'aide sociale ou la pension en tant que fonctionnaire – dépendants du contrat de travail selon l'interprétation dynamique peuvent bénéficier de la protection conventionnelle au titre du droit à un procès équitable¹¹²⁰. Par l'interprétation dynamique, « *le droit conventionnel s'est avéré « perméable » aux droits sociaux* »

¹¹¹⁵ « Un long espace de temps ne conserve pas ordinairement les termes dans le sens primitif qui leur a été donné ; car les choses elles-mêmes changent selon qu'il plaît aux hommes, qui ne s'inquiètent point des significations premières imposées aux choses ». H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix* [1625], PUF, Paris, 1999, p.396.

¹¹¹⁶ « Le juge est affecté par ces turbulences et les traverse par la permanence de son métier. (...) pour autant, l'office du juge n'a cessé de s'adapter, par l'action du juge lui-même, face à la mutation de la normativité. ». B. BERNABE, « Redécouvrir l'office créateur du juge », *Les Cahiers de la justice*, 2013/3, N°3, p.29.

¹¹¹⁷ « Dans la pratique des juridictions international, il est habituel d'affirmer que les traités de protection des droits de l'homme sont des « instruments vivants » que les organes juridictionnels internationaux font évoluer par l'interprétation de manière à les adapter aux changements des sociétés qu'ils concernent ». J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme. Contribution à l'étude de la fonction interprétative du juge international*, A. PEDONE, Paris, 2019, p.7.

¹¹¹⁸ Cour EDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, arrêt précité, §31 et *Marckx c. Belgique*, arrêt [Plén.] du 13 juin 1979, N° 6833/74, §58.

¹¹¹⁹ Cour EDH, *James et al. c. Royaume – Uni*, arrêt [Plén.] du 21 février 1986, N° 8793/79, §47 et *Mellacher et autres c. Autriche*, arrêt [Plén.] du 19 décembre 1989, Nos 10522/83, 11011/84 et 11070/84, §§55-56.

¹¹²⁰ Voir Cour EDH, *Feldbrugge c. Pays-Bas*, arrêt [Plén.] du 29 mai 1986, N° 8562/79 ; *Salerno c. Italie*, arrêt [Ch.] du 12 octobre 1992, N°11955/86 ; *Salesi c. Italie*, arrêt [Ch.] du 26 février 1992, N°12854/87 et *Francesco Lombardo c. Italie*, arrêt [Ch.] du 27 novembre 1992, N°11519/85.

et, sans doute, la Cour y élargit sa protection¹¹²¹. Bien évidemment, il ne s'agit pas pour la Cour ou tout autre organe de la Convention de prétendre dégager un droit que la Convention n'a pas protégé expressément par le biais de l'interprétation dynamique, il est question tout simplement de reconnaître que le respect de certains droits garantis par la Convention est menacé par le défaut de protection de certains droits sociaux¹¹²². Sous l'angle de l'effectivité des droits conventionnels, cette interprétation dynamique est salubre, nonobstant qu'elle peut inquiéter s'agissant de la prévisibilité, la sécurité et spécifiquement en rapport avec la volonté des Etats membres qui ne s'intéressent principalement qu'aux compétences qu'elle accorde à l'interprète qu'est la Cour¹¹²³. L'activisme interprétatif de la Cour en adaptant la Convention aux réalités sociales, peut agacer autant qu'il séduit, car, l'évolution peut impressionner et même inquiéter et cela manifeste la merveille de l'interprétation, pour les plus admirateurs, ou son illusion, pour les plus incrédules¹¹²⁴. Le défaut de protection sociale est d'une amplitude telle qu'il fait partie des « conditions d'aujourd'hui » en vertu desquelles, toute juridiction nationale ou la Cour est obligée d'interpréter la Convention. Dans cette visée de protection des droits sociaux, l'interprétation évolutive peut s'entendre en tant que procédé d'interprétation qui aide la Cour en interprétant à ajuster le sens de la Convention aux évolutions sociales apparues depuis sa rédaction¹¹²⁵.

673. L'interprétation évolutive de la Convention et la nécessité d'une effectivité de la Convention en matière de protection sociale expliquent l'adéquation de la Convention avec ladite protection dont le défaut créera l'atteinte à la Convention.

¹¹²¹ N. BERNARD et F. TULKENS, « Le droit au logement » dans la Convention européenne des droits de l'homme : une illustration de l'idée « ostienne » d'intérêt ». In Y. CARTURELS, A. BAILLEUX et al. (dir.), *Le droit malgré tout. Hommage à François Ost*, Presses de l'Université de Saint-Louis, Bruxelles, 2018, p.443.

¹¹²² Voir Cour EDH, Johnston et al. c. Irlande, arrêt [Plénière] du 18 décembre 1986, N° 9697/82, §§52-53.

¹¹²³ Voir particulièrement J. TOBIN, « Seeking to persuade: a constructive approach to human rights treaty interpretation », *Harvard Human Rights Journal*, Vol.23, 2010, p.1.

¹¹²⁴ Voir précisément M. BOSSUYT, « Des limites à la juridiction de la Cour de Strasbourg ? ». In G. COHEN-JONATHAN, J. WALINE et al. (éd.), *L'Homme et le droit. En hommage au Professeur Jean-François FLAUSS*, Pédone, Paris, 2014, pp.117-127. Contre l'activisme interprétatif, le juge Sir Gerald Fitzmaurice s'opposait au raisonnement dynamique de la Cour sur la Convention en énonçant qu'« il appartient aux États dont le consentement constitue la base de la Convention, et la seule source de sa force obligatoire, de combler la lacune ou réparer la faiblesse par un amendement, et non point à une juridiction de se substituer aux auteurs de la Convention et d'accomplir leur tâche à leur place ». Opinion dissidente du juge Gerald FITZMAURICE dans Cour EDH, Golder, arrêt précité, §37.

¹¹²⁵ Voir J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales...*, op.cit., p.47.

B. L'atteinte à la Convention dans la défaillance de protection sociale du justiciable

674. La défaillance de protection sociale du justiciable par une interprétation de la Cour ne reconnaissant pas parfois une vie dans des conditions abjectes est une atteinte à la dignité de l'homme. Cette atteinte concerne surtout les articles 3 et 8 portant sur le droit de ne pas subir un traitement inhumain et dégradant (1) et le droit au respect de la vie privée (2).

1. L'atteinte au droit de ne pas subir un traitement inhumain et dégradant

675. Les grands instruments internationaux et européennes de garantie des droits de l'homme reconnaissent sans exception le droit de ne pas subir un traitement inhumain et dégradant. Ce droit se démarque du droit à ne pas subir la torture par le seuil de gravité de la douleur et de la souffrance infligée¹¹²⁶. En effet, la torture suppose une motivation particulière à l'acte et est plus sévère qu'un traitement inhumain et dégradant. Selon la Cour, pour emporter la mise en œuvre de l'article 3 de la Convention, un mauvais traitement nécessite « *un minimum de gravité* » ; toutefois, un traitement peut toujours être « *désagréable* » même en dessous de l'intensité requise ou même au-delà par le « *syndrome du couloir* »¹¹²⁷. La détermination du degré de gravité est relative parce qu'elle tient aux données de la cause, d'une part, à la situation personnelle de la victime, précisément le temps de son traitement et les effets physiques et psychiques, parfois de son - âge, sexe ou état de santé et, d'autre part, de certains facteurs sociologiques ou socio-politiques par le ménagement d'une juste balance entre l'intérêt public et l'intérêt particulier¹¹²⁸. Si le traitement inhumain peut s'entendre comme celui qui provoque délibérément de graves souffrances psychiques ou physiques non justifiables, le traitement dégradant implique de provoquer chez les personnes des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité,

¹¹²⁶ Voir Comité international de la Croix-Rouge, « Quelle est la définition de la torture et des mauvais traitements ? », 15 février 2005. [Consultable en ligne](#). Consulté le 17 avril 2024.

¹¹²⁷ Voir Cour EDH, *Guzzardi c. Italie*, arrêt [Plénière] du 6 novembre 1980, N° 7367/76 et Cour EDH, *Soering c. Royaume-Uni*, arrêt [Plénière] du 7 juillet 1989, N° 14038/88.

¹¹²⁸ Voir J.-P. CÉRÉ, « La notion de torture, de traitements inhumains et dégradants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revista Esmat*, Vol. 9 ; N°12, 2017, p.116.

propres à les humilier, à les avilir et à briser potentiellement leur résistance physique et morale en les incitant à agir contre leur gré ou leur conscience ¹¹²⁹. Il est interdit aux États d'infliger ou de tolérer l'infliction des traitements inhumains et dégradants et ce, même en dehors de leur juridiction¹¹³⁰. Les mauvais traitements ne proviennent pas que de l'Etat mais peuvent être le fait des particuliers et ainsi expliquer la dimension absolue du droit à ne pas subir un traitement inhumain et dégradant¹¹³¹.

676. Le rapport du droit à ne pas subir un traitement inhumain et dégradant avec la protection sociale tient au fait qu'il permet, en tant que droit absolu, d'assurer l'accès de tous les individus à des conditions dignes. L'interdiction du traitement inhumain et dégradant s'étend donc à tous les individus sous la juridiction de la Cour et/ ou sur le territoire des Etats parties à la Convention¹¹³². Même si, à la base la Convention ne garantit pas directement la protection des droits sociaux, le risque de subir des conditions indignes par le défaut de ces droits a ouvert une brèche. Le traitement dégradant, en avilissant rudement l'individu devant autrui, en le poussant à se comporter contre son gré ou sa conscience et en le dégradant lui-même, nuit à sa protection sociale¹¹³³. L'extension de la vision du traitement dégradant a favorisé l'élargissement de la protection du droit de ne pas subir un traitement inhumain et dégradant en plus de mauvais traitements à d'autres situation comme le traitement discriminatoire pour des raisons raciales, les punitions corporelles en milieu scolaire et les défaveurs sociales sans but discriminatoire tenant aux dispositifs législatifs ou réglementaires dépassés au sein des Etats membres.
677. Interprété à l'aune des conditions d'aujourd'hui, le traitement dégradant peut dépendre de l'absence de protection sociale jusqu'à un seuil spécifique en se manifestant par des conditions de vie humiliantes, malsaines, mais aussi par l'opprobre quotidien et l'affliction morale. Ce lien est possible au nom de l'interdiction de l'atteinte à la dignité humaine selon la Cour. Bien évidemment, la volonté de promouvoir ceux qui semblent défavorisés, vulnérables ou exclus joue

¹¹²⁹ Voir Ibid., pp.119 et 120.

¹¹³⁰ Voir Cour EDH, Soering c. Royaume-Uni, arrêt [Plénière] du 7 juillet 1989, N° 14038/88.

¹¹³¹ En effet, même dans l'hypothèse des punitions corporelles infligées à un enfant par son beau-père, la Cour trouve que l'article 3 concernant l'interdiction du traitement inhumain et dégradant est applicable. Cour EDH, A c. Royaume-Uni, arrêt [Ch.] du 23 septembre 1998, N°25599/94.

¹¹³² Voir les articles 1ers de la Convention EDH et du PIDCP.

¹¹³³ Voir Cour EDH, Tyrer, arrêt précité, §§29-30 et Com. EDH, décision du 10 octobre 1970, N°4403/70, Ann PATEL, 1970, p.329.

dans ce lien : la dignité apparaît comme une justification propice pour adapter la Convention afin qu'elle résolve des cas complexes, nouveaux enjeux sociétaux et controversés et qu'elle soit enrichie des droits en insistant sur leurs prolongements sociaux¹¹³⁴.

678. Dans cette promotion, le droit de ne pas subir le traitement inhumain et dégradant n'est pas la seule voie, l'article 8 sur le droit au respect de la vie privée et familiale contient également d'énormes potentialités.

2. *L'atteinte au droit à la vie privée et familiale*

679. La protection de la vie privée s'entend de façon autonome par la Cour sans s'adonner à une définition complète comme la sauvegarde de l'intégrité morale, physique, psychique de la personne ainsi celle du développement et de la réalisation de sa personnalité, tandis que la protection de la vie familiale, rappelant des rapports familiaux de fait induit le droit de vivre ensemble et de préserver des relations¹¹³⁵. Toujours dans le mouvement d'une interprétation dynamique, les défaillances en matière de protection sociale peuvent être sanctionnées en vertu de la Convention en passant par l'article 8 sur le droit à la vie privée et familiale. Partant de sa jurisprudence *Niemetz*, la Cour a opté pour une approche large du droit au respect de la vie privée et du domicile pour que les individus les plus défavorisés puissent l'invoquer. Pour la Cour, la protection assurée par la Convention au titre de l'article 8 ne se limite pas au domaine privé des rapports personnels, mais implique par ailleurs « le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables » incluant ainsi les actions professionnelles et commerciales¹¹³⁶. Ne pas élargir le

¹¹³⁴ « D'autre part, l'idée de promotion de ceux qui paraissent défavorisés, des personnes vulnérables ou exclues vient également à jouer. Dès lors, pour adapter le droit, pour résoudre des litiges difficiles, nouveaux, « sociétaux », brûlants, la dignité humaine s'avère comme un argument particulièrement propice. Elle permet, là aussi, d'enrichir les droits ou d'insister sur leurs prolongements sociaux ». C.GREWE, « La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue générale du droit, Etudes et réflexions* 2014, N°3, p.6.

¹¹³⁵ Voir C. LAURENT-BOUTOT, « Fiche 25. Le droit au respect de la vie privée et familiale ». C. LAURENT-BOUTOT (dir.), *Fiches sur la Convention européenne des droits de l'homme. Rappels de cours et exercices corrigés*, Paris, Ellipses, « Fiches », 2019, p. 185-198, spéc. p.185.

¹¹³⁶ « La Cour ne juge ni impossible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de « vie privée ». Il serait toutefois trop restrictif de la limiter à un « cercle intime » où chacun peut mener sa vie personnelle

champ de l'article 8 pour la Cour comporte un risque d'inégalité de traitement si la seule justification est que la mesure en cause porte exclusivement sur des activités professionnelles : une telle démarche avantagerait une personne dont les actions professionnelles et non professionnelles se mélangeraient de manière indissociable¹¹³⁷. L'interprétation pour la Cour des termes « vie privée » et « domicile » comme impliquant certains locaux ou certaines activités professionnels correspond à l'objet et au but fondamentaux de l'article 8 qui consiste à protéger l'individu contre des ingérences injustifiées des Etats qui garderaient leur droit d'ingérence autorisée au titre du paragraphe 2 de cette disposition¹¹³⁸.

680. Cette jurisprudence Niemietz s'intéressant aux liens sociaux qu'entretient l'individu va servir « *de fondement à une abondante jurisprudence développant la dimension sociale de l'article 8* »¹¹³⁹. En dépit de son refus de reconnaître dans le droit au respect de la vie privée et familiale un droit fondant le droit au travail ou au renouvellement d'un contrat de travail à temps déterminé dans sa jurisprudence *Sodan*, la Cour estime que ce droit crée conventionnellement un droit interdisant la privation d'une vie professionnelle selon sa jurisprudence *Bigaeva*¹¹⁴⁰.
681. La Cour examine au cas par cas les demandes liées au contentieux opposant le travailleur à son employé confirmant parfois l'atteinte au droit à la vie privée des travailleurs et, de fois abdique, surtout quand il est question d'assurer l'équilibre avec la violation d'un autre droit¹¹⁴¹. Il n'y a pas que le contentieux lié au contrat du travail

à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables. Il paraît, en outre, n'y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la notion de « vie privée » comme excluant les activités professionnelles ou commerciales : après tout, c'est dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasion de resserrer leurs liens avec le monde extérieur ». Cour EDH, Niemetz c. Allemagne, arrêt [Ch.] du 16 décembre 1992, N°13710/88, §29.

¹¹³⁷ Voir Idem.

¹¹³⁸ Voir Ibid., §31 et Cour EDH, Vitiello c. Italie, arrêt [Sect.3] du 23 mars 2006, N° 77962/01, §51.

¹¹³⁹ C. LAURENT-BOUTOT (dir.), Fiches sur la Convention européenne..., op.cit., p.191.

¹¹⁴⁰ Voir Cour EDH, Sodan c. Turquie, arrêt [Sect.2] du 2 février 2016, N°18650/05, §37 et Bigaeva c. Grèce, arrêt [Sect.1] du 28 mai 2009, N° 26713/05, §35.

¹¹⁴¹ Voir Cour EDH, Barbulescu c. Roumanie, arrêt [Gr.Ch.] du 5 septembre 2017, N° 61496/08 (confirmation d'atteinte par une surveillance informatique) ; Lopez Ribalda et autres c. Espagne, arrêt [Sect.3] du 9 janvier 2018, N°1874/13 (confirmation d'une violation par une vidéosurveillance secrète) ; Libert c. France, arrêt [Sect.5] du 22 février 2018, N°588/13 (Infirmerie de la violation) ; Obst c. Allemagne, arrêt [Sect.5] du 13 septembre 2010, N° 425/03 (Infirmerie de la violation relativement à la mise en balance entre vie privée et liberté de religion dans des entreprises de tendance).

en matière sociale : la Cour déploie ce droit au respect de la vie privée et familiale également au droit de la santé et de la sécurité au travail¹¹⁴².

682. Pour la protection sociale à travers le droit au respect de la vie privée et familiale, toute l'évolution jurisprudentielle depuis l'arrêt *Niemetz* atteste une dimension incontestable sociale et même économique de l'article 8 qui s'étend jusqu'à la vie professionnelle mais également sociale de l'individu au sein des États membres de la Convention. Empêcher quelqu'un d'avoir une vie professionnelle peut aboutir à l'exclusion sociale d'une personne jusqu'à toucher gravement sa vie privée. Indéniablement, le droit au respect de la vie privée et familiale élargit la sphère dans laquelle toute personne peut de manière libre se développer et s'épanouir¹¹⁴³. Par conséquent, d'aucuns ne sauraient contester une telle extension du champ de l'article 8 par la Cour comme une « immixtion » dans ce droit.
683. En définitive, sur ce point, il faut souligner que le silence de la Convention sur les droits sociaux ne devrait pas exacerber l'exclusion sociale des justiciables au sein des États membres, pourtant, l'inclusion du droit de vivre dans des conditions dignes dans les droits garantis par la Convention ne bute contre aucun obstacle juridique. Lorsque la Cour ne parvient pas selon son interprétation dynamique à assurer cette inclusion pour protéger les droits sociaux, il peut arriver qu'elle soit responsable de déni de justice.

§2. La manifestation de la défaillance de protection sociale

684. En matière de protection sociale, le déni de justice impliquant la défaillance de la Cour se manifeste quelquefois par son refus de reconnaître un droit à vivre dans des conditions dignes (A), mais aussi parfois par celui d'admettre un risque de traitement inhumain et dégradant dans le renvoi d'une femme séropositive dans un État de destination dépourvu de soins adéquats (B).

¹¹⁴² Cour EDH, *Brincat et autres c. Malte*, arrêt [Sect.5] du 24 juillet 2014, N°60908/11 (relatif aux décès causés par l'amiante, atteinte aux articles 2 et 8 de la Convention).

¹¹⁴³ Voir Com. EDH, affaire *Niemetz*, rapport du 29 mai 1991, §55.

A. Le refus de reconnaître un droit à une vie dans des conditions dignes

685. Dans l'affaire *Francine Van Volsem contre Belgique*, la Commission juge irrecevable pour défaut manifeste de fondement la demande de la requérante alléguant la violation de son « droit à une vie dans des conditions dignes » en vertu du droit à ne pas subir un traitement dégradant et du droit à une vie familiale et à un domicile (1). Cette irrecevabilité prouve l'exclusion juridico-sociale et économique de l'individu dans la protection des droits de l'homme par la Commission (2) et demande, pour y parer, de s'attacher à l'interprétation dynamique de la Convention (3).

1. L'illustration par l'affaire Francine Van Volsem c. Belgique : l'irrecevabilité pour défaut manifeste de fondement d'une requête relative à l'atteinte au droit à ne pas subir un traitement dégradant et au droit à la vie familiale et à un domicile

686. La décision *Van Volsen* se présente comme l'une des décisions initiales prise par la Commission composée en Comité dans le cadre de la mise en œuvre du Protocole 8 de la Convention ayant pour objectif son désencombrement et la rapidité dans l'analyse des requêtes¹¹⁴⁴. Dans cette décision, la Commission juge irrecevable pour défaut manifeste de fondement la requête de la requérante Van Volsem alléguant tant un traitement inhumain et dégradant qu'une violation de la protection de la vie familiale et du droit à un domicile contrairement aux articles 3 et 8 de la Convention consécutivement à une coupure de l'électricité dans son logement social.

687. Ressortissante belge née en 1950, résidente à Tubize en Belgique et sans profession, la requérante, mère de trois enfants nés successivement en 1970, 1974 et 1988, divorce officiellement en 1986 après une séparation de son époux depuis 1980. La dissolution de son ménage l'a mise dans un état financier critique la contraignant à accepter un logement social où tout fonctionne mais où elle ne peut choisir sa source d'énergie. Des défaillances conceptuelles dans l'immeuble causant une

¹¹⁴⁴ Protocole 8 signée à Vienne le 19 mars 1985 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1990. Dans son article 1, ce Protocole modifie l'article 20 de la Convention européenne des droits de l'homme en envisageant la possibilité de constituer des Comités de trois membres s'occupant du rejet, par consensus, des requêtes manifestement irrecevables.

surconsommation d'électricité déséquilibrée par rapport aux ressources des locataires de ces logements sociaux, elle n'a pas pu payer ses factures d'électricité entre 1981 et 1983. Mise en demeure le 9 octobre 1983 par la société de distribution d'électricité de partenariat public-privé aux fins de paiement d'arriéré et d'une avance sur consommation sous cinq jours, la société ferma les compteurs le 9 décembre 1983 pour défaut de paiement de l'arriéré.

688. Contre cette fermeture, la requérante saisit en référé le tribunal de première instance dont le président le 12 décembre 1983 décide que la société rétablisse l'approvisionnement en électricité. Cette société va former le 5 janvier 1984 une tierce-opposition contre l'ordonnance après rétablissement de l'alimentation en électricité qui est favorablement reçue le 29 février 1984 par une réouverture de discussions et la mise de l'affaire en prosécution de cause. Interjetant appel contre l'ordonnance interlocutoire le 12 mars 1984 arguant un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 de la Convention, la requérante verra la Cour d'appel confirmer l'ordonnance interlocutoire le 25 février 1988 en autorisant au fond l'interruption de l'approvisionnement jusqu'à épurement de l'arriéré. L'application partielle de l'interruption de fournir l'électricité faite, en vertu d'un décret régional du 4 juillet 1985, un limiteur de puissance de l'électricité est installé chez la requérante. Opposée à l'issue en appel et désireuse de se pourvoir en cassation, la demande d'aide judiciaire qu'elle fait à cette fin est refusée par le bureau en charge de la lui fournir au motif que ses allégations sont injustes.
689. Obtenant un crédit bancaire satisfaisant aux exigences de la compagnie d'électricité pour l'épure de la dette, le rétablissement de la fourniture est fait le 15 septembre 1988.
690. Saisissant la Commission, d'une part, la requérante déplore que subir la suspension de l'approvisionnement en électricité et la menace permanente d'une telle suspension sur son foyer sont non seulement des méthodes de contrainte inhumaines, dégradantes et prohibées par l'article 3 de la Convention reconnaissant à tous le droit de jouir des biens de première nécessité essentiels pour la dignité humaine, mais portent aussi atteinte à sa vie familiale contrairement à l'article 8 imposant l'assurance d'un minimum de moyens matériels aux familles. D'autre part, elle considère que le défaut

d'accéder à la Cour de cassation par le rejet de sa demande est contraire à l'article 6§1 de la Convention.

691. En réponse à ces arguments, la Commission juge la requête irrecevable. Dans un sens, elle estime, concernant la prétention de traitement inhumain et dégradant, que la suspension ou les menaces de suspension des approvisionnements en électricité n'égalent pas le seuil d'humiliation ou d'avilissement exigé par le traitement inhumain et dégradant et, relativement à l'allégation de violation de la vie familiale, que l'article 8 ne contraint pas l'État à agir positivement pour restaurer les conditions de vie familiale dégradées puisque c'est une disposition négative protégeant la vie familiale contre une ingérence injustifiée de l'Etat. Pour la Commission, même si les faits en cause furent attribuables à l'État, rien ne le contraint à alimenter, ou à faire alimenter gracieusement, ou à annuler l'exigence de paiement des dettes liées à l'approvisionnement en énergie. Dans un autre sens, elle juge le refus d'assister judiciairement la requérante conforme à l'article 6§1 de la Convention dans la situation en l'espèce, l'État n'ayant aucune obligation d'accorder une telle assistance gratuite dans toute contestation liée à un droit de nature civil selon la jurisprudence *Airey*¹¹⁴⁵. Pour la Cour, le refus de l'aide judiciaire à la requérante est justifié par le fait que sa demande est sans fondement et le fait qu'un mécanisme d'aide judiciaire n'est efficace en tenant compte des ressources limitées disponibles que lorsqu'il existe un dispositif permettant de sélectionner les affaires pouvant en jouir.

2. La preuve d'une exclusion juridico-sociale et économique de l'individu par la Commission

692. Pour le professeur Sudre, vu l'issue de cette décision, « ... *une personne physique n'est pas fondée à arguer l'état de pauvreté au titre de la violation des droits garantis par la Convention* » et il s'agit en effet d'une « *exclusion économique et sociale* » se juxtaposant à une « *exclusion juridique* »¹¹⁴⁶. Cette décision révèle une défaillance procédurale bidimensionnelle. Dans une première dimension, lorsque l'on se fonde

¹¹⁴⁵ Voir Cour EDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, série A, vol.32, p.15.

¹¹⁴⁶ F. SUDRE, « La première décision Quart Monde à la Commission européenne des droits de l'homme : une bavure dans une jurisprudence dynamique », RUDH., 1990, p. 349.

sur l'article 20§3 de la Convention tel que modifié par le Protocole 8, le Comité au sein de la Commission est habilité à déclarer l'irrecevabilité d'une requête individuelle quand une décision de ce type est prenable « *sans plus ample examen* », autrement dit, en cas d'irrecevabilité incontestable et /ou sans susciter un doute dans un esprit lucide¹¹⁴⁷. Pourtant, un tel doute ressort de cette décision alors qu'elle questionne de manière inédite la relation entre la Convention et la pauvreté et, de ce fait, demande une analyse profonde au besoin par la Commission plénière elle-même et non des chambres¹¹⁴⁸. En effet, considérant la nouveauté de la question, l'issue de cette affaire semble plus dictée par cette réalité procédurale que par l'examen réel de la situation, ce qui ne devrait pas être le cas sachant que cette décision est insusceptible de recours et au nom de l'exigence de reconnaître à la requérante le bénéfice de l'ensemble des garanties d'un procès équitable conformément à l'article 6§1. Dans une seconde dimension, l'absence manifeste de fondement fondant exclusivement l'irrecevabilité dans cette affaire ne s'accommode pas toujours à une décision « *sans plus ample examen* » de la demande individuelle et, notamment de l'instance devant le Comité. Evidemment, en ne s'attelant pas à confirmer que l'argument fondé sur l'article 3 de la Convention n'est pas clairement bien-fondé mais en jugeant insuffisant en vertu de cet article l'avilissement souffert par la requérante, le Comité au sein de la Commission semble avoir débordé son habilitation ou fondée sa justification du refus du grief tiré de l'article en question de manière simplement formelle sans un examen approfondi de l'affaire¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁷ Voir Article 1§3 du Protocole 8 à la Convention européenne des droits de l'homme, « La Commission peut constituer en son sein des comités, composés chacun d'au moins trois membres, avec le pouvoir de déclarer à l'unanimité, irrecevable ou rayée du rôle, une requête introduite en application de l'article 25, lorsqu'une telle décision peut être prise sans plus ample examen » et E. LAFFERIERE, Traité de la juridiction administrative, 2^{ème} édition, 1896, p.498.

¹¹⁴⁸ Voir F. SUDRE, « La première décision Quart Monde... », article précité, p. 350 et Article 1 du Protocole 8 à la Convention européenne des droits de l'homme : « 2. La Commission siège en séance plénière. Toutefois, elle peut constituer en son sein des chambres, composées chacune d'au moins sept membres. Les chambres peuvent examiner les requêtes introduites en application de l'article 25 de la présente Convention qui peuvent être traitées sur la base d'une jurisprudence établie ou qui ne soulèvent pas de question grave relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention. Dans ces limites, et sous réserve du paragraphe 5 du présent article, les chambres exercent toutes les compétences confiées à la Commission par la Convention. Le membre de la Commission élu au titre de la Haute Partie contractante contre laquelle une requête a été introduite a le droit de faire partie de la chambre saisie de cette requête. (...) 4. Une chambre ou un comité peut, en tout état de la cause, se dessaisir en faveur de la Commission plénière, laquelle peut aussi évoquer toute requête confiée à une chambre ou à un comité. ».

¹¹⁴⁹ Voir Ibid., p. 350

693. Par ailleurs, bien que la finalité de la Convention soit d'assurer l'effectivité et de rendre « concrets » les droits qu'elle protège, cette décision s'y oppose radicalement¹¹⁵⁰. Véritablement, par la jurisprudence *Airey*, la Cour, autant que la Commission, en voulant accorder à l'individu des moyens matériels indispensables pour exercer réellement les droits et libertés garantis par la Convention de manière courageuse, ont créé la notion d'obligation positive » en imposant aux Etats de prendre des mesures positives souvent d'essence économique ou sociale¹¹⁵¹. Cette obligation implique notamment, pour garantir le droit à un procès équitable, que l'Etat crée un système d'aide juridictionnelle gratuite ou un mécanisme de traduction pour les non nationaux¹¹⁵². Afin d'établir la filiation, ladite obligation peut aussi contraindre l'Etat à prendre des mesures qui garantissent à un enfant naturel les moyens d'avoir une vie familiale normale, de permettre la succession ou les libéralités et, enfin, pour assurer le droit à la vie, l'obliger de prendre des mesures préventives en adéquation avec la situation en cause¹¹⁵³. Dans cet élan d'effectivité, la Commission n'hésitait pas parfois à aller dans le sens contraire que la Cour pour pousser autant les Etats à modifier leurs droits internes que la Cour elle-même à revoir sa jurisprudence en fonction du contexte social. Sans aucun doute, alors que la Cour dans la décision *Rees* que la Convention en protégeant le droit de se marier selon l'article 12, la Convention vise le mariage classique entre deux personnes de sexe contraire, la Commission dans l'affaire *Cossey* soutient qu'il ne peut résulter de cette disposition qu'une capacité de procréer constitue une condition utile à la pratique du droit de se marier et qu'aux fins de cet article, le sexe biologique ne dépend pas de la capacité de procréer¹¹⁵⁴. Par conséquent, eu égard à ce dynamisme, il n'est pas incongru que dans l'affaire *Van Volsem* la Commission puisse reconnaître l'obligation positive de la Belgique à prendre des mesures qui assurent un logement, une fourniture d'électricité, un salaire minimum digne et également un droit à une vie de famille normale parce que leur pratique est remise en cause par la condition de pauvreté de la requérante. Le manque de ce dynamisme cristallise la Convention et

¹¹⁵⁰ Voir Cour EDH, *Airey*, arrêt précité, §26.

¹¹⁵¹ *Idem*.

¹¹⁵² Cour EDH, *Artico*, arrêt précité, §36 et *Oztürk*, arrêt précité.

¹¹⁵³ Voir respectivement Cour EDH, *Marckx*, arrêt précité ; *Johnston et al.*, arrêt précité et *Mme W c. Royaume-Uni*, arrêt [Pléniaire] du 28 février 1983, N°9348/81.

¹¹⁵⁴ Voir Cour EDH, *Rees c. Royaume-Uni*, arrêt [Pléniaire] du 17 octobre 1986, N° 9532/81, §49 et *Com. EDH, Cossey c. Royaume-Uni*, rapport du 9 mai 1989, N°10843.

contredit même la Convention qui, au-delà de la sauvegarde des droits conventionnels exige que soit assuré leur développement¹¹⁵⁵.

3. L'attachement à une conception dynamique dans l'application des droits de l'homme

694. La décision en cause restreint anormalement le domaine d'application du droit à ne pas subir un traitement inhumain et dégradant autant que du droit à la vie familiale selon les articles 3 et 8. Pour éviter un tel déni du droit à vivre dans des conditions dignes, la Commission, autant pour la Cour, devrait s'attacher à une approche dynamique dans l'application des droits de l'homme comme elle le fait depuis pour permettre l'inclusion des droits sociaux, même économiques.
695. D'une part, concernant l'article 3, tout d'abord, sa recevabilité devrait être indéniable, d'autant plus que la conception de ce droit par la Commission, depuis la définition par la Cour du traitement dégradant dans l'affaire *Tyrer*, élargit sa protection, au-delà des mauvais traitements, à la discrimination liée aux motivations raciales, à la défaveur sociale rattachée, sans visée discriminatoire, à une législation ou une réglementation dépassées et aux punitions corporelles en milieu scolaire¹¹⁵⁶. Sur ce fondement et celui de la méthode de protection indirecte des droits de la Convention, la Commission pouvait admettre que la vie de la requérante dans des conditions de misère peut constituer un traitement dégradant au nom de la dignité humaine comme la Convention en elle-même ne dispose pas d'un droit au logement ou d'un niveau de vie suffisant à l'instar de l'article 11 du PIDESC¹¹⁵⁷. Cette vision souple du droit à ne pas subir un traitement inhumain et dégradant aurait permis la recevabilité de la requête. Dépassant la recevabilité, la requête en l'espèce pouvait être recevable sur le bien-fondé du grief. Sans ambages, si la Commission a considéré comme un

¹¹⁵⁵ « (...) Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres, et que l'un des moyens d'atteindre ce but est la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; ». Préambule de la Convention.

¹¹⁵⁶ Pour la Cour, le traitement dégradant « humilie l'individu grossièrement devant autrui ou le pousse à agir contre sa volonté ou sa conscience ». La Commission le considère comme un traitement qui diminue une personne à ses propres yeux. Voir respectivement, Cour EDH, *Tyrer*, arrêt précité, §§29-30 et Com. EDH, *Patel*, décision (recevabilité) du 10 octobre 1970, N° 4403/70, Ann., 1970, p.929 ; X c. RFA, décision (recevabilité) du 15 décembre 1977, N°6699/74 et M et K Warwick c. Royaume-Uni, rapport du 18 juillet 1986, §§79-89.

¹¹⁵⁷ Voir Article 11 du PIDESC.

traitement dégradant des conditions de détention insalubres, comment n'a-t-elle pas transposé ce raisonnement à l'absence de lumière, d'eau chaude, de chauffage et considéré la rupture de fourniture d'électricité et la menace constante de nouvelles coupures ou l'exigence pour la requérante de trouver un crédit à la banque comme un contexte d'humiliation et d'affliction morale ?¹¹⁵⁸

696. D'autre part, sur l'article 8, la Commission a trouvé que ce droit est d'essence négative parce qu'il protège contre l'ingérence injustifiée de l'Etat dans la vie de l'individu et ne le contraint pas à agir positivement pour restaurer les conditions de vie dégradées. Cette justification est hideuse puisqu'elle ignore complètement la jurisprudence dynamique de la Cour en supposant qu'il n'existe pas en l'espèce ingérence de l'Etat et en rejetant le recours à l'obligation positive. Pour le professeur Sudre,

« c'est à bon droit, (...) que la requérante pouvait demander à l'Etat de prendre des mesures adéquates (faire rétablir l'électricité, aménager l'obligation de paiement des dettes, installer des appareils de chauffage non électriques) pour garantir l'exercice effectif de son droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile, mesures, somme toute, d'une nature similaire à celles que la Commission aussi bien que la Cour estiment propres à rendre acceptables les nuisances sonores causées par les avions »¹¹⁵⁹.

697. L'attachement à la conception dynamique aurait mené la Commission à reconnaître l'obligation positive de l'Etat en la matière et ce fait ne serait pas un déni de justice comme en l'espèce en considérant le caractère irrévocable de l'irrecevabilité. Toutefois, loin d'être la seule à reconnaître des droits en matière sociale au titre de la Convention, l'attitude de la Commission ressemble à celle de la Cour relativement à une allégation de risque d'un traitement inhumain et dégradant dans le renvoi d'une requérante malade du sida vers un Etat sans soins médicaux adéquats.

¹¹⁵⁸ Com. EDH, T. McFeeley c., décision (recevabilité) du 15 mai 1980, N° 8317/78.

¹¹⁵⁹ F. SUDRE, « La première décision Quart Monde... », article précité, p.353.

B. Le refus d'admission d'un risque d'un traitement inhumain et dégradant dans le renvoi d'une requérante séropositive vers un pays de destination sans soins médicaux adéquats

698. Ce refus peut s'illustrer avec le rejet de la demande d'une femme séropositive dans l'affaire *N. c. Royaume-Uni* (1)¹¹⁶⁰. Etant donné la mauvaise appréciation du risque du traitement inhumain et dégradant, ce refus est injustifié (2) et impose une protection juridictionnelle effective face à un tel risque (3).

1. L'illustration par l'affaire *N c. Royaume-Uni*, arrêt [Gr.Ch.] du 27 mai 2008, N° 26565/05 : le rejet de la demande d'asile d'une femme séropositive

699. Dans l'affaire *N. c. Royaume-Uni*, la Cour conclut qu'il n'y a pas atteinte à l'article 3 de la Convention relativement à l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants de la Convention dans l'hypothèse où la requérante serait renvoyée du Royaume-Uni vers son pays d'origine l'Ouganda où il n'est pas certain qu'elle y bénéficie d'un traitement médical adéquat, ce qui réduirait son expérience de vie car elle est malade¹¹⁶¹.
700. En réalité, la requérante N., ressortissante ougandaise, née en 1974, résidente à Londres arrive au Royaume-Uni le 28 mars 1998 avec un nom d'emprunt et le 31 mars 1998 une demande d'asile en son nom est faite par des *solicitors* alléguant qu'elle a été victime de mauvais traitements et violée en Ouganda par des individus liés au *Mouvement national de résistance* et qu'elle craignait pour sa sécurité et sa vie en cas d'expulsion. Gravement malade et hospitalisée dans les mois suivant son arrivée, elle est diagnostiquée en novembre 1998 du sida et d'une très forte immunodépression ; l'avis médical souligne que l'absence d'un traitement actif entraînerait un pronostic sinistre et une espérance de vie ne dépassant pas une année en cas de retour contraint en Ouganda où lui manqueraient des soins appropriés. Traitée par des remèdes antirétroviraux, son état de santé commence à s'améliorer.

¹¹⁶⁰ Voir Cour EDH, *N c. Royaume-Uni*, arrêt [G.Ch.] du 27 mai 2008, N° 26565/05.

¹¹⁶¹ Voir *Idem*.

701. Le 28 mars 2001, le ministre rejette sa demande d'asile pointant le défaut de crédibilité des allégations en l'absence d'éléments indiquant l'intérêt pour la requérante des autorités ougandaises et l'existence en Ouganda d'un traitement correspondant à celui de la plupart de pays africains et donnant accès aux antirétroviraux à des prix très subventionnés par l'ONU et des programmes bilatéraux sur le sida. Face à ce refus, la requérante fait un recours qui fut accepté par un *adjudicator* dès lors qu'il était lié à l'article 3 de la Convention, mais sa décision fut réfutée par la commission de recours en matière d'immigration en raison qu'il existe en Ouganda des traitements médicaux, toutefois inférieurs à ceux du Royaume-Uni. Saisissant sans succès la Cour d'appel et la Chambre des lords, la requérante va requérir le 22 juillet 2005 la Cour dont la Chambre se dessaisit le 22 mai 2007 au profit de la Grande Chambre qui tiendra son audience publique le 26 septembre 2007. Invoquant l'article 3 et l'atteinte à son droit au respect de la vie privée et familiale selon l'article 8 de la Convention, la requérante considère que son expulsion vers l'Ouganda entraînerait des souffrances tout en diminuant son espérance de vie, ce qui constituerait un traitement inhumain et dégradant. La Cour estimant qu'il n'y a pas lieu d'examiner l'article 8, elle conclut concernant l'article 3 qu'il n'emporte pas violation en cas de mise à exécution de l'expulsion de la requérante puisque les faits ne relèvent pas des circonstances très extraordinaires ou de considérations humanitaires impératives selon sa jurisprudence *D. c. Royaume – Uni*¹¹⁶². En effet, la Cour rappelle que non seulement les étrangers menacés d'expulsion n'ont pas le droit de rester sur le territoire d'un Etat partie à la Convention pour jouir des droits sociaux, notamment l'assistance et les services médicaux, sociaux ou autres, mais aussi que leur expulsion même en cas de risque de dégradation de leur situation et de diminution de leur espérance de vie ne suffit pas pour attester un traitement inhumain et dégradant. Pour elle, selon cette dernière jurisprudence, l'expulsion d'un étranger gravement malade physiquement ou mentalement dans un pays à traitement médical inférieur à un pays partie à la Convention ne peut entraîner un traitement inhumain ou dégradant que dans des situations très exceptionnelles où les exigences

¹¹⁶² Dans cette jurisprudence, il n'était pas acquis que le requérant, très gravement malade et semblant proche de la mort, puisse bénéficier de soins médicaux ou infirmiers dans son pays d'origine en l'absence d'un parent volontaire ou en état de prendre soin de lui, ne fut-ce que par l'hébergement, la nourriture et le soutien social. La Cour y avait conclu à la violation de l'article 3 quant à l'argument du requérant qu'il encourait un risque de subir un traitement inhumain et dégradant pour son mauvais état de santé. Voir Cour EDH, *D. c. Royaume-Uni*, 21 avril 1997, N° 30240/96.

humanitaires plaidant en défaveur de l'expulsion sont impérieuses. En outre, en dépit du fait que de nombreux droits ont des prolongements d'essence économique ou sociale, la Convention priorise la protection des droits civils et politiques en veillant toujours à garantir un juste équilibre entre les obligations d'intérêt général et la sauvegarde des droits fondamentaux des individus. L'évolution de la médecine et les écarts socio-économiques entre les États pouvant énormément expliquer la différence de niveau du traitement disponible entre l'État partie et l'État d'origine, il n'existe aucune obligation pour l'État partie de combler ces déséquilibres par l'illimitation et la gratuité des soins à tous les étrangers ne pouvant demeurer sur son territoire, sinon, ce serait faire peser une trop grande responsabilité sur les États membres. Finalement, bien que considérant l'affaire en l'espèce relative au renvoi d'une personne séropositive et ayant des affections liées au sida, la Cour souligne que les mêmes principes s'imposent à toute expulsion d'une personne - très gravement atteinte d'une maladie physique ou mentale de manière naturelle et pouvant créer des souffrances et douleurs et diminuer l'espérance de vie – et ayant besoin d'un traitement médical spécifique non facilement procurable dans son État d'origine ou procurable mais uniquement à un coût élevé.

702. Pour la Cour, bien qu'ayant demandé l'asile au Royaume-Uni et ayant été déboutée, la requérante ne soutient pas que son expulsion vers son pays d'origine lui fait encourir le risque de mauvais traitements volontaires à motivation politique, si ce n'est la gravité de son état de santé et le manque de traitement médical pouvant soigner sa maladie en cas de renvoi. Notant que selon l'expertise médicale son état serait stable en continuant son traitement par des antirétroviraux, que selon les juridictions nationales la privation d'un tel traitement causerait rapidement la dégradation de son état et la diminution de son espérance de vie, qu'il existe des traitements antirétroviraux en Ouganda selon l'Organisation mondiale de la santé mais bénéficiant surtout aux personnes aux ressources suffisantes dont la requérante allègue ne pouvoir faire partie en plus d'un manque de soutien familial, que les autorités britanniques lui ont fourni une assistance médicale et sociale sur fonds publics durant neuf ans de procédures de traitement de la demande d'asile, cela n'exige pas en soi que l'État défendeur soit contraint d'accorder une telle assistance. En définitive, si la Cour affirme que la qualité et l'espérance de vie de la requérante vont souffrir de son expulsion en Ouganda, elle souligne cependant qu'au moment de

prendre sa décision, celle-ci n'est pas dans un état grave. En conséquence, l'évaluation de la rapidité de la dégradation et de la possibilité d'obtention d'un traitement médical, d'un soutien et de soins, aussi de l'aide des proches comprend forcément une certaine spéculation si l'on tient compte du progrès continu dans le traitement du VIH et du sida dans le monde. Voilà qui explique que la situation de la requérante en l'espèce ne relève pas des circonstances extraordinaires pouvant mener au constat d'une violation de l'article 3 de la Convention.

2. Un refus injustifié par la mauvaise appréciation du traitement inhumain et dégradant

703. En reconnaissant que le cas de la requérante ne tient pas aux circonstances exceptionnelles pouvant permettre d'affirmer l'atteinte au droit de ne pas subir un traitement inhumain et dégradant, la Cour n'a pas bien apprécié la situation. Etant l'ultime recours pour la requérante, cette mauvaise appréciation illustre une sorte d'impossibilité d'accéder à une décision de justice juste devant la Cour en cette circonstance et traduit ainsi un déni de justice. En effet, juridiquement et factuellement, il existe incontestablement des motifs sérieux et avérés pour croire à un risque de traitement interdit dans le pays de destination de la requérante.
704. En premier lieu, juridiquement, il y a erreur de la Cour dans le fait de nier la violation de l'article 3 en énonçant qu'il faut conserver un seuil élevé pour confirmer un traitement inhumain et dégradant parce que le préjudice futur allégué résulte d'une maladie naturelle et du défaut des ressources adéquates pour y faire face dans le pays de destination et non d'un acte ou d'une omission intentionnelle de l'Etat défendeur¹¹⁶³. En effet, la dimension absolue du droit à ne pas subir un traitement inhumain et dégradant suffit de diverses manières à s'opposer à une telle appréciation.
705. Considérant le caractère absolu, concernant la provenance du préjudice futur, dans sa propre jurisprudence, la Cour a déjà souligné que le droit à ne pas subir un traitement inhumain et dégradant peut être applicable lorsque d'abord le risque provient de

¹¹⁶³ Voir §43 de l'arrêt en cause.

personnes ou de groupes de personnes n'étant pas forcément de la fonction publique et s'il est prouvé réellement que l'Etat de destination ne peut y faire face par manque de ressources adéquates¹¹⁶⁴. Bien plus, quand ce risque est lié à une maladie, physique ou psychique, la Cour reconnaît un seuil, appelé « seuil Pretty », en vertu duquel une souffrance causée par une maladie qui survient naturellement, physiquement ou mentalement, peut relever du droit à ne pas subir un traitement ou dégradant s'il y a danger qu'elle soit aggravée par un traitement dépendant des conditions de détention, d'expulsion ou d'une autre situation¹¹⁶⁵. Par conséquent, le principe du seuil élevé est applicable en cas de maladie survenant naturellement et si les ressources manquent dans l'Etat de destination et quand un seuil minimum de gravité selon le contexte spécifique de la cause est atteint. Toutes ces conditions réunies peuvent engager la responsabilité de l'Etat défendeur en cas d'expulsion.

706. Par ailleurs, l'aspect absolu du droit à ne pas subir un traitement inhumain et dégradant permet de contester l'inapplicabilité de l'article 3 par la Cour fondée sur la volonté intrinsèque de la Convention de toujours mettre en balance les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux. Si cette volonté d'équilibre entre ces intérêts est réelle, elle ne s'étend pas cependant à l'article 3 selon sa jurisprudence *Saadi* qui exige, d'une part, un examen préalable des conséquences probables d'un renvoi du requérant en tenant compte de sa situation et du contexte en cause et, d'autre part, l'interdiction de renvoi en cas de risque réel d'atteinte à l'article 3 pour son essence absolue¹¹⁶⁶.
707. Tenant toujours compte de cette dimension absolue, la justification de la Cour de la non-violation de l'article 3 par le fait que ce sera une très lourde charge sur les États contractants si en vertu de cette disposition ils étaient obligés de pallier les disparités en accordant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus de droit de séjour est regrettable¹¹⁶⁷. En effet, le requérant n'a jamais allégué cet argument et le soulever contredit l'essence même des droits conventionnels que l'on violerait constamment si pour en jouir il fallait uniquement considérer les paramètres politiques comme les obligations budgétaires. Force est de reconnaître que c'est

¹¹⁶⁴ Voir Cour EDH, H.L.R. c. France, arrêt [Gr.Ch.] du 29 avril 1997, N°24573/94, §40.

¹¹⁶⁵ Voir Cour EDH, *Pretty* c. Royaume-Uni, arrêt [Ch.] du 29 avril 2002, N°2346/02, §52

¹¹⁶⁶ Voir Cour EDH, *Saadi* c. Italie, arrêt [Gr.Ch.] du 28 février 2008, N°37201/06, §§ 130 et 138.

¹¹⁶⁷ Voir §44 de l'arrêt en cause.

faussetment que la Cour a soutenu, pour nier la violation de l'article 3, que la Convention ne protège fondamentalement que les droits civils et politiques, car, sa jurisprudence *Sidabras et Dziautas* reconnaît un versant social à cet instrument dans la même lignée que l'affaire *Airey*¹¹⁶⁸.

708. En second lieu, factuellement, des motifs sérieux et avérés que la requérante malade risque réellement de subir un traitement interdit dans le pays de renvoi existent. D'une part, soutenir que le fait que la requérante est en mesure de voyager n'est pas suffisant pour conjurer la qualification de son expulsion d'un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 de la Convention¹¹⁶⁹. S'il est avéré que d'un point de vue factuel le défaut de soins médicaux et de soutien psychologique dans le pays de renvoi sont déterminants pour confirmer l'atteinte à l'article 3 selon la jurisprudence *D c. Royaume-Uni*, il est possible de corroborer cette violation en l'espèce¹¹⁷⁰. La requérante risque la mort prématurée après un moment de très grandes souffrances physiques et morales en cas de son renvoi et ces faits extrêmes imposent des considérations humaines impérieuses¹¹⁷¹. En effet, les plus hautes autorités judiciaires du Royaume-Uni ont quasi-unaniment affirmé qu'une expulsion de la requérante causerait sa mort dans un temps bref et, ceci est assez pour prouver qu'elle encourt un risque de traitement interdit par l'article 3 de la Convention¹¹⁷².

3. L'obligation d'une protection juridictionnelle effective en cas de risque d'un traitement inhumain et dégradant

709. Du moment que l'article 3 est un article indérogeable et qu'il accorde une protection absolue, une mesure de renvoi qui fait courir au justiciable un risque au sens de cette disposition est donc prohibée de façon absolue¹¹⁷³. Vu ce caractère absolu, l'espoir

¹¹⁶⁸ Voir Cour EDH, *Sidabras et Dziautas c. Lituanie*, arrêt [Sect.2] du 27 juillet 2004, Nos 55480/00 et 59330/00, §§42-47 et *Airey c. Irlande*, arrêt [Ch.] du 9 octobre 1979, N° 6289/73.

¹¹⁶⁹ Voir Point 20 de l'opinion dissidente en l'espèce commune en l'espèce des juges TULKENS, BONELLO et SPIELMANN.

¹¹⁷⁰ Voir Cour EDH, D., décision précitée, §53.

¹¹⁷¹ Voir Point 23 de l'opinion dissidente commune en l'espèce des juges TULKENS, BONELLO et SPIELMANN.

¹¹⁷² Voir Points 23 et 24 de l'opinion dissidente commune en l'espèce des juges TULKENS, BONELLO et SPIELMANN.

¹¹⁷³ O. DELAS, « La création du principe de non-refoulement en droit international des droits de la personne par la Cour européenne des droits de l'homme : un chef-d'œuvre à protéger », RQDI, 2020, Hors-Série, p.402.

de voir une évolution de la jurisprudence ne limitant plus l'atteinte du droit de ne pas subir un traitement inhumain et dégradant aux « cas très exceptionnels », par une interprétation large d'une « circonstance humanitaire exceptionnelle » était permis, mais s'est envolé avec la radiation du rôle consécutivement à un règlement amiable de l'affaire *Josef c. Belgique* dont le renvoi en Grande Chambre était normalement envisagé le 18 février 2013¹¹⁷⁴. En dépit de cela, les exigences de la Convention sont d'essence de la garantie et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique en vertu de la prééminence du droit, l'un des principes essentiels d'une société démocratique, inséparable de l'ensemble des dispositions de la Convention¹¹⁷⁵. Lorsqu'il est tenu compte de l'importance que la Cour attache au droit à ne pas subir un traitement inhumain et dégradant et de l'essence irréversible du dommage potentiel pouvant résulter en cas de risque de mauvais traitement, notamment dans la situation où un Etat partie veut expulser un étranger vers un territoire où existent des motifs sérieux de penser qu'il court un tel risque, la Convention, en vertu de l'article 13, exige que le concerné puisse accéder à un recours effectif de plein droit suspensif¹¹⁷⁶. Le recours est effectif selon la conception de la Cour, lorsqu'il fait l'objet d'un contrôle attentif par un organe juridictionnel national compétent, contrôle absent en l'espèce par le rejet expéditif de la demande de la requérante en cause que la Cour n'a pas compensé en minimisant le risque de traitement inhumain et dégradant¹¹⁷⁷. Cette exigence de protection juridictionnelle effective n'est pas que l'apanage de la Cour, elle est aussi suggérée en cas de risque d'un traitement inhumain et dégradé par la Cour de justice dans l'Union européenne, notamment dans sa jurisprudence *Abdida* où elle relève que

« L'effectivité du recours exercé contre une décision de retour dont l'exécution est susceptible d'exposer le ressortissant en cause de pays tiers à un risque sérieux de

¹¹⁷⁴ Dans cette affaire, la requérante invoquait l'impossibilité de faire valoir l'extrême urgence considérant son accompagnement par des enfants mineurs et qu'elle ne pouvait connaître l'arrestation, ni la détention ou l'expulsion. Dans ces circonstances, elle n'avait en droit belge, contre l'obligation de quitter le territoire, aucun recours suspensif de plein droit selon la jurisprudence de la Cour relative à l'article 13 combiné à l'article 3 de la Convention. Voir Cour EDH, *Josef c. Belgique*, arrêt [Sect.5] du 18 décembre 2012, N°70055/10.

¹¹⁷⁵ Voir Cour EDH, *Conka c. Belgique*, arrêt [Sect.3] du 5 février 2002, N°51564/99, §83.

¹¹⁷⁶ Voir Cour EDH, *Gebremedhin c. France*, arrêt [Sect.2] du 26 avril 2007, N°25389/05, §63.

¹¹⁷⁷ Voir Cour EDH, *Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt [Gr.Ch.] du 15 novembre 1996, N°22414/93, §§79 et 145 ; *Jabari c. Turquie*, arrêt [Sect.4] du 11 juillet 2000, N° 40035/98, §50 et *M. SINKONDO*, « Le fabuleux destin de l'article 13 de la CEDH et ses suites heureuses pour les garanties individuelles », RRJ, 2005-1, p.251.

détérioration grâce et irréversible de son état de santé exige, dans ces conditions, que ce ressortissant de pays tiers dispose d'un recours avec effet suspensif »¹¹⁷⁸.

710. Il est vrai que la reconnaissance de la marge d'appréciation aux Etats parties est concevable dans certaines matières, comme la matière pénale, où le juge peut, selon la conception qu'il se fait de la gravité du cas, déterminer la peine entre le minimum et le maximum envisagés par la législation. Cependant, comme l'énonce le juge Meyer, « *lorsqu'il s'agit des droits de l'homme, il n'y a pas de place pour une marge d'appréciation qui permettrait aux Etats de déterminer ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas. En cette matière, la limite à ne pas franchir doit être aussi nette et claire que possible* »¹¹⁷⁹. La netteté et la clarté de la limite infranchissable peut pratiquement impliquer pour la Cour de suggérer en vertu du caractère absolu de l'article 3 une obligation de report du renvoi des ressortissants étrangers en situation de maladie grave comme proposé par l'article 9§2 sous a) de la directive retour qui dispose que « *les Etats membres peuvent reporter l'éloignement pour une période appropriée en tenant compte des circonstances propres à chaque cas* » ou de « *l'état physique ou mental du ressortissant d'un pays tiers* ». Ceci aura pour conséquence de contrer la possibilité d'un renvoi dans un pays ne pouvant offrir une protection adéquate face au risque réel d'un traitement inhumain et dégradant.
711. Face au refus d'admettre un risque de traitement inhumain et dégradant en l'espèce et son caractère injustifié par une mauvaise appréciation de la Cour, il est important que la Cour veille à garantir une protection juridictionnelle effective afin d'éviter le déni de justice. En plus de cela, l'attachement de la Cour à une interprétation dynamique de la Convention est aussi la solution face à l'exclusion juridico-sociale et économique de l'individu résultant du refus de reconnaître un droit des requérants à une vie dans des conditions dignes. Ainsi s'analyse la manifestation du déni de justice par la Cour en matière sociale. Une telle attitude la Cour ne se limite pas qu'en cette matière, le droit à un environnement sain semble parfois impossible à être reconnu aux justiciables devant son office.

¹¹⁷⁸ CJUE, Centre d'action social d'Ottignies-Louvain-la-Neuve c. Moussa Abdida, Aff. C-562/13, pt. 50.

¹¹⁷⁹ Voir Opinion dissidente du juge MEYER dans Cour EDH, Z. c. Finlande, arrêt [Ch.] du 25 février 1997, N° 22009/93 et N. KLAUSSER, « Etrangers malades et droit de l'Union européenne : Entre accroissement et restriction des garanties juridiques », La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 09 janvier 2015. Consulté le 23 avril 2024.

Section 2. La difficile reconnaissance d'un droit à un environnement sain

712. Etant donné l'inexistence formelle d'un droit à un environnement sain au sein de la Convention, comprendre l'origine de l'émergence de la protection d'un tel droit en droit conventionnel est important (§1). En effet, ce n'est qu'en partant de cette émergence qu'il est possible de prouver manifestement la difficulté de reconnaître un droit à un environnement sain devant la Cour (§2).

§1. L'émergence du droit à un environnement sain dans la protection de la Convention

713. En énonçant dans son principe 1 que « l'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être », la Déclaration de Stockholm du 16 juin 1972 a considéré l'environnement comme une exigence pour l'exercice de droits de l'homme comme la liberté, l'égalité et les conditions de vie satisfaisante et non comme un droit subjectif. Effectivement, dans sa qualification, ce principe se rapporte à la liberté, l'égalité et le droit à des conditions de vie satisfaisantes. Il comprend l'environnement comme le contexte de déploiement des droits fondamentaux. Par conséquent, il ne qualifie pas dans l'ensemble l'environnement de « *fondamental* » mais plutôt le droit, dans un environnement de qualité, de jouir de la liberté, de l'égalité et de conditions de vies satisfaisantes, ce qui est plus restrictif ¹¹⁸⁰. Cette lecture marque les organes de la Convention, d'abord la Commission en partant de sa décision *Arrondelle c. Royaume-Uni* du 15 juillet 1980 et, ensuite la Cour qui la développe dans l'optique d'une nature « *indésirable* » plutôt que celle « *désirée et idéalisée* »¹¹⁸¹. Dans cette évolution, il y a eu urgence de protection de l'homme en danger face à la menace de la technologie et de la nature,

¹¹⁸⁰ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Droit à la protection de l'environnement et droits fondamentaux », in V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. GHEZALI et S. KARAGIANIS (dir.), *Environnement et renouveau des droits de l'homme : Actes du colloque de Boulogne-sur-Mer, 20-21 novembre 2003*, La Documentation française, 2006, p.19. Dans une même perspective, voir D. SHELTON, « Human Rights and the Environment: What specific Environmental Rights Have been Recognized? », *Denv. J. Int'l L. &*

¹¹⁸¹ P. BAUMANN, *Le droit à un environnement sain et la Convention...*, op.cit., p.1.

la « *technonature menaçante* » pour emprunter les termes des Larrère¹¹⁸². Ainsi, au lieu d'une protection de la nature pour elle-même, il est désormais tenu compte de plusieurs défis composites pour garantir l'évolution des droits de l'homme ; la Cour les appelle « *problèmes d'environnement* », à tel enseigne que ce droit à l'environnement apparaît moins comme un droit en faveur de l'environnement mais plutôt en faveur de l'« *environné* » qu'est l'homme¹¹⁸³. Dès ce moment où le fondement des préventions en la matière devient l'homme dont l'existence est subordonnée aux conditions de son milieu, la protection conventionnelle va se déployer aux préoccupations environnementales grâce à l'approche dynamique de la Cour (A) et l'environnement va se confirmer comme un élément des droits de l'homme et l'évolution de sa protection va donc logiquement s'aligner directement dans le processus de ces derniers (B).

A. Le déploiement de la Convention aux préoccupations environnementales

714. L'approche dynamique de la Convention reconnue à la seule discrétion de la Cour et recourant à des méthodes fondées principalement sur la progression normale d'une notion, d'un droit ou d'un principe fondamental, est celle qui va permettre de déployer la protection de la Convention aux préoccupations de l'environnement¹¹⁸⁴. Ces préoccupations vont notamment viser les pollutions et les nuisances d'une part (1) ainsi que les risques environnementaux et les catastrophes écologiques d'autre part (2).

¹¹⁸² C. LARRERE et R. LARRERE, *Du bon usage de la nature : pour une philosophie de l'environnement*, Alto, Aubier, 1997, p.168.

¹¹⁸³ Voir Cour EDH, *Lopez Ostra c. Espagne*, arrêt [Ch.] du 9 décembre 1994, N° 16798/90, §53 ; *Hatton et al. c. Royaume-Uni (II)*, arrêt [Gr.Ch.] du 8 juillet 2003, N° 36022/97, §120 et

¹¹⁸⁴ Pour P. ROLLAND, l'approche dynamique est celle qui « mobilise des techniques qui s'appuient 'essentiellement sur le développement logique d'un concept, d'un droit ou d'un principe fondamental, qui est laissé à la discrétion du juge' ». P. ROLLAND, « Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme ». In D. ROUSSEAU et F. SUDRE (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, Paris : STH, coll. « Grands colloques », 1990, p.71.

1. L'élargissement de la sauvegarde aux pollutions et nuisances

715. Selon la Cour, les pollutions et nuisances induisent des « atteintes à l'environnement », à savoir, des dommages environnementaux à dimension certaine ou actuelle ne pouvant être une preuve d'un aspect spécifique du préjudice, mais tout simplement le constat de son existence étant donné que sa preuve est à la charge du requérant¹¹⁸⁵. Rattacher ces atteintes à la Convention se fait par la méthode jurisprudentielle de protection indirecte ou par ricochet aidant à élargir l'étendue de la Convention aux domaines qu'elle ne garantit pas pour s'adapter à certaines singularités¹¹⁸⁶. La protection par ricochet ouvre l'application de la Convention aux questions non envisagées par ses rédacteurs, comme le cas des problèmes environnementaux. Bien évidemment, adoptée en opposition aux violences nazies pour promouvoir la dignité de l'homme et consolider un réel acte constitutionnel de l'Europe fondé sur la trilogie « droits de l'homme - Etat de droit – démocratie », la Convention ne reconnaît pas expressément ou formellement un droit à l'environnement dont la prise de conscience ne date que de la *Déclaration de Stockholm* du 5 au 16 juin 1972 pour ensuite connaître une consécration textuelle à l'échelle internationale, régionale et nationale¹¹⁸⁷. En effet, nonobstant ces avancées, au niveau du Conseil de l'Europe, aucune proposition d'inclure dans la Convention le droit à l'environnement n'a pu aboutir, même au moyen d'un texte additionnel, si ce n'est l'existence d'un *Manuel sur les droits de l'homme à l'environnement* pour vulgariser la sauvegarde indirecte assurée en la matière et résumer les droits comme interprétés par la Cour¹¹⁸⁸.

¹¹⁸⁵ « Dire que le dommage doit être 'certain' n'est pas affirmer un caractère particulier du préjudice, mais constater qu'il doit exister et que sa preuve doit être apportée par le demandeur ». G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil : Les conditions de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 4e éd., 2013, n°119-120.

¹¹⁸⁶ V. notamment S. HENRY, *L'efficacité des mécanismes du règlement des différends en droit international de l'environnement*, thèse de doctorat, Université de Nantes, 2011.

¹¹⁸⁷ « Née de la volonté, en réaction contre les atrocités nazies, d'affirmer la dignité de l'homme et de fonder une véritable charte constitutionnelle de l'Europe sur le triptyque droits de l'homme-Etat de droit-régime démocratique ». F. SUDRE, « La protection du droit à l'environnement par la Convention européenne des droits de l'homme ». In J.-C. MASCLÉT (dir.), *La Communauté européenne et l'environnement : 8^{ème} colloque de la CEDECE*, tenu à Angers les 6 et 7 octobre 1994, La Documentation française, 1997, pp.209-222, spéc. p.209. Voir sur la consécration textuelle, Convention d'Aarhus des 23-25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière environnementale ; Article 11§1 du Protocole du 17 novembre 1998 additionnel à la Convention interaméricaine des droits de l'homme et l'article 24 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 26 juin 1981 ; l'article 38 de la Charte arabe des droits de l'homme du 15 mars 2008, M. DEJEANT-PONS, « L'insertion du droit de l'homme à l'environnement dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme », RUDH, 1991, Vol.3, n°1, pp. 461, M. DEJEANT-PONS, « Les droits de l'homme dans le cadre du Conseil de l'Europe », RTDH, 2004, n°60, pp.861-888 et M. F. DELHOSTE, « L'environnement dans les Constitutions modernes », RDP, 2004, n°3, p.441.

¹¹⁸⁸ Voir H. STEIGER, « Le droit à un environnement humain. Proposition pour un protocole additionnel à la

Conscients de l'écueil politique que représente l'insertion par la porte d'un droit de l'homme à l'environnement dans la Convention au moyen d'un texte additionnel, les organes de la Convention vont le faire par la fenêtre¹¹⁸⁹. Ainsi, à travers l'interprétation par ricochet, la Cour va s'efforcer d'étendre à la Convention la protection des matières n'en faisant pas partie intégrante logiquement d'un point de vue matériel et, de cette façon, parce qu'elles ont des conséquences négatives sur la jouissance des droits conventionnels, les atteintes à l'environnement vont être concernées. Par rapport à ces conséquences, notamment sur le droit à la vie privée ou le droit de propriété, la Cour va énoncer que « *la Convention ne reconnaît pas expressément le droit à un environnement sain et calme, [...] lorsqu'une personne pâtit directement et gravement du bruit ou d'autres formes de pollution, une question peut se poser sous l'angle de l'article 8* », ni le « *l'article I du Protocole ne garantit pas, en principe, le droit au maintien des biens dans un environnement agréable [...]. Il est vrai que des activités susceptibles de causer des problèmes environnementaux peuvent affecter lourdement la valeur d'un bien immobilier ou même le rendre invendable et constituer en conséquence une expropriation partielle* »¹¹⁹⁰. Par ailleurs, force est de relever qu'il ne s'agit pas de n'importe quelle conséquence sur la jouissance d'un droit protégé par la Convention : il faut une conséquence, ou autrement une répercussion ou une incidence, directe¹¹⁹¹. Ce caractère direct est la limite de cette technique de protection par ricochet par l'indifférence de la Cour qu'il

Convention européenne des droits de l'homme ». In Groupe de Travail pour le droit à l'environnement, *Beitrag zur Umweltgestaltung*, Conférence ministérielle sur l'environnement réunie à Vienne, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1973, Heft A, 13 ; Comité des Ministres, *Action future du Conseil de l'Europe en matière de protection de l'environnement*, Réponse Doc. 8892 ; CONSEIL DE L'EUROPE, *Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement*, éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1^{ère} éd., 2006 ; CONSEIL DE L'EUROPE, *Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement*, éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2^{ème} éd., 2012 et CONSEIL DE L'EUROPE, *Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement*, éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 3^{ème} éd., 2022.

¹¹⁸⁹ Voir J.-P. MARGUÉNAUD, « De l'identité à l'épanouissement : l'environnement sain ». In F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme : Actes du Colloque des 26 et 27 novembre 2004 organisé par l'IDEDH*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit et justice », 2005, pp.217-230, p.218 et C. PICHERAL, « L'hypothèse d'un « droit à » l'environnement ». In Faculté de droit de Montpellier, Centre de droit de la Consommation et du Marché, *Perspectives d'un droit privé de l'environnement – A la recherche du statut juridique du « bioacteur »?*, Actes du Colloque des 11 et 12 septembre 2008, BDEL, n°19, 2009, pp.61-70, p.62.

¹¹⁹⁰ Voir parmi d'autres Cour EDH, *Hatton et al. c. Royaume-Uni* (II), §96 et *Flamenbaum et al. c. France*, arrêt [Sect.5] du 13 décembre 2012, Nos 3675/04 et 23264/04, §133 (Article 8) et *Sefa Taskin et al. c. Turquie*, arrêt [Sect.3] du 10 novembre 2004, N° 46117/99 ; *James Moore c. Royaume-Uni*, décision du 15 juin 1999, N° 40425/98 ; *Stipe Cokaric et autres c. Croatie*, décision du 19 janvier 2006, N° 33212/02 et *David Zapletal c. République Tchèque*, décision du 30 novembre 2010, N° 12720/06 (Article 1 du Protocole I à la Convention).

¹¹⁹¹ Cour EDH, *Guerra et autres c. Italie*, arrêt [Gr.Ch.] du 19 février 1998, N° 116/1996/735/932, §57 ; *Fadeïva c. Russie*, arrêt [Sect.1] du 9 juin 2005, N° 55723/00, §§68 et 69.

crée quant au dommage subi par l'environnement en soi, sauf atteinte aux conditions de vie de l'homme comme le rappelle la jurisprudence *Ezbetia Platcha et autres contre la Pologne*¹¹⁹².

716. Considérant les incidences des dommages en matière environnementale sur la jouissance des droits de l'homme protégés par la Convention, la Cour prévoit des situations dans lesquelles la Convention est applicable pour motiver ses décisions et donner une dimension d'ouverture à ces droit¹¹⁹³. Ainsi, la sauvegarde indirecte du droit à l'environnement nécessite un procédé de qualification par la Cour appelant à surpasser l'irréductibilité entre l'axiome juridique de base, insuffisant, et les faits présentés au juge, à transcender concomitamment le droit et les faits pour lequel l'axiome en soi exige moins l'interprétation que le décalage entre la réalité et lui-même au point de créer une situation qui, résultant d'une norme juridique sondée par la Cour, permet de résoudre le cas qui lui est présenté et qui est nouveau dans le système juridique de base¹¹⁹⁴. Dans cet élan, dans l'affaire *Lopéz Ostra*, la Cour crée une nouvelle situation de la norme et, avec la situation un nouveau modèle juridique, celui des « *atteintes graves à l'environnement* », et ce, pour cerner plusieurs formes de dommages à l'environnement qui sont courants, attestés et précis, et le type de pollutions et de nuisances dans l'indistinction¹¹⁹⁵. Ces atteintes peuvent revêtir la nature sonore, soit écologique en touchant l'air, l'eau, le sol, ou passagère, lumineuse et électromagnétique¹¹⁹⁶.

¹¹⁹² Voir M. OSTBERG, The role of the European Court of Human Rights in enforcing environmental norms and principles, Mémoire de Master, University of Lund, 2006, p.50 et V. REBEYROL, L'affirmation d'un "droit à l'environnement" et la réparation des dommages environnementaux, Defrénois, 2009, p.12. Par ailleurs, dans cette jurisprudence, même si la Cour reconnaît que la Convention ne protège pas généralement l'environnement comme tel par ses dispositions, elle souligne qu'une question peut se poser sur le bien-être d'une personne en la privant de la jouissance de son domicile et en nuisant à sa vie privée et familiale ». Cour EDH, *Elzbieta Plachta et al. c. Pologne*, décision [Sect.4] du 25 novembre 2014, N°25194/08 et autres, §76

¹¹⁹³ Voir N. KRISCH, « The Open Architecture of European Human Rights Law », *The Modern Law Review* 2008, vol.71, n°2, pp.183-216.

¹¹⁹⁴ Le surpasement où, « c'est moins l'énoncé en lui-même qui appelle l'interprétation que l'écart entre lui et le réel ». A. PAPAUX, Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction : L'exemple du droit international privé, Bruylant, 2003, p.379 citant D. MAINGUENEAU, « L'interprétation des textes littéraires et des textes juridiques », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, 1995, p.71.

¹¹⁹⁵ « Il va pourtant de soi que les atteintes graves à l'environnement peuvent affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale, sans pour autant mettre en grave danger la santé de l'intéressé ». Cour EDH, *Lopéz Ostra c. Espagne*, arrêt [Ch.] précité, §51 et P. BAUMANN, *Le droit à un environnement sain et la Convention européenne...*, op.cit., pp.112 et 113.

¹¹⁹⁶ Voir P. BAUMANN, op.cit., pp.112-120.

2. L'expansion de la protection aux catastrophes écologiques

717. Concernant les catastrophes écologiques, c'est au travers de la méthode des obligations positives utilisée par la Cour que se déploie la protection de la Convention. Les obligations positives exigent que les Etats agissent, en plus de l'obligation négative de ne pas s'immiscer dans les droits conventionnels, i.e., l'Etat ne doit plus s'abstenir mais agir positivement au risque de se voir condamner s'il reste passif et inactif¹¹⁹⁷. La Cour mobilise cette approche dès l'applicabilité des droits de la Convention pour résoudre toute difficulté liée à l'hésitation sur la réalité de l'atteinte d'un droit ou sur les circonstances qui la créent¹¹⁹⁸. Par ce procédé, dans le champ du droit à la vie, la Cour a pu trouver applicable ce droit en matière environnementale sans considérer l'essence du risque ou de l'activité en cause, en ne s'en tenant immédiatement qu'à la quête de ses conditions de mise en œuvre. C'est le cas dans la jurisprudence *L.C.B. c. Royaume-Uni*, où le droit à la vie s'applique au danger supposé de la condition de santé de la requérante uniquement pour l'implication de son père dans les essais nucléaires entrepris sur l'île *Christmas* par le Royaume-Uni dans les années 1957 à 1958 ; la Cour va souligner :

*« L'intéressé se plaint [...] de ce que l'État défendeur n'a pas informé et conseillé ses parents ni surveillé sa santé avant qu'une leucémie ne soit diagnostiquée chez elle en octobre 1970, ce qui emporte selon elle violation de l'article 2 de la Convention. A cet égard, la Cour estime que la première phrase de l'article 2§1 astreint l'État non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction [...]. Nul n'a laissé entendre que l'État défendeur aurait délibérément cherché à provoquer la mort de la requérante. La Cour a donc pour tâche de déterminer si, dans les circonstances de l'espèce, l'État a pris toutes les mesures requises pour empêcher que la vie de la requérante ne soit inutilement mise en danger »*¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁷ Voir Cour EDH, Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique, arrêt [Pl.] du 2 mars 1987, N° 9267/81, §50 et Cour EDH, Airey c. Irlande, §32 et C. MADELAINE, La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme, Dalloz, Paris, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2014, pp.129 et s. et pp.274 et s.

¹¹⁹⁸ Voir F. SUDRE, « La Cour européenne des droits de l'homme et le principe de précaution », RFDA 1989, n°3, pp.785-812 et C. MADELAINE, La technique des obligations..., op.cit., pp.218 et s.

¹¹⁹⁹ Voir Cour EDH, L.C.B. c. Royaume-Uni, arrêt du 9 juin 1998, N° 23413/94, §36.

718. Les catastrophes écologiques que la Cour a pu cerner au moyen de l'obligation positive comprennent plusieurs éléments. D'emblée, elles supposent les risques environnementaux catégorisés, d'une part, dans un but préventif, en risque environnemental pur marqué par la certitude et un bon état de connaissance et « *déterminé dans le cadre d'une procédure d'évaluation de l'impact sur l'environnement* » et, d'autre part, dans un but de précaution, en risque environnemental équivoque relevant de l'hypothèse ou de l'incertitude¹²⁰⁰. Ensuite, elles comprennent les catastrophes écologiques proprement dites appelant dans l'ordre matériel une rupture violente pouvant provoquer des conséquences planétaires ou sur l'ensemble de l'espèce humaine, en d'autres termes, leurs effets surpassent l'individuel en exigeant un nouveau type de gouvernement de la population fondé sur le contrôle des mouvements d'information, le principe de prévention, sans oublier le principe de précaution¹²⁰¹. Véritablement, la corrélation entre les droits de l'homme et les catastrophes est indéniable, et ce, par l'impulsion de la Cour en manière naturelle pour faire face aux risques environnementaux à cause naturelle et incontrôlable par l'homme¹²⁰². Ces catastrophes peuvent être d'origine industrielle quand elles résultent « *d'activités à caractère industriel, dangereuses par nature* » ou d'origine naturelle quand elles « *échappent au contrôle de l'homme* »¹²⁰³.

¹²⁰⁰ Voir Cour EDH, *Guerra et autres c. Italie*, §57, C. HILSON, « Risk and the European Convention on Human Rights : Towards a new Approach », *Cambridge Yearbook of European Studies* 2009, vol.11, pp. 353-375 ; Cour EDH, *López Ostra c. Espagne*, §51, *Taskin et al. c. Turquie*, §113 (risqué environnemental pur) et *L.C.B. c. Royaume-Uni*, §§ 36 et 37 ; *Tatar c. Roumanie*, §96.

¹²⁰¹ Voir P. SÉGUR, « La catastrophe et le risque naturels. Essai de définition juridique », *RDP* 1997, n°6, pp.1693-1694 et 1702, M.-F. FEUERBACH-STEINLÉ, « Le droit des catastrophes et la règle des trois unités de temps de lieu et d'action », *LPA* 28 juill.1995, pp.9-11, F. NEYRAT, *Biopolitique des catastrophes*, MF éditions, coll. « dehors », 2008.

¹²⁰² Voir CRIDEAU-OMIJ et al., *Les catastrophes et les droits de l'homme*, Programme « Les suds aujourd'hui », ANR, Rapport scientifique de fin de projet, déc.2013, pp. 338 et s ; P. SÉGUR, « La catastrophe et le risque naturels... », article précité, p. 1695 et Cour EDH, *Boudaïeva et autres c. Russie*, arrêt [Sect.1] du 20 mars 2008, Nos 15339/02 et autres, §§135 et 36.

¹²⁰³ Cour EDH, *Öneryildiz c. Turquie (II)*, arrêt [G.Ch.] du 30 novembre 2004, N°48939/99, §71 et §39 (catastrophe industrielle) et Cour EDH, *Boudaïeva et autres c. Russie*, arrêt précité, §§174 et 137 (catastrophe naturelle).

B. L'alignement naturel de la protection de l'environnement sur le processus de sauvegarde des droits de l'homme

719. Selon la jurisprudence de la Cour, l'alignement de la protection de l'environnement apparaît comme logique et implique la protection d'un « milieu » ou d'un point de jonction où la nature, comprise comme des éléments matériels, interagit avec la nature de la race humaine¹²⁰⁴. Dans cette optique, l'homme est protégé de certains éléments matériels externes pouvant nuire à la jouissance de ses droits les plus essentiels, et ceci, à tel point qu'il y a dépassement d'un droit à l'environnement et l'émergence d'un droit de l'homme à un milieu de vie garantissant sa sûreté, sa santé et sa tranquillité¹²⁰⁵. L'environnement est ainsi appréhendé subjectivement comme un cadre de vie de l'homme ou une sphère de liaison entre l'homme et son milieu¹²⁰⁶. Par conséquent, sa protection va se circonscrire à la sauvegarde du rapport de l'homme avec un domaine géographique de proximité (1) et être marquée par la garantie de certaines valeurs fondamentales de la Convention dont l'homme est le point de repère en tant que principal bénéficiaire (2).

1. La circonscription de la protection environnementale au variable domaine de proximité de l'homme

720. L'évolution de la sauvegarde de l'environnement par la Cour ressemble énormément à celle de l'environnement proche de l'homme dans les droits nationaux au point que l'environnement se confond sérieusement avec le voisinage¹²⁰⁷. Le développement de la notion de voisinage va se faire pour exprimer une matérialité plus grande encore,

¹²⁰⁴ Voir G. CANGUILHEM, *La connaissance de la vie*, Vrin, 1992, pp.165-197. Michel FOUCAULT l'entend comme un « point d'articulation où la nature au sens des éléments physiques M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population : Cours au collège de France (1977-1978)*, Gallimard/Seuil, coll. « Hautes études », 2004, p.24.

¹²⁰⁵ Pour PICHERAL, « plus qu'un droit à l'environnement, c'est l'image d'un droit à un milieu de vie, sûr, sain et calme qui semble se dessiner ». C. PICHERAL, « L'hypothèse d'un « droit à » l'environnement », article précité, p.64.

¹²⁰⁶ Voir B. GRIMONPREZ, « Le voisinage à l'aune de l'environnement ». In J.-P. TRICOIRE (dir.), *Variations sur le thème du voisinage*, PUAM, 2012, pp.141-159, spéc. p.159.

¹²⁰⁷ Voir ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La protection du voisinage et de l'environnement*. Travaux du congrès de Paris-Bordeaux, 28 mai-2 juin 1976, Publications Périodiques spécialisées, Lyon-Trévoux, 1979 ; E. DU PONTAVICE, « La protection juridique du voisinage et de l'environnement en droit civil comparé (1^{re} partie) », *RJE*, 1978, n°2, pp.147-171 et B. GRIMONPREZ, « Le voisinage à l'aune de l'environnement », article précité ; J.-P. MARGUÉNAUD, « les troubles de voisinage combattus par le droit au respect du domicile et de la vie privée », *RTD civ.*, 1996, p.507.

notamment l'existence de l'environnement dans son aspect géographique axé sur l'impératif de l'environnement contigu et à l'espace variant¹²⁰⁸.

721. Sur l'impératif d'un environnement contigu ou de proximité, la Cour peut contester un rattachement entre la pollution et l'atteinte à un droit conventionnel, comme l'article 8 ou l'article 1 du *Protocole 1* à la Convention à cause de l'éloignement entre l'origine de la pollution et la propriété du requérant ; c'est le cas de la jurisprudence *Atanasov*¹²⁰⁹. Ainsi, la Cour fait dépendre la validation d'une requête de la proximité spatiale entre l'origine de l'atteinte à l'environnement et la localisation spécifique du requérant, et ce, au point qu'une telle obligation devient indispensable pour qu'aboutisse une demande en matière environnementale devant son office¹²¹⁰. Pareillement, dans l'affaire *Hubert Caron* portant sur une demande des faucheurs volontaires soulevant une violation - de leur santé et de leur environnement - provoquée par les organismes génétiquement modifiés, la Cour va rétorquer sévèrement qu'

*« aucun des requérants ne réside à proximité de ces parcelles puisqu'aucun d'entre eux n'habite dans le département des Yvelines et que tous se sont spécialement déplacés à Guyancourt en car dans le cadre d'une action collective organisée par la Confédération paysanne. Dès lors, il ne semble exister aucune proximité géographique entre les parcelles d'OGM neutralisées par les requérants et leur domicile ou leur zone d'activité agricole ou viticole »*¹²¹¹.

¹²⁰⁸ Voir B. GRIMONPREZ, « Le voisinage à l'aune de l'environnement », article précité, p.154.

¹²⁰⁹ La Cour énonce que « le domicile et le terrain du requérant sont situés à une distance considérable de la source de pollution : sa maison est à environ un kilomètre du bassin de décantation et le terrain qu'il cultive est à environ quatre kilomètres ». Traduction de : « the applicant's home and land are situated at a considerable distance from pollution's source : his house is about one kilometer from the tailing pond and the land which he cultivates is about four kilometres away ». Cour EDH, *Atanasov c. Bulgarie*, arrêt [Sect.5] du 2 décembre 2010, N°12853/03, §76, RJE, 2011, n°4, p.564, chron. J.-P. MARGUÉNAUD.

¹²¹⁰ Cour EDH, *Atanasov c. Bulgarie*, arrêt [] du 2 décembre 2010, N°12853/03, §§67-73.

¹²¹¹ Cour EDH, *Hubert Caron et autres c. France*, décision du 29 juin 2010, N° 48629. Dans la même optique, la Cour va trouver manifestement mal fondée une requête des requérants arguant que l'édification d'un barrage aurait des effets négatifs sur leur intégrité physique et morale ainsi que leur vie dans un environnement sain. Cour EDH, *Aydin et autres c. Turquie*, décision [Sect.2] du 15 mai 2012, N° 40806/07, §28. Voir aussi dans le même sens parmi d'autres, Cour EDH, *Maria Isabel Ruano Morcuende c. Espagne*, décision [Sect.4] du 6 septembre 2005, N°75287/01 ; *Oluic c. Croatie*, arrêt [Sect.1] du 20 mai 2010, N° 61260/08 ; *Orlykowsky c. Pologne*, 4 octobre 2011, N°7153/07 ; *Vezyrgiannis c. Grèce*, arrêt [Sect.1] du 3 juillet 2012, N° 37992/08 et 8571/09 ; *Henryk Fuchs c. Pologne*, décision [Sect.4] du 11 décembre 2001, N° 33870/96 ; *Ioan Marchis et autres c. Roumanie*, décision [Sect.3] du 28 juin 2011, N°38197/03 ; *Moreno Gomez c. Espagne*, arrêt [Sect.4] du 16 novembre 2004, N° 4143/02 et *Katharina Luginbuhl c. Suisse*, décision [Sect.4] du 17 janvier 2006, N° 42756/02.

Cette approche est dans la continuité de celle qu’entreprenait à son époque la Commission qui, pouvait rejeter une demande s’opposant à la relance des essais nucléaires français à *Mururoa* en estimant que certains requérants résidaient à plus de 1000 km de l’endroit de ces essais à tel point qu’ils ne pouvaient pas arguer la violation¹²¹².

722. Le critère de proximité est crucial mais le domaine spatial de l’atteinte à l’environnement quant à lui change. La proximité dans la jurisprudence de la Cour tient à des situations diverses sous un angle géographique de sorte qu’elle se transforme à l’aune de l’élargissement des pollutions¹²¹³. Pour la mise en œuvre de la Convention, la proximité est davantage liée à la nature de la pollution ou au système d’expansion de la nuisance qu’à l’écart, qu’il soit tant d’une dizaine ou d’une centaine de mètres qu’à des kilomètres, entre l’origine de la pollution et le lieu d’atteinte ¹²¹⁴. Cependant, la zone géographique à proportion variable à prendre en compte peut aller au-delà de la proximité en devenant excessive jusqu’à atteindre approximativement 170 et même 2350 kilomètres, dans les jurisprudences respectives *L’Érablière A.S.B.L. c. Belgique* et *Okya et autres c. Turquie*¹²¹⁵. Dans la première affaire, malgré la distance énorme, la Cour trouve applicable la Convention en raison de « *l’intérêt général* » manifesté par « *l’environnement de Marche-Nassogne* » et qui était défendu par l’association face au projet d’extension d’une usine de déchets pouvant toucher 5 communes où habitent ses membres considérés comme des riverains¹²¹⁶. Dans la seconde affaire, bien que trouvant le risque encouru par les requérants non imminent ni extrêmement grave, vu la distance où ils se trouvent comparativement aux riverains des centrales, la Cour considère que leur intégrité physique est en cause¹²¹⁷. Ce

¹²¹² Voir Com. EDH, *Taura et autres c. France*, décision du 4 décembre 1995, N° 28204/95. Voir dans le même sens, Com.EDH, *E.A. Arrondelle c. Royaume-Uni*, décision du 15 juillet 1980, N° 7889/77 ; *Vearncombe et al c. Royaume-Uni et RFA*, décision du 18 janvier 1989, N°12816/87 ; *Richard John Powell c. Royaume-Uni*, décision du 17 octobre 1985, N°9310/81 et *Anthony Rayner c. Royaume-Uni*, décision du 16 juillet 1986, 9310/81.

¹²¹³ Voir B. GRIMONPREZ, « Le voisinage à l’aune de l’environnement », article précité, p.146.

¹²¹⁴ Voir Ibid., pp. 146-147 ; Cour EDH, *López Ostra*, arrêt précité (lieu d’épuration localisée à 12 mètres de la résidence de la requérante), *Giacomelli c. Italie*, arrêt [Ch.] du 2 novembre 2006, N° 59909/00 (lieu de traitement de déchets polluants localisé à 30 mètres du domicile de la requérante) ; *Dubetska et autres c. Ukraine*, arrêt [Sect.5] du 10 février 2011, N° 30499/03 (logements positionnés entre 100 à plus 400 mètres de terrils et d’une industrie produisant du charbon) ; *Fadeïeva c. Russie*, arrêt [Sect.1] du 9 juin 2005, N° 55723/00 (une usine d’acier localisée à 450 mètres de l’habitation de la requérante) ; *Flamenbaum et autres c. France* (quelques habitations positionnées jusqu’à 2, 5 kilomètres de la piste principale d’un aéroport) et *Bursa Barosu Baskanligii et autres c. Turquie*, arrêt [Sect.2] du 19 janvier 2018, N° 25680/05 (les requérants habitent au-delà de 7 kilomètres d’un endroit d’implantation des activités de l’entreprise Cargill).

¹²¹⁵ Voir Cour EDH, *L’Érablière A.S.B.L. c. Belgique*, arrêt [Sect.2] du 24 février 2009, N° 49230/07 et *Okay et al. c. Turquie*, arrêt [Sect.2] du 12 juillet 2005, N° 36220/97.

¹²¹⁶ Voir Cour EDH, *L’Érablière A.S.B.L.*, arrêt précité, §§28-30

¹²¹⁷ Voir Cour EDH, *Okay et al.*, arrêt précité, §§ 66 et 67.

dépassement de la zone géographique de proximité ne peut traduire définitivement pour la Cour son émancipation du critère de proximité, puisqu'il s'agit d'un droit d'essence procédurale dans la première jurisprudence, droit qui ne se rattache pas à l'examen substantiel de l'atteinte à l'environnement mais à l'objectif géographique circonscrit matériellement et visé par l'association¹²¹⁸.

2. Une protection marquée par la sauvegarde de certaines valeurs fondamentales de la Convention

723. Accordant une place centrale à l'homme, la protection conventionnelle de l'environnement émerge comme une sauvegarde de l'environnement des droits de l'homme, qui sont des valeurs fondamentales de la Convention, puisque sa visée n'est pas de protéger l'environnement en soi¹²¹⁹. Ces valeurs que sont la dignité humaine et la valeur marchande de la propriété foncière ne sont pas explicitement établies par la Cour mais sont « fondamentales » dans la mesure où elles assurent l'élargissement de certains droits de la Convention aux préoccupations environnementales.
724. D'une part, la dignité humaine innervant toute la Convention va garantir à l'homme le cadre de son existence face aux menaces environnementales¹²²⁰. La dignité en soi qui fait clairement défaut dans la Convention brille pourtant dans la jurisprudence de la Cour où elle apparaît comme étant « *de l'essence même de la Convention* » ; elle ne pouvait épargner la protection de l'environnement de l'homme puisqu'inhérente à l'humanité¹²²¹.
725. Dans cette jurisprudence, selon Maurer, la dignité a, premièrement, un caractère « *fondamental* », presque absolu, lorsque l'homme est confronté aux dangers d'atteinte

¹²¹⁸ Voir F. CABALLERO, Essai sur la notion juridique de nuisance, Thèse de doctorat, LGDJ, 1981, p.203 et Cour EDH, L'Érablière A.S.B.L, arrêt précité, §28.

¹²¹⁹ Voir Cour EDH, Kyrtatos c. Grèce, arrêt [Sect.1] du 22 mai 2003, N° 41666/98, §52.

¹²²⁰ Voir B. MAURER, Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme, La Documentation française, 1999

¹²²¹ Voir Cour EDH, Pretty, arrêt précité, §65 ; L. BURGOGUE-LARSEN, « La dignité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in L. BURGOGUE-LARSEN (dir.), La dignité saisie par les juges en Europe : Actes de la Journée d'études du 23 mai 2008 organisée par le Centre de Recherche sur l'Union européenne de l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris I Panthéon), Bruylant, coll. « Droit & Justice », 2010, p.55 et S. WALLAERT, « Entre permanence et transformation : La force et l'avenir de la dignité humaine », RRJ, 2010, N°2, p.676.

à l'environnement mettant en cause son intégrité physique¹²²². Inséparable de l'intégrité du corps, la dignité justifie ainsi son importance dans la sauvegarde individualisée de l'environnement pour l'homme par la Cour¹²²³. L'intégrité physique étant en cause dans l'affaire *Okyay* du fait de la pollution de l'environnement issue de gaz et de cendres provenant des centrales thermiques, la Cour va conclure que les requérants ont « *le droit de vivre dans un environnement sain et équilibré* » et d'être protégés préventivement de toute pollution par les autorités nationales¹²²⁴. Pour la Cour, il ressort incontestablement du « *droit à vivre dans un environnement sain et équilibré* », le droit pour l'individu à recevoir une protection idoine de son intégrité physique face aux dangers environnementaux¹²²⁵. Protéger l'intégrité physique tient essentiellement à protéger des droits considérés comme « intangibles », notamment le droit à la vie garanti dans l'article 2 de la Convention, c'est le pari même de l'atteinte à ce dernier droit lorsqu'il est rattaché aux problèmes environnementaux¹²²⁶. Pour résumer, il est possible de confirmer que l'intégrité physique ne se rattache exclusivement qu'au droit à la vie en matière environnementale, mais ce n'est pas définitif car un rattachement se fait aussi par le biais du droit à la vie privée de l'article 8 concernant l'« *intégrité physique et morale* »¹²²⁷. Simplement, le recours à l'article 2 s'impose en matière environnementale quand il y a la certitude de la gravité des atteintes et le recours à l'article 8 le cas échéant¹²²⁸.

726. La dignité a aussi un caractère « actué », en second lieu, selon ce même auteur, lorsqu'elle vise à instaurer une certaine qualité de vie, parce qu'elle suppose *des « actes véritablement humains »* pour se réaliser, spécialement des conditions externes permettant à l'homme d'agir¹²²⁹. Exiger une certaine qualité de vie sur le terrain de l'article 8 est une préoccupation de la Cour depuis sa jurisprudence *Powell*

¹²²² Voir B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine...*, op.cit., p.194.

¹²²³ Voir Point 6 de l'opinion concordante du juge ZUPANCIC dans Cour EDH, *Bacila c. Roumanie*, arrêt [Sect.3] du 30 mars 2010, N° 19234/04.

¹²²⁴ Voir Cour EDH, *Okay et al.*, arrêt précité, §§66-67.

¹²²⁵ Voir Cour EDH, *Taskin et al.*, §§131-132.

¹²²⁶ Voir Cour EDH, *Öneryildiz c. Turquie (II)*, précité, §98 et *Boudaïeva et autres c. Russie*, précité, §146.

¹²²⁷ Relativement à une affaire de pollution d'eau, la Cour souligne que « La notion de « vie privée » est un terme large qui ne se prête pas à une définition exhaustive. Elle couvre notamment l'intégrité physique et psychique d'une personne ». Traduction de: « the concept of 'private life' is a broad terme not susceptible to exhaustive definition. It covers, inter alia, the physical and psychological integrity of a person ». Cour EDH, *Otgon c. République de Moldavie*, arrêt du 13 septembre 2016, §15.

¹²²⁸ Voir E. NAIM-GESBERT, *Droit général de l'environnement*, Lexis Nexis, coll. « Objectif droit », 3éd., 2014, p.185.

¹²²⁹ Voir B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine...*, op.cit., p.52.

et *Rayner* avant qu'elle ne précise son contenu dans la fameuse jurisprudence *Lopez Ostra* pour finalement établir de manière consolidée dès l'affaire *Asselbourg et autres*, dans une visée de protection environnementale, un rapport entre la santé, le bien-être, le domicile et la qualité de vie¹²³⁰. La qualité de vie est une notion subjective, difficile à définir de manière concise : elle s'appréhende par certains éléments substantiels de l'homme impliquant son environnement physique¹²³¹. Le rapport tenu entre la garantie des droits de l'homme et l'exigence de dépolluer l'environnement pousse à ériger d'abord la santé humaine comme le premier élément parce que c'est le besoin humain le plus essentiel et prééminent¹²³². Toutefois, rigoureusement, pour la Cour, en matière environnementale, protéger la santé est différent de protéger l'intégrité physique. Incontestablement, l'« *intégrité physique et morale* » concerne davantage la protection de la santé contre les atteintes à l'environnement que l'« *intégrité physique* » qui elle, protège contre les dangereux dommages au corps susceptibles d'entraîner la mort¹²³³. La santé concerne en matière environnement des préoccupations provoquées ou aggravées par la pollution comme : les insomnies causées par le bruit et conduisant finalement aux problèmes neuro-végétatifs, les soucis d'allergie, d'asthme ou autres problèmes de respiration, etc.¹²³⁴. Outre la santé qui en est l'élément majeur, la qualité de vie suppose ensuite, dans une certaine mesure, de manière distincte, un certain bien-être, entendu comme l'aptitude individuelle à cultiver des systèmes d'organisation humaine substantiels pour mener une vie dans la dignité et la jouissance¹²³⁵. La jurisprudence *Lopez Ostra* exprime

¹²³⁰ Voir Cour EDH, *Powell et Rayner*, arrêt précité, §40 ; *Lopez Ostra*, arrêt précité, §§ 50 et 51 ; *Asselbourg et autres c. Luxembourg*, décision [Sect.2] du 29 juin 1999, N° 29121/95 ; *Fadeïeva c. Russie*, arrêt précité, §88 ; *Tatar*, arrêt précité, §§96 et 106 ; *Branduse c. Roumanie*, arrêt [Sect.3] du 7 avril 2009, N°6586/03, §67 et *Di Sarno et autres c. Italie*, arrêt [Sect.2] du juin 2009, N° 30765/08, §§ 81 et 108.

¹²³¹ Cour EDH, *Cordella et autres c. Italie*, arrêt [Sect.1] du 24 janvier 2019, Nos 54414/13 et 54264/15, §160 et *Ledyayeva et autres c. Russie*, arrêt [Sect.1] du 26 mars 2007, Nos 53157/99 et autres, §90.

¹²³² Voir opinion dissidente commune des juges COSTA, RESS, TURMEN, ZUPANCIC et STEINER dans Cour EDH, *Hatton et al. c. Royaume-Uni (II)*, arrêt [Gr.Ch.] précité.

¹²³³ Cour EDH, *Öneryildiz c. Turquie (II)*, arrêt précité ; *Boudaïeva et autres c. Russie*, arrêt précité. ; *Kolyadenko et al. c. Russie*, arrêt [Sect.1] du 28 février 2012, Nos 17423/05 et autres (ce sont des affaires où l'intégrité physique est invoquée en vertu de l'article 2 et le constat est l'inexistence du lien avec la protection de la santé en matière environnementale) et *Nadezhda Mikhaylovna Fadeïeva c. Russie*, 16 octobre 2003, N° 55723/00 et *Fadeïeva c. Russie*, arrêt précité.

¹²³⁴ Voir respectivement Cour EDH, *Martinez Martinez c. Espagne*, 18 octobre 2011, N° 21532/08 ; *Lopez Ostra c. Espagne*, arrêt précité ; *Tatar*, arrêt précité ; *Bacila c. Roumanie*, arrêt précité.

¹²³⁵ Le bien-être constitue « la capacité individuelle de développer des modes de fonctionnement humain fondamentaux, permettant de vivre une vie humaine, digne et sensée ». C. GUIBET-LAFAYE, « Bien-être », in M. MARZANO (dir.), *Dictionnaire du corps*, PUF, coll. « Dicos poche », 2007, p.130. Voir aussi P. STEICHEN, « évolution du droit à la qualité de vie. De la protection de la santé à la promotion du bien-être », RJE, 2000, N°3, p.361 et P. STEICHEN, « Le bien-être au cœur du droit à environnement sain. L'apport de la jurisprudence de la

clairement cette distinction en considérant que les violations du droit à l'environnement puissent atteindre « le bien-être » d'un individu en le privant de jouir de son domicile et en nuisant à sa vie privée et familiale, sans que cela ne mette en « grave danger » sa santé¹²³⁶. Finalement, la qualité de vie appelle un dernier élément impliquant une sphère de vie de l'individu où il se développe, à savoir, « le domicile »¹²³⁷. Inévitablement, il est clairement promu que tout homme dispose d'un lieu où il peut vivre en toute dignité et qu'il considère comme son domicile puisqu'il lui garantit de « *la sécurité et du bien-être personnels* »¹²³⁸. Le domicile emporte pour la Cour certaines conséquences environnementales : s'il suppose tout d'abord un espace physique précis où l'homme développe sa vie privée et familiale, il implique ensuite un lieu où celui-ci peut en jouir en toute tranquillité et enfin, il n'appelle pas uniquement des atteintes physiques ou matérielles, mais aussi celles immatérielles comme les « bruits », « émissions », « odeurs » et diverses « ingérences » le faisant émerger comme un constituant important de l'environnement de l'homme qu'il faut protéger de la pollution en veillant à sa salubrité¹²³⁹. La qualité de vie est inhérente au socle d'existence de l'homme, à savoir, son espace de vie, même lorsqu'il ne s'agit pas du domicile en tant que tel¹²⁴⁰. Par conséquent, le domicile peut apparaître constamment comme un espace de vie, sans pour autant que l'espace de vie selon la jurisprudence soit toujours un domicile et ne se confonde non plus avec la propriété qu'on peut posséder sans qu'on y établisse domicile¹²⁴¹.

727. D'autre part, concernant la propriété foncière, dans la mesure où les dangers environnementaux peuvent y porter atteinte, sa valeur vendable est protégée par les organes de protection conventionnelle. A son époque, la Commission a soutenu, dans de nombreuses décisions marquées par l'irrecevabilité, que si l'article 1 du Protocole

Cour européenne des droits de l'homme ». In M. TORRE-SCHAUB (dir.), *Le bien-être et le droit*, Publications de la Sorbonne, 2016, pp.41-54.

¹²³⁶ Voir Cour EDH, Lopez Ostra, §51. Voir aussi Cour EDH, Branduse c. Roumanie, précité, §67.

¹²³⁷ Cour EDH, Fadeïeva c. Russie, précité, §88 ; Jugheli c. Géorgie, arrêt [G.Ch.] du 13 juillet 2017, N°38342/05, §71

¹²³⁸ Pour la Cour, c'est « à l'évidence souhaitable que tout être humain dispose d'un endroit où il puisse vivre dans la dignité et qu'il puisse désigner comme son domicile ». Cour EDH, Chapman c. Royaume-Uni, arrêt [G.Ch.] du 18 janvier 2001, N°27238/95, §99. Voir aussi Cour EDH, Buckley c. Royaume-Uni, arrêt [Ch.] du 25 septembre 1996, N°20348/92, §76.

¹²³⁹ Voir Cour EDH, Moreno Gomez, arrêt précité, N°4143/02, §53.

¹²⁴⁰ Malgré sa détention à quelques mètres d'une décharge de la ville délaissée, la Cour soutient que la « qualité de vie » et le « bien-être » du détenu portent sur des questions concernant uniquement l'« espace de vie » dont celui dispose depuis longtemps. Cour EDH, Branduse c. Roumanie, arrêt précité, §67.

¹²⁴¹ Voir Cour EDH, Kolyandenko et al., arrêt précité, §67.

1 à la Convention ne protège pas théoriquement le droit à garder des biens dans un environnement agréable, il est possible que des nuisances sonores atteignant une certaine gravité et portant préjudice au prix d'un bien immobilier le rendent invendable ou inexploitable au point que la situation apparaisse comme une expropriation partielle¹²⁴². Corroborant cette conception, la Cour a eu à l'élargir aux questions environnementales de manière large en énonçant que

*« l'article 1 du Protocole1 ne garantit pas en principe, le droit au maintien des biens dans un environnement agréable [...]. Il est vrai que des activités susceptibles de causer des problèmes environnementaux peuvent affecter lourdement la valeur d'un bien immobilier ou même le rendre invendable et constituer en conséquence une expropriation partielle »*¹²⁴³.

728. Comme il est logique que la valeur d'un bien immobilier soit moyennement faible dans des lieux où la qualité de la vie n'est pas bonne à cause des pollutions ou des nuisances, la Cour tente de protéger l'aspect économique, exclusivement commercial, du droit de propriété, surtout dans l'optique où, en saisissant la Cour, certains requérants n'y voient que cette dimension indemnitaire¹²⁴⁴. L'approche conventionnelle, notamment sur l'aspect civil de l'article 6 manifeste sans ambages son attention pour des intérêts patrimoniaux et valide la valeur économique de la propriété privée immobilière parmi les intérêts les plus préservés en droit face aux risques environnementaux. Effectivement, la Commission considérerait déjà que l'existence des conséquences ou risques environnementaux peut bien être un facteur pouvant entamer la valeur de la propriété et mener à estimer comme étant de nature civile, selon l'article 6§1, le droit rattaché aux conditions environnementales de la propriété du demandeur¹²⁴⁵. La Cour s'inscrira par la suite dans la même logique

¹²⁴² Voir Com.EDH, Richard John Pwell c. Royaume-Uni, décision du 19 janvier 1989, N° 9310/81 ; Anthony Rayner c. Royaume-Uni, décision du 16 juillet 1986, N°9310/81 ; G.A. c. Suède, décision du 13 mars 1989, N°12671/87 et S. c. France, décision du 17 mai 1990, N° 13728/88.

¹²⁴³ Cour EDH, Huseyin Cahit Unver c. Turquie, décision du 26 septembre 2000, N°36209/97 (Pour la corroboration) et Sefa Taskin et al. c. Turquie, décision [Sect.3] du 29 janvier 2004, N° 46117/99.

¹²⁴⁴ Voir A.-M. PATAULT, Introduction historique au droit des biens, PUF, 1989, p.142 ; C. MOULY, « Place de la propriété parmi les droits de l'homme ». In M. FALQUE et M. MASSENET (dir.), Droits de propriété et environnement : Conférence internationale organisée par le Centre d'Analyse économique dans les locaux de l'Université de Droit, d'économie et des Sciences d'Aix-Marseille les 27, 28 et 29 juin 1996, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 1997, pp.34-41, spéc. pp.39-41 et J.-F. FLAUSS, « La banalisation du contentieux indemnitaire devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme », RTDH, 1996, pp.93-100.

¹²⁴⁵ Voir Com.EDH, Lennart et Gunny Zander c. Suède, rapport du 14 octobre 1992, §45. Voir aussi Cour EDH, Zander c. Suède, arrêt [Ch.] du 25 novembre 1993, N°14282/88, §§ 24-27.

concernant l'opposition d'une requérante par des voies de droit public à la délivrance d'une autorisation de bâtir sur des espaces voisins à sa propriété pour des nuisances que l'édification prévue provoquerait, en soutenant que l'article 6 dans son aspect civil était applicable contrairement à l'Etat défendeur qui contestait un tel caractère pour la dimension principalement publique de l'affaire¹²⁴⁶. Dans l'optique du droit à la propriété selon l'article 1^{er} du Protocole 1, la Cour considère uniquement la dépréciation matérielle de la valeur économique de la propriété privée et si nécessaire les règles conditionnant la sauvegarde du droit à l'environnement¹²⁴⁷. En perdant sa valeur lorsqu'elle se trouve dans un environnement à risque la rendant inexploitable, voire non profitable, la propriété privée est éventuellement dévaluée et sinistrée et, si elle est récupérable, elle ne peut être récupérée que du fait qu'elle constitue un bien important pour l'homme.

729. En matière environnementale, la sauvegarde de certaines valeurs fondamentales de la Convention, la dignité et la valeur marchande de la propriété foncière, combinée au fait que géographiquement cette sauvegarde se circonscrit au domaine variable de proximité de l'homme traduisent l'alignement naturel de la protection de l'environnement au processus de sauvegarde des droits de l'homme. Cet alignement vient à la suite d'un déploiement de la Convention aux préoccupations environnementales visant, par précaution, de part et d'autre, les pollutions et les nuisances ainsi que les catastrophes écologiques. Leur complémentarité fonde ainsi la recherche dans certaines situations concrètes d'une difficulté à reconnaître le droit à un environnement sain devant la Cour européenne des droits de l'homme dont il convient de cerner la manifestation.

¹²⁴⁶ La Cour trouve que la requérante « (...) voulut néanmoins éviter une atteinte à ses droits patrimoniaux, car elle estimait que les travaux sur les terrains attenants à sa propriété en compromettraient la jouissance et en réduiraient la valeur marchande. Compte tenu du lien étroit existant entre la procédure engagée par l'intéressée et les répercussions de l'issue de ladite procédure sur sa propriété, le droit en question revêtait un caractère un caractère « civil » ». Cour EDH, *Ortenberg c. Autriche*, arrêt [Ch.] du 25 octobre 1994, N° 12884/87.

¹²⁴⁷ Voir Cour EDH, *Couturon c. France*, arrêt [Sect.5] du 25 juin 2015, N° 24756/10, §37.

§2. La manifestation d'une difficile reconnaissance d'un droit à un environnement sain par l'interprétation défailante du principe de précaution

730. L'émergence, bien que difficile, du droit à un environnement sain par interprétation dynamique de la Convention s'inspire en priorité du droit international, notamment du principe de précaution ressortant du Protocole n°15 de la Déclaration de Rio énonçant que

« Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre au plus tard l'adoption de mesures effectives visant prévenir la dégradation de l'environnement ».

Il ressort de ce texte que le principe de précaution implique l'obligation d'adopter des mesures préventives face au risque incertain de dommages graves ou irréversibles à l'environnement. Face à ces exigences, la réception du principe de précaution par la Cour semble défailante, notamment « *fragmentaire* », en ce que si elle reconnaît l'existence d'un droit à un environnement sain en consacrant l'obligation d'adopter des mesures de prévention, elle peine à caractériser le risque encouru en exerçant son contrôle¹²⁴⁸. En réalité, dans la protection du droit à un environnement sain, la Cour peut manquer de précaution en étant confrontée aux risques d'exploitation des centrales nucléaires (A) et peut aller jusqu'à nier l'atteinte au droit à la vie privée et familiale face à la dégradation de l'environnement jouxtant une propriété privée (B).

A. Le manquement à la précaution face aux risques d'exploitation des centrales nucléaires pour les requérants

731. Face aux risques d'exploitation des centrales nucléaires, le manque de recours pour les requérants réclamant davantage de sécurité au niveau national est cautionné par la Cour, rendant ainsi difficile la reconnaissance d'une atteinte au droit à un environnement sain par l'affaiblissement du principe de précaution (1). La Cour

¹²⁴⁸ F. SUDRE, « La Cour européenne des droits de l'homme et le principe de précaution », RFDA, 2017, p.1039.

réitère cette attitude dans l'affaire *Athanassoglou*¹²⁴⁹ (2) et l'éviter nécessite qu'elle renforce le principe de précaution face à un risque (3).

1. L'absence de recours relative aux conditions de sécurité pour le renouvellement du permis d'exploitation d'une centrale nucléaire

732. En matière de renouvellement de l'autorisation d'exploitation d'une centrale nucléaire, il est arrivé parfois que la Cour ne reconnaisse pas aux requérants leur droit au recours quant aux conditions de sécurité à cet égard. Il s'agit par exemple de l'affaire *Balmer-Schafroth* contre la Suisse devant la Grande Chambre¹²⁵⁰ (a). Un tel défaut de recours puisqu'il résulte d'une interprétation défailante du principe de précaution par la Cour constitue un déni de justice (b).

a. L'illustration par l'affaire Balmer-Schafroth c. Suisse

733. Dans cette affaire, la Cour juge - après rejet de l'exception préliminaire du Gouvernement niant la qualité de victimes des requérants et le non-épuisement des voies de recours interne - que le droit à un procès équitable et le droit à un recours effectif ne sont pas applicables pour défaut de lien direct entre les risques provoqués par l'utilisation de l'énergie nucléaire reconnue par le droit suisse et l'allégation d'atteinte à l'intégrité physique des requérants.

734. Résidant dans des communes environnant la centrale nucléaire de *Mühleberg*, dans le canton de Berne en Suisse, et situées dans un espace de confinement de 4 à 5 kilomètres, les requérants - Balmer-Schafroth, M. Ueli Balmer-Schafroth, Mme Luise Baumann-Büchi, Mme Madeleine Pfander, M. Daniel Pfander, Mme Ursula Python-Hugener, M. Gianni Python, Mme Vreni Remund, Mme Ursula Wanner et M. Rainer Zur Linde – sont propriétaires ou locataires de leur habitation. Face à la demande - par une société d'exploitation de ladite centrale au Conseil fédéral suisse le 9 novembre 1990 et publiée le 4 décembre 1990 - de proroger pour un temps illimité

¹²⁴⁹ Voir Cour EDH, *Athanassoglou et autres c. Suisse*, arrêt précité.

¹²⁵⁰ Voir Cour EDH, *Balmer-Schafroth c. Suisse*, arrêt [G.Ch.] précité.

d'augmenter la production de 10%, plusieurs recours vont être adressés à l'Office fédéral de l'énergie en 1991 dont ceux des requérants pour la rejeter¹²⁵¹. Estimant sur le fondement de la législation liée à l'énergie que cette centrale ne répond pas aux exigences modernes de sécurité par des défaillances alarmantes et irréparables de construction, les requérants invitent les autorités à apporter des preuves additionnelles et à prendre des mesures conservatoires entretemps, tout en relevant que la décision du Conseil fédéral, bien qu'en premier et dernier ressort, est contestable en vertu de l'article 6§1 de la Convention puisqu'en rapport avec leurs droits civils¹²⁵². D'abord évincées par le département fédéral des Transports, des Communications et de l'Énergie relativement aux mesures provisoires et à la recherche de preuves complémentaires les 3 septembre 1991 et 23 juin 1992, ces demandes vont être rejetées le 14 décembre 1992 par le Conseil fédéral pour défaut de fondement et la prolongation de l'exploitation jusqu'au 31 décembre 2002 avec une production augmentée de 10% en s'appuyant sur l'expertise en matière nucléaire¹²⁵³. Pour le Conseil fédéral, non seulement les requérants proches de l'espace de confinement avaient qualité pour agir et la société remplissant les exigences légales avait droit au permis d'exploitation, mais encore bien que ne répondant pas à certaines exigences techniques modernes, certaines centrales pouvaient être gardées et modernisées pour un fonctionnement sécurisé¹²⁵⁴. Concernant l'allégation liée au droit à la vie garanti constitutionnellement, le Conseil fédéral s'appuyant sur la jurisprudence du Tribunal fédéral soutient qu'il n'y a atteinte qu'en cas de violation volontaire, et ce n'est pas l'hypothèse retenue pour la centrale nucléaire en l'espèce dès lors qu'elle prend toutes les mesures de sécurité semblables à celles d'autres centrales autorisées¹²⁵⁵.

735. Statuée en dernier ressort par le Conseil fédéral, l'affaire va être portée devant la Commission le 14 juin 1993 par les requérants alléguant le défaut d'accès à un tribunal et l'iniquité de la procédure devant le Conseil fédéral contrairement à l'article 6§1 de la Convention, sans oublier l'absence d'un recours effectif pouvant permettre de dénoncer devant une juridiction interne la prorogation de l'exploitation de la

¹²⁵¹ Voir Cour EDH, Balmer-Schafroth, arrêt précité, §§8 et 9.

¹²⁵² Idem, §9.

¹²⁵³ Voir Ibid., §§10-11.

¹²⁵⁴ Voir Ibid., §11.

¹²⁵⁵ Voir Idem.

centrale nucléaire contrairement à l'article 13¹²⁵⁶. Retenant la requête le 18 octobre 1995, la Commission affirme la violation des dispositions en cause sans distinction des questions¹²⁵⁷.

736. Par la suite, l'affaire va être déférée par la Suisse, État défendeur, à la Cour le 21 mai 1996 et ensuite par la Commission le 28 mai 1996 pour obtenir une décision quant à la question de connaître si les faits en l'espèce constituent un manquement de la Suisse aux obligations des articles 6§1 et 13 de la Convention¹²⁵⁸. Traitée d'abord en Chambre, celle-ci va ensuite se dessaisir le 13 décembre 1996 avec effet immédiat au profit de la Grande Chambre devant laquelle l'État défendeur va nier la violation de la Convention tandis que les requérants l'affirment quant aux articles 6 et 13 en exigeant réparation par procédure interne de révision¹²⁵⁹. Bien plus, l'État défendeur soulevant deux exceptions préliminaires quant au défaut de la qualité de victimes des requérants et l'absence d'épuisement de voies de recours internes, celles-ci sont rejetées par la Cour jugeant non seulement que si le Conseil fédéral a considéré les requêtes recevables c'est que les requérants sont victimes, mais également qu'il n'est pas nécessaire de répondre à la seconde exception à cause l'inapplicabilité de l'article 6§1¹²⁶⁰. L'article 6§1 n'est pas applicable en l'espèce pour la Cour pour l'hypothétique allégation des requérants en l'absence d'un lien direct, ténu et étroit, entre les conditions d'exploitation de la centrale dénoncées et le droit à la protection de leur intégrité physique, en effet, ils n'ont pas prouvé personnellement être exposés à un danger sérieux, précis et imminent à cause de la centrale¹²⁶¹. En d'autres termes, pour la Cour, les requérants se sont attelés à démontrer les défaillances techniques alléguées et l'urgence de diminuer à toute force les risques qui en résulteraient pour la population et l'environnement de manière globale. Pour elle, le Conseil fédéral ne faisait que vérifier l'observance des conditions dont la loi assortit l'autorisation de la prolongation demandée¹²⁶².

1256 Voir Ibid., §20.

1257 Voir Ibid., §21.

1258 Voir Ibid., §1.

1259 Voir Ibid., §§22-23.

1260 Voir Ibid., §§ 24, 26, 28 et 29.

1261 Voir Ibid., §40.

1262 Voir Ibid., §37.

b. Le rapport à une interprétation défailante du principe de précaution de l'absence de recours

737. Il convient de rappeler que le principe de précaution est un principe d'action qui, en « *l'absence de certitudes, compte tenu des conséquences scientifiques et techniques du moment* », interdit de « *retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées pour prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable* »¹²⁶³. Avec l'affaire en l'espèce, si pour le juge PETTITI, il y avait au départ l'espoir que la Cour fasse évoluer le droit international pour la protection des personnes en droit de l'environnement en consolidant le principe de précaution, force est de constater l'inverse, le désespoir et l'affaiblissement de ce principe¹²⁶⁴. En effet, par précaution, dans la mesure où les requérants, en l'espèce, exigent une protection face à la mise en cause de leurs droits pour parer au danger ou préjudice, ils devraient normalement en tant que victimes ou potentielles victimes bénéficier d'un recours effectif devant une juridiction indépendante et impartiale. Pourtant, ce n'est pas le cas pour la majorité de la Cour qui, en l'espèce, estime à tort « *trop ténu et lointain* » le rattachement entre la décision du Conseil fédéral et le droit invoqué par les requérants parce que ces derniers « *n'ont pas établi un lien direct entre les conditions d'exploitation de la centrale qu'ils ont mises en cause et leur droit à la protection de leur intégrité physique* » et, qu'en l'absence d'un tel lien, toute décision du Conseil fédéral portant sur les effets sur la population du fonctionnement de la centrale resterait hypothétique¹²⁶⁵.

738. La Cour n'a pas raison de conclure ainsi. Les conséquences de la prorogation du fonctionnement de la centrale ou le danger qui pouvait en résulter en l'espèce n'est pas hypothétique mais tient dans la possibilité d'une défailance de contrôle des mesures de sécurité lors du renouvellement de l'autorisation

¹²⁶³ J.-C. ANDRÉ, « Y-a-t-il une balance bénéfice-risque dans l'application du principe de précaution ? », Environ Risque Santé, 2019, Vol.18, spéc. p.197-199 et J.-C. ANDRÉ, « Principe de précaution/Principe d'innovation », Environnement, Risques et Santé, 2019/3, Vol.18, p.269, pp.269-270. En effet, « lorsque des incertitudes subsistent quant à la portée de risque pour la santé des personnes, les institutions peuvent prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées ». CJCE, Royaume-Uni c. Commission, 5 mai 1998, Aff. C-180/96, Rec., p.I-2265.

¹²⁶⁴ Opinion dissidente de M ; le juge PETTITI, obtenant ralliement de MM, Les juges GÖLCÜKLÜ, WALSH, RUSSO, VALTICOS, LOPES ROCHA ET JAMBREK dans Cour EDH, Balmer-Schafroth, arrêt précité.

¹²⁶⁵ Voir Cour EDH, Balmer-Schafroth, §40.

d'exploitation de ladite centrale, un domaine de dangers non seulement imminents ne se limitant pas qu'aux frontières internes mais également de dangers permanents comme le rappellent les conséquences de la catastrophe nucléaire de Tchernobyl datant du 26 avril 1986¹²⁶⁶. Par ailleurs, la majorité de la Cour a ignoré de donner les raisons pour lesquelles le lien était ténu et lointain mais aussi pourquoi les requérants devaient prouver l'imminence du danger. Sans nul doute, le recours était possible selon la jurisprudence propre à la Cour en la matière en relevant, premièrement, l'applicabilité de l'article 6 quand le droit mis en cause porte sur un caractère déterminant de la contestation et de ses implications, ensuite, par cette applicabilité, l'importance d'un recours effectif et surtout d'un accès à la justice pour exercer un recours pertinent devant une autorité judiciaire et, enfin, l'inexistence d'une autorité judiciaire et d'un tribunal indépendant et impartial, administratif ou judiciaire dans l'exécutif d'un État¹²⁶⁷. Véritablement, le lien n'était pas ténu ou lointain, même le Conseil fédéral ne soutient pas cela puisque les requérants ont démontré l'imminence du danger par le préjudice moral et matériel qui pouvait en résulter¹²⁶⁸. Bien plus, les requérants n'ont même pas eu l'opportunité d'argumenter sur l'imminence du danger et le risque qu'il présente pour eux devant une juridiction, le Conseil fédéral étant un « *exécutif gouvernemental* »¹²⁶⁹. Pourtant, quant à l'applicabilité de l'article 6, la jurisprudence de la Cour n'exige même pas d'emblée que le requérant puisse démontrer le risque ou ses conséquences, mais tout simplement que la contestation soit réelle et sérieuse et qu'il existe un risque et un préjudice potentiel¹²⁷⁰. Une telle jurisprudence manifeste la conscience de la Cour que le plein respect de la Convention dépend de l'obligation de l'Etat à prendre les « mesures législatives » ou « administratives » ou « judiciaires » « les plus aptes » à prévenir les atteintes aux droits et libertés¹²⁷¹. Sur l'applicabilité et l'effectivité ou l'accessibilité d'un recours,

¹²⁶⁶ Voir H. GRATIEN, Analyse de l'accident de Tchernobyl, Thèse d'exercice en Médecine vétérinaire soutenu à l'Université Toulouse 3, dirigé par P. BERNARD, 1988 et G. ACKERMAN, Traverser Tchernobyl, Editions Premier parallèle, Paris, 2022, 239p.

¹²⁶⁷ Voir Opinion dissidente de M ; le juge PETTITI, obtenant ralliement de MM, Les juges GÖLCÜKLÜ, WALSH, RUSSO, VALTICOS, LOPES ROCHA ET JAMBREK dans Cour EDH, Balmer-Schafroth, arrêt précité

¹²⁶⁸ Voir Idem.

¹²⁶⁹ Voir Idem.

¹²⁷⁰ Voir Cour EDH, Klass et autres c. Allemagne, arrêt [Pl.] du 6 septembre 1978, N°5029/71, §§35-38.

¹²⁷¹ « Pour assumer les obligations qui lui incombent quant à la protection des droits garantis, l'État doit adopter les mesures législatives, administratives et judiciaires « les plus aptes » à prévenir les violations des droits et libertés, même dans les rapports entre particuliers ». F. TULKENS, « Victimes et droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », Archives de politique criminelle, Editions Pédone,

contrairement à l'espèce, la Cour a souvent démontré sa fermeté, et ce, même lorsque les contestations portent des intérêts mineurs, en exigeant un contrôle juridictionnel suffisant au bénéfice des requérants par le biais d'un tribunal tant indépendant qu'impartial en conformité avec les exigences de l'article 6¹²⁷². Concernant l'action du Conseil fédéral, la Cour a ignoré l'exigence d'un contrôle juridictionnel interne en ne faisant pas de distinction entre l'acte de gouvernement, un terme que la Cour n'emploie pas clairement mais indirectement en l'espèce en évoquant la décision de nature politique sur le recours à l'énergie nucléaire, et les mesures relatives aux concessions, aux marchés publics et cahiers des charges, qui ne sont pas une prérogative souveraine de l'État et ne peuvent être exemptées du contrôle juridictionnel¹²⁷³. Sans doute, l'expérience de la seconde guerre mondiale de 1939 à 1945 ayant révélé, au mépris des droits de l'homme, les manquements des administrations ou des exploitants dans un domaine comme le nucléaire autant caractérisé par la raison d'État, les prérogatives du pouvoir, les intérêts et le lobbying, laisser entièrement le contrôle de la sécurité en la matière à un organe exécutif comme le Conseil fédéral est une imprudence¹²⁷⁴. Incontestablement, « *pour sauvegarder les démocraties* », la Convention désire « *instaurer un contrôle des actes administratifs pouvant entraîner des abus au préjudice des personnes* »¹²⁷⁵. Même si la majorité en l'espèce semble soutenir qu'un tel contrôle a eu lieu en relevant que la décision du Conseil fédéral « *s'apparentait plus à un acte juridictionnel qu'à une décision de politique générale* », il est indéniable que par essence cet organe « *n'est pas une juridiction au sens de la Convention* »¹²⁷⁶. L'applicabilité et le constat de violation en l'espèce devraient être une obligation pour la Cour, surtout que l'analyse du droit comparé européen en la matière démontre que les systèmes juridiques internes mobilisent de nombreuses voies de recours pour ce type de litiges et que, pour certains, les recours judiciaires ou administratifs jusqu'à l'organe juridictionnel

2002/1, N°24, pp.41-59, spéc. p.46.

¹²⁷² Voir Opinion dissidente du juge PETTITI, obtenant ralliement de MM, Les juges GÖLCÜKLÜ, WALSH, RUSSO, VALTICOS, LOPES ROCHA ET JAMBREK dans Cour EDH, Balmer-Schafroth, arrêt précité.

¹²⁷³ Voir Opinion dissidente de M. le juge PETTITI, obtenant ralliement de MM, Les juges GÖLCÜKLÜ, WALSH, RUSSO, VALTICOS, LOPES ROCHA ET JAMBREK et celle du juge FOIGHEL dans Ibid.

¹²⁷⁴ Voir Opinion dissidente du juge PETTITI, obtenant ralliement de MM, Les juges GÖLCÜKLÜ, WALSH, RUSSO, VALTICOS, LOPES ROCHA ET JAMBREK dans Cour EDH, Balmer-Schafroth c. Suisse, arrêt [G.Ch.] du 26 Aout 1997, N°67/1996/686/876.

¹²⁷⁵ Voir Idem.

¹²⁷⁶ Idem.

suprême ont conduit à l'arrêt des centrales thermiques ou au rejet de leur relance¹²⁷⁷.

739. L'absence d'un recours juridictionnel pour les requérants en la matière et le refus de la Cour de le leur reconnaître au motif que le risque et le préjudice matériel ou moral qu'ils peuvent subir de la défaillance dans l'exploitation de la centrale sont hypothétiques sont un manquement à l'exigence de précaution requise en matière environnementale. Cet affaiblissement est source de déni de justice parce qu'il empêche la protection d'un droit à un environnement sain par la Cour. Au regard des requérants, il s'agit d'un déni de justice dans la mesure où la Cour, en tant que juge ultime, ignore injustement et de manière définitive leur droit au contrôle juridictionnel des éventuels risques et dangers qu'ils peuvent encourir par la poursuite de l'exploitation de la centrale nucléaire.

2. La poursuite d'une interprétation défaillante du principe de précaution avec l'affaire Athanassoglou

740. Par ailleurs, force est de relever que l'affaiblissement du principe de précaution peut être reproché à la Cour par son contrôle dans l'affaire *Athanassoglou*¹²⁷⁸. Dans cette affaire, le droit national déterminant et l'essence des griefs fondés sur l'article 6§1 sont semblables à ceux de l'affaire *Balmer-Schafroth et autres*¹²⁷⁹. En effet, les requérants y contestent la décision du Conseil fédéral du 12 décembre 1994 de proroger l'exploitation de la centrale nucléaire de Beznau II en invoquant d'abord devant la Commission, saisie le 9 juin 1995, le défaut d'accès au tribunal en vertu de l'article 6§1 et de l'autre l'atteinte à leur droit à la vie et à l'intégrité physique en l'absence d'un recours effectif conformément à l'article 13 de la Convention¹²⁸⁰. Jugeant recevable leurs requêtes, la Commission va nier la violation de ces dispositions par un vote très serré d'une voix et deux respectivement pour les deux dispositions¹²⁸¹. Déférée à la Cour, le collège de la Grande Chambre jugera le 14 janvier 1999 que l'affaire doit être résolue par la Grande Chambre, du

¹²⁷⁷ Voir Idem.

¹²⁷⁸ Voir Cour EDH, *Athanassoglou et autres c. Suisse*, arrêt [G. Ch.] du 6 avril 2000, N° 27644.

¹²⁷⁹ Voir Ibid., §42.

¹²⁸⁰ Voir Ibid., §§2 et 9.

¹²⁸¹ Voir Idem, §2.

moins après désistement et radiation du rôle de certains requérants¹²⁸². Devant la Cour, les autres requérants se plaignent de n'avoir pas eu d'accès effectif au tribunal, au préjudice de l'article 6§1 de la Convention en reprochant particulièrement à l'État défendeur, la Suisse, de ne leur avoir accordé aucun recours juridictionnel pour contredire la légalité de la décision du Conseil fédéral d'accorder à la société « Forces motrices du Nord-Est de la Suisse » le permis d'exploiter sans limite temporelle la centrale nucléaire de *Beznau II*¹²⁸³. Contre l'exception préliminaire de l'État défendeur pour non-épuisement des voies de recours internes, la Cour souligne qu'il n'y a pas lieu de la joindre au fond puisqu'elle est étroitement rattachée à l'essence des plaintes des requérants sur le champ de l'article 6§1 de la Convention¹²⁸⁴. En effet, pour la Cour, c'est à chaque État membre de décider démocratiquement de la meilleure réglementation pour utiliser l'énergie nucléaire et ce n'est pas à elle de répondre à la question hypothétique pour connaître si les recours envisagés dans le code civil suisse avaient suffi pour remplir les conditions de l'article 6§1, si les requérants prouvaient personnellement être exposés à un risque sérieux, précis et imminent à cause du fonctionnement de la centrale nucléaire en cause¹²⁸⁵. Tranchant en définitive sur l'affaire en s'inspirant de principes de la jurisprudence *Balmer-Schafroth*, la Cour estime que l'article 6§1 n'est pas applicable en l'espèce puisque le terme de la procédure devant le Conseil fédéral était déterminant pour la problématique globale liée au prolongement de l'exploitation de la centrale ; toutefois, cette procédure ne porte pas sur une contestation des droits d'essence civile, comme les droits à la vie, à l'intégrité physique et au respect des biens, que le droit suisse reconnaissait à chacun des requérants¹²⁸⁶.

741. Comme pour l'affaire *Balmer-Schafroth*, exiger que les requérants démontrent que la menace liée à la prorogation de l'exploitation de la centrale nucléaire présente les caractères requis semble être une demande impossible à réaliser, d'autant que la démonstration de l'imminence de la menace est quasiment indémontrable même si l'installation est par essence néfaste et dans la mesure où toutes les catastrophes ayant eu lieu dans de nombreux pays dans ce domaine étaient

¹²⁸² Voir Ibid., §§4, 33 et 34.

¹²⁸³ Voir Ibid., §35.

¹²⁸⁴ Voir Ibid., §§36 et 37.

¹²⁸⁵ Voir Ibid., §54

¹²⁸⁶ Voir Ibid., §55.

clairement imprédictibles et surtout inattendues¹²⁸⁷. Ceci n'est pas l'essentiel : l'essentiel et le plus inquiétant dans cette affaire est le manque de recours juridictionnel qui en résulte, la décision du Conseil fédéral n'ayant pu être justiciable devant une juridiction nationale qui, normalement, aurait dû contrôler qu'il n'y avait pas de lien suffisamment ténu entre l'exploitation de la centrale et les droits des requérants, spécialement ceux à la vie et à leur intégrité physique¹²⁸⁸. Cette défaillance notée, la Cour, préférant substituer son examen judiciaire à celui d'un juge absent en droit national, a porté atteinte à la subsidiarité en jugeant *de facto* en première instance une demande demandant une évaluation technique et a déprécié la prééminence du droit en validant qu'un organe exécutif soit juge et partie¹²⁸⁹.

742. Face à la défaillante interprétation du principe de précaution en la matière, il y a urgence que la Cour puisse renforcer ce principe afin d'assurer l'effectivité du droit à un environnement sain.

3. La nécessité du renforcement du principe de précaution pour l'effectivité d'un droit à un environnement sain

743. Dans ces deux affaires, la Cour s'accroche incorrigiblement à négliger le principe de précaution dans le contrôle relativement au droit à un environnement sain et l'importance des questions de la répartition des risques industriels et sur l'intégrité physique et de la préservation de l'environnement ; en prenant en compte ce principe, la protection de ce droit aurait pu être assurée aux requérants. Il est compréhensible que la Cour se méfie du principe de précaution car « *il n'est pas vraiment reconnu* », quelquefois « *combattu* » et « *soupçonné d'abriter un protectionnisme commercial ou de véhiculer une attitude frileuse faisant obstacle à toute innovation technique et au progrès économique et social* »¹²⁹⁰. Malgré les reproches qui lui sont faits de n'avoir permis le renversement de l'ordre marchand ou de la société et de n'avoir pas proportionnellement répondu aux défis divers et actuels, le principe de précaution

¹²⁸⁷ Voir Opinion dissidente commune des juges COSTA, TULKENS, FISCHBACH, CASADEVALLL et MARUSTE dans Ibid.

¹²⁸⁸ Voir Idem.

¹²⁸⁹ Voir Idem.

¹²⁹⁰ O. GODARD, « Le principe de précaution », Revue Projet, 2006/4, N°293, p. 40.

apparaît comme un principe bâti pour gérer les risques, comme dans les deux affaires en cause, et ne doit pas être perçu comme se substituant à toute analyse prospective sur l'avenir de l'homme ou de la société¹²⁹¹. En effet, ce principe n'est en contradiction avec aucune valeur fondamentale ou aucun droit garanti par la Convention ; il augure tout simplement une solution de prévention responsable et anticipée face aux dangers communs pouvant toucher l'environnement et la qualité de vie de l'homme. L'action préventive en matière environnementale ne doit plus dépendre uniquement de la connaissance de certitudes scientifiques et son entreprise ne doit pas impliquer, pour la Cour, d'imposer directement aux États membres des interdictions mais de leur imposer d'agir prudemment, méthodiquement, à cause de l'intégrité des personnes et du bien-être de la société en jeu. D'emblée, dans cette perspective, la Cour, comme cela n'a pas été fait dans les affaires en cause, sans contredire l'expertise scientifique, pouvait demander aux autorités nationales de s'assurer que leurs juridictions veillent en toute indépendance et impartialité à ordonner une évaluation scientifique des risques, même « hypothétiques », invoqués par les requérants en cause¹²⁹². Une telle évaluation devrait distinguer en principe l'évaluation et la gestion des risques en évitant de confier l'évaluation aux gestionnaires des risques, à savoir, les autorités économiques, administratives et politiques, comme le Conseil fédéral dans les deux affaires, et ce, au nom de l'indépendance et de l'impartialité¹²⁹³. Ensuite, dans ses exigences aux autorités nationales, la Cour devrait souligner que les mesures à prendre face aux risques doivent être proportionnées bien que l'on se trouve dans une situation d'hésitation scientifique¹²⁹⁴. La proportionnalité dans l'évaluation du risque suppose de considérer par avance au cas par cas le dommage éventuel, le degré de sécurité à assurer par les autorités, les dépenses de diverses sortes de mesures projetées et le crédit du dossier scientifique en soutien d'une présomption de risque puisque ' *une mesure préventive ne saurait valablement être motivée sur une approche purement hypothétique du risque, fondée sur des simples suppositions non encore*

¹²⁹¹ Voir Idem.

¹²⁹² Voir O. GODARD, « Comment organiser l'expertise scientifique sous l'égide du principe de précaution ? », Revue de l'Electricité et de l'Électronique, N°11, Décembre 2003, pp.38-47.

¹²⁹³ Voir O. GODARD, « Le principe de précaution », article précité, p.43.

¹²⁹⁴ Voir O. GODARD, « Le principe de précaution et la proportionnalité face à l'incertitude scientifique ». In CE, Rapport public 2005-Responsabilité et socialisation du risque, La Documentation française, pp.377-392.

scientifiquement vérifiées »¹²⁹⁵. La proportionnalité ne transforme pas le principe de précaution en une condition de décision rigoureusement fixée, elle éloigne simplement l'ambiguïté d'assimiler ce principe à une règle qui conditionnerait toute validation de l'innovation à la démonstration de sa non-dangerosité ou qui contraindrait les États membres à abandonner automatiquement toute activité pouvant entraîner des conséquences néfastes, notamment dans des situations spécifiques¹²⁹⁶. En ayant ce principe de précaution en vue, suivant cette démarche, le lien entre les atteintes à l'environnement et les droits conventionnels des requérants serait logiquement établi et éviterait le défaut de contrôle juridictionnel de leurs prétentions sous-prétexte que la Convention ne protège pas l'environnement en tant que tel alors qu'il y a un préjudice résultant d'une atteinte environnementale méritant réparation¹²⁹⁷.

B. Le refus d'une atteinte à la vie privée et familiale par la dégradation de l'environnement jouxtant une propriété privée

744. En vertu du principe de précaution, il a déjà été souligné que la dégradation de l'environnement peut entraîner la violation de certains droits conventionnels. Face à une telle dégradation, la Cour doit normalement redresser les manquements au niveau national devant son office pour rendre effectifs les droits de la Convention. Malheureusement, ce n'est pas le cas en réalité comme dans l'exemple de l'affaire *Kyrtatos contre la Grèce*¹²⁹⁸ (1). Devant l'exigence de précaution en matière environnementale, la critique de cette affaire démontre une négligence par la Cour d'une ingérence illégale dans le droit à la vie privée au motif que l'atteinte est faible dans sa gravité (2). Dans la perspective d'une protection effective de ce droit à la vie privée face à la dégradation environnementale et toujours par précaution, aucune

¹²⁹⁵ Voir O. GODARD, « Le principe de précaution », article précité, p.44 et P. THIEFFRY, *Traité de droit européen de l'environnement et du climat*, Bruylant, Bruxelles, 2020, p.1708.

¹²⁹⁶ O. GODARD, « Le principe de précaution », article précité, p.44.

¹²⁹⁷ « Le préjudice environnemental peut bien sûr trouver son origine dans une atteinte à l'environnement naturel (pollutions des sols par des métaux lourds, émissions nocives émanant d'une usine de fertilisants, pollution par une aciérie, par exemple) (...) ». J.-C. MARTIN, « La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme au développement du droit à l'environnement ». In O. LEBUCQ et S. MALJEAN-DUBOIS, *Le rôle du juge dans le développement du droit à l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p.178.

¹²⁹⁸ Voir Cour EDH, *Kyrtatos c. Grèce*, arrêt [Sect.1] du 22 mai 2003, N° 41666/98.

ingérence illégale, même pour atteinte « faible » ne saurait être tolérée et la Cour devrait normalement engager la responsabilité de l'État (3).

1. L'exemple de l'affaire *Kyrtatos contre Grèce*

745. Le choix de l'arrêt *Kyrtatos c. Grèce* est important en ce que la Cour y nie « une protection générale de l'environnement en tant que telle » par la Convention¹²⁹⁹. Dans cet arrêt, pour la Cour, la « *protection indirecte [...] ne doit pas aller jusqu'à pouvoir s'étendre aux éléments naturels* »¹³⁰⁰. Trouvant le droit interne et les instruments internationaux en général plus protecteurs de l'environnement que la Convention, elle y considère un plan d'aménagement urbain appliqué illégalement et entraînant la privation pour personne de l'agrément des oiseaux et de différentes espèces protégées comme ne portant pas atteinte à l'article 8¹³⁰¹.
746. En fait, les requérants, Mme Sofia Kyrtatou et M. Nikos Kyrtatos, mère et fils, ressortissants grecs, nés respectivement en 1921 et 1953 et résidents à Munich sont propriétaires de biens immobiliers dans l'île grecque de Tinos, lieu de leur séjour une partie du temps¹³⁰². La première requérante est en plus copropriétaire sur la péninsule d'Ayia Kiriaki-Apokofto, d'une maison et d'un terrain avoisinant un marais proche de la côte, à Ayios Yiannis¹³⁰³. Le 4 décembre 1985 et le 6 mai 1988, la prise de deux arrêtés préfectoraux modifiant successivement les limites des hameaux d'Ayios Yiannis entre autres vont, sur le fondement du premier, permettre en 1992 et le 18 mars 1993 la délivrance de permis de construire par les services d'aménagement du territoire¹³⁰⁴.
747. Contre ces décisions préfectorales et autorisations de construction, les requérants et la Fondation grecque pour la protection de l'environnement et du patrimoine culturel vont, le 21 juillet 1993, saisir le Conseil d'Etat pour un contrôle juridictionnel

¹²⁹⁹ Voir Ibid., §52.

¹³⁰⁰ P. BAUMANN, *Le droit à un environnement sain et la Convention...*, op.cit., p.39.

¹³⁰¹ Voir L.-A. SICILIANOS et P. TITIUN, « Regards sur la jurisprudence environnementale de la Cour européenne des droits de l'homme », *Europe des Droits & Libertés/ Europe of Rights & Liberties*, septembre 2020/2, pp.252-260, spéc. p.257.

¹³⁰² Voir Cour EDH, *Kyrtatos c. Grèce*, arrêt [Sect.1] du 22 mai 2003, N° 41666/98, §§1, 8 et 9.

¹³⁰³ Voir Ibid., §9.

¹³⁰⁴ Voir Ibid., §§10 et 11.

alléguant que ces décisions sont contraires à la loi et à la Constitution grecque, notamment en ce que la zone en cause contient un marais et qu'il est prohibé de construire de logements en ce lieu¹³⁰⁵. En réponse à la demande, reconnaissant le 10 juillet 1995 leur qualité pour agir comme propriétaires de biens non loin de la zone litigieuse, refusant de contrôler le premier arrêté pour prescription de délais légaux mais procédant tout de même au contrôle des deux permis délivrés sur son fondement, le Conseil d'État conclut à la violation de la Constitution, à l'illégalité des permis, à la nécessité de leur invalidation ainsi qu'à l'annulation du second arrêté de 1988 pour non publication au journal officiel¹³⁰⁶. En effet, pour le Conseil d'État, l'arrêté de 1985 porte atteinte à l'environnement par la redélimitation prévue menaçant le marais d'Ayios Yiannis, un foyer naturel essentiel pour de nombreuses espèces protégées comme les oiseaux, poissons et tortues de mer. Contre la démolition des constructions contestées, deux arrêtés préfectoraux sont pris en 1996, mais un constat le 21 avril 1997 d'un collège spécial du Conseil d'État va souligner le refus des autorités de se conformer aux décisions prises, de procéder à la démolition et la poursuite de délivrance des permis de construire dans la zone conflictuelle¹³⁰⁷.

748. Dans une procédure civile déposée le 31 janvier 1991 avec d'autres personnes contre un voisin, M., devant le tribunal de première instance lui reprochant l'appropriation illégale d'une partie de leurs terrains à Ayios Yiannis, la première requérante obtint gain de cause le 14 février 1992 ; sous l'argument du jugement par défaut, le recours en opposition de M. le 30 mars 1992 est rejeté le 23 novembre 1992 et elle interjettera appel devant la Cour d'appel d'Egée qui va infirmer la décision du tribunal en lui renvoyant l'affaire¹³⁰⁸. Fixant une audience le 14 janvier 1994, le tribunal ordonne dans une première décision des enquêtes aboutissant à l'écoute des témoins entre avril 1995 et avril 1996 et, sur la demande de la première requérante le 15 mars 1998 dont l'audience se tient le 28 mai 1999, tranche en faveur de cette dernière le 21 juin 1999 occasionnant l'appel de M. contre cette décision le 23 juin 1993 dont la suite n'est pas élucidée¹³⁰⁹.

¹³⁰⁵ Voir Ibid., §12.

¹³⁰⁶ Voir Ibid., §13.

¹³⁰⁷ Voir Ibid., §§14 et 15.

¹³⁰⁸ Voir Ibid., §§16 et 17.

¹³⁰⁹ Voir Ibid., §§18,19 et 20.

749. Le 23 juin 1993, recevant l'avis sur une démolition future de leur maison à Ayia Kiriaki-Apokofto supposée construite sans permis, les requérants font un recours à la commission administrative compétente qui n'aboutit pas le 28 septembre 1994, ce qui va les pousser à saisir le Conseil d'État le 6 octobre 1994 pour un contrôle juridictionnel duquel découla la suspension de la démolition¹³¹⁰. L'audience est reportée nombreuses fois ; une nouvelle législation en 1999 modifiant les règles de compétence mènera au renvoi de l'affaire à la cour d'appel du Pirée dont l'audience se tint le 27 juin 2000 et est encore pendante au moment de l'arrêt de la Cour¹³¹¹.
750. Saisissant la Commission selon l'ancien article 25 de la Convention le 19 juin 1996, les requérants y plaident l'atteinte aux articles 6§1 et 8 de la Convention pour manquement des autorités à respecter les deux décisions du Conseil d'État annulant les permis de construire près de leur propriété mais aussi pour la durée de la procédure relativement à l'action civile de la première requérante contre leur voisin accusé de violation de leur propriété ainsi qu'à la procédure administrative sur la démolition de la maison de la première requérante¹³¹². Par la suite, transmettant la requête à la Cour le 1^{er} novembre 1998, l'affaire sera jugée partiellement recevable le 13 septembre 2001 en chambre et une audience se tiendra le 23 janvier 2003¹³¹³. Les requérants soutiennent, d'un côté, devant la Cour que l'État défendeur viole l'article 6§1 par son refus de se conformer aux décisions définitives et exécutoires du Conseil d'État et, de l'autre, qu'il n'a pas rempli son obligation positive d'adopter des mesures raisonnables et aptes à sauvegarder leurs droits selon l'article 8 en leur privant illégalement d'en jouir par son activité¹³¹⁴. Si concernant l'article 6§1 de la Convention, la Cour va reconnaître sa violation dans l'abstention de plus de sept ans de l'État défendeur de prendre les mesures adéquates pour exécuter les décisions judiciaires définitives, ce n'est malheureusement pas le cas concernant l'article 8¹³¹⁵. En réalité, la Cour estime qu'il n'y a pas manquement de l'État défendeur au respect de la vie privée et familiale des requérants au motif que

¹³¹⁰ Voir Ibid., §§21 et 22.

¹³¹¹ Voir Ibid., §§23 et 24.

¹³¹² Voir Ibid., §§1 et 2.

¹³¹³ Voir Ibid., §§3, 5 et 7.

¹³¹⁴ Voir Ibid., §§ 27 et 47.

¹³¹⁵ Voir Ibid., §§32 et 55.

« Ni l'article 8 ni aucune autre disposition de la Convention ne garantit spécifiquement une protection générale de l'environnement en tant que tel ; d'autres instruments et législations internes sont plus adaptés lorsqu'il s'agit de traiter cet aspect particulier »¹³¹⁶.

Bien plus, la Cour considère que les nuisances sonores partant du voisinage des requérants et liés aux aménagements urbains dans la zone litigieuse n'ont pas atteint un seuil de gravité suffisant pour être pris en compte en rapport avec l'article 8¹³¹⁷.

2. La négligence d'une ingérence illégale dans le droit à la vie privée et familiale pour une faible gravité de l'atteinte à l'environnement

751. Soutenir que les nuisances sonores à proximité des requérants tenant aux aménagements urbains dans la zone litigieuse ne sont pas assez graves pour emporter la violation de la vie privée et familiale de ces derniers parce que la Convention ne garantit pas une protection générale de l'environnement alors qu'il y a eu une ingérence illégale de l'État défendeur en la matière traduit une sorte de négligence. Il est indéniable que l'article 8 permet certaines ingérences de l'État dans la pratique du droit à la vie privée et familiale à condition qu'elle soit légale, légitime dans son but ou ses buts et nécessaire dans une société démocratique¹³¹⁸. Sur cette base, il n'y avait aucune utilité pour la Cour de contrôler la nécessité et la proportionnalité de l'atteinte au droit des requérants comparativement aux intérêts économiques en cause, elle devrait simplement contrôler la légalité de l'ingérence à l'instar des juridictions grecques au niveau national¹³¹⁹. En n'entreprenant pas ce contrôle qui est la première et la plus essentielle exigence justifiant la légitimité d'une ingérence, malgré sa faible gravité, dans la vie privée et familiale, la Cour a manqué à son obligation de protection effective de la Convention pouvant mener à la violation de l'article 8 en l'espèce.

752. L'exclusion de tout constat d'atteinte à la Convention, en dépit du défaut de protection formelle de l'environnement par la Convention n'a pas de sens, parce qu'il peut

¹³¹⁶ Voir Ibid., §52.

¹³¹⁷ Voir Ibid., §54.

¹³¹⁸ Voir Article 8§2 de la Convention.

¹³¹⁹ Opinion en partie dissidente de M. le juge ZAGREBELSKY dans Cour EDH, *Kyrtatos c. Grèce*, arrêt précité.

arriver qu'un dommage causé à l'environnement puisse mener à l'atteinte d'un droit particulier garanti par la Convention. En effet, selon la jurisprudence *Lopéz Ostra*,

« *Il va pourtant de soi que des atteintes graves à l'environnement peuvent affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale, sans pour autant mettre en grave danger la santé de l'intéressée* »¹³²⁰.

753. Bien plus, si par la jurisprudence *Powell et Rayner*, la Cour a déjà reconnu que les nuisances sonores, notamment, « *le bruit des avions* », peuvent « *diminuer la qualité de la vie et les agréments du foyer* » des individus, la jurisprudence *Guerra* reconnaît l'applicabilité du droit à la vie privée et familiale aux individus dès lors que celui-ci est menacé par « *l'incidence directe des émissions nocives* »¹³²¹. Pourtant, en l'espèce, la qualité de l'environnement entourant la propriété des requérants s'est ostensiblement dégradée, notamment avec les nouveaux aménagements urbains qui ont porté atteinte à l'habitat de la faune qui faisait de la zone marécageuse avoisinant la propriété des requérants et proche de la côte à *Ayios Yiannis* un espace extraordinairement attrayant et joli¹³²². Sur ces arguments, il est absurde d'estimer que la dégradation de l'environnement n'ait pas provoqué une dépréciation de la qualité de vie des requérants, et ce, sans même lier celle-ci à la curiosité spécifique qu'ils peuvent avoir pour la faune du marais¹³²³. Corréler cette dégradation de l'environnement et la diminution de la qualité de la vie privée et familiale des requérants est d'autant plus évident que la majorité de la Cour en l'espèce a déjà reconnu que le ravage d'une forêt voisine à la propriété de ceux-ci pouvait avoir une incidence directe sur leur vie privée et familiales selon l'article 8 de la Convention¹³²⁴. Ce dernier raisonnement est transposable à la destruction d'un environnement marécageux magnifique et agréable proche de la propriété des requérants et dont ils pouvaient jouir. Pour éviter une telle issue, l'engagement de la responsabilité de l'État pour ingérence illégale est plus que nécessaire.

¹³²⁰ Cour EDH, *Lopez Ostra*, arrêt précité, §51.

¹³²¹ Voir Cour EDH, *Powell et Rayner*, arrêt précité, §40 et ; *Guerra et al. c. Italie*, arrêt précité, §57.

¹³²² Voir Opinion en partie dissidente de M. le juge ZAGREBELSKY dans Cour EDH, *Kyrtatos*.

¹³²³ Voir *Ibid.*

¹³²⁴ Voir *Idem* et J.-C. MARTIN, « La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme au développement du droit à l'environnement ». In O. LECUCQ et S. MALJEAN-DUBOIS, *Le rôle du juge...*, op.cit., pp.173-187, spéc.p.182.

3. La nécessité d'un engagement de la responsabilité de l'État pour ingérence illégale

754. De toute évidence, l'atteinte à l'environnement peut mener à l'atteinte à un droit conventionnel, toutefois, rappeler cela, même si la Cour le nie en l'espèce, n'est pas le plus important pour trouver une solution dans cette affaire, ce n'est pas le plus déterminant pour confirmer la violation de la Convention par l'Etat défendeur. La Cour ne devrait logiquement pas regarder dans ce sens pour trancher en l'espèce, elle devrait au contraire s'intéresser au comportement des autorités internes « *face à ce dommage ou ce risque de dommage* » invoqué par les requérants en l'espèce et par précaution¹³²⁵. Sans aucun doute, considérant que les demandes à la Cour des individus sont dirigées contre les États, par conséquent, c'est à eux que doit incomber la responsabilité de l'atteinte à un droit conventionnel, elle ne revient pas à l'état environnemental dont l'atteinte n'entraîne pas systématiquement la violation de la Convention. En l'espèce, la solution que devrait prendre la Cour n'est pas de confirmer le fait que les requérants sont victimes d'un préjudice spécifique, d'une violation de leurs intérêts particuliers, mais celle de s'enquérir des conditions dans lesquelles l'État en est responsable en vertu de l'exigence de précaution¹³²⁶. Il s'agit ici de rechercher un lien de causalité entre un fait et un autre fait, notamment l'atteinte à l'environnement du fait de l'État, à savoir son action ou inaction, mais ce lien n'est pas matériel, il est personnel et juridique¹³²⁷. En l'espèce, la Cour devrait juridiquement confirmer ou non l'imputabilité à l'État défendeur de la violation au droit à la vie privée et familiale résultant d'une atteinte à l'environnement dans la zone marécageuse. Une telle démarche est entreprise par la Cour dans sa jurisprudence *Fadeïeva* où, consécutivement à l'affirmation de l'applicabilité du droit à la vie privée et familiale selon l'article 8 de la Convention, elle va entreprendre une analyse sur l'imputabilité de l'ingérence invoquée en concluant à l'issue de cette phase à l'existence d'un lien suffisant entre les émissions nocives et l'attitude de l'État¹³²⁸. Dans cette analyse de l'imputabilité, la Cour a une approche dualiste impliquant le fait que « *l'Etat se voit reprocher soit les actions soit les*

¹³²⁵ Voir P. BAUMANN, *Le droit à un environnement sain...*, op.cit., p.373.

¹³²⁶ Voir Cour EDH, *Apanasewicz c. Pologne*, arrêt [Sect.4] du 3 mai 2011, N°6854/07, §97.

¹³²⁷ Voir F. LEDUC, « Causalité civile et imputation », RLDC, juillet-août 2007, supplément au n°40, p.21.

¹³²⁸ Voir Cour EDH, *Fadeïeva*, arrêt précité, §§88-93.

inactions de ses organes »¹³²⁹. Quand la violation résulte d'une attitude active de l'État, la Cour considère qu'il y a ingérence ; à l'opposé, quand l'attitude est passive, elle trouve que cela vise une obligation positive¹³³⁰. S'attelant à l'ingérence, hypothèse applicable au cas *Kyrtatos*, elle suppose que pour que l'atteinte à l'environnement soit imputable à l'État en vertu de la Convention il faut que soient pris en compte la forme de l'activité ou de l'ouvrage ayant causé ladite atteinte et ensuite l'auteur de l'acte : si l'activité ou l'ouvrage à la source de l'atteinte est entrepris par un particulier, il n'y pas d'ingérence directe de l'Etat comme dans l'affaire *Fadeïeva*, mais quand l'atteinte à l'environnement tient à une personne publique ou à un ouvrage public, il y a donc ingérence de l'État comme dans la jurisprudence *Flamenbaum*¹³³¹. Sur le fondement de cette approche de la Cour, dans la mesure où des aménagements urbains résultant des arrêtés préfectoraux sont à l'origine de l'atteinte environnementale à la zone marécageuse détruite avoisinant la propriété des requérants, il est évident que l'atteinte au droit à la vie privée et familiale en l'espèce tient à l'action de l'État. Dans cette mesure, la Cour aurait bien pu reconnaître l'ingérence dans ce droit du fait d'une telle atteinte au lieu de s'abriter derrière l'absence de protection formelle d'un droit à l'environnement pour contester l'atteinte au droit à la vie privée et familiale des requérants. C'est en cela qu'il y a nécessité pour la Cour de reconnaître la responsabilité de l'Etat pour ingérence, ce qui aurait pu éviter aux requérants du fait de la Cour un déni de leur droit à une protection de la vie privée et familiale résultant d'une atteinte à l'environnement proche de leur propriété.

755. Pour la Cour et par précaution, engager la responsabilité de l'Etat pour ingérence illégale dans le droit à la vie privée et familiale protégé par la Convention serait la bonne solution pour éviter par négligence son refus de reconnaître ce dit droit pour les requérants face à la dégradation de l'environnement proche de leur propriété dans cette affaire *Kyrtatos*. Par ailleurs, concernant les risques liés aux centrales nucléaires relevés dans les affaires *Balmer-Schafroth* et *Athanassoglou*, la Cour a brillé négativement par son interprétation défailante du principe de précaution alors que

¹³²⁹ C. MADELAINE, La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme », thèse précitée, p.213.

¹³³⁰ Voir Cour EDH, *Flamenbaum et al.*, arrêt précité, §141 (ingérence) et *Di Sarno et al. c. Italie*, arrêt précité, §§ 81 et 109.

¹³³¹ Voir Cour EDH, *Fadeïeva c. Russie*, §89 et *Flamenbaum et al. c. France*, arrêt précité, §141.

cela devrait être l'inverse pour l'effectivité d'un droit à un environnement sain protégé par la Convention. Telles sont les solutions face à la difficile reconnaissance d'un droit à un environnement sain par la Cour dans ce type d'affaires.

Conclusion du chapitre I

756. La Cour est responsable parfois du déni de justice, autant en matière sociale qu'environnementale.
757. D'une part, en matière sociale, considérant la vocation de la Convention sur les droits politiques et civils, plutôt que sur les droits sociaux ou économiques, l'analyse retrace le développement de la protection de la Convention en la matière. Dans cette évolution, la Convention apparaît en adéquation et compatible avec la protection sociale dont la défaillance risque, au contraire, d'entamer son effectivité. Cette compatibilité tient à l'exigence d'assurer l'effectivité des droits de la Convention, mais également à son interprétation évolutive par la Cour. Par ailleurs, la défaillance de protection sociale entraînerait l'atteinte à la Convention, dans la mesure où le justiciable vivrait dans des conditions abjectes portant atteinte à la dignité inséparable de la protection des droits de l'homme, mais aussi dans celle où serait très souvent compromis le droit à ne pas subir un traitement inhumain et dégradant. En effet, le développement de la protection sociale a ouvert la porte pour engager la responsabilité de la Cour dans ce cadre, lorsqu'elle refuse de reconnaître un droit à vivre dans des conditions dignes et aussi d'admettre un risque de mauvais traitement dans le renvoi d'une femme séropositive dans un État manquant de ressources pour lui assurer les soins requis. La non-reconnaissance du droit de vie dans des conditions dignes s'illustre avec l'affaire *Van Volsem contre Belgique* devant la Commission. Ayant comme issue l'irrecevabilité, cette affaire démontre une forme d'exclusion juridico-sociale et économique de l'individu par les organes de la Convention et exige, pour éviter le déni de justice, un attachement à l'interprétation dynamique de cet instrument. Quant au refus d'admettre un risque de traitement inhumain et dégradant dans le renvoi d'une femme séropositive vers une destination sans protection médicale adéquate, il s'est démontré avec l'affaire *N. contre le Royaume-Uni* qui révèle une mauvaise appréciation de la Cour puisqu'il n'est pas justifié. Pour éviter une telle appréciation et conjurer le déni de justice, la Cour doit protéger juridictionnellement et de manière effective les personnes face au risque de mauvais traitement.
758. D'autre part, en matière environnementale, notant l'absence formelle d'un droit à la protection environnementale dans la Convention, évoquer l'émergence de la

protection d'un tel droit en droit conventionnel a paru important avant de juger l'œuvre de la Cour, notamment sa responsabilité face à la difficulté de reconnaître un droit à un environnement sain aux requérants devant son office, et ce, en considérant sa fonction d'ultime protectrice de cet instrument. La protection du droit à un environnement sain dans la sauvegarde de la Convention a émergé en déployant cet instrument aux préoccupations environnementales pour protéger l'homme, mais aussi par l'alignement naturel d'une telle protection sur le processus d'évolution des droits de l'homme. Le déploiement s'opère grâce à l'interprétation dynamique de la Cour qui visera les pollutions et nuisances, les risques environnementaux et catastrophes écologiques. L'alignement logique de la protection environnementale sur le processus de protection des droits de l'homme la circonscrit au domaine géographique de proximité à l'homme et à l'existence d'une garantie de certaines valeurs fondamentales de l'homme en tant que bénéficiaire principal de la Convention, notamment la dignité humaine et la valeur de la propriété foncière. Bien que le droit à un environnement sain soit fondé dans le cadre de la Convention, il semble difficile d'en jouir dans certaines circonstances devant la Cour par manquement au principe de précaution. Cela se manifeste dans les affaires relatives aux risques d'exploitation des centrales nucléaires, mais encore en cas d'atteinte au droit à la vie privée et familiale du fait de la dégradation de l'environnement proche de l'homme. Face à l'insécurité d'exploitation des centrales nucléaires, la Cour semble indifférente aux réclamations des individus exigeant la sécurité en interprétant de façon défailante le principe de précaution, pourtant très essentiel en la matière, notamment avec l'exemple des affaires *Balmer-Schafroth* et *Athanassoglou* alors qu'il n'y avait pas possibilité de recours en droit interne. Le manquement à un tel principe appelle naturellement, pour éviter le déni de justice, que la Cour le renforce au contraire quand l'insécurité est avérée. Aussi, la Cour n'a pas à nier le lien entre la dégradation de l'environnement et ses effets sur certains droits conventionnels de l'homme, notamment celui à la vie privée et familiale comme le cas dans l'affaire *Kyrtatos* contre la Grèce. Contester un tel effet à l'endroit des requérants traduit une certaine négligence des ingérences illégales des Etats dans ce dit droit face à la dégradation environnementale et au motif que l'atteinte est faible dans sa gravité. Le principe de légalité est très important pour permettre l'ingérence dans les droits des individus, la Cour n'a pas à justifier sa violation par le niveau de gravité, mais elle doit engager la responsabilité des États dès le constat d'illégalité.

CHAPITRE II : LE DÉNI DE JUSTICE PAR LA COUR EN MATIÈRE MIGRATOIRE ET ÉLECTORALE

759. La migration et l'homme sont indissociables, non parce que l'homme est un migrant par essence, mais puisqu'il est utopique de l'immobiliser à notre époque de grand mouvement des marchandises, capitaux et services¹³³². Si tout homme ne migre pas à chaque époque, il tient forcément d'une ascendance de migrants du côté paternel ou maternel, ce qui fait qu'en tenant compte de différences dans le temps et l'espace, chaque homme est étranger¹³³³. Les migrations sont motivées soit par le désir de refuge, soit par la volonté de conquérir et commercer ou de rechercher la subsistance et la connaissance¹³³⁴. La migration est un phénomène étudié dans plusieurs disciplines, notamment le droit, qui, la régule autour de deux conceptions radicales - celle du « *mythe de l'immigration zéro* » contre celle du « *mythe de la suppression des frontières* »¹³³⁵. Protectrice des droits de l'homme, la Cour n'échappe pas à cette polarisation dans le contentieux migratoire et, parfois, ses décisions semblent promouvoir la première conception en ne prenant pas en compte l'exigence de protection spécifique des étrangers (**Section 1**).

760. En outre, selon le Préambule de la Convention, le maintien des droits de l'homme dépend de l'existence d'un régime démocratique. La démocratie ne pouvant se concevoir sans la participation des individus au pouvoir à travers les élections, la réalité confronte inévitablement la Cour à la matière électorale. Dans ce domaine,

1332 Voir J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Larcier, Bruxelles, 2016, p.21.

1333 Voir Ibid., p.22.

1334 Lire D. ALLAND, v° « Asile ». In D. ALLAND et St. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2007, pp.93-97 ; L. BOLESTA-KOZIEBRODZI, *Le droit d'asile*, Sijthoff, Leyde, 1962, pp.27-46 ; E. REALE, *Le droit d'asile*, Sirey., Paris, vol 63, 1938, 133p. et P. TIMBAL DUCLAUX DE MARTIN, *Le droit d'asile*, Sirey, Paris, 1939 (Migrations pour le refuge), H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, 1965, livre II, chapitre II, §XVI, E. DE VATTEL, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle*, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains, 1758, spéc. tome I, livre II, Chapitre VIII, §§ 94 et 100 et s. ; Fr. VITORIA, *Relectio de Indis*, édition en fac-similé du manuscrit premier (corpus Hispanorum de Pace, hors-série), Madrid, 1989, spéc. §§232 et 239 ; E. DECAUX, *Les formes contemporaines de l'esclavage*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009 ; G. SCELLE, *La traite négrière aux Indes de Castille. Contrats et traités d'Assiento*, Larose et Tenin, Paris, vol.2, 1906 (Migration pour conquérir et commercer) ; Fr. CREPAU et I. ATAK, « Les politiques migratoires au Canada et en Europe : des convergences manifestes à terme ». In J.-Y. CARLIER (dir.), *L'étranger face au droit -XXes journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p.319 ; R.-E. VERHAERE, *Une théorie économique des migrations internationales*, Presses universitaires de Grenoble, Grenoble, 1990 (Migrations de subsistance) et J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, op.cit., p.24 (Migration de connaissance).

¹³³⁵ Voir J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, op.cit., p.21.

une certaine difficulté d'obtenir justice en matière électorale est constatée (**Section 2**).

Section 1. La non-prise en compte de l'exigence de protection spécifique des étrangers en cas d'éloignement

761. En matière de migration, la Cour ignore parfois de prendre en compte la protection spécifique des étrangers en cas d'éloignement lorsque l'on se fonde en principe sur l'idée qu'il existe incontestablement en droit conventionnel européen des droits de l'homme un principe de non-refoulement (§1). En effet, la Cour a déjà affiché une telle attitude même relativement à une tentative d'entrée régulière sur le territoire d'un Etat membre (§2).

§1. L'existence du principe de non-refoulement en droit conventionnel

762. En droit conventionnel, l'existence du principe de non-refoulement part de sa consécration en droit international des réfugiés (A) avant son appropriation (B) dont l'application par la Cour, et la Commission à son époque, révèle malheureusement une priorisation du pouvoir souverain des Etats membres d'éloigner de leur territoire au détriment de ce principe (C).

A. La préalable consécration du principe de non-refoulement en droit international des réfugiés

763. Créé en droit international des réfugiés, ce principe en est la pierre angulaire pour garantir la protection par un État des personnes fuyant la persécution¹³³⁶. Contrairement à la longue histoire du droit d'asile, l'affirmation de ce principe ne date que de la période entre les deux guerres mondiales par la Convention sur le statut international des¹³³⁷. En effet, la seconde guerre mondiale avec l'exode massif

¹³³⁶ Voir O. DELAS, Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme : de la consécration à la contestation, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 14.

¹³³⁷ Voir F. CRÉPEAU, Droit d'asile : de l'hospitalité aux contrôles migratoires, Bruylant, Bruxelles, 1995, pp.27 à 53; D. BOUTELLET-PAQUET, L'Europe et le droit d'asile, L'Harmattan, Paris, 2001, pp.37 à 51 et l'article 3 de la Convention sur le statut international des réfugiés : «Chacune des parties s'engage à ne pas éloigner de son territoire par application de mesures de police, telles que l'expulsion ou le refoulement, les réfugiés ayant été autorisés à y séjourner régulièrement, à moins que lesdites mesures ne soient dictées par des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public».

dépassant 60 millions de personnes en Europe a nécessité l'adoption d'un acte international pour définir un statut légal du réfugié, ce qui s'est manifesté avec la Convention de Genève du 28 juillet 1951 qui appréhende en trois étapes cette qualité à travers des conditions d'inclusion, de cessation et d'exclusion. Les exigences d'inclusion s'entendent comme les points positifs de reconnaissance de cette qualité de réfugié apparaissant comme une personne qui craint avec raison la persécution pour des motifs raciaux, religieux, d'origine, d'appartenance sociale ou politique et se trouvant en dehors de son pays de nationalité et incapable de réclamer de la protection de ce pays ou ne le voulant pas par crainte; ou qui, en l'absence de nationalité et situé dans un pays en dehors duquel il a sa résidence à cause de certains événements, ne désire ou ne peut y retourner¹³³⁸. Il n'y a pas d'interprétation obligatoire de ce concept de « réfugié » ni de juridiction internationale, voire supranationale, pour interpréter ou appliquer uniformément la Convention précitée, cette tâche revient aux Etats séparément dont l'harmonisation des pratiques peut résulter des lignes directrices et recommandations du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (UNHCR) qui soulignent 6 conditions pour être réfugié : une crainte fondée, un acte de persécution, une raison de persécution pouvant fonder l'acte, une exigence d'extranéité voulant que le demandeur soit hors du pays de sa nationalité, le rejet ou l'impotence du demandeur à se réclamer de la protection du pays dont il est originaire et l'établissement du lien de causalité ¹³³⁹. Quant aux conditions de cessation se manifestant par l'emploi de la formule « La Convention cessera d'être applicable », elles comprennent, d'une part, des raisons objectives dans le fait pour la personne de réclamer sciemment une nouvelle fois la protection de son pays d'origine, de regagner sa nationalité ou de rentrer de gré et de s'installer encore dans l'Etat qui la persécute ; d'autre part, une raison objective dans le terme des incidents ayant causé l'octroi du statut de réfugié à une personne¹³⁴⁰. S'agissant des exigences d'exclusion, elles ont une grande utilité en pratique et privent du statut de réfugié une personne coupable de crime de guerre ou d'un crime grave de droit commun à l'instar du terrorisme ou des agissements interdits par les buts et principes de la Charte onusienne dans ses articles 1 et 2. ¹³⁴¹ Les exigences de cessation et

¹³³⁸ Voir Article 1 A al.2 de la Convention de Genève sur le statut de réfugié du 28 juillet 1951.

¹³³⁹ Voir S. PROGIN-THEUERKAUF et T. PHAN, *Droit européen de l'asile*, Stampfli éditions, Berne, 2020, p.7.

¹³⁴⁰ Voir Article 1 C de la Convention de Genève sur le statut de réfugié du 28 juillet 1951.

¹³⁴¹ Voir Article 1 F de de la Convention de Genève sur le statut de réfugié du 28 juillet 1951 et S. PROGIN-

d'exclusion démontrent les aspects négatifs à éviter pour bénéficier du statut de réfugié et donc de la protection de la Convention de Genève. Il est indispensable de différencier l'octroi du statut de réfugié de celui de l'asile : si pour acquérir le statut de réfugié l'on s'interroge sur l'intégration de la personne dans le domaine de mise en œuvre de la Convention, celui de l'asile appelle une intervention souveraine de l'Etat et, normalement toute personne répondant aux conditions d'inclusion et non frappée d'une seule motivation de cessation ou d'exclusion a droit à l'asile, même si l'Etat en l'absence de certaines exigences peut toujours accorder ce dernier¹³⁴².

764. Poursuivant, il est clair que le droit international accorde donc à chaque Etat le pouvoir de reconnaître ou non l'asile à un ressortissant étranger sur son territoire mais sans consacrer un droit d'asile ; toutefois il circonscrit ce pouvoir à travers le principe de non-refoulement en interdisant tout renvoi d'un étranger au-delà du territoire national sans lui reconnaître un statut juridique spécifique à sa situation. En réalité, cette limitation ressort notamment de l'article 33§1 de la Convention de Genève énonçant qu'

« Aucun des Etats contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ».

Contrairement au « migrant » qui est une personne s'installant de façon permanente sur le territoire d'un autre Etat que celui dont il est ressortissant pour aucun des motifs en cause, cette disposition exige que le réfugié réponde à certaines exigences pour la reconnaissance de son statut¹³⁴³. S'appliquant en parallèle de l'article 32 de la Convention en cause interdisant l'expulsion, le principe de non-refoulement impose qu'aucun Etat contractant ne puisse expulser ou refouler d'aucune manière un réfugié sur son territoire vers celui où sa vie est menacée. Cependant, ce principe reste relatif en autorisant l'expulsion ou le refoulement d'une personne, pour des raisons sérieuses, si elle constitue une menace pour la sécurité nationale ou

THEUERKAUF et T. PHAN, Droit européen de l'asile, op.cit., pp.12 et 13.

¹³⁴² Voir S. PROGIN-THEUERKAUF et T. PHAN, Droit européen de l'asile, op.cit., pp.5 et 6.

¹³⁴³ Ibid., p.1.

en cas de condamnation définitive pour des infractions très graves menaçant la vie nationale du pays où elle se trouve¹³⁴⁴.

Si cette relativité soutenue par les Etats vise à sauvegarder leur pouvoir souverain dans des circonstances où ils trouveraient judicieux de renvoyer une personne pour des motifs de sécurité, néanmoins elle écarte plusieurs personnes de la sphère d'application du principe de non-refoulement alors qu'elles nécessitent une protection internationale¹³⁴⁵. Cette défaillance mène au surpassement de ce principe et à sa conquête par le droit international des droits de l'homme, notamment face aux affres de la seconde guerre mondiale, en contraignant conventionnellement les Etats à protéger les droits fondamentaux, ce que le Conseil de l'Europe fit en adoptant le 4 novembre 1950 le premier acte international visant la protection des droits de l'homme¹³⁴⁶.

B. L'appropriation du principe de non-refoulement en droit conventionnel européen des droits de l'homme

765. Au fondement d'un réel principe de non-refoulement plus fort que celui en droit international des réfugiés par la protection accordée à l'étranger souvent « nécessaires » et par l'audace inspirante de son œuvre jurisprudentielle au-delà de l'Europe, la Convention a contribué de manière admirable et édifiante à protéger des personnes menacées de renvoi vers un pays où elles risquent de subir de mauvais traitements¹³⁴⁷. L'un des droits de l'homme protégés par la Convention et d'autres traités internationaux, à savoir, l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants est l'assise sur laquelle initialement la Commission et la Cour, ainsi que d'autres juridictions ou quasi-juridictions internationales vont interdire aux Etats membres le renvoi d'une personne vers un pays où existe ce type de mauvais traitements¹³⁴⁸. En effet, les faibles mentions dans la Convention du statut de l'étranger, surtout des mesures de renvoi, peuvent surprendre sur le fait que cet

¹³⁴⁴ « Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays ». Article 33§2 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut de réfugié.

¹³⁴⁵ Voir O. DELAS, Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale..., op.cit., p. 15.

¹³⁴⁶ Voir Idem.

¹³⁴⁷ Voir O. DELAS, « La création du principe de non-refoulement en droit international des droits de la personne par la Cour européenne des droits de l'homme : un chef-d'œuvre à protéger », RQDI, N° Hors-série, 2020, p. 396.

¹³⁴⁸ Voir O. DELAS, Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence..., op.cit., p. 15.

instrument soit en la matière un modèle d'édification d'une protection pour les personnes menacées de renvoi du territoire d'un Etat vers un autre pour risque de mauvais traitements, mais aussi d'une conventionnalisation par les Etats du sujet des traitements interdits à travers la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* du 10 décembre 1984¹³⁴⁹.

766. En réalité, la protection conventionnelle contre le renvoi d'une personne du territoire est indirecte et résulte d'une déduction presque élémentaire, à savoir que la Convention ne reconnaît pas un droit à l'interdiction de renvoi du territoire ; cependant elle ne dispense pas les Etats membres de leurs obligations en matière de droits de l'homme dans l'application d'une mesure d'éloignement¹³⁵⁰. Manifestement, c'est sur le fondement d'une telle déduction que la Cour et auparavant la Commission EDH ont façonné une jurisprudence leur permettant d'analyser l'adéquation des mesures de renvoi avec la Convention et exerçant une influence non négligeable en droit des étrangers. Toutefois, avant une telle influence, ce sont d'abord les juridictions nationales en Allemagne et en Belgique qui se sont fondées sur la Convention au sujet des mesures de renvoi¹³⁵¹. Revenant à l'influence des organes conventionnels, l'affaire *X c. Danemark* du 7 mars 1957 devant la Commission est la première à cet égard : elle concerne un rejet d'entrée sur le territoire d'un ressortissant allemand marié à une requérante ressortissante du Danemark qui contestait une telle mesure au regard de l'article 8 de la Convention au motif que sa requête était irrecevable en raison du temps et non en raison de la matière, ce qui laissait présager une probable violation de l'article 8 de la Convention par une telle mesure¹³⁵². La Commission va

¹³⁴⁹ En réalité, la Convention n'évoque pas directement la situation de l'étranger, sinon indirectement relativement à sa détention lorsqu'il est touché par une mesure d'expulsion et aussi concernant l'interdiction des expulsions collectives des étrangers dans son Protocole 4. Voir Article 5 de la Convention EDH et Article 4 du Protocole n°4 à la Convention reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention signé le 16 septembre 1963 et entré en vigueur le 2 mai 1968.

¹³⁵⁰ « Si la CEDH n'accorde pas un droit à ne pas être éloigné du territoire, il n'en demeure pas moins qu'à l'occasion de l'exercice ou de l'exécution d'une mesure d'éloignement, les Etats parties ne peuvent s'émanciper du respect des obligations établies par la CEDH ». Voir O. DELAS, « La création du principe de non-refoulement en droit international... », article précité, p. 397.

¹³⁵¹ En Allemagne, concernant l'éloignement, un arrêt de la Cour administrative d'appel datant du 25 septembre 1956 avait estimé qu'en la matière, un ministre disposait bien du pouvoir discrétionnaire en revanche restreint par l'article 6 de la Loi fondamentale allemande et, encore plus, par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit au respect de la vie privée et familiale. Par ailleurs, en Belgique, trois années après, sa Cour de cassation va aussi analyser la compatibilité d'une mesure d'éloignement au regard de la Convention. Voir Bundesverwaltungsgericht (1958-1959), 2 Ann Conv. Eur DH 585, (1957) Deutsches Verwaltungslatt 57 et Re Ratzlaff (1960), 3 Ann Conv Eur DH 625, 75 : 4290 J Tribun 573.

¹³⁵² Voir Com. EDH, *X c. Danemark*, 7 mars 1957, 1 Ann Conv Eur DH 205.

approuver un rapprochement dans d'autres affaires auxquelles elle était confrontée comme *X c. Suède* et *WHH c. Belgique*¹³⁵³. Par ailleurs, emboîtant le pas de la Commission en 1985 avec l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* relative à l'article 8 de la Convention, la Cour ne va pas reconnaître directement la violation de cette disposition par une mesure d'éloignement, mais va approuver l'édification entreprise par la Commission et quelques juridictions internes en trouvant la mesure discriminatoire en combinaison avec l'article 14 parce qu'elle n'aidait pas les étrangers à faire venir leurs conjoints¹³⁵⁴. L'existence d'une possibilité d'ingérence dans le droit à la protection de la vie privée et familiale circonscrit la portée de la protection d'une personne risquant l'éloignement du territoire, surtout quant à la preuve de sa non-justification¹³⁵⁵. La localisation de l'atteinte au droit à la vie privée et familiale est sur le territoire d'un Etat membre, ce qui implique que c'est le renvoi de la personne hors de ce champ qui viole ou violerait de manière motivée ce droit sur la base de l'article 8§2 de la Convention¹³⁵⁶.

767. Eu égard à l'article 3 de la Convention, l'Allemagne a été pionnière en la matière, à travers sa Cour administrative supérieure de Berlin qui, dans un arrêt en 1960 avait examiné l'adéquation d'un éloignement d'un individu vers la Tchécoslovaquie¹³⁵⁷. Sur ses traces, en 1961, la Commission va, concernant le renvoi vers la Hongrie avec risque de mort d'une personne vivant en Belgique avec son enfant, reconnaître implicitement la possibilité d'une demande sur l'incompatibilité à cette disposition avant de l'admettre clairement par la suite, sans toutefois conclure à l'atteinte¹³⁵⁸. Dans le même élan, c'est bien des années après, avec *l'affaire Soering*, que la Cour sanctionne sur le fondement de l'article 3 et de manière inédite le Royaume-Uni pour

¹³⁵³ Voir Com. EDH, *X c. Suède*, 20 décembre 1957, N° 172/56 et *WHH c. Belgique*, 6 juillet 1959, N° 369/58.

¹³⁵⁴ Voir Cour EDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, arrêt [Pl.] du 28 mai 1985, N° 9214/80 et autres.

¹³⁵⁵ « Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Article 8§2 de la Convention.

¹³⁵⁶ Cette idée différencie l'approche en vertu de l'article 8 comparativement aux approches des organes conventionnels conformément aux articles 3 et de la Convention. Voir O. DELAS, « La création du principe de non-refoulement en droit international ... », article précité, p. 399.

¹³⁵⁷ Cour administrative supérieure de Berlin, *Oberverwaltungsgericht Berlin*, arrêt du 28 septembre 1960, 3 Ann Com. EDH, p. 639.

¹³⁵⁸ Voir respectivement Com. EDH, *X c. Belgique*, 13 mai 1961, Rec.5, 4 Ann Conv. Eur. DH ; p.225 et *X c. Belgique*, 29 mai 1961, Rec.39.

une mesure d'éloignement d'une personne vers un pays à risque d'une personne¹³⁵⁹. La démarche de la Cour sur ce fondement peut sembler problématique en ce que le « risque » redouté se situe dans un Etat tiers à la Convention et qu'il n'y a simplement qu'une éventualité et non une atteinte avérée en évoquant ce terme ; toutefois, c'est en combinant cette disposition avec l'obligation de juridiction tirée de l'article 1^{er} de la Convention que la Cour recherche la violation¹³⁶⁰. L'éventualité de l'éloignement d'une personne vers un Etat où elle risque de subir le déni de justice pouvant constituer une atteinte à la Convention selon la jurisprudence *Soering*, la condamnation de sa manifestation par la Cour n'a eu lieu qu'en 2012 à l'endroit du Royaume-Uni pour renvoi d'une personne, M. Othman Abu Qatada, vers la Jordanie où elle risquait la condamnation sur la base de preuves obtenues sous la torture¹³⁶¹.

768. La protection contre le renvoi au titre de l'article 3 dépasse celle du droit international des réfugiés par sa portée absolue partant de l'affaire *Chahal* dans laquelle la Cour considère qu'une mesure d'éloignement, même pour risque de terrorisme dans un Etat membre, vers un pays où la personne renvoyée risque un mauvais traitement, est incompatible avec cette disposition qui est indérogeable¹³⁶². En la matière ; la dimension indérogeable de cette disposition sera réitérée dans d'autres affaires jusqu'au point de lui reconnaître avec l'affaire *Adsani* une valeur impérative dans la lignée de la décision *Furundzija* du TPIY¹³⁶³. La dimension absolue de l'article 3 est tellement développée par la Cour que l'imputabilité du risque de son atteinte peut tenir de la « déstructuration » de l'Etat, ou de personnes privées à l'instar d'une personne dont le renvoi la confrontera avec des narco-trafiquants ou un groupe islamique armé¹³⁶⁴. En revanche, tenant compte de l'essence du risque, il est parfois

¹³⁵⁹ Voir Cour EDH, *Soering c. Royaume-Uni*, arrêt [Pl.] précité.

¹³⁶⁰ En ce sens, la Cour souligne qu'un « Etat contractant se conduirait d'une manière incompatible avec les valeurs sous-jacentes à la Convention, ce patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit » auquel se réfère le Préambule, s'il remettrait consciemment un fugitif – pour odieux que puisse être le crime reproché – à un autre Etat où il existe des motifs sérieux de penser qu'un danger de torture menace l'intéressé. Malgré l'absence de mention expresse dans le texte bref et général de l'article 3 (art.3), pareille extradition irait manifestement à l'encontre de l'esprit de ce dernier, aux yeux de la Cour, l'obligation implicite de ne pas extraditer ». Ibid., §88.

¹³⁶¹ Voir Ibid., §113 et Cour EDH, *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, arrêt [Sect.4] précité.

¹³⁶² Voir Cour EDH, *Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt précité, §79.

¹³⁶³ Voir respectivement Cour EDH, *Ahmed c. Autriche*, décision [Ch.] du 17 décembre 1996, N° 25964/94, §40 ; *Saadi c. Italie*, arrêt [G.Ch.] du 28 février 2008, N°37201/06 ; §127 ; *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, arrêt [G.Ch.] du 2001, N° 35763/97, §59 et TPIY, *Le procureur c. Anto Furundzija*, jugement [Ch. de 1^{ère} instance] du 10 décembre 1998, ITè95-17/1-T, §160.

¹³⁶⁴ Voir Cour EDH, *Ahmed c. Autriche*, décision [Ch.] précitée (déstructuration), Com. EDH, *HLR c. France*, décision du 2 mars 1995, N° 24573/94 (Narco-trafiquants) ; Cour EDH, *X c. Suède*, arrêt [Sect.4] du 22 octobre

compliqué pour la Cour d'imputer cette responsabilité à une personne ou à un Etat. Dans cette optique, il peut arriver que l'éloignement d'une personne vers un pays où s'aggraverait ses soucis de santé relève de l'article 3 extraordinairement, sans que cela ne soit le cas dans d'autres situations¹³⁶⁵. L'essence du risque interroge également concernant l'éloignement de personnes vers des lieux d'extrême pauvreté, mais la Commission EDH n'a pas laissé l'ouverture pour interpréter ces situations en rapport avec l'article 3 de la Convention dans l'affaire *Von Volsem c. Belgique*, ce qui est surprenant alors qu'une punition corporelle scolaire est vue comme une situation dégradante¹³⁶⁶. Par ailleurs, si elle considérait le simple fait d'être gardé dans le couloir de la mort très longtemps comme incompatible à l'article 3 partant de l'affaire *Soering*, la Cour va franchir le pas et estimer qu'éloigner une personne vers un pays pratiquant la peine de mort contrevient à cette disposition dans sa jurisprudence *Al Sadoon et Mufdhi*¹³⁶⁷. Quant à la collaboration des Etats pour contrer l'immigration irrégulière, spécifiquement en matière d'asile dans l'espace Schengen, la Cour, dans son arrêt *MSS c. Belgique et Grèce*, n'a pas omis d'interpeller les Etats sur le respect de l'aspect indérogeable du non-refoulement vers des pays à risque pratiquant des traitements contraires à l'article 3 de la Convention¹³⁶⁸.

2002, N° 60959/00 (Groupe islamique armé).

¹³⁶⁵ Cour EDH, D c. Royaume-Uni, arrêt [Ch.] du 2 mai 1997, N° 30240/96 (Violation pour renvoi d'une personne séropositive), parmi d'autres *Arcila Henao c. Pays-Bas*, arrêt du 24 juin 2003, N° 13669/03 et *Ndangoya c. Suède*, arrêt du 22 juin 2004, N° 17968/03 (Non-violation pour renvoi d'une personne avec problèmes de santé).

¹³⁶⁶ Voir O. DELAS, « La création du principe de non-refoulement en droit international... », article précité, p.404.

¹³⁶⁷ La Cour condamne dans cette dernière affaire le Royaume-Uni du fait que ses troupes ont remis aux soldats irakiens une personne qui par la suite risquait la peine de mort en contradiction avec l'article 3 de la Convention. Voir Cour EDH, *Al Sadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, arrêt [Sect.4] du 2 mars 2010, N° 61498/08.

¹³⁶⁸ Dans cette affaire, la collaboration entre la Belgique et la Grèce en vertu du mécanisme mis en place par le Règlement Dublin II était remise en cause en ce qu'elle permettait l'éloignement, sans aucune forme d'analyse, d'une personne demandant l'asile vers l'Etat par lequel elle est entrée en premier lieu dans l'espace Schengen pour qu'il puisse examiner cette demande alors que les conditions de détention des demandeurs d'asile dans cet Etat de renvoi qu'est la Grèce étaient mauvaises et défaillantes quant au traitement de ce type de demande et laissaient penser à l'éloignement vers un risque de mauvais traitement incompatible à l'article 3 de la Convention. Voir Cour EDH, *MSS c. Belgique et Grèce*, arrêt [G.Ch.] du 21 janvier 2011, N° 30696/09. Voir dans le même quant à la coopération internationale en matière migratoire Cour EDH, *Hirsi Jamaa c. Italie*, arrêt [G.Ch.] du 2012, N° 27765/09, spéc. §122.

C. La priorisation du pouvoir souverain d'éloigner du territoire au détriment du principe de non-refoulement

769. Si le droit international coutumier reconnaît que tout État peut accorder l'asile aux étrangers sur son territoire, il n'existe pas cependant pas de droit d'asile : en effet, chaque État a la prérogative souveraine pour contrôler l'accès et le séjour des ressortissant et ne peut être limité que par l'exigence de non-refoulement¹³⁶⁹. L'éloignement depuis l'antiquité étant la solution pour les États face aux défis d'ordre public, la Cour et, à son époque, la Commission, n'y sont pas insensibles même en s'étant approprié le principe de non-refoulement en matière migratoire¹³⁷⁰.
770. D'emblée, en Grèce antique, bien qu'Athènes soit une cité accueillante, le renvoi des étrangers était pratiqué dans les cités conquises, à tel point que Thucydide rapporte que les Athéniens ont expulsé les Éginètes pendant l'été 431 av. J.-C.¹³⁷¹. Aussi, dans la Rome antique, l'éloignement fut une solution pour se débarrasser des personnes politiquement importunes à telle enseigne que la fondation de la République à l'époque tient au renvoi de l'ultime roi, Tarquin le Superbe et plus tard, sous le régime impérial, le renvoi fut une mesure visant les étrangers et, même les citoyens qui pouvaient être bannis¹³⁷².
771. Par la suite, si le droit international originel précédant l'avènement de l'État visait partiellement à préserver certains droits minimaux des étrangers à cause d'une structure sociale internationale comprenant principalement des individus, cet objectif humaniste du pouvoir s'est estompé progressivement ou s'est brouillé avec l'émergence de l'État contemporain¹³⁷³. Dès le XVIème siècle, la doctrine se

¹³⁶⁹ Voir S. PROGIN-THEUERKAUF et T. PHAN, *Droit européen de l'asile*, op.cit., p.1.

¹³⁷⁰ Voir O. DELAS, *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale...*, op.cit., p. 3.

¹³⁷¹ « (...) les Athéniens firent évacuer d'Égine toute la population, y compris les femmes et les enfants. Ils reprochaient aux Éginètes d'être une des causes principales de la guerre. De plus Égine étant voisine de Péloponnèse, la possession de cette ville leur semblait devoir être mieux assurée, s'ils y installaient des gens de chez eux. Effectivement, peu de temps après, ils y envoyèrent une colonie ». THYCIDIDE, *Histoire de la guerre du Péloponnèse*, Livre II, XXVII. [Consultable en ligne](#) : Consulté le 17 juillet 2024.

¹³⁷² Voir A.-L. DUCROQUETZ, *L'expulsion des étrangers en droit international et européen*, thèse de doctorat en droit, Université Lille II, 2007. [Consultable en ligne](#). Consulté le 17 juillet 2024.

¹³⁷³ « Le droit international initial, originel, c'est-à-dire celui datant d'avant la naissance de l'Etat, était orienté, en partie au moins, vers la défense de certains droits minimaux au profit des étrangers. Cette préoccupation correspondait à la conception d'une société internationale de type atomistique, composée essentiellement d'individus. Cette finalité humaine du pouvoir a tendu à disparaître ou du moins a été obscurcie avec la naissance et le développement de l'État moderne (...) ». D. CARREAU, *Droit international*, Pédone, 3^{ème} éd., Paris, 1991, p.381.

préoccupant davantage de la liberté de communication que de la migration des individus, elle va s'intéresser à la problématique de l'accès par les étrangers aux territoires des Etats. Dans un sens favorable à cet accès, Vitoria soutient en principe une liberté - d'entrée sur le territoire d'un Etat des étrangers – limitable pour un motif raisonnable¹³⁷⁴. En outre, motivé aussi par le souci d'assurer la liberté de communication, Grotius a défendu le droit de passage et le droit de séjour des étrangers sur le territoire d'un autre Etat ; cependant, dépassant une telle motivation, pour une question d'humanité, il souligne que le refuge ne saurait être refusé à un étranger qui cherche refuge s'il se soumet à l'ordre public établi dans l'Etat d'accueil¹³⁷⁵. Dans une perspective contraire, Emerich de Vattel semble faire prévaloir la prérogative souveraine d'éloigner du territoire d'un Etat mais sous réserve du respect d'une procédure certaine, des devoirs d'humanité ou d'une nécessité¹³⁷⁶.

¹³⁷⁴ Pour VITORIA, dans une certaine mesure, sans soutenir une liberté d'accès absolu, « au commencement du monde, alors que tout était commun à tous, chacun pouvait, à son gré, voyager et se rendre dans un pays quelconque » et il n'était pas convaincu « que cette faculté ait été enlevée aux hommes par la division des biens : car jamais il n'a été dans l'intention des nations de supprimer par cette division les rapports réciproques des hommes ». F. DE VITORIA, *De Indis*, La doctrine scolastique du droit de la guerre, trad. Par Alfred VANDERPOL, Pédone, Paris, pp.469, 470 et 471.

¹³⁷⁵ Empruntant l'idée de Vitoria dans *De Indis*, Grotius conçoit qu'il est obligatoire de « (...) permettre à ceux qui transportent leur marchandises, ou qui passent, de séjourner quelques temps soit pour leur santé, soit pour quelque autre juste sujet » tout en ajoutant, citant Saint-Ambroise, que l'« on ne doit pas refuser une demeure fixe à des étrangers qui, chassés de leur patrie, cherchent une retraite, pourvu qu'ils se soumettent au gouvernement établi, et qu'ils observent toutes les prescriptions nécessaires pour prévenir les séditions ». H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, Livre 2, trad. Par Paul PRADIER-FODERE, Librairie de Guillaumin et Cie, pp.422 et 423.

¹³⁷⁶ Défendant la souveraineté, VATTEL soutient que « le Souverain peut défendre l'entrée de son territoire, soit en général à tout étranger, soit en certain cas, ou à certaines personnes, ou pour quelques affaires en particulier, selon qu'il le trouve convenable au bien de l'Etat. Il n'y a rien-là qui ne découle des droits de Domaine & d'Empire ; tout le monde est obligé de respecter la défense de celui qui ose la violer, encourt la peine décernée pour la rendre efficace ». Poursuivant, concernant les limites, d'une part, sur le respect de la procédure, « (...) la défense [d'entrée sur le territoire] doit être connue, de même que la peine attachée à la désobéissance ; ceux qui l'ignorent doivent être avertis, lorsqu'ils se présentent pour entrer dans le pays ». D'autre part, sur les devoirs d'humanité, il énonce que « Est-il nécessaire d'avertir que le Maître des territoires doit respecter ici les devoirs d'humanité ? Il en est de même de tous les droits ; le propriétaire peut en user librement, & il ne fait injure à personne en usant de son droit ; mais s'il veut être exempt de faute de garder sa conscience pure, il n'en fera jamais que l'usage le plus conforme à ses devoirs », il « ne peut sans des raisons particulières & importantes, refuser ni le passage, ni même le séjour, aux étrangers qui le demandent pour de justes causes. Car le passage, ou le séjour étant, en ce cas, d'une utilité innocente ; la Loi Naturelle ne lui donne point le droit de refuser (...) il n'en pèche pas moins contre son devoir, s'il refuse mal-à-propos : il agit sans aucun droit véritable, il abuse seulement de son droit interne. On ne peut donc sans quelque raison particulière & pressante, refuser le séjour à un étranger, que l'espérance de recouvrer la santé attire dans le pays, ou qui vient chercher des lumières dans les Ecoles & les Académies. La différence de Religion n'est point une raison d'exclure, pourvu qu'il s'abstienne de dogmatiser ; cette différence ne lui ôtant point les droits de l'humanité ». Enfin quant à contredire la prérogative souveraine par une nécessité de même importance, cet auteur énonce que « Quand une vraie nécessité vous oblige à entrer dans le pays d'autrui ; par exemple, si vous ne pouvez autrement vous soustraire à un péril imminent, si vous n'avez point d'autre passage pour vous procurer les moyens de vivre, ou ceux de satisfaire à quelque autre obligation indispensable ; vous pouvez forcer le passage qu'on vous refuse injustement. Mais si une égale nécessité oblige le Propriétaire à vous refuser l'accès ; il le refuse justement ; & son droit prévaut sur le vôtre. Ainsi un Vaisseau battu de la tempête a droit d'entrer, même de force, dans un port étranger ». E. DE VATTEL, *Le droit des gens* ou

Bien que soutenant une souveraineté limitée des Etats en matière d'éloignement, en inversant le principe de libre accès au territoire, l'approche de Vattel dans sa mise en pratique a comme faiblesse qu'elle dépend essentiellement de la coopération des Etats, de leur interdépendance ou entraide¹³⁷⁷.

772. Dès la seconde partie du XIX^{ème} siècle et l'entame du XX^{ème}, en dépit de la prérogative souveraine d'éloigner, la réalité se caractérisera, en vertu de la protection diplomatique, par des recours interétatiques sur les mesures de renvoi que ce soit à cause des besoins de la vie internationale ou en arbitrage et en doctrine¹³⁷⁸. En effet, en s'engageant bilatéralement pour garantir un certain traitement à leurs nationaux en dehors de leur territoire et soutenus par le droit international coutumier qui envisage un niveau minimal de protection, les Etats vont recourir à la protection diplomatique pour exiger une réponse d'autres Etats s'agissant du traitement de leurs ressortissants¹³⁷⁹. Cette volonté de protection diplomatique sera consolidée par la jurisprudence *Mavrommatis* qui conçoit comme « élémentaire » une telle protection lorsque les nationaux d'un Etat sont atteints par des violations du droit international de leurs pairs les privant d'une satisfaction par les voies classiques¹³⁸⁰. Avec l'évolution, il est apparu qu'on n'a pas privé les Etats du droit d'expulsion des étrangers ; néanmoins, ce droit n'est pas absolu puisque des règles claires ou des motifs pertinents sont exigés pour son application¹³⁸¹. Ainsi donc, l'on constate que

principe de la loi naturelle, Tome I, Londres, 1758, §§ 94, 100, 135 et 123.

¹³⁷⁷ Voir A. VERDROSS, Les règles internationales concernant le traitement des étrangers, RCADI, Vol.37, N°3, 1931, pp. 323 et 340.

¹³⁷⁸ « les nécessités de la vie internationale, la jurisprudence arbitrale, la doctrine la plus récente ont progressivement fait abandonner l'idée traditionnelle d'après laquelle la faculté de l'expulsion est un pouvoir discrétionnaire dont les Etats peuvent user à leur guise, dont ils sont absolument maîtres d'apprécier les conditions d'exercice, sans que l'étranger expulsé et l'Etat dont il est le ressortissant aient, en principe, rien à réclamer ». C. DE BOECK, L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique, RCADI, Vol.18, N°3, 1927, pp. 441 et 472.

¹³⁷⁹ Voir N. POLITIS, « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », Vol. 6, N°1, 1925, RCADI, 1, 103. [Consultable en ligne](#). Consulté le 17 juillet 2024. D. CARREAU et F. MARELLA, Droit international, Pédone, 12^{ème} éd., Paris, 2018, p.387 et S. SAROLÉA, Droits de l'Homme et migrations -de la protection du migrant aux droits de la personne migrante, Bruylant, Bruxelles, 2006, p.464.

¹³⁸⁰ Cette jurisprudence souligne que c'est « (...) un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'Etat à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etat, dont ils n'ont pas pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international ». CPJI., Grèce c. France, affaire concernant la Concession Mavrommatis en Palestine, 1934, Série A, n°2, p.12.

¹³⁸¹ Pour l'Institut de droit international, « (...) l'admission et l'expulsion des étrangers devraient être soumises à certaines règles » comme celle « (...) soient avisés, au préalable des règles générales que l'Etat entend suivre dans

la prérogative souveraine des Etats en matière de renvoi semble incontournable et cette réalité va marquer depuis le XIXème siècle jusqu'à récemment le droit international sans épargner les organes de la Convention¹³⁸².

773. Dans l'affaire *X conte Suède* en 1957, la Commission va confirmer la prérogative souveraine des Etats en matière d'éloignement en soutenant toutefois que leur ratification de la Convention les contraint à limiter cette prérogative¹³⁸³. Cet entérinement jette les bases d'une méthode imposant en la matière la prérogative souveraine de l'Etat comme le principe et, sa restriction l'exception, ce que la Commission ne se cache pas de prouver en 1969 dans l'affaire *X contre République fédérale d'Allemagne* quand elle énonce qu'expulser une personne peut paraître, dans certaines circonstances extraordinaires, incompatible à la Convention¹³⁸⁴. A l'époque, le rappel du principe souverain en la matière est étrange et désuet par rapport au droit international qui la limite dans sa pratique depuis le terme du XIXème siècle ; il semble traduire une sorte de flatterie envers les Etats en leur octroyant une marge d'appréciation quant à l'interdiction de refoulement dans la lignée de la réserve de la Convention sur le statut des réfugiés de 1951¹³⁸⁵. Cette vision aura une incidence imparable en matière migratoire puisqu'elle bouleverse l'ordre de préemption dans la protection des droits de l'homme en faisant primer la souveraineté sur l'interdiction de refoulement qui devient secondaire. Par conséquent, lorsque l'Etat va, en la matière, s'immiscer, notamment dans le droit à la vie privée et familiale en vertu de son droit d'ingérence selon l'article 8§2 de la Convention, prouver l'injustification de son immixtion sera très compliqué pour la victime d'un éloignement. En outre, ce bouleversement diminue la protection au titre de l'article 3 de cet instrument sur

l'exercice de ce droit » et aussi « (...) le droit d'admettre ou de ne pas admettre des étrangers sur son territoire, ou de ne les y admettre que conditionnellement, ou de les en expulser, est une conséquence logique et nécessaire de sa souveraineté et de son indépendance (...) toutefois (...) l'humanité et la justice obligent les Etats à exercer ce droit qu'en respectant, dans la mesure compatible avec leur propre sécurité, le droit et la liberté des étrangers qui veulent pénétrer sur le dit territoire, ou qui s'y trouvent déjà ». Institut de droit international, Préambule et article 1 du Projet de Déclaration internationale relative au droit d'expulsion des étrangers (Rapporteurs M. Gustave ROLIN-JAEQUEMYNS), Lausanne, 1888. Consultable en ligne. Consulté le 17 juillet 2024 et Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers (Rapporteurs MM. L.-J.-D. FERAUD-GIRAUD et Ludwig VON BAR), Genève, 1892. Consultable en ligne. Consulté le 17 juillet 2024.

¹³⁸² Voir O. DELAS, Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale..., op.cit., p. 13.

¹³⁸³ Com. EDH, X c. Suède, décision du 20 décembre 1957, N°172/56

¹³⁸⁴ Selon ses termes : « l'expulsion d'un individu peut, dans certains cas exceptionnels, se révéler contraire à la Convention ». Com. EDH, X c. RFA, décision du 15 décembre 1969.

¹³⁸⁵ Voir O. DELAS, « La création du principe de non-refoulement en droit ... », article précité, p.407.

l'interdiction de la torture et des mauvais traitements en privilégiant les précautions souveraines.

774. En premier lieu, cette protection diminue parce que certains Etats tenteront constamment de convaincre la Cour de se passer de mettre en balance les risques pour le requérant dans l'Etat où il est renvoyé et ceux de son maintien sur le territoire pour l'Etat partie, alors qu'une telle tentative n'est même pas envisageable quant à cette disposition indérogeable selon la jurisprudence *Chahal*¹³⁸⁶. Cependant, par un défaut de violation de l'article 3 très exceptionnel souligné par la Cour dans sa jurisprudence *N c. Royaume-Uni*, le recul de la protection se réalise et implique une sorte de mise en balance entre les intérêts de l'Etat d'éloigner et ceux de la personne de rester sur le territoire ; pourtant, il s'avère que le renvoi s'effectue vers un pays à accès difficile aux soins¹³⁸⁷. Sans que ce recul ne soit une règle, eu égard à la lourde pression ou charge sur les Etats européens en matière de gestion de la migration irrégulière, même sans remettre en cause le caractère absolu de l'interdiction de mauvais traitement, la Cour, dans l'affaire *ND et NT contre Espagne*, s'est, de nouveau, montrée sensible aux préoccupations sécuritaires en tentant d'équilibrer leurs difficultés croissantes dans un contexte de crise avec l'observance de leurs obligations en vertu de la Convention¹³⁸⁸.
775. En deuxième lieu, en priorisant le principe souverain, la protection offerte par l'article 3 se déprécie parce que la décision d'éloigner n'est pas questionnée en soi, mais plutôt sur son moment d'exécution ; ainsi c'est le moment pour apprécier le risque de mauvais traitement s'il y a exécution ou non qui devient problématique. Dans l'hypothèse d'une exécution, le risque devra être analysé par la Cour lors de l'exécution, la poussant ainsi à déconsidérer des aspects postérieurs cruels pouvant se produire dans l'Etat où est renvoyée la personne¹³⁸⁹. En cas d'inexécution, il y a risque d'atteinte à l'obligation de juridiction, en effet, la Cour évaluera le risque au moment de l'examen de l'affaire et considérera des aspects probatoires apparus entre

¹³⁸⁶ Dans cette jurisprudence, le Royaume-Uni essaie de convaincre la Cour à éviter une telle mise en balance sans succès. Voir Cour EDH, *Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt [G.Ch.] du 15 novembre 1996, N°22414/93, §§ 76 et 79.

¹³⁸⁷ Voir Cour EDH, *N c. Royaume-Uni*, arrêt [G.Ch.] du 27 mai 2008, N° 26565/05, §§ 33, 44, 50, 51 et Opinion dissidente des juges dans l'affaire.

¹³⁸⁸ Voir Cour EDH, *ND et NT c. Espagne*, arrêt [G.Ch.] du 13 février 2020, Nos 8675/15 et 8697/15, §§ 169-170.

¹³⁸⁹ Surtout que la Cour relève relativement à cette hypothèse que « Pour contrôler l'existence de ce risque, il faut donc se référer par priorité aux circonstances dont l'Etat en cause avait ou devait avoir connaissance au moment de l'expulsion, (...) ». Cour EDH, *Cruz Varas et autres c. Suède*, arrêt du 20 mars 1991, N°15576/89, §76.

la décision de renvoi et l'instant où elle tranche, ce qui laisse le temps, sachant qu'il y a saisine, à l'Etat où est refoulée la personne de s'amender en changeant les conditions craintes¹³⁹⁰.

776. Enfin, en troisième lieu, le fait de faire prévaloir la compétence souveraine récuse le risque catégoriel tout en alourdissant la charge des requérants par les exigences de l'individualisation du risque, car, la victime du renvoi doit prouver un préjudice direct et personnel. Cette lecture ressort des reproches de la Cour à l'endroit de certains requérants notamment dans sa jurisprudence *Vilvarajah et autres* où, en dépit de l'affirmation de la situation instable en cas d'éloignement au Sri Lanka, elle énonce qu'ils ne prouvent pas que leur situation personnelle fût plus mauvaise que celle de la majorité des membres de leur communauté tamoule ou d'autres jeunes hommes en son sein qui retournaient dans leur pays¹³⁹¹. En outre, l'affaire *HLR* réitère cette vision quand la Cour énonce qu'il n'y a pas de document attestant la position voulant que la situation individuelle du requérant serait plus mauvaise que celle des autres Colombiens en cas de refoulement¹³⁹².
777. La priorisation du pouvoir souverain d'éloigner reconnue aux Etats membres au détriment du principe de non-refoulement consacré en droit international des réfugiés avant son appropriation en droit conventionnel caractérise en théorie la non-prise en compte par la Cour de l'exigence de protection spécifique des étrangers ; elle se manifeste en pratique relativement à une initiative d'entrée régulière sur le territoire d'un Etat partie à la Convention.

¹³⁹⁰ « Cette thèse pourrait ne pas être entièrement compatible avec l'obligation énoncée dans l'article 1 de « reconnaître » les droits garantis par la Convention dans le droit et la pratique internes, car il est clair que les personnes concernées auraient été expulsées (et, partant, comme on est en droit de le supposer, se seraient vues infliger des mauvais traitements) si les organes créés en vertu de la Convention n'étaient pas intervenus. Il est difficile de soutenir que l'Etat s'est acquitté de l'obligation qui lui incombe de « reconnaître » la protection au niveau national d'un droit absolu accordé à une personne vulnérable lorsque seul un recours devant la Cour de Strasbourg permet d'éviter une expulsion pourtant interdite en termes absolus ». N. MOLE, *Le droit d'asile et la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2000, p.40.

¹³⁹¹ La Cour affirme que les requérants « n'établissent pas que la situation personnelle des intéressés fût pire que celle de la généralité des membres de la communauté tamoule ou des autres jeunes Tamouls de sexe masculin qui regagnaient leur pays ». Cour EDH, *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, arrêt [Ch.] du 30 octobre 1991, Nos 13163/87 et autres, §111.

¹³⁹² La Cour estime qu'« aucun document n'étayait l'allégation selon laquelle la situation personnelle de l'intéressé serait pire, en cas de renvoi, que celle des autres Colombiens ». Cour EDH, *HLR c. France*, arrêt [G.Ch.] du 29 avril 1997.

§2. La manifestation de la non-prise en compte de l'interdiction de refoulement dans une tentative d'entrée régulière sur un territoire refuge dans l'espace conventionnel

778. La tentative d'accès régulière sur un territoire refuge dans l'espace conventionnel n'est pas prise en compte par la Cour dans l'irrecevabilité pour l'inapplicabilité extraterritoriale de la Convention qu'elle oppose aux requérants, notamment dans l'affaire *M.N et autres c. Belgique*¹³⁹³ (A). Une telle fin de non-recevoir manifeste l'exclusion du domaine de la Convention de l'obligation de délivrance de visa humanitaire pouvant permettre aux étrangers de jouir de leurs droits (B) et nécessite pour éviter le déni de justice qui en résulte que la Cour distingue clairement l'applicabilité de la Convention et l'application d'une obligation positive par un État partie (C).

A. L'illustration par l'affaire M.N. et autres c. Belgique : L'irrecevabilité pour l'inapplicabilité extraterritoriale de la Convention

779. La migration internationale en tant qu'une des problématiques transfrontalières interroge forcément sur la mise en œuvre extraterritoriale de la Convention et la gérer questionne le balancement entre les entraves à l'immigration irrégulière et l'observance par les États de leurs engagements relatifs aux droits de l'homme¹³⁹⁴. C'est ce questionnement qui est au cœur de l'affaire *M.N et autres c. Belgique*¹³⁹⁵. Dans cette affaire, une famille syrienne résidant à Alep s'est vu refuser des visas à titre humanitaire par les autorités belges à la suite de leur demande faite au Consulat de Belgique au Liban pour obtenir l'asile en arrivant en Belgique.

780. Cette affaire est le résultat d'une complexe série d'affrontements judiciaires au niveau national entre les requérants et l'État belge. Le 22 août 2016, cette famille, le couple et leurs deux enfants, fait des demandes de visas humanitaires à l'ambassade belge à Beyrouth au Liban en se fondant sur l'article 25 du code communautaire des visas

¹³⁹³ Voir Cour EDH, *M. N et al. c. Belgique*, arrêt [G.Ch.] du 5 mai 2020, N° 3599/18.

¹³⁹⁴ Voir M. DESPAUX, « Application extraterritoriale de la CEDH et migrations forcées », *Revue générale du droit*, *Chronique de droit des libertés*, 2021, pp.2et 3.

¹³⁹⁵ Voir Cour EDH, *M. N et autres c. Belgique*, arrêt précité.

avec des documents à l'appui alléguant être, sur un plan sécuritaire et des conditions sanitaires, dans une situation d'urgence à cause de la guerre en Syrie et spécifiquement des bombardements lourds à Alep ayant détruit leur maison et les privant d'accès à la nourriture, à l'eau et à l'électricité sans omettre l'arrêt de la scolarité des enfants¹³⁹⁶. Souhaitant quitter Alep pour se rendre en Belgique où, en vertu d'une reconnaissance d'un statut de protection internationale en matière d'asile et de protection subsidiaire à nombreux demandeurs d'asile venant de la Syrie, la famille pouvait demander l'asile et bénéficier de l'accueil dans une famille belge dont elle avait le contact, elle se voit refuser la délivrance des visas le 13 septembre 2016 par l'Office des étrangers (OE) pour cette motivation¹³⁹⁷. Ayant fait recours de cette décision auprès du Conseil du contentieux des étrangers, l'organe juridictionnel de recours contre les décisions de l'Office des étrangers, celui-ci suspend d'urgence, le 7 octobre 2016, la décision de refus d'octroi des visas en ordonnant à l'État belge sous quarante-huit heures de prendre des décisions légales considérant l'extrême dangerosité de la situation en Syrie¹³⁹⁸. Refusant d'obéir à l'injonction, l'Office des étrangers prend le 10 octobre 2016 de nouvelles décisions différemment motivées en soulignant que l'article 3 de la Convention n'exige pas aux États membres d'admettre sur leur territoire toute personne dans une situation catastrophique ; toutefois, le Conseil du contentieux les suspend à nouveau le 14 octobre 2016 en ordonnant d'en prendre de nouvelles, régulièrement fondées, sous quarante-huit heures en réfutant l'interprétation de l'article¹³⁹⁹. Le même scénario se reproduisant dans le refus d'exécuter de l'Office, cela provoque une autre suspension par le Conseil du contentieux qui ordonne le 20 octobre 2016 la délivrance d'un laissez-passer ou d'un visa valable trois mois ; les requérants vont entamer une action devant les juridictions civiles pour que cette dernière décision soit exécutée¹⁴⁰⁰. Le tribunal de première instance francophone de Bruxelles ordonne en référé le 25 octobre 2016 à l'État belge de respecter la décision du Conseil du contentieux du 20 octobre 2016 avec une sous-peine d'astreinte, mais l'exécution de cette décision sera postérieurement suspendue par la Cour d'appel le 30 juin 2017 consécutivement à un recours unilatéral de l'État

¹³⁹⁶ Voir Cour EDH, *M. N et al. c. Belgique*, arrêt précité, §10.

¹³⁹⁷ Voir *Ibid.*, §§10 et 11.

¹³⁹⁸ Voir *Ibid.*, §§14 et 15.

¹³⁹⁹ Voir *Ibid.*, §§19-21.

¹⁴⁰⁰ Voir *Ibid.*, §§24-28.

belge¹⁴⁰¹.

781. Estimant avoir épuisé toutes les voies de recours nationales, les requérants vont saisir la Cour le 10 janvier 2018 arguant que le refus d'exécuter les décisions du Conseil du contentieux datant du 7 octobre 2016 et le manque à y remédier effectivement les gardait dans une situation contraire aux articles 3 et 13 de la Convention¹⁴⁰². Ils invoquaient aussi l'atteinte aux articles 6 et 13 de la Convention pour l'impossibilité, validée par la décision en appel du 30 juin 2017, qu'ils avaient de faire recours juridictionnellement pour que soient exécutées les mesures prises par le Conseil du contentieux le 20 octobre 2016¹⁴⁰³.
782. Devant la Cour, vu le rapprochement de la situation des requérants, l'affaire en cause ne peut s'analyser sans mention de l'affaire *X. et X. c. Belgique* devant la CJUE qui - nie la compétence de l'Union européenne, sa propre compétence et l'inapplicabilité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne quant aux questions de demandes de visas à titre humanitaire – en les considérant de l'exclusive compétence du droit national ¹⁴⁰⁴. En toute évidence, pour une certaine doctrine, cette solution de la Cour de justice traduit une forme de « silence » démontrant la faiblesse de l'Union européenne à répondre véritablement aux problèmes humanitaires à tel point qu'on peut s'interroger s'il ne s'agit pas d'une concession d'un pouvoir illimité aux États en matière humanitaire¹⁴⁰⁵. Bien plus, cette solution accordait à la Cour une très grande liberté concernant l'affaire *M.N. et autres c. Belgique* parce son homologue de l'Union a gardé le silence sur le fond alors que l'une des interrogations au fond devant elle fut de s'enquérir si, dans l'hypothèse d'une menace attestée de porter atteinte à l'article 3 de la Convention comme l'a constaté le Conseil du contentieux des étrangers, l'État défendeur était obligé de délivrer les visas pour supprimer tout risque de subir les actes de torture ou de traitement inhumain et dégradant¹⁴⁰⁶. Cette interrogation était fondée en ce que la Cour, quelques mois avant l'affaire en cause,

¹⁴⁰¹ Voir Ibid., §29.

¹⁴⁰² Voir Ibid., §§76-78.

¹⁴⁰³ Voir Ibid., §127.

¹⁴⁰⁴ CJUE, *X. et X. c. Etat belge*, arrêt du 7 mars 2017, Aff. C-638/16.

¹⁴⁰⁵ Voir notamment S. SAROLEA, J.-Y. CARLIER et L. LEBOEUF, « Délivrer un visa humanitaire visant à obtenir une protection internationale au titre de l'asile ne relève pas du droit de l'Union : *X. et X.*, ou quand le silence est signe de faiblesse », Newsletter EDEM, 19 avril 2017 et Silvia MORGADES-GIL, « Humanitarian Visas and EU Law : Do States Have Limits To Their Discretionary Power to Issue Humanitarian Visas ? », *European Papers*, 2017, vol.2/3, pp.1005-1016. Consultables en ligne. Consultés le 18 septembre 2023.

¹⁴⁰⁶ Voir Cour EDH, *M.N. et autres*, arrêt précité, §82.

le 13 février 2020, dans la jurisprudence *N.D. et N.T. c. Espagne*, relevait, en vertu du principe d'effectivité de la Convention, l'obligation d'un accès réel et effectif aux voies d'entrée régulières pour assurer à chaque personne persécutée la possibilité de faire une demande de protection par exemple sur la base de l'article 3¹⁴⁰⁷. En fin de compte, dans sa décision en Grande Chambre concernant l'affaire en l'espèce, la Cour considère la requête irrecevable dans son ensemble à cause du défaut de juridiction de l'Etat défendeur, en prenant le soin de souligner, comme pour se dédouaner, que cette conclusion n'obstrue pas les efforts des États parties pour faciliter l'accès aux procédures d'asile par voie diplomatique¹⁴⁰⁸. Plus particulièrement concernant les articles 6 et 13, les jugeant inapplicables en l'espèce, la Cour se justifie en énonçant que le contentieux en cause n'acquiert un caractère civil selon la Convention uniquement par la poursuite de son exécution en justice et de son terme par une décision judiciaire ; ainsi, le contentieux d'exécution de la décision de la cour d'appel de Bruxelles participait du caractère de la procédure d'octroi des visas demandés par les requérants¹⁴⁰⁹. Bien plus, elle relève que sa conclusion n'est pas influencée par la non-remise en question de l'applicabilité de l'article 6 aux procédures en cause par les juridictions de l'État défendeur, qui peut accorder aux droits dans la Convention une protection plus large que la sienne¹⁴¹⁰.

B. L'absence de juridiction conventionnelle en cas d'éloignement des étrangers

783. En matière de protection spécifique de l'étranger en cas d'éloignement, la Cour a exclu l'obligation pour l'Etat défendeur de délivrer un « visa humanitaire » en se justifiant par le défaut de juridiction extraterritoriale de manière discutable et contraire à sa jurisprudence *Bankovic*¹⁴¹¹. En effet, la Cour refuse le lien de juridiction de la décision nationale touchant les requérants à l'étranger (1), ce qui entraîne le déni de justice pour les requérants par la compromission de leur droit à jouir d'un recours légal face à un refus de leur délivrer un « visa humanitaire » (2).

¹⁴⁰⁷ Voir Cour EDH, *N.D. et N.T. c. Espagne*, arrêt [Gr.Ch.] précité, §209.

¹⁴⁰⁸ Voir Cour EDH, *M. N et al.*, arrêt [précité], §§125, 126, 141 et 142.

¹⁴⁰⁹ Voir *Ibid.*, §§139.

¹⁴¹⁰ Voir *Ibid.*, §140.

¹⁴¹¹ Voir Cour EDH, *M. N et al.*, arrêt [précité], §§112 et 114.

1. Le refus du lien juridictionnel d'une décision nationale à effet sur des requérants hors du territoire conventionnel

784. Si de manière générale, le visa constitue une autorisation donnée par un État à un individu étranger pour entrer sur son territoire en toute légalité, il peut traduire de façon particulière, selon la Cour de justice de l'Union européenne, une permission ou décision d'un État accordée à un individu pour le transit ou l'entrée sur le territoire de cet État membre ou de nombreux États membres¹⁴¹². Le visa humanitaire en cause, l'une des deux catégories de visa hormis les visas à long et court séjour, est envisagé par l'article 25.1 a) du *Code communautaire des visas* et l'article 6.5 c) du *Code frontières Schengen* afin de permettre aux États membres de l'UE de l'accorder extraordinairement pour des raisons humanitaires¹⁴¹³. Il s'agit donc d'un visa au titre de l'asile ne pouvant être que d'un long séjour et ne relevant que du droit interne dans lequel, notamment en France et en Belgique, il tient uniquement à l'appréciation discrétionnaire des consulats le soumettant inévitablement au risque d'arbitraire¹⁴¹⁴. Cette question de visa humanitaire en l'espèce est éminemment politique. En effet, elle l'est en considération de tierces interventions des États s'opposant à l'établissement d'un lien de juridiction avec la Belgique au motif que le système ne doit pas être bouleversé par l'insertion des aspects de dissension et de déséquilibre qui résulteraient immanquablement d'une décision de la Cour validant les prétentions des requérants¹⁴¹⁵. L'issue devant la Cour qui remettrait en cause le domaine discrétionnaire des États portant sur le « visa humanitaire » aurait des implications sur la souveraineté étatique et, ces égards politiques ont éventuellement orienté la posture des juges visant à écarter du domaine d'application de la Convention les demandes de visa d'asile¹⁴¹⁶.

1412 Voir B. FONTENY, « L'indispensable mise en place d'un visa humanitaire européen », The Lighthouse (blog), 27 avril 2020. [Consultable en ligne](#). Consulté le 29 mai 2024 et CJUE, Jafari, arrêt [G.Ch.] du 26 juillet 2017, C-646/16, EU : C : 2017 : 586, §48.

1413 Règlement (CE) 810/2009 ; Règlement (UE) 2016/399 et B. FONTENY, « L'indispensable mise en place d'un visa humanitaire européen », article précité.

1414 Voir É. LENAIN, « Il était une fois, un visa obligatoire qui n'existait pas. Quand les Cours européennes dansent la polka autour des lacunes du droit », RDH, *Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 15 juin 2020. [Consultable en ligne](#). Consulté le 29 mai 2024.

1415 Cour EDH, M. N et al. c. Belgique, arrêt précité, §89.

1416 Voir C. VERBROUCK, « Quelques précisions encore suite au triste arrêt MN et autres contre Belgique de la Cour européenne des droits de l'homme (affaire dite « des visas humanitaires ») », La tribune (Blog), 2020. [Consultable en ligne](#). Consulté le 29 mai 2024.

785. Par une interprétation stricte de l'application extraterritoriale de la Convention, la Cour a rejeté de son champ les demandes d'asile en l'espèce. En réalité, le fait est que la requête en cause impliquait une demande de visa faite hors du territoire d'application de la Convention, et il s'agissait pour elle de s'enquérir si le champ spatial de la Convention était extensible aux ambassades et consulats des États parties¹⁴¹⁷. La Cour a préféré estimer irrecevable la requête puisque les requérants ne sont pas sous la juridiction de la Belgique quant aux faits qu'ils ont soulevés en vertu des articles 3 et 13 de la Convention. Pour la Cour, sa juridiction est tout d'abord « *essentiellement territoriale* » en principe, et ensuite, « *extraterritoriale* » en cas de « *circonstances exceptionnelles* »¹⁴¹⁸. En analysant l'extraterritorialité, la Cour écarte successivement le contrôle du territoire, celui des agents belges, pour en arriver à celui sur le lien de juridiction tenant aux procédures entreprises en Belgique qu'elle conteste finalement dans la lignée d'une autre jurisprudence *Abdul Wahab Khan*¹⁴¹⁹.
786. La référence de la Cour à cette jurisprudence *Abdul Wahab Khan* est inquiétante par la contestation du lien juridictionnel d'un État au titre de la Convention du simple fait d'engager une procédure dans ce dernier et, qu'établir ainsi ce lien du simple choix du requérant impliquerait une obligation permanente pour les États parties de permettre l'entrée sur leur territoire à toute personne risquant un traitement inhumain et dégradant hors de la juridiction conventionnelle¹⁴²⁰. Cette digression de la Cour contribue profondément à l'ambiguïté entre le contrôle de la recevabilité et le contrôle au fond de l'affaire puisque confirmer la juridiction de la Belgique à l'endroit des requérants n'induit pas forcément lui imposer l'action positive d'autoriser l'entrée systématique sur son territoire¹⁴²¹. S'enquérir si l'interdiction d'un traitement

1417 Voir C. COLLIN, « CEDH : un nouveau revers pour le visa humanitaire », 4 juin 2020. [Consultable en ligne](#). Consulté le 29 mai 2024.

1418 Voir Cour EDH, *Bankovic* précité, §§59-60 et *M. N et al. c. Belgique*, arrêt précité, §113.

1419 Voir Cour EDH, *M. N et al.*, arrêt précité, §§113, 116, 117-119 et 123 et A. HERMET, « Procédures internes et établissement de la « juridiction » de l'État au regard de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Europe des Droits & Libertés*, N°3, 2021, pp.96-113. [Consultable en ligne](#). Consulté le 29 mai 2024.

¹⁴²⁰ Voir Cour EDH, *M. N et autres*, arrêt précité, N° 3599/18, §123.

1421 « Ce n'est pas parce que l'on étend le champ d'application de la Convention que l'on étend le champ des obligations de l'État. En effet, même si la Convention est applicable à une situation spécifique, encore faut-il que l'État ait une obligation d'agir (ou de ne pas agir) dans un sens déterminé ; et cela ne peut se faire que si la Cour reconnaît l'existence d'une telle liberté (...) En tout état de cause, nous voyons que la reconnaissance de l'exercice par la Belgique de sa « juridiction » n'entraîne pas ipso facto l'existence d'une obligation à la charge de l'État de délivrer des visas « humanitaires » afin d'empêcher, de prévenir ou de mettre fin à des traitements contraires à l'article 3 se déroulant en dehors du territoire national. Ce sont deux étapes distinctes du raisonnement judiciaire... ». A. GODEFROY, « L'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux actes

inhumain et dégradant impose aux États de permettre l'accès de leur territoire à certaines personnes serait pertinent si la Cour reconnaissait sa compétence et elle l'a déjà pourtant reconnue concernant le renvoi de certains migrants, arrêtés en haute-mer, vers un pays non-partie à la Convention¹⁴²². Bien plus, ce raisonnement de la Cour soulignant qu'accueillir « systématiquement » toute personne qui craint un traitement inhumain et dégradant sur le territoire d'un État partie à la Convention se révèle comme une retransmission des préoccupations centrées sur un argumentaire davantage politique que juridique¹⁴²³. Comme les États, la Cour s'inquiète du fait que les représentations diplomatiques et consulaires ne soient envahies par des étrangers demandeurs de visas de court séjour fondés sur l'article 25 du code communautaire des visas pour obtenir l'asile dès qu'ils seront sur le territoire d'un État membre¹⁴²⁴. Par la reconnaissance de l'absence de lien juridictionnel, il en découle une difficulté pour les requérants de faire un recours légal dans l'État défendeur qui refuse de délivrer un visa humanitaire.

2. La compromission du droit à un recours légal face au refus de visa humanitaire dans un Etat membre

787. Devant les dangers de la migration irrégulière, également de la migration forcée, instaurer des voies légales pour accéder à l'espace territorial d'un État afin de bénéficier d'une protection internationale est sans aucun doute l'issue idéale pour garantir la dignité des individus¹⁴²⁵. Et, dans cette affaire *MN et autres*, il faut admettre que la Cour, en relevant qu'étendre le domaine d'application de la Convention réduirait à néant le principe reconnu en droit international et par elle-même aux États du contrôle de l'entrée, du séjour et de l'éloignement des étrangers, sans préjudice d'autres engagements conventionnels y compris la Convention, sous-entend

de l'État produisant des effets en dehors du territoire national », Droits fondamentaux, N°18, 2021, p.20 et 21.

¹⁴²² Voir Cour EDH, *Hirsi Jamaa et al. c. Italie*, arrêt précité, N°27765/09.

¹⁴²³ En audience de l'affaire en l'espèce devant la Grande Chambre le 24 avril 2019, le Gouvernement belge et les tierces interventions avaient déjà prévenu la Cour sur l'admission d'une juridiction belge en la matière en estimant ce fait comme une limite à ne pas franchir. Voir l'audience de la Cour en Grande Chambre, *M. N et autres c. Belgique*, arrêt [Gr.Ch.] du 19 avril 2019. Consultable en ligne. Consulté le 29 mai 2024. Voir aussi A. GODEFROY, « L'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme, article précité, p.15.

¹⁴²⁴ Voir Cour EDH, *M. N et autres*, arrêt précité, §90.

¹⁴²⁵ Voir M. DESPAUX, « Application extraterritoriale de la CEDH et migrations forcées », article précité, p.13.

l'inexistence de recours légal en matière d'asile dans une certaine mesure¹⁴²⁶. Effectivement, la Cour paraît informer les requérants qu'elle est incapable, à défaut de base juridique, de concevoir des obligations nouvelles à l'égard des États parties, précisément celle de délivrer un visa humanitaire¹⁴²⁷. L'issue de l'affaire *MN*, pour une certaine doctrine, est un appel de la Cour aux États pour mettre en place des procédures légales et accessibles pour les étrangers demandeurs de protection internationale¹⁴²⁸. Ce constat d'absence de procédure légale en la matière a déjà été partagé par le Haut-Commissariat sur les réfugiés en suggérant à l'Union de créer de tels mécanismes, ce qu'elle commença à entreprendre sans l'achever parce que la Commission a trouvé que cela n'était pas utile vu l'existence d'autres instruments juridiques pour relever ce défi¹⁴²⁹. Mais avec l'affaire en l'espèce, la Convention n'a pas relevé ce défi si l'on considère la difficulté de voie d'accès légal des personnes des pays tiers de l'Union sur le territoire d'un de ses États membres par la fermeture des missions diplomatiques et consulaires dans ces dits pays alors que leurs ressortissants sont soumis à l'exigence de détention d'un visa à travers une politique de contrôle lointain des migrations¹⁴³⁰. Inévitablement, cette affaire démontre la limitation de l'accès légal à une protection internationale par la Convention, voire à son impossibilité par l'attitude des États parties et donc la compromission de sa protection par le droit européen des droits de l'homme. Cette limitation dans la difficulté de protection exige de prévenir la migration forcée en distinguant sans ambiguïté l'applicabilité de la Convention et l'application d'une obligation positive par un État.

¹⁴²⁶ Cour EDH, *M. N et autres c. Belgique*, arrêt [G.Ch.] du 5 mai 2020, N° 3599/18, §124.

¹⁴²⁷ Voir É. LENAIN, « Il était une fois, un visa obligatoire qui n'existait pas... », article précité.

¹⁴²⁸ Voir *Idem*.

¹⁴²⁹ Voir I. ATAK et F. CRÉPEAU, « Managing Migrations at the External Borders of European Union: Meeting the Human Rights Challenges », 2014. [Consultable en ligne](#). Consulté le 29 mai 2024 ; S. CORNELOUP, « Visa humanitaire et champ 'application spatiale de la CEDH. Les limites de l'encadrement conventionnel en cas de gestion extraterritoriale des migrations », *RCDIP*, N°4, 5 mars 2021, pp.747-762 ; Parlement européen, Commission LIBE, Proposition de résolution contenant des recommandations à la Commission sur les visas humanitaires, 2018/2271(NL), 4 décembre 2018, Considérant G.

¹⁴³⁰ Voir E. GUILD, "The border abroad-visas and border controls". In K. GROENENDIJK, E. GUILD and P. MINDERHOUD (dir.), *In Search of Europe's Borders*, Kluwer, The Hague, 2003, pp.87-105. et E. GUILD et D. BIGO (dir.), *La mise à l'état des étrangers: la logique du visa Schengen*, Cultures & Conflits, 2003, N°49, 147p.

C. L'exigence d'une distinction claire entre l'applicabilité de la Convention et l'application d'une obligation positive par un État partie

788. La notion de juridiction est inhérente au pouvoir de l'État qu'importe son lieu d'exercice, mais elle ne le supprime pas, parce que les individus n'ont pas des droits absolus et sans limites. Le lieu où se trouvent les agents de l'État, contrairement à ce que pense la Cour, n'est pas le plus important dans ce type d'affaire : le plus important est que l'exercice par l'État de son pouvoir a des implications sur les droits des individus et leur condition de vie. Avoir d'autres perspectives que celle-ci revient simplement à créer des zones de non-droit rendant les agents de l'État libres de leurs obligations internationales en vertu des droits de l'homme par des pratiques complètement discrétionnaires. La bonne prise compte des implications d'une décision étatique sur les requérants exige de clairement faire la distinction entre l'applicabilité de la Convention et l'application d'une obligation positive de délivrer un visa humanitaire pour éviter tout déni de justice par la Cour. Par son refus de traiter les demandes des requérants quant aux atteintes au droit à un procès équitable et au droit à un recours effectif, mais surtout dans la difficulté qui en résulte pour les requérants de trouver une voie légale pour l'exécution de la décision du Conseil du contentieux des étrangers du 20 octobre 2016 ordonnant à l'État défendeur de délivrer soit des visas, soit des laissez-passer, la Cour est responsable de déni de justice.
789. Dans la démarche juridique préalablement à tout constat d'atteinte à la Convention, la Cour a toujours considéré l'exercice de la « juridiction » de l'État à l'endroit des requérants comme une condition indispensable, « *sine qua non* »¹⁴³¹. Malheureusement, elle s'émancipe de cette phase pour les demandes des requérants en l'espèce fondées sur les articles 6 et 13 en relevant, eu égard à sa conclusion sur l'inapplicabilité de l'article 6§1, qu'il n'est pas important de s'enquérir si la Belgique en vertu de l'article 1^{er} de la Convention dispose de la juridiction quant aux procédures engagées sur son territoire national¹⁴³². Cette conclusion est le résultat de l'influence de l'État belge en l'espèce qui conteste la nature « civile » du droit d'entrer sur le territoire national et confirme son essence « politique » l'excluant de l'analyse du

¹⁴³¹ Voir Cour EDH, M. N et al., arrêt précité, §97.

¹⁴³² Voir Ibid., §131.

droit à un procès équitable¹⁴³³. Effectivement, la Cour considère irrecevables les requêtes fondées sur les articles 6§1 sans vérifier la « juridiction » de l'Etat belge en la matière et volontairement, puisqu'en la vérifiant, elle devrait sans doute la reconnaître sur le fondement de la jurisprudence *Markovic et autres c. Italie* dans laquelle elle estime que dès l'instant où une personne engage une action civile devant les juridictions nationales, la « juridiction » est indiscutable conformément à l'article 1^{er} de la Convention¹⁴³⁴. Pourtant, en réalité, l'espèce porte sur une procédure en exécution de la décision prise par la Conseil du contentieux précitée et aussi de la décision de la Cour d'appel la corroborant et exigeant à l'État défendeur d'accorder des visas ou des laissez-passer aux requérants, une illustration caractérisée d'une procédure de nature civile en vertu de la jurisprudence *Markovic*. Concrètement, la localisation des requérants hors de l'espace des Etats parties à la Convention ne constitue pas un motif suffisant pour dédouaner l'État défendeur de ses responsabilités à assurer le droit à un procès équitable et le droit au recours effectif selon la Convention, mais la Cour n'en a pas tenu compte en soulignant l'inapplicabilité de l'article 6§1 et l'irresponsabilité de l'Etat. Cette démarche esquivant l'examen de la juridiction remet en cause le caractère « *sine qua non* » de cette étape contrairement à ce que la Cour a toujours entrepris et à ce qu'elle relève relativement aux demandes fondées sur les articles 3 et 13 des requérants en l'espèce. Il est envisageable d'affirmer l'existence de la juridiction étatique à l'endroit des requérants, sans pour autant que cela n'engage les Etats à délivrer des visas puisque c'est leur pouvoir discrétionnaire, et ceci, parce que les juridictions nationales ont décidé sur une action de nature civile engagée par des requérants sur lesquels la Belgique n'a aucun devoir. Il est indéniable que la juridiction belge existe à l'endroit des requérants mais qu'il peut être possible en vertu de l'article 3 de la Convention qu'il n'y ait pas d'obligation de délivrer le visa humanitaire.

790. Une telle clarification est importante pour éviter à la Cour de produire des zones de non-droit échappant à la mise en œuvre de la Convention, mais malheureusement, la Cour crée un vide similaire en l'espèce relativement aux demandes centrées sur les articles 3 et 13 en faisant, dans un sens, triompher l'intérêt étatique par la non reconnaissance de sa juridiction en vertu de l'article 1^{er} concernant son obligation de

¹⁴³³ Voir Ibid., §§132 et 97.

¹⁴³⁴ Voir Ibid., §107 et *Markovic et al.*, décision précitée, §§52-55.

délivrer le visa d'entrée sur le territoire national et, dans l'autre, denier aux requérants étrangers la protection étatique de leurs droits et libertés en vertu de la Convention alors que les décisions étatiques ont une incidence sur leurs conditions.

791. Quand bien même la distinction entre l'applicabilité de la Convention et l'application d'une obligation positive par l'Etat serait clarifiée, il n'est pas juste que la Convention ne s'applique pas à un cas où normalement l'État exerce sa juridiction en tant que puissance publique en vertu de ses engagements internationaux, notamment à une situation où ce pouvoir de puissance publique entraîne des conséquences réelles sur la situation des individus. Par conséquent, considérant ces effets directs de l'exercice des prérogatives diplomatiques sur les requérants, du fait des agents de l'État, la Convention devrait s'appliquer en l'espèce, sans que cela ne soit une satisfaction des moindres caprices des requérants étrangers, ni une contrainte pour les États à subir une décision contraire à leur volonté. Que les étrangers n'aient pas le droit absolu d'obtenir un visa humanitaire est normal, mais il est injuste, au motif qu'ils ne réclament pas un droit à la vie privée et familiale préexistant avec la Belgique, qu'on leur dénie d'avoir des droits du simple fait qu'ils ne sont pas ressortissants des États parties à la Convention et qu'ils sont en dehors de l'espace conventionnel, et ce, alors qu'il existe des décisions prise par un État partie à la Convention dans la pratique de ses prérogatives normales et claires en matière diplomatique ayant de graves conséquences sur la vie des étrangers¹⁴³⁵. Il est fantaisiste et complètement injustifié de la part de la Cour de laisser penser qu'une personne ayant déjà eu accès au territoire d'un Etat partie à la Convention ou ayant déjà mené une vie privée et familiale sur cet espace soit plus méritante de relever de la juridiction de cet Etat plutôt qu'une autre personne. En définitive, la juridiction devrait et doit être reconnue du moment où l'action ou l'omission en cause d'un Etat partie a une incidence directe, importante et soutenable envers des individus peu importe le lieu¹⁴³⁶.
792. La distinction claire par la Cour entre l'applicabilité de la Convention et l'application d'une obligation positive par un Etat partie peut être une solution idoine pour éviter le déni de justice en matière migratoire résultant de l'inapplicabilité extraterritoriale

¹⁴³⁵ Voir Cour EDH, M. N et autres, arrêt précité, §115.

¹⁴³⁶ Voir Y. SHANY, «Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law», *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 7, no. 1, 2013, pp. 47-71, spéc. p.69 et O. BEN-NAFTALL, Y. SHANY, « Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories », *Israel Law Review*, Vol.37, 2003-2004, p.64.

de la Convention qui caractérise notamment l'affaire *M.N et autres c. Belgique* dont la conclusion d'irrecevabilité manifeste imparablement que l'obligation de délivrance de visa humanitaire est exclue du domaine de la Convention. Cependant, s'il est difficile d'obtenir justice devant la Cour en matière de migration, force est aussi de reconnaître que la matière électorale n'est pas épargnée.

Section 2. La difficile obtention d'une décision juste en matière électorale

793. En droit conventionnel européen des droits de l'homme, l'apparition du droit à des élections libres peut fonder théoriquement l'analyse de la difficulté d'obtenir justice devant la Cour en droit électoral (A) avant sa démonstration en pratique par le contrôle défaillant de la marge nationale d'appréciation en la matière (B).

§1. L'apparition du droit à des élections libres en droit conventionnel

794. Le droit à des élections libres en droit conventionnel européen est marqué par une apparition complexe au niveau supranational (A) laissant une très large marge d'appréciation aux Etats membres au niveau national (B).

A. La complexe émergence supranationale du droit à des élections libres

795. L'émergence du droit à des élections libres dans la perspective supranationale est complexe en ce qu'en dépit que sa reconnaissance textuelle soit forte en droit international public (1), elle semble contenue en droit conventionnel européen des droits de l'homme (2).

1. La forte reconnaissance textuelle du droit à des élections libres en droit international public

796. Si les droits politiques n'étaient pas une priorité dans la doctrine internationale auparavant, la mondialisation de la démocratie pluraliste à la fin de la guerre froide cette situation va changer, ils vont devenir avec l'« *Etat de droit* » « *essentiels pour garantir le respect des droits de l'homme* » en ayant comme socle des « *élections périodiques et libres au suffrage égal* »¹⁴³⁷. Telle s'augure la voie à la notion du droit

¹⁴³⁷ Voir Y. GALLAND, La protection par le droit international des droits politiques, sous la dir. De M. WACHSMANN, Université Robert Schuman (Strasbourg), 2000, p.11 et Conseil de la CSCE, Rapport du

à des élections libres en droit international. Telle se trace la voie à la notion de droit à des élections libres qui va s'enrichir en droit constitutionnel et en droit international. Ainsi, la DUDH consacre ce droit en soulignant l'importance pour chaque individu de participer directement ou d'être représenté à la gestion des affaires publiques par des élections périodiques, honnêtes garantissant la liberté de voter¹⁴³⁸. Naturellement, en s'inspirant de la Déclaration, le Pacte international sur les droits civils et politiques va offrir le caractère contraignant à ce droit en reconnaissant à tout citoyen un droit d'implication directe ou indirecte dans les affaires publiques soit par le vote ou l'éligibilité à travers des élections ponctuelles, transparentes et un suffrage universel et égal dans le secret et la liberté¹⁴³⁹. En pratique, ce droit exige l'« *organisation pure et simple des élections à la simple observation de la régularité des scrutins en passant par les opérations d'assistance technique, de coordination et d'appui* » et vise garantir le maintien de la paix, même si son association au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes le transforme en instrument d'endoctrinement politique en provoquant sa contestation¹⁴⁴⁰. Pour sa part, l'Union européenne reconnaît ce droit pour l'élection des membres de son parlement, et ce, dans le respect du principe d'universalité, de liberté et de secret des élections dans la Charte des droits fondamentaux et, même, dans son projet de Constitution de l'Europe jusqu'au Traité sur l'Union européenne, lorsqu'elle souligne, en vertu de la démocratie, l'importance pour tout citoyen de prendre part ouvertement et de près à la vie démocratique en son

Séminaire d'experts de la CSCE sur les institutions démocratiques, 20 juin 1990.

¹⁴³⁸ « Toute personne a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis. (...) La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics ; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement, au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote ». Art.21 DUDH du 10 décembre 1948.

¹⁴³⁹ « Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restriction déraisonnable : a/ De prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis ; b/ De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs (...) ». Article 25 du PIDCP du 16 décembre 1966.

¹⁴⁴⁰ R. BEN ACHOUR, « Pour des standards internationaux en matière d'élections ». In Karel Vasak *Amicorum Liber : les droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p.66. Pour BOUTROS- GHALI, « Un rapport évident existe entre les pratiques démocratiques (..) et l'instauration d'une paix et d'une sécurité véritables dans un ordre politique nouveau et stable ». B. BOUTROS-GHALI, Agenda pour la paix, diplomatie préventive, rétablissement de la paix, maintien de la paix, Rapport présenté par le Secrétaire général en application de la déclaration adoptée par la réunion au sommet du Conseil de sécurité le 31 janvier 1992, 17 juin 1992. Sur la contestation, on souligne le « rejet de la règle du libre choix par l'État de son régime politique, économique et social au profit de la démocratie-libérale fondée sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales ». R. -J. DUPUY, « Concept de démocratie et action des Nations Unies », Bull. Du centre d'information des Nations Unies, 1993, n°7-8, p.61.

sein¹⁴⁴¹. Pratiquer ce droit librement est une avancée dans la réalisation de l'autodétermination des peuples qui est un processus pérenne parce que les peuples ont l'obligation de choisir librement ceux qui les dirigent et leurs modèles de société¹⁴⁴².

797. Dans l'élan de reconnaissance au niveau universel de ce droit, il était imaginable que le droit à des élections serait systématiquement consacré dans la Convention, mais malheureusement, le contexte historique y a fait obstacle. En effet, tout comme la Charte onusienne ou les engagements communautaires européennes, la Convention, dans sa substance, est née du « vif souvenir » des conflits mondiaux et des « restes d'Auschwitz » dans le but de se préserver d'un recommencement de ces guerres et des régimes autoritaires et de promouvoir la démocratie¹⁴⁴³. Toutefois, cette démocratie devant être différente du communisme, dans sa conception politique, juridique et philosophique, cette réalité historique va justifier la réticence pour inscrire les droits politiques comme le droit à des élections libres dans ce texte pour l'intégrer dans un Protocole additionnel¹⁴⁴⁴. Dans le développement du système conventionnel dans la perspective des droits politiques, le droit à des élections libres n'était pas une réelle préoccupation initialement mais l'est devenue par la suite, parce que le contexte de 1950 était marqué par l'opposition de certains gouvernements à accepter que leur organisation politique au niveau interne, notamment leur système électoral, fasse

¹⁴⁴¹ « Les membres du parlement sont élus au suffrage universel direct, libre et secret » et selon le « Principe de la démocratie représentative » : « Toute citoyenne ou tout citoyen a le droit de participer à la vie démocratique de l'Union. Les décisions sont prises aussi ouvertement et aussi près des citoyens que possible ». Article 39, al.2 de la CDFUE ; Article 45, al.3 du Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe et Article 10, al.3 du TUE.

¹⁴⁴² « Les élections libres constituent un pas décisif vers l'accomplissement de l'autodétermination des peuples. Les douze étaient d'avis que l'exercice du droit à l'autodétermination est un processus contenu, non un événement isolé. Les peuples doivent disposer de la possibilité de choisir librement leurs gouvernements et leurs systèmes sociaux ainsi que prévoient les Pactes internationaux ». Secrétaire général des Nations Unies, Rapport du sur le renforcement du principe d'élections périodiques et honnêtes, 4 novembre 1991, A/46/609/Add.1.

¹⁴⁴³ Voir P. WECKEL, « Les droits fondamentaux et le droit public international », Recueil d'études à la mémoire de J. Schwob, Bruylant, Bruxelles, 1997, p.125. La Charte onusienne énonce que « Nous, peuples des Nations Unies, résolus à préserver les générations futures du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances, à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites, (...) ». Préambule de la Charte des Nations Unies. Concernant les engagements communautaires, il fallait « « forger une Europe apte à se prémunir contre le retour de la guerre et le retour éventuel des dictatures en privilégiant les démocraties ». A. MOINE, L'émergence d'un principe d'élections libres en droit international public, thèse de doctorat sous la dir. de J.-D. MOUTON, Université de Nancy II, 1998, p.79.

¹⁴⁴⁴ Voir E. BIELUNAS, « Le contentieux électoral devant les organes de la Convention européenne des droits de l'homme ». [Consultable en ligne](#). Consulté le 17 juin 2024.

l'objet d'un contrôle supranational ou international¹⁴⁴⁵. L'absence de consécration textuelle dans la Convention de ce droit n'a pas totalement compromis la vision démocratique qui lui est inhérente et que l'on retrouve pourtant dans cet instrument de façon contenue.

2. La consécration textuelle contenue du droit à des élections libres en droit conventionnel

798. L'existence contenue en droit conventionnel des droits politiques, précisément du droit à des élections libres, s'explique par la focalisation de la Convention à sauvegarder uniquement les droits de l'homme et non du citoyen et elle ne peut pas changer tant que persistera la préservation d'une certaine conception arriérée de la souveraineté confortée par les écarts civilisationnels et idéologiques¹⁴⁴⁶. Selon cette dernière conception, la souveraineté ne peut se circonscrire que sous l'angle du droit sans aucune limite¹⁴⁴⁷. Malgré l'obstacle de la souveraineté, les droits politiques étaient prévus dans les variantes du projet d'adoption de la Convention en 1950, et bien qu'inapparents dans le texte adopté, ils ne sont pas totalement absents, notamment par le droit à des élections libres. En effet, Bielunas soutient que, pour éviter une contradiction factice entre le système international et le système conventionnel européen, l'empreinte de l'émergence du droit à des élections ressort du Préambule de la Convention lorsqu'il renvoie à deux reprises à la *Déclaration universelle des droits de l'homme* en évoquant « un régime politique véritablement démocratique » ou le « patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques »¹⁴⁴⁸. Bien que la Convention soit plus précise que la Déclaration à laquelle elle se réfère, la jurisprudence *Mathieu-Mohin* qui fonde le contentieux lié aux droits politiques

¹⁴⁴⁵ Il s'avère « que certains gouvernements n'étaient pas disposés à accepter en 1950 que l'organisation politique de leur État et en tout cas leur système électoral puissent faire l'objet de contestations au niveau d'un mécanisme international de contrôle ». M. MELCHIOR, « Le droit à des élections libres pour le choix du corps législatif dans la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme ». In *Annales de droit de l'Université de Liège*, 1985, p.294.

¹⁴⁴⁶ Voir O. LE COUR GRANDMAISON et C. WIHTOL de WENDEN, *Les étrangers dans la cité : expériences européennes*, La Découverte, Paris, 1993, p.176 et Recueil des travaux préparatoires de la Convention EDH, Martinus Nijhoff, vol.4, Dordrecht, p.115.

¹⁴⁴⁷ « Il s'agit de limiter la souveraineté des États du côté du droit et, de ce côté-là, toutes les limites sont permises ». Recueil des travaux préparatoires de la Convention EDH, Martinus Nijhoff, vol.4, Dordrecht, p.134

¹⁴⁴⁸ Voir E. BIELUNAS, « Le contentieux électoral devant les organes ... », article précité.

corroboire aussi l'argument d'une matérialisation du Préambule dans le droit à des élections libres prévu par l'article 3 du Protocole additionnel¹⁴⁴⁹. La Cour s'inspire de l'esprit de la Déclaration universelle mais s'y réfère explicitement de temps en temps de manière retenue, soit pour aider l'intégration rapide dans le Conseil de l'Europe des pays d'Europe de l'Est et du Centre afin d'élargir et approfondir la protection conventionnelle, soit pour renforcer son analyse des droits politiques en ajoutant le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁴⁵⁰. Si le Préambule de la Convention révèle l'intérêt pour les droits de l'homme et les libertés fondamentales, la sauvegarde des droits de l'homme tient profondément à un régime politique réellement démocratique et celui-ci ne peut se concevoir sans le droit à des élections libres et honnêtes. C'est ainsi que, sans être expresse, la notion de démocratie s'impose implicitement à toute la Convention, son Préambule inspirant et fondant l'interprétation dynamique par la Cour, ce qui, considérant le particularisme de la Convention, entraîne la primauté de sa substance sur la forme, soit la primauté de son esprit sur son libellé¹⁴⁵¹. L'interprétation de la nécessité d'une société démocratique soulignée dans les seconds alinéas des articles 9 à 11 sur la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression et la liberté de réunion et d'association – des droits enrichissant et interférant avec les droits d'essence politique – leur donne un tout autre sens et, sans ambages, le rapport entre la liberté d'expression et celle de réunion et d'association est immédiat et strict avec le droit de participer à des élections politiques, même si une certaine doctrine s'y oppose¹⁴⁵².

1449 Voir Cour EDH, *Mathieu-Mohin c. Belgique*, 2 mars 1987, N° 9267/81, §47 et J.-L. CHARRIER, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, Litec, Paris, 2005, p.1.

1450 « (...) la jurisprudence de la Cour de Strasbourg se situe largement dans le prolongement et l'esprit de la Déclaration universelle mais la jurisprudence est assez pauvre en références expresses de ce texte ». P. TAVERNIER, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans le prolongement de la Déclaration universelle des droits de l'homme », *Cahiers du CREDHO*, 1999, n°5. [Consultable en ligne](#). Consulté le 17 juin 2024 ; Cour EDH, *Muller et autres. c. Suisse*, arrêt [Ch.] du 24 mai 1988, N°10737/84, §27 ; *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, arrêt [Pl.] du 13 août 1981, Nos 7601/76 et 7806/77, §52 ; *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande*, arrêt [Ch.] du 30 juin 1993, N°16130/90, §35 ; *Chassagnou c. France*, arrêt [G.Ch.] du 24 avril 1999, N°28443/95, §11 et P. TAVERNIER, « La Déclaration universelle des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ». In M. VERDUSSEN (dir.), *Les droits de l'homme au seuil du Troisième millénaire : Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p.873.

1451 Voir Cour EDH, *Loizidou c. Turquie*, 23 mars 1995, §70 ; T. VAN BOVEN dans L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme commentée article par article*, Economica, Paris, 1995, p.134; et J. CALLEWAERT, « La Convention européenne des droits de l'homme entre effectivité et prévisibilité ». In M. VERDUSSEN, *Les droits de l'homme au seuil du Troisième millénaire : Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, op.cit., p.97.

1452 « Si le texte de 1950 fait 5 fois référence à la société démocratique, c'est à des stipulations sans rapport direct avec la participation à des élections politiques ». C. EOCHÉ-DUVALE, « Un État peut-il restreindre un corps électoral sans enfreindre les droits de l'homme ? A travers l'exemple de la « citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie

D'ailleurs, lors des travaux préparatoires de la Convention, la réalité d'une « clause politique » ou « clause démocratique » a été très débattue en provoquant de nombreuses oppositions au point qu'une telle proposition validée deux fois au sein de l'Assemblée consultative a été biffée à double reprise par le Comité des ministres, un organe très politique du Conseil de l'Europe¹⁴⁵³. En dépit de cette opposition, l'idée d'adoption du droit à des élections libres a abouti dans un texte différent, le premier Protocole additionnel à la Convention. Effectivement, tel un « fatras », par son mélange de droits de nature différente comme le droit de propriété considéré comme civil mais parfois comme économique et social, le droit à l'instruction apparaissant comme une créance, ce Protocole adopté à Paris le 20 mars 1952 consacre également le droit à des élections libres d'essence politique en disposant que *« Les hautes parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif »*¹⁴⁵⁴. Si, d'une part, certains s'émerveillent de ce droit pour son autorité au bon fonctionnement de la démocratie et son rôle novateur parce qu'aucun texte international ne reconnaît pareil droit ; d'autres au contraire dénoncent un droit restreignant les Etats à organiser des élections législatives contrairement à sa proclamation traditionnelle, ce qui ramène la conception démocratique à l'essentiel en la privant d'une garantie de juste représentation par l'oubli du principe d'égalité qui est pourtant sa substance¹⁴⁵⁵. Dans sa formulation, l'article 3 du Protocole 1 semble prévoir uniquement une obligation pour les États signataires d'organiser des élections libres sans forcément induire un

», RTDH, 1999, p.962.

1453 Voir R. GOY, « La garantie européenne du droit à des élections législatives : l'article 3 du premier Protocole additionnel à la Convention de Rome », RDP., 1986, p.1279 et concernant le caractère très politique du Comité, il ressort de l'article 14 du Statut du Conseil de l'Europe qui dispose que « Chaque membre a un représentant au Comité des ministres et chaque représentant dispose d'une voix. Les représentants au Comité sont les ministres des affaires étrangères. Lorsqu'un ministre des Affaires étrangères n'est pas en mesure de siéger, ou si d'autres circonstances le recommandent, un suppléant peut être désigné pour agir à sa place. Celui-ci sera, dans toute la mesure du possible, un membre du gouvernement de son pays ».

1454 Jean-François RENUCCI évoque un « fourre-tout » à propos de ce Protocole. J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, 2002, p.334 et Articles 1, 2 et 3 du Protocole 1 à la Convention.

1455 Pour l'émerveillement. Voir S. MARCUS-HELMONS. In *La Convention européenne des droits de l'homme commentée* article par article, sous la dir. de L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT, Economica, Paris, 1995, p.1012. « En reconnaissant le droit aux élections libres, les auteurs du Protocole ont fait œuvre de pionnier dans la mesure où jusqu'alors aucun acte international ne reconnaissait pareil droit ». J. VÉLU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990, p.660. Quant à la dénonciation. Voir F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2006, p.523 ; P. WACHSMANN, « Participation, communication, pluralisme », AJDA, 1998, n° spécial, p.174 et R. GOY, « La garantie européenne du droit à des élections législatives... », op.cit., p.1303.

droit individuel comme ceux des dispositions de la Convention qui énoncent clairement que « *toute personne a droit...* » ou « *nul ne peut...* »¹⁴⁵⁶. Bien plus, son alignement sur le droit international général est approximatif lorsqu'on le compare, d'une part, à la *Déclaration universelle* dont la « *clause démocratique* » dans son article 21 établit tout politique sur le fondement de la volonté du peuple manifestée à travers des élections non seulement au suffrage universel et égal, mais aussi honnêtes et périodiques et, d'autre part, à la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* qui évoque un « droit à... ». Par ailleurs, le fait que sa formulation induise simplement une obligation pour les Etats signataires laisse imaginer que l'article 3 du Protocole 1 n'assure exclusivement qu'une garantie collective et non individuelle formellement, ce qui paraît déroger au particularisme du contrôle conventionnel centré sur l'individu¹⁴⁵⁷. Bien qu'approximatif, indéterminé, mal formulé, très critiquable et facultatif, le Protocole 1 contenant le droit à des élections libres dans son article 3 assure néanmoins la sauvegarde d'un type de gouvernement démocratique au niveau national, et ses indéterminations contraignent en quelque sorte la Cour, comme pour la Convention, à interpréter souplesment et extensivement son contenu tout en veillant à une interprétation étroite des dérogations ou limitations¹⁴⁵⁸. Face à l'intensité du transfert de souveraineté et à la portée des effets pouvant résulter de la ratification, cette dernière a été vraiment difficile à obtenir dans de nombreux Etats du Conseil de l'Europe et elle a subi des clauses limitatives, sans toutefois que l'article 3 soit impliqué¹⁴⁵⁹. Toutes ces réticences expliquent, mais avec critique, la très large marge d'appréciation reconnue aux Etats signataires sur le droit à des élections libres.

¹⁴⁵⁶ Voir La Comparaison de la lettre de l'article 3 du Protocole 1 aux articles 2, 3, 4,5, 6, 7,8, 9, 10, 11, 12 de la Convention.

¹⁴⁵⁷ Voir S. MARCUS-HELMONS, « Le système de garantie collective des droits fondamentaux dans la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». In L'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 1981, pp.33-46.

¹⁴⁵⁸ Voir Intervention de Sir D.-M. FYFTE, rapporteur de la Commission des questions juridiques et administratives, Débat du 14 août 1950, 6ème séance, p.327 et M. MELCHIOR, « Notions « vagues » ou « indéterminées » et « lacunes » dans la Convention européenne des droits de l'homme ». In F. MATSCHER et H. PETZOLD, Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de G. WIARDA, Carl Heymanns, 2éd., Cologne, 1990, p.411.

¹⁴⁵⁹ Voir L. FAVOREU, « Cours constitutionnelles nationales et Cour européenne des droits de l'homme ». In P. AMSELEK (dir.), Libertés, Justice, Tolérance : Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan, Bruylant, Bruxelles, vol.1, 2004, p.794 et Y. LECUYER, les droits politiques dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme, Dalloz, Paris, 2009, pp.29 et 31.

B. L'imprécision de la marge nationale d'appréciation du droit à des élections libres

799. Relativement au droit à des élections libres, la Cour reconnaît, sans précision de limites, une très large marge d'appréciation aux États justifiée par les particularités locales ou institutionnelles et aussi par le contexte historique durcissant et divisant l'ordre public européen.
800. Concernant les particularismes locaux et institutionnels, la marge d'appréciation contraint la Cour à examiner le contexte des requêtes qui lui sont soumises et infléchit son contrôle qui, peut changer en fonction de l'essence du droit conventionnel en cause ou des exigences divergentes de nature morale ou sociale auxquelles sont confrontées les États¹⁴⁶⁰. Précisément, quant au droit à des élections libres, la Cour est très attentive au contexte pour en jauger l'autonomie ou valider l'ingérence et s'enquérir des spécificités éventuelles des États défendeurs en étant très tolérante envers celles politiques, institutionnelles et juridiques dans la pratique du Protocole 1¹⁴⁶¹. Pour l'illustrer, la Cour, dans sa jurisprudence *Mathieu Mohin* justifie la grande marge d'appréciation de l'État, la Belgique en l'espèce, par l'hétérogénéité des législations en matière électorale dans le temps et l'espace et en soulignant le caractère transitoire du régime politique et institutionnel¹⁴⁶². En outre, elle va corroborer cette attention particulière au contexte local et institutionnel avec l'affaire *Chypre c. Turquie* en établissant un lien avec les événements de juillet et août 1974, notamment des opérations militaires turques dans la partie nord de Chypre, et aussi la séparation

¹⁴⁶⁰ Voir Cour EDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, arrêt [Pl.] du 22 octobre 1981, N°7525/76, §56.

¹⁴⁶¹ Voir Y. LÉCUYER, *L'eupéanisation des standards démocratiques*, PUR, Rennes, 2011, pp.90 et 91.

¹⁴⁶² « Là également, la Cour reconnaît aux États contractants une large marge d'appréciation eu égard à la diversité dans l'espace, et à la variabilité dans le temps, de leurs lois en la matière ». et « Toutefois, la loi spéciale de 1980 s'insère dans un système institutionnel général de l'État belge, inspiré par le principe de territorialité. Il concerne tant les institutions administratives et politiques que la répartition de leurs compétences et de leurs pouvoirs. Encore inachevée, la réforme en cours cherche à réaliser un équilibre entre les diverses communautés culturelles et régions du Royaume moyennant un ensemble complexe de freins et de contrepoids ; elle a pour but d'apaiser, par la création de structures plus stables et décentralisées, les différends linguistiques au sein du pays. Légitime en soi, ce dessein ressort avec clarté des débats d'un Parlement national démocratique et des majorités massives recueillies, notamment, par ladite loi y compris l'article 29 (paragraphes 22 et 31 ci-dessus). En examinant le régime électoral en cause, on ne saurait en oublier le contexte global. Il ne se révèle pas déraisonnable si l'on a égard aux intentions qu'il reflète et à la marge d'appréciation de l'État défendeur dans le cadre du système électoral parlementaire belge, marge d'autant plus étendue qu'il s'agit d'un système inachevé et transitoire. Il entraîne, pour les minorités linguistiques, la nécessité d'accorder leurs suffrages à des personnes aptes et prêtes à user de la langue de leur région. Une obligation analogue se rencontre dans nombre d'États pour l'organisation de leurs élections. Pareille situation, l'expérience le montre, ne menace pas forcément les intérêts de ces minorités ». Cour EDH, *Mathieu-Mohin c. Belgique*, arrêt [Pl.] du 2 mars 1987, N° 9267/81, §§54 et 57.

contemporaine du territoire chypriote¹⁴⁶³. Cette reconnaissance de la large marge nationale est indiscutable et s'impose ordinairement comme une posture de principe de la Cour dans les affaires *Py* et *Sitaropoulos* où, pour appliquer l'article 3 du Protocole 1, elle énonce que « *toute loi électorale doit toujours s'apprécier à la lumière de l'évolution politique du pays, de sorte que des détails inacceptables dans le cadre d'un système déterminé peuvent se justifier dans celui d'un autre* »¹⁴⁶⁴.

801. Quant au contexte historique, à son époque, la Commission pouvait parfois l'invoquer dans son raisonnement pour justifier une spécificité institutionnelle nationale¹⁴⁶⁵. Toutefois, la Cour a davantage manifesté son intérêt à son propos en reconnaissant une vaste marge d'appréciation nationale dans la restriction du droit à des élections libres comme le relève M. Flauss, à savoir que des

*« considérations d'ordre historique particulières, de tendance historique, d'expérience historique, habituellement invoquées par l'État défendeur aux fins de justifier la conventionnalité d'une ingérence dans l'exercice d'un droit garanti par la Convention, sont prises en compte par la Cour européenne au titre de son contrôle sur la marge d'appréciation de l'État. Elles constituent un paramètre, parmi d'autres, de détermination de l'ampleur de celle-ci »*¹⁴⁶⁶.

Dans ce sens, relativement au droit à des élections libres, la Cour apprécie la législation électorale à l'aune de « *l'évolution politique* » jusqu'à traiter différemment deux États en acceptant certains détails dans une législation électorale tout en ayant la possibilité de les rejeter pour un autre¹⁴⁶⁷. Pour la Cour, même les limitations implicites étatiques du droit à des élections libres se justifient par les disparités au sein de l'Europe, car

¹⁴⁶³ Voir Cour EDH, Chypre c. Turquie, arrêt [G.Ch.] du 10 mai 2001, N°25781/94, §13.

¹⁴⁶⁴ Voir Cour EDH, *Py* c. France, arrêt [Sect.2] du 11 janvier 2005, N° 66289/01, §46 et *Sitaropoulos et Giakoumopoulos* c. Grèce, arrêt [G.Ch.] du 15 mars 2012, N°42202/707, §66.

¹⁴⁶⁵ Voir Com. EDH, X c. Royaume-Uni, 13 mai 1982, DR, n°28, p.99.

¹⁴⁶⁶ J.-F. FLAUSS, « L'histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », RTDH, 2006, n° 65, p.7.

¹⁴⁶⁷ C'est l'idée qui ressort de cette formule : « Aux fins d'application de l'article 3 du Protocole n°1, toute loi électorale doit toujours s'apprécier à la lumière de l'évolution politique du pays, de sorte que des détails inacceptables dans le cadre d'un système déterminé peuvent se justifier dans celui d'un autre ». Cour EDH, *Parti travailliste géorgien* c. Géorgie, arrêt [Sect.2] du 8 juillet 2008, N° 9103/04, §89.

« Il existe de nombreuses manières d'organiser et de faire fonctionner les systèmes électoraux et une multitude de différences au sein de l'Europe notamment dans l'évolution historique, la diversité culturelle et la pensée politique, qu'il incombe à chaque État contractant d'incorporer dans sa propre vision de la démocratie »¹⁴⁶⁸.

Le contexte historique apparaît parfois comme un « chèque en blanc » donné aux États en transition démocratique à telle enseigne qu'il a servi à restreindre l'élection des partis communistes à la tête de certains pays de l'Europe centrale et orientale à cause de leurs élans totalitaires et antidémocratiques dans les années suivant le renouement avec leurs indépendances¹⁴⁶⁹. Effectivement, déconstruire l'héritage des ex-pays soviétiques, éviter la résurgence des régimes totalitaires communistes et prévenir les écueils éventuels à l'intégration des pays de l'Europe centrale et orientale, a nécessité le recours au contexte historique par la Cour pour justifier les restrictions nationales du droit à des élections libres¹⁴⁷⁰. L'intérêt poussé au contexte historique est dangereux, d'abord, parce qu'il cristallise le contrôle de la Cour en complexifiant son évolution contrairement à l'approche dynamique et vivante d'interprétation de la Convention et, ensuite, puisqu'il dédouble ce dit contrôle en faisant proliférer des zones européennes en discordance avec l'idée d'harmonisation ou d'intégration du projet européen¹⁴⁷¹. En revanche, il faut souligner que, parfois, la Cour renverse contre l'État l'argument du contexte historique en estimant qu'une législation ne se justifie pas lorsque sont pris en compte l'évolution politique et les paramètres historiques et politiques particuliers et, aussi, l'argument que l'histoire seule, entendue comme la pratique du communisme totalitaire dans le passé au sein d'un État n'explique pas la nécessité d'une restriction, d'autant qu'il existe des partis

¹⁴⁶⁸ Cour EDH, *Ždanoka c. Lettonie*, arrêt [G.Ch.] du 16 mars 2006, N°58578/00, §103 et *Hirst c. Royaume-Uni* (N°2), arrêt [G.Ch.] du 6 octobre 2005, N°74025/01, §61.

¹⁴⁶⁹ C'est l'exemple de la Lettonie pour laquelle, la Cour dans une affaire est parvenue même à énoncer : « Si pareille restriction ne peut guère être admise dans le contexte d'un système politique donné, tel que celui, par exemple, d'un pays qui est doté d'un cadre établi d'institutions démocratiques depuis des dizaines d'années ou plusieurs siècles, elle peut être jugée acceptable [...] compte tenu du contexte historico-politique ayant conduit à son adoption et de la menace que représente pour le nouvel ordre démocratique la résurgence d'idées qui risqueraient de conduire à la restauration d'un régime totalitaire si on les laissait gagner du terrain ». Cour EDH, *Ždanoka c. Lettonie*, 16 mars 2006, §133.

¹⁴⁷⁰ Voir Cour EDH, *Linkov c. République Tchèque*, arrêt [Sect.5] du 7 décembre 2006, N°10504/03 ; *Partidul communistilor c. Roumanie*, arrêt [Sect.3] du 3 février 2005, N°46626/99 ; *Sidabras et Dziautas c. Lituanie*, arrêt [Sect.3] du 27 juillet 2004, Nos 55480/00 et 59330/00, *Rekvenyi c. Hongrie*, arrêt [G.Ch.] du 20 mai 1999, N°25390/94, spéc. §§46-48.

¹⁴⁷¹ « La Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles » ou « (...) à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les régimes démocratiques ». Cour EDH, *Marckx c. Belgique*, arrêt [Pl.] du 13 juin 1979, N°6833/74, §41 ; *Soering c. Royaume-Uni*, arrêt [Pl.] du 7 juillet 1989, §35 et *Guzzardi c. Italie*, arrêt [Pl.] du 6 novembre 1980, N°7367/76, §95. Pour le dédoublement du contrôle. J.-F. FLAUSS, « L'histoire dans la jurisprudence de la Cour... », p.11.

communistes dans plusieurs États membres¹⁴⁷². Avertie de cette controverse créée par les effets et le niveau de la marge d'appréciation sur la conception démocratique dans les États membres, la Cour s'efforce quelquefois impuissamment de s'en libérer par sa réduction¹⁴⁷³

802. Surgissant dans le cadre de la dérogation à la Convention, la marge est une précaution face aux susceptibilités nationales mais elle n'écarte pas pour autant le contrôle supranational¹⁴⁷⁴. Appliquée au droit à des élections libres, la marge assure une extensibilité critiquable de la démocratie, bien qu'elle soit une exigence fonctionnelle et pertinente dans la jurisprudence de la Cour, ce qui la rend presque incontournable¹⁴⁷⁵. Les limitations implicites du droit à des élections libres et la marge d'appréciation semblent indéfectiblement liées selon la jurisprudence *Ouranio Toxo* quand elle énonce qu'« *Il y a de la place pour des limitations implicites, et les États contractants disposent d'une marge d'appréciation particulièrement large en la matière* »¹⁴⁷⁶. Cette marge étant justifiée comme une exigence fonctionnelle pour encadrer les ingérences étatiques dans le respect de l'équilibre des intérêts en cause, elle apparaît très étendue au point de ne plus justifier le but qui lui est assigné au niveau européen¹⁴⁷⁷. Dans ce contexte, la marge semble « un artifice » qu'on peut négliger au bénéfice d'une consolidation de l'« *ordre politique européen* » en tenant compte du poids de la démocratie et des règles électorales, un poids généralement relevé dans l'œuvre de la Cour et qui marque les statuts du Conseil de l'Europe de

1472 Voir Cour EDH, *Tanase et Chirtoaca c. Moldavie*, arrêt [Sect.4] du 18 novembre 2008, N°7/08, §114 et *Partidul communistilor c. Roumanie*, arrêt [Sect.3] du 3 février 2005, N°46626/99, §58.

1473 Voir les affaires Cour EDH, *Ždanoka* ; *Hirst* ; *Melnytchenko c. Ukraine*, arrêt [Sect.2] du 19 octobre 2004, N°17707/02 ; *Kavakci c. Turquie*, arrêt [Sect.3] du 5 avril 2007, N°71907/01, §41, *Ilicak c. Turquie*, arrêt [Sect.3] du 5 avril 2007, N°15394/02, §29 et *Silay c. Turquie*, arrêt [Sect.3] du 5 avril 2007, N°8691/02, §26.

1474 Voir Article 15 de la Convention. En outre, « Les États sont mieux placés que le juge international pour se prononcer sur la présence d'un danger menaçant la vie de la nation comme sur l'étendue des dérogations nécessaires pour le conjurer ». Cour EDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, §207. Sur la marge, M. Delmas-Marty souligne qu'elle aide à « ménager les susceptibilités nationales sans renoncer pour autant « Pluralisme et traditions nationales (Revendication des droits individuels) ». In P. TAVERNIER, *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?* Bruylant, Bruxelles, 1996, p.87.

1475 Voir P. ROLLAND, « Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme ». In D. ROUSSEAU et F. SUDRE, *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme : droits et libertés en Europe*, STH, Paris, 1990, p.53 et J. CALLEWAERT, « Quel avenir pour la marge d'appréciation », *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne : Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns, Cologne, 2000, p.148.

1476 Voir Cour EDH, *Ouranio Toxo et al. c. Grèce*, arrêt [Sect.1] du 20 octobre 2005, N°74989/01.

1477 Voir J.-P. JACQUÉ, « La Convention européenne des droits de l'homme et les limitations aux droits garantis - Rôle respectif des corps législatifs et des tribunaux ». In A. DE MESTRAL, S. BIRKS, M. BOTHE, I. COTLER, D. KLINCK et A. MOREL, *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Yvon Blais Inc., Cowansville (Québec), 1986, p.164.

1949 et le préambule de la Convention¹⁴⁷⁸. Au lieu de s'en départir, la Cour reste souvent à la limite de la formule sournoise et changeante dénaturant son contrôle en déstabilisant l'ordre politique européen.

803. L'abandon aux États par la Cour d'une très large marge de manœuvre sur le plan national du droit à des élections libres face à son caractère complexe sur le plan supranational marque en principe l'émergence de ce droit en droit conventionnel. En réalité, une telle émergence peut permettre de démontrer parfois la difficulté d'obtenir justice à la Cour en matière électorale à cause de son contrôle défaillant de la marge nationale d'appréciation.

§2. Le contrôle défaillant de la marge nationale d'appréciation sur le droit à des élections libres

804. Le contrôle défaillant de la marge nationale d'appréciation par la Cour entraîne spécifiquement dans l'affaire *Ždanoka* le défaut de reconnaître le droit de se présenter aux élections législatives¹⁴⁷⁹ (A). Cela tient au manquement de la Cour à bien interpréter le principe de proportionnalité dans la restriction nationale de ce droit (B) et nécessite, pour le redressement de la situation, de considérer cette exigence (C).

A. La non-reconnaissance du droit à se présenter aux élections législatives : Cas de l'affaire *Ždanoka contre Lettonie*

805. Dans l'affaire *Ždanoka* devant la grande chambre, la Cour, par treize voix contre quatre, considère qu'il n'y a pas de violation à l'article 3 du Protocole n°1 quant à l'interdiction faite par la Lettonie à la requérante, une ancienne dirigeante du parti

¹⁴⁷⁸ « La marge d'appréciation, comme beaucoup de constructions juridiques, est un artifice qui n'est pas indispensable. Au contraire, on pourrait penser que, eu égard à l'importance du régime démocratique et des règles électorales, importance si souvent évoquée au fil de la jurisprudence européenne, inscrite dans le marbre avec les statuts du Conseil de l'Europe de 1949 et le préambule de la Convention de 1950, la Cour eut pu s'en départir au bénéfice du renforcement de l'ordre politique européen ». Y. LÉCUYER, *L'eupéanisation des standards démocratiques*, PUR, op.cit., p.100.

¹⁴⁷⁹ Cour EDH, *Ždanoka*, arrêt précité.

communiste letton lors de la période soviétique, de postuler aux élections législatives¹⁴⁸⁰.

806. A d'être élue au parlement européen, la requérante, née en 1950, avait adhéré au parti communiste letton, la section lettone de l'ancien parti communiste d'Union soviétique¹⁴⁸¹. Membre de ce parti jusqu'à la dissidence d'une partie de ses membres en avril 1990 favorables au multipartisme et à l'indépendance lettone, son groupe parlementaire, alors qu'elle est aussi membre du parlement letton, refuse de participer au vote en mai 1990 pour l'indépendance lettone à l'égard de l'Union des républiques socialiste soviétiques (URSS).
807. Après un coup d'État raté le 13 janvier 1991 impliquant le parti communiste, un référendum controversé va finir par un vote favorable à l'indépendance de la Lettonie qui, déclarée le 21 août 1991, causera deux jours plus tard l'illégalité du parti communiste dont la dissolution intervient officiellement en septembre 1991. Cependant, la requérante va poursuivre son mandat de parlementaire jusqu'aux élections de juin 1993 et sera élue en 1997 au conseil municipal de Riga comme membre du « Mouvement pour la justice sociale et l'égalité des droits en Lettonie ». Candidate pour les élections législatives en juillet 1998, la Commission électorale centrale retira sa candidature considérant qu'elle ne répond pas aux exigences de la loi.
808. L'ordre de constater l'implication de la requérante aux activités du parti communiste consécutivement au coup d'État manqué en 1991 étant donné par le parquet général en janvier 1999 au tribunal régional, celui-ci reçut cette demande le 15 février 1999 au terme d'une procédure contradictoire. La requérante saisit la chambre civile de la Cour suprême, mais sa demande est rejetée le 15 février 1999 scellant ainsi son inéligibilité en lui faisant perdre son mandat de conseillère municipale de Riga ; sa tentative de demande d'annulation de cet arrêt au Sénat de cette juridiction suprême n'y changera rien. Tentant de candidater sur une liste indépendante aux élections de 2002, elle voit son enregistrement refusé et ce n'est qu'au moment de l'adhésion de

1480 L'article 3 de ce Protocole sur le droit à des élections régulières, libres et justes prévoit que « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ».

1481 Note d'information sur la jurisprudence de la Cour EDH, Ždanoka, arrêt précité.

la Lettonie à l'Union européenne le 1^{er} mai 2004 qu'elle est autorisée à candidater aux élections au Parlement européen du 12 juin 2004 et y est élue.

809. Se considérant victime de la violation de l'article 3 du Protocole n°1, elle saisit la Cour dont la procédure arrive jusqu'à la grande chambre. Cette qualité de la requérante est contestée par le gouvernement qui soutient qu'elle a participé aux élections européennes mais cela n'aura pas d'effet, car la Cour va trouver applicable la disposition en cause. En effet, l'exception préliminaire est rejetée par l'argument que l'élection au parlement européen de la requérante ne soustrait pas l'Etat à son obligation d'honorer ses engagements aux droits protégés par l'article 3 du Protocole n°1.
810. Sur le fond, la Cour va d'abord énoncer les principes applicables quant à cette disposition. Pour la Cour, en premier lieu, malgré la ressemblance entre l'article 3 du Protocole 1 aux droits civils et politiques et les articles 10 et 11 de la Convention visant à promouvoir la démocratie, l'examen des ingérences de cette disposition en cas d'atteinte ne repose pas systématiquement sur les mêmes critères. Spécifiquement, cette disposition est écrite en des termes collectifs et généraux, et même si la Cour l'a déjà interprétée comme impliquant aussi « des droits individuels spécifiques », ses normes sont moins rigoureuses comparées à celles des articles 8 à 11 de la Convention. En deuxième lieu, sans précisément prescrire une liste des « buts légitimes » comme ces derniers articles, la « *limitation implicite* » découlant de l'article 3 du Protocole 3 est très importante, car elle permet aux Etats membres de fonder les restrictions sur un but différent non listé dans le contexte particulier d'une affaire donnée, sauf incompatibilité avec la prééminence du droit et des objectifs généraux de la Convention. En troisième lieu, ignorant les critères classiques de « *nécessité* » et « *besoin social impérieux* » utilisés pour les articles 8 à 11, cette « *limitation implicite* » recherche principalement l'arbitraire ou le défaut de proportionnalité en plus de l'atteinte à la libre expression de l'opinion du peuple par la restriction et n'oublie pas la nécessité d'apprécier toute la législation électorale à l'aune de la dynamique politique du pays en cause. En quatrième lieu, la nécessité d'individualiser et le seuil d'individualisation exigé le cas échéant d'une mesure législative supposée contraire à la Convention sont liés aux circonstances particulières de chaque affaire : l'essence, la typologie, la durée et les effets de la restriction légale litigieuse. Par conséquent, un plus faible seuil d'individualisation est suffisant pour

la conformité d'une restriction à l'article 3 en l'espèce que pour les restrictions contestées relatives aux autres articles précités. Et finalement, en cinquième lieu, la Cour manifeste une grande prudence quant aux restrictions de cette disposition dans son « aspect passif » lié au droit d'être élu plutôt qu'à son « aspect actif » rattaché au droit de vote : si le volet actif de ce dernier appelle normalement un très large examen de la proportionnalité des dispositions légales privant une ou plusieurs personnes du droit de vote, le volet passif recherche essentiellement le défaut d'arbitraire dans les procédures nationales menant à l'inéligibilité d'un individu.

811. Par la suite, la Cour va appliquer ces principes quant aux circonstances de cette affaire. D'emblée, écartant la « loyauté politique » et notant l'application distincte de la « neutralité politique » pour les députés comparativement à d'autres fonctionnaires de l'Etat à cause de leur manque de neutralité, la Cour va considérer la restriction en cause comme poursuivant des objectifs - conformes à la prééminence du droit - et - généraux à la Convention, notamment de sauvegarder l'indépendance de l'Etat, l'ordre démocratique et la sécurité nationale. Ensuite, quant à la proportionnalité des restrictions, la Cour considère qu'elle n'est pas remise en cause. Elle souligne que l'inéligibilité à l'endroit de la requérante est une mesure spéciale de droit public encadrant l'accès à la vie politique au plus haut niveau et qu'à bon droit, les autorités nationales n'ont pas débordé les limites de leur marge d'appréciation, puisque par présomption une personne dans une situation analogue à celle de la requérante manifestant des opinions anti-démocratiques peut être déclarée inéligible. Pour la Cour, sa fonction consiste fondamentalement à examiner la proportionnalité de la mesure adoptée par le Parlement avec l'article 3 du Protocole 1 et non condamner les juridictions nationales pour leur défaut de compétence à pleinement individualiser la mesure eu égard à la situation et aux circonstances singulières de l'individu. Bien plus, les procédures en l'espèce ne sont pas arbitraires ni la législation contestable puisqu'elle définit clairement et précisément la catégorie de personnes visées et est flexible en aidant les juridictions internes dans leur recherche de savoir si une personne spécifique intègre ou non cette catégorie. Pour la Cour, il n'y a aucun doute sur le soutien de la requérante à l'opinion antidémocratique de son parti et l'absence de poursuite à son endroit après la tentative du coup d'Etat n'importe pas. En définitive, le fait que la mesure contestée n'ait été introduite qu'en 1995 n'est pas

déterminant dans cette cause, surtout que la Lettonie jusqu'en 1994 était encore sous occupation russe.

812. En bref, la Cour trouve la posture des autorités lettonnes justifiée par rapport à l'article 3 du Protocole 1 dans la restriction du droit de la requérante à être élue aux législatives : cette posture n'est ni arbitraire ni disproportionnée puisqu'elle vise, non son comportement récent ou immédiat, mais ses prises de position politiques à une période importante de conquête de l'indépendance de manière démocratique qui aboutit en 1991. Plus intéressant, confortée par l'approche historique et politique de la Cour constitutionnelle lettonne dans son arrêt du 30 août 2000 ayant mené à l'adoption de la législation litigieuse, la Cour affirme sa posture contextuelle en soulignant qu'une autre conclusion serait possible pour un système doté d'une longue tradition démocratique, soit tout le contraire du système letton dont l'histoire démocratique est courte et encore précaire du fait du risque d'une résurgence d'idées pouvant mener au totalitarisme si on ne les combat.

B. Le manquement à l'exigence de proportionnalité dans le contrôle de la restriction nationale du droit d'être élu librement

813. Contrairement à l'avis de la majorité, la permanence des restrictions ayant obstrué la présentation de la requérante aux élections au Parlement letton à cause de son appartenance au Parti communiste de Lettonie porte atteinte à son droit à des élections libres. L'histoire est écrite par le vainqueur et le seul tort de la requérante en l'espèce est de se retrouver de son côté sombre ; l'issue de l'affaire en cause tient à une vision temporelle limitée de la majorité de la Cour¹⁴⁸². Concrètement, dans l'attente de l'adoption d'une législation pour y mettre fin, les restrictions en cause sont permanentes et sans durée déterminée, donc, disproportionnées¹⁴⁸³. Or, la proportionnalité est indispensable pour le contrôle de la Cour dès lors qu'il y a restriction des droits conventionnels : en vrai, elle devrait en la matière examiner si le défaut de limite temporelle à l'inéligibilité de la requérante

¹⁴⁸² Voir Opinion dissente du juge ZUPANCIC dans Cour EDH, Ždanoka, arrêt précité.

¹⁴⁸³ Voir Opinion dissidente commune aux juges MIJOVIC et GYULUMYAN dans Cour EDH, Ždanoka, arrêt précité

se justifie dans le cadre de mesures punitives de la requérante¹⁴⁸⁴. Ce type de mesures se justifient pour une période précise, notamment celle de la vulnérabilité dans l'établissement d'un nouveau régime au sein d'un État et, sur ce point, la procédure même d'inéligibilité instaurée consécutivement à l'interprétation de la Cour constitutionnelle est insuffisante en ne permettant pas aux juridictions d'examiner la réalité de la menace ou du danger à la démocratie que peut représenter un individu¹⁴⁸⁵. Et, même si l'on tient compte du danger, il n'y a aucune condamnation pénale de la requérante ni rien d'autre qui prouve qu'elle soit personnellement coupable d'actes visant à l'affaiblissement du nouveau régime letton ; c'est plutôt, selon l'avis des Lettons, sa « *dangerosité politique future* », par sa volonté de représenter 30 % de la population lettone parlant russe au moment de l'espèce, qui semble le danger¹⁴⁸⁶. Pour le juge ZUPANCIC, les activités de la requérante,

*« même à la période cruciale pour l'indépendance de la Lettonie, n'avaient rien de subversif, ni même de secret. Le seul danger pour la toute récente souveraineté lettone que Mme Ždanoka a pu véritablement représenter à un moment ou à un autre était le corollaire à ses chances réelles d'être élue »*¹⁴⁸⁷.

Le vrai danger craint par le gouvernement letton en empêchant la requérante d'être élue tient au fait qu'elle représente une importante minorité parlant russe en Lettonie issue de l'héritage démographique de la vaste occupation soviétique considérée comme « *illégal* » et la majorité de la Cour s'est laissé emporter par cette vision¹⁴⁸⁸.

814. Une telle restriction est disproportionnée en confondant la situation personnelle de la requérante au contexte historique et à son groupe d'appartenance, alors que son droit fondamental individuel est de mise et que, logiquement, les droits de l'homme protégés par la Cour sont en principe individuels, donc interdisent matériellement de s'intéresser aux paramètres historiques et collectifs¹⁴⁸⁹. Contrairement à l'avis de la majorité dans cette affaire, bien que l'article 3 du Protocole 1 en cause soit écrit « *en des termes collectifs et généraux* », il implique

¹⁴⁸⁴ Voir Ibid.

¹⁴⁸⁵ Voir Ibid.

¹⁴⁸⁶ Voir Ibid.

¹⁴⁸⁷ Opinion dissente du juge ZUPANCIC dans Cour EDH, Ždanoka c. Lettonie, arrêt précité.

¹⁴⁸⁸ Voir Ibid.

¹⁴⁸⁹ Voir Ibid.

des droits individuels spécifiques, des droits subjectifs - notamment le droit de vote et celui de se présenter aux élections – et il ne se distingue pas qualitativement d'un autre droit garanti par la Convention¹⁴⁹⁰. En effet, dans sa propre jurisprudence de principe en la matière, la Cour soutient que le *Protocole n°1* ne résiste pas à une interprétation très restrictive puisque son préambule permet la garantie de droits et libertés différents de ceux prévus par la Convention dans son titre 1^{er} et son article 5 dispose que l'article 3, entre autres, est additionnel à la Convention, sans oublier le préambule du *Protocole 4* qui le considère comme protégeant des droits et libertés¹⁴⁹¹.

815. La confusion du droit individuel à se présenter aux élections de la requérante avec le contexte historique et son groupe d'appartenance par la Cour conditionne ainsi son éligibilité à l'acceptabilité de la tendance politique dominante, ou à son allégeance à l'égard de l'idéologie sociétale et étatique majoritaire, et ce, contrairement à l'idée de représentativité au cœur de la démocratie qui exige de prendre en compte toutes les expressions, même les plus infimes¹⁴⁹². En effet, l'importance de ne pas supprimer l'expression des minorités au nom de la volonté de la majorité, même en démocratie, est promue par Kelsen lorsqu'il souligne

*« Empêcher la domination d'une classe, c'est précisément ce que le principe majoritaire est en état de faire dans le cadre du parlementarisme. Il est déjà caractéristique qu'il se montre en fait conciliable avec la protection de la minorité. Car, par définition même, la majorité suppose l'existence d'une minorité ; et par suite, le droit de la majorité suppose le droit d'une minorité à l'existence. De là résulte, non pas sans doute la nécessité, mais du moins la possibilité de protéger la minorité contre la majorité »*¹⁴⁹³.

816. Il est possible, pour l'État, en tant que pouvoir, de prévoir de manière circonscrite et exceptionnelle l'inéligibilité pour protéger la démocratie en interdisant l'exercice des droits envisagés par l'article 3 du Protocole 1 ; cependant, une telle restriction ne peut se soustraire au contrôle de proportionnalité de la Cour qui doit scrupuleusement circonscrire toute interdiction d'une personnalité ou d'un groupe

¹⁴⁹⁰ Voir Opinion dissidente du juge ROZAKIS dans Cour EDH, *Ždanoka c. Lettonie*, arrêt précité.

¹⁴⁹¹ Voir Cour EDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, arrêt précité, §§49-50 ; *Hirst (n°2) c. Royaume-Uni*, décision [Gr.Ch.] du 6 octobre 2005, N°74025/01, §§57-58

¹⁴⁹² Opinion dissidente du juge ROZAKIS dans Cour EDH, *Ždanoka c. Lettonie*, arrêt [G.C.] du 16 mars 2006, N°58278/00.

¹⁴⁹³ H. Kelsen, *La démocratie, sa nature-sa valeur*, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2004, p.63.

politique à se faire élire¹⁴⁹⁴. Raisonnablement, étant donné la menace réelle, imminente et prouvée dudit parti politique pour la démocratie, la Cour a estimé dans l'affaire *Refah Partisi* qu'on ne peut pas contraindre l'État à attendre avant d'agir qu'un parti politique accapare le pouvoir et applique un projet politique contraire aux normes démocratiques et à celles de la Convention¹⁴⁹⁵. Toutefois, contrairement à cette affaire, la requérante en l'espèce est empêchée d'être élue, non parce qu'elle est un danger imminent pour la démocratie en Lettonie à son instauration en 1995, mais uniquement pour sa participation aux événements de 1991 ; sans doute, son statut de candidat isolé à un siège au Parlement est différent de celui d'un parti aspirant à gouverner un État¹⁴⁹⁶. Dans une autre affaire, la Cour tranche sur le recours d'un ex-président de la Lituanie qui, consécutivement à sa destitution par la procédure d'*impeachment*, se voit refusée la possibilité de se présenter aux élections présidentielles et législatives ; elle se concentre simplement sur l'empêchement définitif pour le requérant de se faire élire aux législatives et précise la latitude des Etats concernant les restrictions à exercer sur le droit de se présenter aux élections en insistant sur le respect de la proportionnalité déficient en la cause¹⁴⁹⁷. Alors que la situation individuelle et le grief en cause ne sont pas différents de ceux de l'affaire *Ždanoka*, la Cour aboutit à des conclusions différentes en omettant de contrôler la proportionnalité, déniait ainsi à la requérante son droit de se présenter aux élections compte tenu du contexte historique de la Lituanie et non de la menace réelle qu'elle constitue pour la démocratie.

¹⁴⁹⁴ Voir Opinion dissidente du juge ROZAKIS dans Cour EDH, *Ždanoka*, arrêt précité.

¹⁴⁹⁵ Voir Cour EDH, *Refah partisi* (parti de la prospérité) et al. c. Turquie, arrêt [G. Ch.] du 13 février 2003, Nos 41340/98 et al., §102.

¹⁴⁹⁶ Voir Opinion dissidente du juge ROZAKIS dans Cour EDH, *Ždanoka* c. Lettonie, arrêt [G.Ch.] du 16 mars 2006, N°58278/00.

¹⁴⁹⁷ La Cour relève que « le caractère définitif et irréversible de l'inéligibilité au mandat législatif qui atteint le requérant, conduisent la Cour à juger cette restriction disproportionnée et à conclure en conséquence à la violation de l'article 3 du Protocole n°1 ». Cour EDH, *Paksas* c. Lituanie, arrêt [G.Ch.] du 6 janvier 2011, N°34932/04. Sur la critique de cet arrêt. Lire N. DEFFAINS, « La Convention européenne des droits de l'homme n'est que de peu de secours pour les présidents destitués », *Civitas Europa*, N°26, juin 2011, L'Argentine, p.174. DEFFAINS Nathalie, « La Convention européenne des droits de l'homme n'est que de peu de secours pour les présidents destitués », *Civitas Europa*, N°26, juin 2011, L'Argentine, pp.165-180.

C. La nécessité de la prise en compte du contrôle de proportionnalité

817. Perçue comme un principe général pour réguler les rapports sociaux et également comme une méthode de contrôle juridictionnel, la proportionnalité apparaît généralement comme « *le fait de répartir quelque chose selon une juste proportion* »¹⁴⁹⁸. En tant que méthode de contrôle irriguant l'ensemble des droits de la Convention, hormis les droits inviolables, il n'existe pas normalement de doctrine générale dans la jurisprudence européenne sur ce contrôle, sinon « *des éléments* » « *limités* » sur son édification¹⁴⁹⁹. La proportionnalité, marque indéniable du contrôle exercé par la Cour et sa règle d'or, est un outil pour rechercher la justice, à savoir un juste équilibre entre les exigences d'intérêt général de la communauté au sein de l'État et celles de protection des droits fondamentaux de l'individu¹⁵⁰⁰. A l'évidence, la sauvegarde des droits fondamentaux est un fondement de la justice et la paix dans le monde et ne peut se concevoir réellement que dans une démocratie permettant le pluralisme¹⁵⁰¹. Quant à l'exigence de protéger l'intérêt général, elle appelle une marge d'appréciation, une sorte de « *pouvoir discrétionnaire* » de l'Etat, qui se distingue, d'une part, par sa dimension formelle, presque illimitée permettant à l'Etat d'opter librement pour les moyens de restriction de l'exercice d'un droit ou d'une liberté et, d'autre part, par sa dimension réelle nécessitant un contrôle juridictionnel de la Cour et non un outil de réforme normative ou législative¹⁵⁰². Dans le contrôle entrepris par

¹⁴⁹⁸ Voir J.-M. SAUVÉ, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés ? », Les cahiers de Portalis, N°5, 2018, p.11. Consultable en ligne. Consulté le 11 novembre 2024 et Dictionnaire Robert, Société du nouveau Littré de 1972.

¹⁴⁹⁹ Voir P. DUCOULOMBIER, « Contrôle de conventionalité et Cour de cassation : de la méthode avant toute chose », Dalloz, 2017, p.1778 ; S. VAN DROOGHENBROECK, La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, prendre l'idée simple au sérieux, Bruylant, Bruxelles, 2001, spéc. pp.119-132 (Concernant les droits inviolables) et L. SERMET, « Le contrôle de la proportionnalité de la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », Petites affiches, N°46, 5 mars 2009, p.26. ¹⁵⁰⁰ Voir L.-E. PETITTI, « Réflexions sur les principes et mécanismes de la Convention. De l'idéal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui ». In L.-E. PETITTI, P.-H. IMBERT et E. DECAUX (dir), La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, Economica, Paris, 1995, p.33 et Cour EDH, Ezelin c. France, arrêt [Ch.] du 26 avril 1991, N° 11800/85, §52 et Sporrang et Lönnroth c. Suède, arrêt [Pl.] du 23 septembre 1982, §69. XYNOPOULOS entend également la proportionnalité dans le sens d'un outil d'équilibre des intérêts lorsqu'il souligne que c'est un « mécanisme de pondération entre des principes juridiques de rang équivalent, simultanément applicables mais antinomiques ». G. XYNOPOULOS, « Proportionnalité ». In D. ALLAND et S. RIALS (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, PUF, Paris, 2003, p. 1251.

¹⁵⁰¹ Voir Préambule de la Convention et Cour EDH, Informationsverein Lentia et autres c. Autriche, 24 novembre 1993, N°13914/88 et autres, § 38.

¹⁵⁰² Cour EDH, Ezelin, arrêt précité, §39 et L. SERMET, « Le contrôle de la proportionnalité... », article précité, p.26 et s.

la Cour, celle-ci s'assure de manière universelle et complémentaire de la - légalité, légitimité et nécessité – des mesures de restriction d'un droit ou d'une liberté¹⁵⁰³.

818. Pourtant, en l'espèce, le contrôle de la marge nationale d'appréciation est défaillant car la Cour ne prend pas en compte le contrôle de proportionnalité en recherchant uniquement l'existence de l'arbitraire et de l'atteinte à la liberté d'expression tout ignorant clairement les exigences de nécessité et de besoin social impérieux, privant ainsi la requérante d'un droit à être élue¹⁵⁰⁴. Une telle marge reconnue aux États et le fait que la Cour ne tienne compte que de l'arbitraire de l'État sans considérer l'opportunité de ses ingérences dans l'exercice d'un tel droit politique, à savoir, le droit d'être élue, semblent expliquer la négligence de la proportionnalité par l'évidence qu'un tel droit présente un « *caractère sensible* » et un rattachement étroit avec « *l'identité constitutionnelle des États* »¹⁵⁰⁵. Toutefois, cela ne doit pas justifier l'ignorance du contrôle de nécessité et du besoin social impérieux, deux points qui n'étaient pas remplis en l'espèce étant donné l'absence de la menace contre le régime démocratique en place en Lituanie par la requérante et l'éloignement dans le temps de sa participation au régime communiste qui n'était pas non plus illégal à l'époque¹⁵⁰⁶. Si la Cour prenait en compte la nécessité et le besoin impérieux de la restriction, elle n'aurait pas abouti au constat de non-violation du droit d'être élu ; il est donc important qu'elle assure pleinement le contrôle de proportionnalité en l'appliquant. Cela exige que la proportionnalité revête une dimension objective et facilite en toute transparence la prise en compte du contexte pertinent au moment du contrôle et lié non seulement aux événements ayant mené à la privation de la personne visée, mais encore, aux fonctions qu'elle veut exercer plus tard¹⁵⁰⁷. En outre, elle doit

¹⁵⁰³ Voir Cour EDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni* (N°1), arrêt [Pl.] du 26 avril 1979, N°6538/74, §65-66.

¹⁵⁰⁴ Voir L. SERMET, « Le contrôle de la proportionnalité de la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », *Petites affiches*, N°46, 5 mars 2009, p.26 et s. En outre, il arrive que la marge d'appréciation puisse apparaître dans une certaine mesure comme un moyen d'autolimitation du contrôle entrepris par la Cour quant aux ingérences des autorités internes dans les droits conventionnels. Voir C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCZAK, *Droit européen des droits de l'homme*, Sirey, Paris, 2016, p.111.

¹⁵⁰⁵ Voir D. SZYMCZAK, « Convention européenne des droits de l'homme et exorbitance du droit public ». In X. BIOY (dir.), *L'identité du droit public*, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, p.193, spéc. p.206.

¹⁵⁰⁶ Voir *supra*

¹⁵⁰⁷ Voir Cour EDH, *L'appréciation de la proportionnalité, sous l'angle de l'article 3 du Protocole n°1 à la Convention, d'une interdiction générale pour une personne de se porter candidate à une élection après une destitution dans le cadre d'une procédure d'impeachment*, Avis consultatif [Gr.Ch.] du 8 avril 2022. Voir également sur l'objectivisation du contrôle de proportionnalité. M.AFROUKH, « L'identification d'une tendance récente à l'objectivisation du contentieux dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », RDP, 2015, p.1355 et M. AFROUKH, « L'objectivisation du contrôle ». In J. ANDRIANTSIMABZOVINA et L. BURGORGUE-LARSEN et S. TOUZÉ (dir.), *La protection des droits de l'homme...*, op.cit., p.100.

viser le bon fonctionnement de l'institution dont la personne aspire à être membre, la démocratie dans son ensemble et l'absence d'arbitraire au sein de l'État concerné, ce qui n'est pas le cas en l'espèce¹⁵⁰⁸. En définitive, dans le contrôle de la marge nationale d'appréciation du droit à des élections libres, la Cour doit considérer le contrôle de proportionnalité et l'appliquer intégralement. Sans doute, le rôle de la Cour, en tant que « *dernière ligne de protection* », est incontournable dans les périodes difficiles pour les droits de l'homme comme celle où un régime majoritaire veut supprimer l'expression d'une opinion minoritaire incarnée par la requérante pour des raisons surannées et une menace à la démocratie inexistante, ce, en lui refusant son droit à être élue¹⁵⁰⁹.

819. La nécessité de tenir compte du contrôle de proportionnalité par la Cour est un dénouement possible au fait qu'elle ne s'y attarde pas en restreignant le droit d'être élu aux élections législatives, notamment dans l'affaire *Ždanoka* qui se conclut par une non-reconnaissance de ce droit.

¹⁵⁰⁸ Voir Cour EDH, L'appréciation de la proportionnalité, sous l'angle de l'article 3 du Protocole n°1 à la Convention, d'une interdiction générale pour une personne de se porter candidate à une élection après une destitution dans le cadre d'une procédure d'impeachment, Avis consultatif [G.Ch.] du 8 avril 2022.

¹⁵⁰⁹ Pour la juge TULKENS, « *le rôle de la Cour est essentiel, il faut le rappeler avec force. Dans la période actuelle qui est difficile pour les droits de l'homme, une période de déclin et de désenchantement, la Cour doit résister, dans le vrai sens du terme car elle est, dans de nombreuses situations, la dernière ligne de protection* ». F. TULKENS, Conclusions générales. In F. SUDRE (dir.), Anthémis, Némésis, Bruxelles, 2014, p.403.

Conclusion du Chapitre II

820. De ce qui précède, le déni de justice pour les requérants à la Cour est aussi une réalité dans les contentieux migratoires et électoraux.
821. D'une part, en matière migratoire, la Cour ne prend pas en compte quelquefois l'exigence de protection spécifique des étrangers en cas d'éloignement. Cette non prise en compte a nécessité de trouver les fondements sur la base desquels elle peut être établie concernant la Cour. Elle s'explique par l'existence d'un principe de non-refoulement reconnu en droit international des réfugiés que va s'approprier, par la suite, le droit conventionnel européen des droits de l'homme, mais dont la mise en pratique par la Cour, ou la Commission à son époque, apparaît finalement paradoxale puisque priorisant la prérogative souveraine des Etats d'éloigner. En outre, en réalité, cette priorisation va pousser la Cour à ne pas considérer le non-refoulement quant à une tentative d'entrée régulière sur le territoire d'un Etat partie à la Convention. Ce constat se déduit de l'irrecevabilité des demandes au motif de l'inapplicabilité extraterritoriale de la Convention, spécifiquement avec l'affaire *M.N et autres contre Belgique*. Une telle fin de non-recevoir traduit malheureusement le fait que la Cour conteste la juridiction conventionnelle en matière d'éloignement des étrangers. Précisément, la Cour refuse le lien juridictionnel avec la Convention d'une décision nationale à effet sur des requérants hors du territoire conventionnel, ce qui compromet le droit au recours légal face à un refus de visa humanitaire et entraîne ainsi le déni de justice dont la solution passe par une dissociation limpide de l'applicabilité de la Convention et de l'application d'une obligation positive par un Etat partie.
822. D'autre part, en matière électorale, il y a un déni de justice dans la difficulté d'obtenir une décision juste devant la Cour en matière électorale. Une telle difficulté se fonde en théorie sur l'émergence - du droit à des élections libres en droit conventionnel européen des droits de l'homme - caractérisée par une sorte de complexité au niveau supranational, notamment à cause de sa reconnaissance textuelle contenue en droit conventionnel européen des droits de l'homme, contrairement à une forte consécration en droit international public. Cette complexité s'accompagne d'une imprécision des limites de la marge nationale sur le droit à des élections libres. Par ailleurs, en réalité, ladite difficulté tient au contrôle défaillant de la marge nationale d'appréciation du droit à des élections libres par la Cour qui, avec l'affaire *Ždanoka*,

ne va pas reconnaître à une requérante le droit de se présenter aux élections législatives. Cette non-reconnaissance résulte du défaut de contrôle de la proportionnalité dans la restriction de ce droit par la Cour. Naturellement, pour redresser un tel manquement, la Cour devrait tenir compte de la proportionnalité dans son contrôle.

CONCLUSION DU TITRE II

823. S'entendant comme l'absence de protection du justiciable contre l'injustice par la Cour, ou la Commission à son époque, relativement à une violation de certaines dispositions non procédurales de la Convention, le déni de justice peut se révéler en matière - migratoire, électorale, environnementale et sociale. L'analyser implique pour chaque matière de rechercher ses fondements avant son constat.
824. Dans une mesure, concernant la matière sociale, le déni de justice apparaît comme une défaillance de la protection sociale des requérants par la Cour. Son analyse se fonde en théorie sur le développement remarquable de la protection sociale en droit de la Convention d'une part et d'autre part par la compatibilité de cet instrument avec une telle protection et sa violation quand cette protection n'est pas assurée. Si la Convention exige de garantir l'effectivité des droits de l'homme et doit être interprétée de manière évolutive, elle ne peut donc manquer de protéger socialement le justiciable. La défaillance dans la protection sociale s'y rapportant tient soit à l'atteinte au droit de ne pas subir un traitement inhumain et dégradant ou à celle du droit à la vie privée et familiale. Pratiquement, la manifestation de la défaillance de protection sociale par la Cour peut dans certaines circonstances tenir au refus de reconnaître un droit à une vie dans des conditions dignes ou à celui d'admettre un risque de traitement inhumain et dégradant dans le renvoi d'un requérant dans un pays à risque. La non-reconnaissance d'un droit à une vie dans des conditions dignes s'illustre avec l'affaire *Van Volsem contre Belgique* devant la Commission, traduisant

ainsi une exclusion juridico-sociale et économique de l'individu de la protection conventionnelle et exigeant l'attachement des organes conventionnels à une conception dynamique dans la garantie des droits de l'homme. Par ailleurs, la non-admission du risque de traitement inhumain et dégradant se démontre avec l'affaire *N c. Royaume-Uni* concernant le rejet de la demande d'asile d'une femme séropositive qui ne se justifiait pas eu égard à la mauvaise appréciation du traitement inhumain et dégradant et qui nécessite le respect de l'obligation de protection juridictionnelle effective dès lors qu'existe un risque de mauvais traitement.

825. En matière environnementale, le déni de justice par la Cour consiste en la difficile reconnaissance d'un droit à un environnement sain devant la Cour. Affirmer une telle difficulté s'explique par l'émergence de ce droit dans la protection de la Convention. En effet, cet instrument se déploie non seulement aux préoccupations environnementales comme les nuisances et pollutions ainsi qu'aux catastrophes écologiques ; mais encore la sauvegarde de l'environnement s'aligne naturellement sur l'évolution de sauvegarde des droits de l'homme en se circonscrivant au domaine variable de proximité de l'homme et en étant marquée par la garantie de certaines valeurs essentielles de la Convention. En revanche, la difficulté se manifeste par le manquement au principe de précaution face aux risques d'exploitation des centrales nucléaires pour les requérants et aussi par la non-reconnaissance du droit à la vie privée et familiale lorsqu'il y a une faible gravité d'atteinte à l'environnement. Concernant la première manifestation, la Cour n'a pas reconnu le droit à un recours quant à une demande liée aux conditions de sécurité pour le renouvellement d'un permis d'exploitation avec l'affaire *Balmer-Schafroth*, et ce, à cause d'une interprétation défailante du principe de précaution qui va se poursuivre avec l'affaire *Athanassoglou* en exigeant ainsi le renforcement par la Cour du principe de précaution pour une effectivité du droit à un environnement sain. La seconde manifestation niant l'atteinte au droit à la vie privée et familiale par dégradation de l'environnement jouxtant une propriété privée se rapporte à l'affaire *Kyrtatos* qui implique la négligence par la Cour d'une ingérence illégale dans le droit à la vie privée et familiale qu'il faut résoudre par l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour une telle illégalité.

826. Dans une autre mesure, en matière migratoire, le déni de justice par la Cour implique la non-prise en compte de l'exigence d'une protection spécifique des étrangers en cas

d'éloignement. Une telle confirmation s'analyse sur le fondement du principe de non-refoulement en droit conventionnel qui se l'est approprié en s'inspirant du droit international des réfugiés mais l'applique en priorisant le pouvoir souverain d'éloigner sur l'interdiction de refoulement. Cette non-prise en compte du principe de non-refoulement se prouve avec l'affaire *M.N et autres contre Belgique* marquée par l'irrecevabilité d'une demande pour l'inapplicabilité extraterritoriale de la Convention et qui scelle un défaut de juridiction conventionnelle pour les justiciables étrangers en cas d'éloignement par le refus du lien juridictionnel d'une décision nationale ayant pourtant effet sur des requérants hors du territoire conventionnel et compromettant le droit à un recours légal en cas de refus d'une demande de visa humanitaire. Pour répondre à ce déni, la Cour doit clairement faire la distinction entre l'applicabilité de la Convention et l'application d'une obligation positive par un État membre.

827. En outre, en matière électorale, le déni de justice par la Cour consiste en la difficulté qu'elle a de décider justement relativement au droit électoral. Souligner une telle difficulté part de l'existence d'un droit à des élections libres en droit conventionnel. D'une part, l'apparition de ce droit est complexe au niveau supranational par le caractère contenu de sa consécration textuelle en droit conventionnel contrairement à son caractère fort en droit international public. D'autre part, la marge d'appréciation nationale de ce droit à des élections libres n'est pas bien limitée par la Cour. Par ailleurs, la difficulté se constate pratiquement par le contrôle défaillant de la Cour de la marge nationale d'appréciation sur le droit à des élections libres qui entraîne dans le cas de l'affaire *Ždanoka contre Lettonie* la non-reconnaissance du droit à se présenter aux élections législatives, et ce, à la suite d'un manquement au contrôle de la proportionnalité de la restriction de ce droit et qui exige que la Cour prenne en compte un tel contrôle.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

828. Au terme de la seconde partie, il faut rappeler que le déni de justice juridictionnel se conçoit comme l'absence de protection du justiciable par la Cour contre l'injustice, eu égard essentiellement au droit à un procès équitable envisagé par l'article 6 ou, parfois, indirectement quant à l'incidence de cette violation sur une autre disposition de la Convention. Notant que les droits conventionnels en cause lors de l'exercice par la Cour de son pouvoir juridictionnel ont une nature soit procédurale, soit matérielle, le déni juridictionnel se catégorise en déni de justice procédural et en déni de justice matériel.
829. En premier lieu, le déni de justice procédural est une violation caractérisée du droit à un procès équitable par la Cour en vertu de l'article 6§1 et de ses principes résultant d'une suppression ou d'une infirmation de l'essence même des droits qu'il implique. Sachant que les droits impliqués par l'article 6§1 sont d'essence civile et pénale, le déni de justice procédural se décline en dénis de justice civil et pénal.
830. D'une part, le déni de justice civil est une violation caractérisée du droit à un procès équitable par la Cour tenant à son infirmation des exigences d'équité procédurale en matière civile. Véritablement, en contrôlant le respect du droit à un procès équitable, la Cour contrevient quelquefois aux conditions de celui-ci en déniait l'essence civile et cette attitude est extensible, notant l'extension de cette nature civile.
831. Le déni de la nature civile d'un droit dans un procès par la Cour s'explique en théorie par l'hypothèse d'une dérogation par la Cour aux exigences qui l'engagent pour établir l'aspect civil qui, cependant, va se concrétiser dans certaines affaires. Parfois, la Cour déroge aux exigences établissant la nature civile d'un droit dans un procès, soit en s'opposant - au fait que le requérant exerce un droit civil conventionnellement, à la défendabilité d'un tel droit et à son rattachement à une contestation réelle, sérieuse et à issue déterminante. Prouver l'infirmation dans certains cas se démontre, d'une part, par l'impossibilité pour le requérant d'obtenir une décision sur le bien-fondé d'une action civile en indemnisation à travers l'affaire *Markovic* et, d'autre part, par celle d'indemniser un service ecclésiastique rendu par le requérant en vertu de

l'autonomie religieuse avec l'exemple de l'affaire *Károly Nagy*. Dans ces deux cas respectifs, la Cour consolide inexplicablement la raison d'État opposée à la prééminence du droit, là où elle devrait la soumettre à cette dernière et, en outre, elle reconnaît une immunité presque absolue aux organisations religieuses en vertu de leur autonomie en lieu et place d'assurer sa pleine juridiction pour une équité du procès.

832. Il est possible d'étendre l'infirmité de la nature civile aux contestations non civiles à incidence directe et décisive sur un droit d'essence pécuniaire et aux diverses procédures nationales tout en excluant certaines qui, normalement, devraient être incluses pour une analyse exhaustive du déni de justice civil. Par extension, le déni de justice civil par la Cour se révèle dans certaines situations par la reconnaissance, d'une part, du refus des juridictions internes d'indemniser un préjudice moral du requérant pour des faits de torture et, d'autre part, de l'immunité juridictionnelle dans une action civile contre le Saint-Siège quant aux abus sexuels, et ce, respectivement dans les affaires *Naït-Liman contre Suisse* et *J.-C. et autres contre Belgique*. Dans un sens, cette reconnaissance est malheureuse, car la Cour renonce à assurer le respect de la particularité de la Convention là où il fallait valoriser ses principes et valeurs pour rendre justice, et, dans l'autre sens, elle révèle l'insuffisance de la Cour à contrôler le respect de l'obligation de motivation factuelle et juridique des décisions nationales sous l'alibi d'un désir de ne pas vouloir être perçue comme une quatrième instance, alors qu'elle devrait engager la responsabilité sans faute de l'État face à l'impossibilité réelle de réparation juridictionnelle.
833. D'autre part, le déni de justice pénal est une violation caractérisée de l'article 6§1 de la Convention impliquant l'infirmité par la Cour des exigences d'équité des procédures en matière pénale mais aussi l'extension d'une telle infirmité, sans oublier la défaillance de contrôle d'une autre disposition conventionnelle, notant que la matière pénale ne concerne pas que l'article 6§1.
834. L'infirmité de la nature pénale d'un droit par la Cour induit en principe son rejet du lien de ce droit avec la détermination d'une accusation pénale, à savoir, le refus tant de la qualification que de la matérialité pénale. Un tel déni s'est illustré par le fait pour la Cour d'entériner le refus du contrôle judiciaire national d'une détention prolongée lors de l'état d'urgence, avec les cas *Brannigan et Mc Bride* ainsi que *Marshall contre le Royaume-Uni*. Une telle conclusion par la Cour viole l'exigence

de contrôle judiciaire d'une limitation de liberté pendant l'urgence et appelle plutôt au respect de cette obligation. Par ailleurs, cette infirmation peut s'étendre aux matières non essentiellement pénales dans les droits internes et du fait de la difficile remise en cause de la limitation implicite de la portée de la nature pénale, à travers des notions comme celle d'immunité. A cet égard, prouver l'extension de l'infirmation passe, avec l'exemple de l'affaire *Kart contre Turquie*, par le constat de l'impossibilité pour le requérant d'obtenir que soit levée l'immunité parlementaire afin de se défendre dans une procédure pénale, ce qui, sans doute est un déni du procès équitable dans un délai raisonnable et impose une solution par une profonde réforme des règles internes sur l'immunité parlementaire.

835. A part l'article 6§1 de la Convention, d'autres dispositions conventionnelles peuvent toucher à la matière pénale, à l'instar de l'article 15 de la Convention autorisant les États à déroger à la Convention en leur accordant une marge d'appréciation au nom du principe de subsidiarité. En la matière, le déni de justice peut résulter d'une défaillance du contrôle par la Cour d'une telle marge contrairement à l'exigence de proportionnalité. En pratique, ce déni s'est matérialisé dans l'affaire *Hassan contre Royaume-Uni*, où la Cour a vraiment réduit au mépris de la proportionnalité l'étendue et la teneur du droit à la liberté et à la sûreté. Ce comportement ne se justifie pas en l'absence d'une dérogation à la Convention dans un cadre de conflit armé et à l'avenir, pour l'éviter, la Cour doit assumer et assurer la spécificité de la Convention dans un contexte de conflit armé.
836. En second lieu, le déni de justice matériel est l'absence de protection contre l'injustice du justiciable par la Cour, ou la Commission à son époque, tenant à la violation de certaines dispositions non procédurales de la Convention, notamment en matières tant migratoire et électorale qu'environnementale et sociale. L'étude du déni de justice matériel a impliqué pour chaque matière d'en donner les fondements avant la preuve.
837. En matière sociale, le déni de justice est apparu comme une défaillance de protection sociale des requérants par la Cour. Il s'établit en principe sur l'évolution de la protection sociale en droit conventionnel européen des droits de l'homme que l'on ne peut ignorer pour la compatibilité d'un tel instrument à cette protection et son atteinte quand elle n'est pas garantie. L'effectivité des droits de l'homme et la méthode

évolutive d'interprétation de la Convention a donc permis cette protection sociale. Par conséquent, la preuve d'une défaillance de la Cour dans le contrôle de cette protection s'est démontrée dans son refus de reconnaître un droit à une vie dans des conditions dignes ou dans celui d'admettre un risque de traitement inhumain et dégradant dans le renvoi d'une personne dans un pays à risque, et ce, respectivement, dans les affaires *Van Volsem contre Belgique* devant la Commission et *N. c. Royaume-Uni* à la Cour. La non-reconnaissance du droit à une vie dans des conditions dignes traduit l'exclusion juridico-sociale et économique de l'individu de la protection conventionnelle alors que la Cour et la Commission devraient s'attacher à une conception dynamique des droits de l'homme. Ne pas admettre le risque d'un traitement inhumain et dégradant dans le rejet d'une demande d'asile d'une femme séropositive ne se justifie pas vu l'appréciation du traitement inhumain et dégradant puisque la Cour doit assurer le respect de l'obligation de protection juridictionnelle effective quand il existe un risque de mauvais traitement.

838. En matière environnementale, le déni de justice par la Cour induit sa difficulté de reconnaître la jouissance d'un droit à un environnement sain dans certaines affaires. Le constat de cette difficulté tient préalablement à l'émergence du droit à un environnement sain dans la protection de la Convention. En toute certitude, non seulement la sauvegarde de la Convention s'étend aux préoccupations environnementales, à l'instar des nuisances sonores et pollutions ou des catastrophes écologiques, mais plus encore, la protection environnementale s'aligne logiquement à l'évolution de la protection des droits de l'homme qui se circonscrit au champ variable de proximité de l'homme et qui se caractérise par le respect de certains principes fondamentaux de la Convention. Par ailleurs, concrètement, avec les affaires *Balmer-Schafroth*, *Athanassoglou* et *Kyrtatos*, la difficulté de reconnaître la jouissance du droit à un environnement sain s'illustre notamment par le manquement de la Cour au principe de précaution face aux risques d'exploitation des centrales nucléaires pour les requérants et à la non-reconnaissance de jouir d'un droit à la vie privée et familiale en cas de faible gravité d'atteinte à l'environnement. Dans les deux premières affaires, du fait d'une interprétation défailante du principe de précaution, la Cour n'a pas reconnu le droit à un recours relativement aux demandes en rapport avec le renouvellement des permis d'exploitation et il est plus que nécessaire que la Cour veille à renforcer ce principe. Dans la dernière affaire, la Cour nie l'atteinte au

droit à la vie privée et familiale face à une dégradation environnementale près d'une propriété privée, et ce, par négligence, alors que l'ingérence dans ce droit était illégale et qu'il fallait y remédier en engageant la responsabilité de l'État pour une telle illégalité.

839. Relativement à la matière migratoire, le déni de justice par la Cour est sa non-prise en compte de l'exigence de protection spécifique des étrangers dans un contexte d'éloignement. Fonder cette non-prise en compte en droit conventionnel tient au principe de non-refoulement dont les racines se situent dans le droit international des réfugiés avant son appropriation européenne pour l'appliquer dans le cadre conventionnel d'une manière détournée qui priorise le pouvoir souverain des États d'éloigner au lieu de l'interdire. La non-considération de l'interdiction de refoulement se matérialise notamment avec l'affaire *M.N et autres contre Belgique* dénotant l'irrecevabilité d'une demande à cause de l'inapplicabilité extraterritoriale de la Convention et qui augure un défaut de juridiction de la Convention pour les justiciables étrangers en cas d'éloignement par le rejet du lien juridictionnel avec cet instrument d'une décision interne ayant sans ambages effet sur des requérants en dehors du territoire du Conseil de l'Europe et compromettant leur droit à un recours légal s'il y a refus de visa humanitaire. Résoudre un tel manquement de la Cour exige qu'elle distingue l'applicabilité de la Convention et l'application d'une obligation positive par un État membre.
840. Enfin, en matière électorale, le déni apparaît comme la difficulté pour la Cour de décider de manière juste quant au droit électoral. Constaté cette difficulté tient en principe à l'existence du droit à des élections libres en droit conventionnel. En effet, l'émergence de ce droit en droit européen conventionnel est problématique, vu sa consécration textuelle contenue par rapport à la consécration forte en droit international public et, en plus, la marge d'appréciation nationale de ce droit n'est pas bien circonscrite par la Cour. En réalité, cette difficulté se prouve avec l'affaire *Ždanoka contre Lettonie* du fait d'un contrôle défaillant de la marge nationale d'appréciation sur le droit à des élections libres ayant privé la requérante de son droit à se présenter aux élections législatives, et ce, en toute ignorance de la proportionnalité alors qu'elle est incontournable pour examiner le respect de la Convention dans la mise en œuvre de la marge.

841. Tel se présente le déni de justice matériel et le déni de justice procédural constituant le déni de justice juridictionnel.

CONCLUSION

842. L'analyse a démontré que la Cour peut être auteure de déni de justice. Pour l'affirmer, il a fallu trouver au départ une définition du déni de justice. En partant du droit international des droits de l'homme et pour éviter toute discrimination, en se fondant sur l'exigence d'un « *droit de regard minimum* » dans la reddition de la justice nationale qui ne peut échapper au contrôle international, cette notion apparaît comme « *une violation caractérisée des droits fondamentaux* »¹⁵¹⁰. Le déni de justice étant en droit international des droits de l'homme limité à un seuil minimal qui ne prend en compte que la situation des étrangers, le droit européen des droits de l'homme va le ramener à un seuil global incluant toute personne par le biais du développement de la jurisprudence de la Cour sur l'article 6§1 de la Convention excluant le rapport restrictif au droit des étrangers. Cette évolution va, dans des cas exceptionnels, pousser la Cour à réexaminer des questions de fait et de droit, logiquement tranchées par les juridictions nationales, tout en créant une certaine conception du déni de justice avec une triple finalité, selon le juge Spielmann. Ce triple objectif consiste à protéger le justiciable au sein du Conseil de l'Europe contre l'injustice qu'il subit hors de la juridiction des États membres de la Convention, à appréhender des cas très exceptionnels pouvant entraîner des répercussions sur le respect d'autres droits de la Convention, comme le droit à la liberté et, à réexaminer les questions de fait et de droit ordinairement de la compétence de juridictions nationales quand le déni de justice est stigmatisant. En s'appropriant cette triple finalité pour cette étude et en l'appliquant à la Cour elle-même dans sa manière de rendre justice après épuisement des voies de recours internes, il en découle que le déni de justice peut revêtir de multiples formes. En général, il se conçoit comme l'absence de protection du justiciable par la Cour contre l'injustice dans – ou – en dehors de la juridiction de la Convention. Ainsi, dans une perspective externe, il peut s'entendre comme l'absence de protection, d'un côté - relativement à l'extradition, ou l'expulsion vers un État tiers, ou la reconnaissance ou l'exécution d'une décision de justice prise par une

¹⁵¹⁰ F. MEGRET, « Qu'est-ce qu'une juridiction... », article précité, p.195 et D. SPIELMANN, « La Cour européenne des droits de l'homme et le déni de justice », article précité, p.506.

juridiction d'un État – et de l'autre – dans la dilution du contrôle de la Convention par la Cour motivée à respecter le système du droit de l'Union alors que son insuffisance est manifeste. Dans son aspect interne, le déni s'appréhende comme l'absence de protection du justiciable contre l'injustice essentiellement par rapport à la violation du droit à un procès équitable envisagé par l'article 6 ou parfois indirectement quant à l'incidence d'une telle violation sur une autre disposition de la Convention. Dans cette facette interne, d'une part, le déni de justice par la Cour apparaît comme une atteinte caractérisée du droit à un procès équitable et de ses principes supprimant la nature même des droits impliqués par ce droit. Il est multiforme dans cette dernière conception et peut induire une « *mauvaise appréciation des faits et des preuves* » par la Cour ; et en matière d'accès à la justice, son refus d'examiner, non seulement un recours sans preuve et contraire au droit à un procès équitable, mais aussi une action en réparation sur des droits fondamentaux de l'homme comme le droit à la vie, l'interdiction de la torture et de mauvais traitement, le droit à la liberté et celui à la propriété. D'autre part, en considérant l'incidence de l'article 6 sur d'autres dispositions, le déni est cerné comme une atteinte caractérisée par la Cour à des droits conventionnels. Toutes ces définitions ont pu aider à démontrer le déni de justice par la Cour dans cette étude, toutefois avec comme originalité le changement d'approche pour les appréhender duquel résulte un déni de justice tant structurel que juridictionnel par la Cour.

843. Pour une partie, le déni de justice structurel par la Cour est le défaut de protection du justiciable contre l'injustice dans ou en dehors de la juridiction de la Convention et émane d'une interaction complexe entre les diverses règles des différents systèmes juridiques en droit international. Sans aucun doute, ne pouvant pas manquer de tenir compte de ces ordres en faisant face au manque d'un pouvoir hétéronome capable d'harmoniser efficacement le système global, la Cour a failli dans son contrôle du respect de la Convention et préfère le statu quo de ses rapports structurels avec les ordres juridiques tant international que nationaux. Dans cette visée, le déni de justice qui en découle l'est par le désir de préserver ces ordres pour éviter les conflits.
844. En préservant l'ordre juridique international, la Cour a failli dans son contrôle de garantie des droits de la Convention pour assurer l'intégrité tant de l'ordre universel généralement que du système de l'Union particulièrement.

845. D'une part, la Cour préserve l'ordre universel tant dans le cadre onusien qu'en dehors de lui. Dans le cadre onusien, elle s'appuie formellement sur l'essence des actes onusiens, non seulement en esquivant la hiérarchisation entre la Convention et la Charte de l'ONU qui, expressément, rappelle sa primauté - sur les autres engagements internationaux – consolidée par la jurisprudence internationale, mais encore en tentant d'harmoniser ces deux textes au désavantage de la primauté de la Convention, pourtant texte spécial et plus protecteur. En esquivant la hiérarchisation, la Cour rend moins ouvert son contrôle des requêtes en matière de maintien de la paix et, ce, souvent pour des motifs discutables d'incompétence *ratione loci* ou *ratione personae*, respectivement avec les affaires *Berhami et Saramati* ainsi que *Stichting mothers of Srebrenica* et *Béric*. Pour être irréprochable, la Cour devrait logiquement engager la responsabilité de l'État, d'autant plus que l'organisation ne prévoit pas de recours alternatifs. Hors du cadre onusien, la Cour est parfois non accessible aux requérants relativement aux demandes liées aux actes de certaines organisations internationales ou à certains actes interétatiques. Ne voulant pas contrôler ces derniers actes, la Cour se justifie en apparence par sa volonté de - respecter le droit international et les droits nationaux, de ne pas appliquer sa compétence extraterritoriale et de ne pas empiéter sur l'immunité juridictionnelle de ces institutions. Cependant, en réalité, ce refus de contrôle se motive par une vision extraordinairement statique du caractère régional de la Convention ainsi que par l'exigence de coopération internationale. Assurément, pour parer au déni de justice en la matière, la Cour peut dépasser ces notions par - l'application extraterritoriale de la Convention, l'obligation de garantir la proportionnalité et l'instauration de moyens de recours alternatifs et impartiaux. Par ailleurs, quant à certains actes interétatiques, le refus de la Cour de les contrôler tient à la rémanence de l'immunité d'exécution des États et à l'existence de la clause limitative temporelle, alors qu'elle a la possibilité de considérer le fait générateur pour fonder les responsabilités dans les recours à son office, mais aussi de faire preuve de modération.

846. D'autre part, pour préserver le système juridique de l'Union, la Cour a parfois évité de contrôler pleinement les actes des institutions de cette organisation faisant grief dans certaines demandes. Une telle exceptionnalité semble se fonder sur l'absence d'adhésion formelle de l'Union à la Convention et la reconnaissance de la présomption de conventionnalité de la protection des droits de l'homme dans cet

ordre sur son « équivalence ». Selon l'histoire, il est vrai que l'Union n'a pas adhéré à la Convention puisqu'elle avait à ses origines, lors des Communautés européennes, un but économique totalement indifférent à l'interférence avec les droits de l'homme et, de plus, malgré la découverte de cette interconnexion, des doutes persistent en droit de l'Union sur le rôle de la Convention dont l'essence demeure ambiguë. Concrètement, vouloir sauvegarder l'intégrité de l'Union entraîne la Cour à diluer son contrôle dans certains cas impliquant certains de ses actes institutionnels, notamment les affaires *CFDT*, *Bosphorus* et *Etablissements Biret et Cie et Biret International*. Ce constat remonte à l'époque communautaire et tient à des motifs comme - la protection de l'intégration communautaire, le respect de la présomption de conventionnalité, et ce, même face à une insuffisance manifeste causant le déni de justice. Diluer le contrôle faisant grief à la sauvegarde des droits de la Convention pour les requérants, c'est un manquement par la Cour qui doit se corriger en mettant en cause la responsabilité individuelle et collective des États ou en attendant l'adhésion effective de l'Union à la Convention dont l'importance et l'étendue ne peuvent plus tolérer un traitement exceptionnel des actes de droit dérivé de l'Union.

847. En outre, préservant les ordres juridiques nationaux et guidée par la subsidiarité, la Cour manque à la protection des droits de la Convention en commettant le déni de justice. En la matière, elle se fonde souvent sur la notion d'état d'urgence et les immunités étatiques, soit sur les actes de gouvernement et les règles de prescription.
848. En principe, la situation d'état d'urgence, pour l'équivocité de son régime, peut perturber le contrôle de la marge d'appréciation nationale en le rendant très fluctuant. Cela provoque en réalité, pour les demandes y afférent – spécifiquement dans les affaires *Hassan contre Royaume-Uni* et *Khlebiuk contre Ukraine* - un contrôle gravement insuffisant par la Cour tangible dans la privation aux requérants de certaines garanties procédurales quant à une reconnaissance irrégulière de la restriction de liberté lors d'un conflit armé international et dans la confirmation d'un refus de droit au recours relativement à une relocalisation nationale d'une juridiction à la suite d'une perte du contrôle effectif du territoire par un État. Pour parer à une telle défaillance, la Cour doit parvenir à assurer un juste balancement dans la dérogation aux droits de l'homme en situation d'urgence.

849. Pour les immunités étatiques, elles obstruent l'accès à la Cour en créant un déni de justice. En principe, l'obstacle qu'érigent ces immunités tient, dans un sens, à l'incertitude juridique provoquée par le refus de leurs multiples fondements historiques et l'indécision doctrinale et jurisprudentielle entre la souveraineté et la courtoisie comme leur véritable fondement et, dans un autre sens, à leur fondement politique dans la courtoisie entre les États dont la certitude demande d'en rechercher obligatoirement la base juridique. Concrètement, l'obstacle d'accéder à la Cour que ces immunités entretiennent se prouve dans le choix douloureux et récurrent de cette dernière de souscrire à la primauté de l'immunité interne sur la protection des droits de la Convention en promouvant une quasi-impunité, même s'il s'agit de droits d'essence impérative ou fondamentale, à l'instar, respectivement, du droit d'interdiction de la torture et de l'accès à un tribunal dans les affaires *Al-Adsani* et *Jones contre Royaume-Uni*. Endiguer une telle obstruction nécessite l'harmonisation du régime en cours des immunités avec le droit au juge qui est incontournable dans la protection des autres droits, mais en plus, le resserrement législatif de ces immunités en vertu de ce dit droit par un contenu précis, et ce, pour éviter que rien n'empêche l'État de légiférer en la matière lorsqu'il restreint la compétence internationale du juge de l'État du for.
850. Pour les actes de gouvernement, le déni de justice qu'ils provoquent est lié en théorie à leur fonction et en pratique au défaut de contrôle des droits conventionnels auxquels ils font grief. Dans sa nature fonctionnelle, l'acte de gouvernement implique certains attributs et se conçoit injusticiable, une injusticiabilité évolutive passant notamment du mobile politique - la défense de la société ou de l'intérêt général - vers le mobile pragmatique - le bon gouvernement. La question de l'acte de gouvernement marque largement la situation des rapatriés d'Algérie et, en réalité, son invocation obstrue le contrôle des droits conventionnels par la Cour en en privant la jouissance à certains requérants. Les affaires *S.C* et *Teytaud illustrent* le déni aux rapatriés d'Algérie du droit à l'indemnisation du fait des Accords d'Evian ayant nature d'actes de gouvernement et démontrent ainsi l'option d'une jurisprudence plus politique que juridique dont la fin exige d'imposer la présomption de réciprocité aux États lorsqu'ils coopèrent mutuellement, et ce, dans le but de protéger les droits de la Convention. En plus, si avec l'évolution, reconnaître un droit à l'indemnisation des descendants des rapatriés d'Algérie semble s'acquérir, l'entrave de l'acte de gouvernement au contrôle

de la Cour semble pourtant persister face à la jouissance du droit d'accès au juge avec l'affaire *Tamazount*. Au-delà des rapatriés d'Algérie, l'acte de gouvernement cause le refus par la Cour de protéger le droit de renouvellement d'un détachement d'un magistrat à *Monaco* avec l'affaire *Levrault*, prouvant ainsi d'une certaine manière le refus de la Cour de juger le système judiciaire monégasque manifestement défaillant quant à l'indépendance juridictionnelle. La solution en la matière exige tout simplement que la Cour rompe clairement avec la théorie d'acte de gouvernement pour éviter le déni de justice.

851. Par ailleurs, quant aux règles de prescription, elles obstruent l'accès au juge et cela tient notamment à leur caractère inséparable des règles du droit et à l'indistinction de leurs fondements en droit international et européen ainsi que dans les droits internes. Concrètement, l'entrave qu'elle crée à l'accès au juge se manifeste avec l'affaire *Stubbings et al. c. Royaume-Uni*. Cette affaire révèle véritablement une atteinte substantielle au droit d'accès au juge contrairement aux conclusions de la Cour découlant d'une interprétation discutable de la Convention. Pour remédier à cela, le droit de prescription doit s'ajuster aux exigences du droit à un juge et interdire toute prescription automatique, sans aller jusqu'à reconnaître l'imprescriptibilité, et ce, particulièrement aux sévices sexuels sur les enfants.
852. C'est ainsi que s'est présentée l'étude du déni de justice structurel par la Cour.
853. Pour l'autre partie, le déni de justice juridictionnel apparaît comme l'absence de protection du justiciable contre l'injustice, eu égard, directement, aux exigences du droit à un procès équitable selon l'article 6§1, ou quelquefois, indirectement, quant à la conséquence de l'atteinte à cette disposition sur une autre disposition de la Convention. Indirectement à cette disposition ou directement, les droits conventionnels en cause dont la Cour contrôle le respect ont une essence procédurale ou matérielle qui fait décliner le déni de justice juridictionnel en déni de justice procédural et en déni de justice matériel.
854. Dans un sens, le déni de justice procédural constitue une atteinte caractérisée du droit à un procès équitable par la Cour contrairement aux exigences de l'article 6§1 de la Convention et tenant à sa suppression ou à son infirmation de la nature même des droits qu'il induit. Les droits impliqués par l'article 6§1 disposant d'un caractère civil et pénal font que le déni procédural peut autant être civil que pénal.

855. Le déni procédural civil constitue une violation caractérisée du droit à un procès équitable par la Cour liée à l'infirmer des exigences d'équité procédurale en matière civile. En effet, en examinant parfois le respect du droit à un procès équitable, la Cour va à l'encontre de ces conditions en contestant de cette manière la nature civile et, elle peut étendre ce comportement d'autant plus que la nature civile se conçoit aussi largement.
856. En théorie, infirmer la nature civile d'un droit dans un procès se fonde sur l'hypothèse d'une dérogation par la Cour aux règles qui l'engagent pour établir l'essence civile et cela se démontre à travers quelques affaires. Parfois, la Cour ne reconnaît pas la nature civile d'un droit dans son contrôle en s'opposant ainsi à l'exercice d'un droit civil au sens conventionnel par le requérant, à sa défendabilité et à son rapport à une contestation réelle, sérieuse et à issue déterminante en droit interne. Dans l'affaire *Markovic*, une telle infirmer crée l'impossibilité pour le requérant d'obtenir une décision sur le bien-fondé d'une action civile en indemnisation, et, dans l'affaire *Károly Nagy*, l'impossibilité d'indemniser, en vertu de l'autonomie religieuse, un service ecclésiastique rendu. A travers ces situations, la Cour, respectivement, promeut étonnamment la raison d'État pourtant intolérante au principe conventionnel de prééminence du droit, au lieu de la soumettre à celui-ci, et, elle souscrit à l'immunité quasi-absolue des organisations religieuses en vertu de leur autonomie, là où elle devrait assurer pleinement son contrôle pour l'équité du procès.
857. L'extension de l'infirmer de la nature civile par la Cour concerne aussi les contestations non civiles à incidence directe et décisive sur un droit de nature pécuniaire et les différentes procédures internes tout en en écartant d'autres qui, logiquement, ne devraient pas l'être dans un objectif d'éviter le déni de justice. A cet égard, le déni de justice se matérialise spécifiquement dans les affaires *Naït-Liman* ainsi que *J.-C. et autres*, par une reconnaissance tant du refus des juridictions nationales d'indemniser un préjudice moral du requérant pour des faits liés à la torture, que de l'immunité juridictionnelle relativement à une action civile contre le Saint-Siège sur des abus sexuels. Cette reconnaissance n'est pas heureuse parce que la Cour, en agissant ainsi renonce à garantir l'observance de la spécificité de la Convention alors qu'elle devrait promouvoir les principes et valeurs de celle-ci en rendant justice et, en outre, dévoile son insuffisance pour contrôler le respect de l'obligation de motivation en fait et en droit des décisions nationales, sous-prétexte

de ne pas apparaître comme une juridiction de quatrième instance. Cependant, la Cour devrait sans problème estimer la responsabilité de l'État devant l'impossibilité réelle de réparer juridictionnellement le préjudice du requérant.

858. Le déni de justice pénal induit la violation caractérisée de l'article 6§1 de la Convention consécutivement à l'infirmerie par la Cour des exigences d'équité des procédures en matière pénale au sens conventionnel ou à la possibilité d'extension de cette infirmerie, et à la défaillance du contrôle par la Cour d'une autre disposition conventionnelle en la matière, d'autant que la matière pénale touche aussi d'autres dispositions de la Convention, comme l'article 5 par exemple.
859. L'infirmerie de la nature pénale d'un droit par la Cour suppose, en théorie, son refus du lien de ce droit avec la détermination d'une accusation pénale par le rejet de la - qualification ou matérialité pénale. La preuve d'une telle hypothèse s'illustre avec les affaires *Brannigan et Mc Bride* ainsi que *Marshall* dans lesquelles la Cour confirme le refus de contrôle judiciaire national d'une détention prolongée pendant l'urgence en violation de l'exigence d'un tel contrôle selon la Convention, surtout lorsqu'il y a limitation de liberté pendant l'état d'urgence, alors qu'elle aurait dû la promouvoir. Par ailleurs, l'infirmerie de la nature pénale peut s'étendre non seulement aux matières non essentiellement pénales dans les droits nationaux, mais aussi à cause d'une difficulté à remettre en cause la limitation implicite de la portée pénale par la Cour par la reconnaissance de notions comme l'immunité. Cette difficulté, dans l'affaire *Kart contre Turquie*, se constate dans l'impossibilité pour le requérant d'obtenir la levée de son immunité parlementaire pour se défendre dans une procédure pénale, et ce, dans un déni total de procès équitable dans un délai raisonnable. Pour éviter une telle issue, il faut une profonde réforme des règles nationales sur l'immunité parlementaire.
860. Hormis l'article 6§1 cité, la matière pénale s'étend aussi à d'autres dispositions de la Convention, notamment quand s'applique l'article 15 permettant de déroger à certains droits conventionnels et reconnaissant aux États une marge d'appréciation en vertu de la subsidiarité. A cet égard, dans un tel contexte, le déni de justice peut provenir d'une défaillance du contrôle par la Cour de ladite marge par l'empiétement du principe de proportionnalité. En réalité, cela s'observe avec l'affaire *Hassan contre Royaume-Uni* où la Cour a considérablement diminué, en toute méconnaissance de la

proportionnalité, la portée et la teneur conventionnelle du droit à la liberté et à la sûreté restreint par l'application nationale de la marge d'appréciation. Le contexte étant celui d'un conflit armé international et en l'absence de dérogation à la Convention, cette régression du contrôle ne s'explique pas, la Cour aurait mieux fait de garantir la spécificité de la Convention.

861. Dans un autre sens, le déni de justice matériel traduit la violation caractérisée par la Cour de dispositions non procédurales de la Convention, notamment dans les domaines de migration et des élections ainsi que de l'environnement et de la protection sociale. Dans chacun de ces champs, la recherche sur le déni de justice a nécessité d'en trouver les assises avant de les matérialiser.
862. En matière sociale, le déni suppose la défaillance dans la protection sociale des justiciables par la Cour. En principe, établir cette défaillance tient à l'évolution de la protection sociale en droit de la Convention, non seulement par la compatibilité de ce texte avec cette sauvegarde, mais aussi par sa violation quand cette protection est faible. La protection sociale des justiciables ne saurait manquer en droit de la Convention puisqu'il exige d'assurer l'effectivité des droits de l'homme en les interprétant de manière évolutive. Lorsque cette protection est défaillante en droit conventionnel, cela se constate par le biais de l'atteinte à l'interdiction de traitement inhumain et dégradant ou du droit à la vie privée et familiale. En pratique, la défaillance se manifeste dans certaines circonstances, notamment les affaires *Van Volsem contre Belgique* et *N. c. Royaume-Uni*, par le refus de la Cour de reconnaître le droit de jouir d'une vie dans des conditions dignes ou de concevoir un risque de traitement inhumain et dégradant par le renvoi d'une requérante à la maladie incurable dans un pays à risque ne pouvant efficacement assurer sa survie. L'affaire initiale exprime l'exclusion juridico-sociale et économique de l'individu de la protection conventionnelle que les organes conventionnels ne peuvent éliminer qu'en s'attachant à une interprétation dynamique des droits de l'homme. Dans la seconde affaire, le rejet de la demande de la requérante séropositive est injustifiable à cause de la mauvaise appréciation du traitement inhumain et dégradant et invite la Cour au respect de l'obligation d'effectivité de la protection juridictionnelle face à risque de mauvais traitement à l'étranger.

863. En matière environnementale, le déni de justice par la Cour réside dans la difficulté de la Cour à reconnaître la jouissance d'un droit à un environnement sain devant elle. Appréhender cet écueil part en principe de l'émergence d'un droit à l'environnement en droit conventionnel, tant dans la mesure où la Convention s'étend aux besoins environnementaux tels que les nuisances, les pollutions et catastrophes, mais aussi dans celle où cette protection de l'environnement s'aligne logiquement sur le progrès en matière des droits de l'homme en se limitant au champ variable de proximité de l'homme et dans le but de garantir certaines valeurs fondamentales de la Convention. En outre, réellement, cette difficulté apparaît dans le manquement à la précaution par la Cour devant les risques d'exploitation des centrales nucléaires pour les requérants et son refus de reconnaître la jouissance du droit à la vie privée et familiale en cas de faible gravité d'atteinte à l'environnement, successivement dans les affaires *Balmer-Schafroth* et *Athanassoglou* ainsi que *Kyrtatos*. Dans les deux premières affaires, la Cour interprète de manière défailante le principe de précaution au lieu de le renforcer pour une jouissance effective du droit à un environnement sain ; et dans la dernière affaire, elle nie l'atteinte au droit à la vie privée et familiale en ignorant l'ingérence illégale alors qu'il y a dégradation de l'environnement proche d'une propriété privée et qu'elle devrait normalement engager la responsabilité de l'État à cause de l'illégalité.
864. Bien plus, en matière migratoire, le déni de justice consiste en la non-considération du principe de protection spécifique des étrangers en cas d'éloignement. Confirmer cela se fonde en droit conventionnel sur le principe de non-refoulement, inspiré par le droit international des réfugiés, et dont l'appropriation va s'ensuivre d'une application à contresens priorisant la souveraineté des États au non-refoulement en soi. Concrètement, cette non-prise en compte peut s'illustrer avec l'affaire *M.N. et autres contre Belgique*, dans laquelle la Cour estime irrecevable une requête à cause de l'inapplicabilité extraterritoriale de la Convention et, qui révèle une certaine absence de juridiction conventionnelle pour certains justiciables étrangers en situation d'éloignement - notamment le manque du lien juridictionnel dans une décision nationale ayant une incidence en dehors du territoire des États parties à la Convention et qui a compromis le droit au recours légal des requérants malgré le refus de leur accorder le visa humanitaire. Mettre fin à une telle défailance exige de la Cour qu'elle

distingue limpide l'applicabilité de la Convention de l'application d'une obligation positive.

865. Au-delà, pour la matière électorale, le déni de justice par la Cour réside dans sa difficulté à bien décider parfois concernant les élections. Cette difficulté se fonde sur le fait que le droit à des élections libres existe en droit conventionnel. Cette existence est complexe au départ en droit conventionnel du fait d'une consécration textuelle contenue comparativement à celle beaucoup plus forte en droit international public et aussi à cause d'un défaut clair par la Cour de limiter la marge nationale d'appréciation. Matériellement, cette difficulté est palpable dans la défaillance du contrôle de ladite marge par la Cour relativement au droit à des élections libres et entraînant, spécifiquement dans l'affaire *Ždanoka contre Lettonie* le refus de reconnaître à la requérante son droit à se présenter aux élections législatives, alors que la restriction était disproportionnée et que la Cour devrait assurer la proportionnalité.
866. En définitive, la solution pour que la Cour limite les cas déni de justice exige plus que tout qu'elle puisse consolider sa mission originelle de « *sauvegarde et de développement des droits de l'homme* » en s'adaptant constamment à un contexte d'adversité¹⁵¹¹. Dans un tel environnement, même si limiter les cas de déni de justice pourrait tenir à l'effort collectif des États pour faire respecter les droits de la Convention et de ses Protocoles, la Cour n'en serait pas moins responsable, car, elle seule pourrait donner sens aux droits dans ces instruments en les appliquant ou en les interprétant¹⁵¹². Pour parer au déni de justice, qu'il soit structurel ou juridictionnel, la Cour devrait pleinement accomplir sa mission initiale et, ce, avec résilience et sans dériver vers « *un gouvernement des juges* »¹⁵¹³.
867. Accomplir cette mission impliquerait que la Cour la consolide en ayant conscience de son habilitation, certes, passive et subsidiaire, mais spécifiquement fondée sur une demande étatique ou individuelle¹⁵¹⁴. En ce sens, bien qu'elle ne soit pas toujours

¹⁵¹¹ Voir N. HERVIEU, « Cour européenne des droits de l'homme : De l'art de la résilience juridictionnelle », Consultable en ligne. Consulté le 22 janvier 2022.

¹⁵¹² « Mais pour poursuivre la métaphore musicale chère au Président Dean Spielmann, la partition de la Convention européenne tient aussi du Concerto pour violon de Tchaïkovski : une œuvre qui n'est rien sans l'effort collectif de l'orchestre, mais qui ne prend son sens, que si le soliste strasbourgeois parvient à l'exécuter en dépit de son extrême difficulté. Quitte, pour ce faire, à donner fermement le diapason à l'ensemble des acteurs étatiques ». Idem.

¹⁵¹³ Voir Ibid. et J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, Cour européenne des droits de l'homme, op.cit., p.179.

¹⁵¹⁴ Voir J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, Cour européenne des droits de l'homme, op.cit., p.180.

irréprochable pour les États, la Cour ne devrait notamment pas céder à leurs réprobations quant à sa légitimité à sauvegarder et développer la protection des droits de l'homme de manière générale et à limiter les cas de déni de justice de façon particulière en ce qu'ils empêchent ladite mission. En effet, si les États eux-mêmes en ayant ratifié ou adhéré à la Convention jouent un rôle actif et primaire dans la protection des droits de l'homme et ont investi la Cour d'une telle mission, il serait aberrant qu'ils puissent lui reprocher de la remplir et qu'ils puissent tolérer des situations de déni de justice qui, pourtant, compromettraient toute sauvegarde et tout développement des droits de l'homme.

868. Poursuivant, la Cour devrait consolider sa mission initiale en vertu de l'idéal démocratique dans l'ordre juridique de la Convention qui, lui impose, en tant que juge supranational, qu'elle fasse respecter les droits fondamentaux des individus lorsqu'ils sont menacés par les gouvernants dans les États membres¹⁵¹⁵. Sans doute, au nom de la démocratie, il n'est pas suffisant que dans le système juridique de la Convention que l'on puisse simplement avoir des gouvernants nationaux élus ou des représentants des gouvernés au niveau supranational, il faut aussi qu'une juridiction règle les contestations entre lesdits gouvernants et gouvernés dont les intérêts souvent contradictoires. Dans cette perspective, la Cour seule pourrait assurer une telle fonction et trouver l'équilibre entre ces intérêts sans pouvoir compromettre la sauvegarde et le développement des droits de l'homme¹⁵¹⁶. Une telle issue changerait l'attitude de déni de justice par la Cour comme relevée dans l'analyse et, à travers laquelle, sous-prétexte de ne pas empiéter généralement sur la souveraineté ou ne pas perturber d'autres ordres juridiques, elle fait souvent prévaloir les intérêts des gouvernants des États membres au détriment de la sauvegarde et du développement de la protection des droits de l'homme.
869. Le déni de justice étant incontestablement une des principales menaces à la sauvegarde et au développement des droits de l'homme par la Cour, limiter les cas de son apparition est fondamental dans cette proposition voulant que la Cour consolide sa fonction originare avec résilience et, c'est logique, parce que, l'article 34 de la

¹⁵¹⁵ Voir Ibid., p.181.

¹⁵¹⁶ « En veillant à la séparation des pouvoirs et à la protection des droits fondamentaux, la Cour joue un rôle démocratique de soupape de sécurité contre les risques de contestation par la violence des décisions des gouvernants ». Ibid., p.184.

Convention permet qu'elle soit saisie directement par les individus pour faire valoir leurs droits et libertés fondamentales qu'ils détiennent et bénéficient. Dans une telle optique, eu égard aux principes de prééminence du droit et de l'État de droit inhérents à l'ordre juridique de la Convention, suggérer que la Cour conforte sa mission est essentiel. En effet, à l'échelle supranationale, il n'y a que devant la Cour que les justiciables et citoyens des États membres pourraient s'exprimer librement sans craindre l'étouffement de leur expression par leurs gouvernants et, que les décisions de justice internes pourraient être éprouvées et préservées de tout soupçon d'influence externe par les autres pouvoirs. Par conséquent, si l'on cautionne le déni de justice par la Cour l'on négligerait, dans une certaine mesure, l'importance de toutes ces garanties permettant la sauvegarde et le développement des droits de l'homme dans l'ordre juridique de la Convention.

870. En voulant sauvegarder et développer la protection des droits de l'homme, la Cour devrait également faire preuve de prévoyance. A cet égard, sans ignorer l'usage de recours stratégique, la Cour devrait être apte à déceler la volonté cachée derrière certaines demandes de promouvoir certaines causes et non de trancher forcément des litiges. Ainsi, sous prétexte de limiter les cas de déni de justice, il ne faudrait pas qu'elle juge recevable toute requête, sinon elle risque de commuer le recours individuel en recours pour la défense des intérêts collectifs.
871. Par ailleurs, sauvegarder et développer les droits de l'homme ne dépendrait pas que de la Cour, d'autres acteurs devraient aussi contribuer à cette mission pour limiter les cas de déni de justice. Dans une certaine mesure, les États adhérents à la Convention, les organisations internationales, souvent co-auteurs dans les situations de déni de justice et jouant un rôle actif dans la protection des droits de l'homme, devraient veiller à limiter les cas de déni en respectant leurs engagements conventionnels et en veillant à promouvoir une bonne articulation des normes aux niveaux - supranational, international et étatique. Dans une autre mesure, d'autres acteurs nationaux comme les juridictions internes, les avocats et conseils des justiciables, sans oublier les citoyens ont aussi un rôle indispensable à jouer et devraient toujours être avertis de la nécessité de préserver et d'aider la Cour à consolider sa fonction originelle de sauvegarder et développer les droits de l'homme pour maintenir la société dans la justice, la paix, la démocratie et l'État de droit. C'est dans cette dernière visée,

notamment le désir de soutenir la Cour et de promouvoir sa mission que s'inscrit cette étude sur la Cour auteure de déni de justice.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES

A. DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPÉDIES

ALLAND Denis et RIALS Stéphane (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, PUF, Paris, 2003.

ALLAND Denis et RIALS Stéphane, Dictionnaire de la culture juridique, PUF, Paris, 2007.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUÉNAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane et SUDRE Frédéric (dir.), Dictionnaire des droits de l'homme, Quadrige/PUF, Paris, 2008.

Dictionnaire de l'Académie française, 9ème édition.

ARNAUD André-Jean, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, Paris, 1993.

Le Robert, Société du nouveau Littré de 1972.

MARZANO Michela (dir.), Dictionnaire du corps, Quadrige/PUF, Paris, 2007.

SALMON Jean, Dictionnaire de droit international public, (Préface de G. Guillaume), Bruylant, Bruxelles, AUF, 2001.

B. MANUELS, TRAITES, PRECIS ET COURS

ALSTON Philip et GOODMAN Ryan, International Human Rights, OUP, Oxford, 2013.

ANZILOTTI Dionisio, Cours de droit international, Sirey, Paris, 1929.

BAUDRY-LACANTINERIE Gabriel et TISSIER Albert, Traité théorique et pratique de droit civil : De la prescription, Vol.1, 4éd., Paris, 1924.

BAUMANN Paul, Le droit à un environnement sain et la Convention européenne des droits de l'homme, LGDJ, Paris, 2021.

BECCARIA Cesare, CHAILLOU de LISY Etienne (Trad.), Des délits et des peines, Imprimerie. de Boiste, Paris, 1796.

BEKKER Peter H.F., The legal position of intergovernmental organizations – A functional necessity analysis of their legal status and immunities, Martinus Nijhoff Publishers, Leyden, 1994.

BELRHALI Hafida, Les grandes affaires de responsabilité de la puissance publique, LGDJ, Paris, 2021.

BENTHAM Jérémie, DUMONT Étienne (Trad.), Traité de législation civile et pénale, Paris, 2e éd., 1820, t. II.

BERGER Vincent, Jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme, Sirey, 13^{éd.}, Paris, 2014.

BERRAMDANE Abdelkhaleq et ROSSETTO Jean, Droit institutionnel de l'Union européenne, Montchrestien, Paris, 2005.

BIOY Xavier, Droits fondamentaux et libertés publiques, LGDJ, Collection Cours, 2024.

BLANQUET Marc, Droit général de l'Union européenne, Sirey, 11^{ème} éd., Paris, 2018.

BONNET Baptiste (dir.), Traité des rapports entre ordres juridiques, LGDJ/Lextenso, Paris, 2016.

BROWNLIE Ian, Principles of public international law, OUP, 5^{ed}, Oxford, 1998, xlviii.

CARLIER Jean-Yves et SAROLEA Sylvie, Droit des étrangers, Larcier, Bruxelles, 2016.

CARREAU Dominique, Droit international, Pédone, 3^{ème} éd., Paris, 1991.

CARREAU Dominique et MARRELLA Fabrizio, Droit international, Pédone, 12^{éd.}, Paris, 2018.

CHARRIER Jean-Loup, Code de la Convention européenne des droits de l'homme, Litec, Paris, 2005.

CONSEIL DE L'EUROPE, Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement, éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1^{ère} éd., 2006.

CONSEIL DE L'EUROPE, Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement, éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2^{ème} éd., 2012.

CONSEIL DE L'EUROPE, Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement, éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 3^{ème} éd., 2022.

CRAWFORD James R., The Creation of States in International Law, Oxford University Press, Oxford, 2006.

CRAWFORD James R., Brownlie's Principles of International Law, Oxford University Press, Oxford, 2012.

CREASY Edward Shepherd, First platform of international law, J. Van Voorst, 1 Vol, n°253, Londres, 1876.

DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias et PELLET Alain, Droit international public, LGDJ, Paris, 2009.

DAVID É., Droit des organisations internationales, LGDJ, Paris, 2016.

DE BOECK Charles, L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique, RCADI, Vol.18, N°3, 1927.

DEMOGUE René, Traité des obligations, Librairie Arthur Rousseau, Rousseau et Cie, Paris, vol. 1, 1923.

DE VATTEL Emer, Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, Imprimerie de la société typographique, Neuchâtel, 1758.

DE VATTEL Emer, Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains, 1758, Tome I, livre II.

DE VISSCHER Charles, Cours de l'Académie de Droit international, La Haye, 1935. II (Tome 52), 367-442 pp.

DE VITORIA Francis, De Indis, La doctrine scolastique du droit de la guerre, trad. Par Alfred VANDERPOL, Pédone, Paris.

DOMINICÉ Christian, L'immunité de juridiction et d'exécution des organisations internationale, Martinus Nijhoff Publishers, Leyden, Boston, 1984.

DUFOUR Gabriel, Traité général de droit administratif appliqué, Delamotte et Cie, Paris, 1868, t. V.

DUPUY Pierre-Marie et KERBRAT Yann, Droit international public, Dalloz, Paris, 2022.

FAUCHILLE Paul, Traité de droit international public, européen et américain suivant les progrès de la science et de la pratique contemporaines, IIe Vol, n°820, 1885.

FORTEAU Mathias, MIRON Alina et PELLET Alain et al. Droit international public, LGDJ, 9^{ème} éd., Paris, 2022.

FOX Hazel et WEBB Philippa, The Law of State Immunity, OUP, 3rd éd., 2013

FOX Hazel et WEEB Philippa, The Law of State Immunity, OUP, 2nd ed., 2008.

FULCHIRON Hugues, Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, LGDJ, Paris, 2000.

GAUDIN Hélène, BLANQUET Marc et al., Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne, Dalloz, Paris, 2023.

GAUTHIER Catherine, PLATON Sébastien et SZYMCZAK David, Droit européen des droits de l'homme, Dalloz, Paris, 2016.

GAUTHIER Catherine, PLATON Sébastien et SZYMCZAK David, Droit européen des droits de l'homme, Dalloz, Paris, 2017.

GAUTRON Jean-Claude, Droit européen, mémentos Dalloz, Dalloz, Paris, 2009.

GILL Terry, FLECK Dieter, BOOTHBY William, VANHEUSDEN Alfons, Manuel de Leuven sur le droit international applicable aux opérations de maintien de paix, Bruylant, Bruxelles, 2021.

GILLIAUX Pascal, Droit (s) européen (s) à un procès équitable, Bruylant, Bruxelles, 2012.

GIULIANO Mario, Les relations et immunités diplomatiques, RCADI, 1960, II, t.100.

GOODWIN-GILL Guy S., International law and the movement of persons between states, OUP, Oxford, 1978.

GROTIUS Hugo, De jure belli ac pacis, 1965, livre II.

GROTIUS, De jure belli ac pacis, Livre 2, trad. Par Paul PRADIER-FODERE, Librairie de Guillaumin et Cie.

GROTIUS Hugo, Le droit de la guerre et de la paix [1625], PUF, Paris, 1999.

GUINCHARD Serge et Collectif Dalloz, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, Paris, 2011, N°44.

HATHAWAY James C., The rights of refugees under international law, Cambridge university press, New York, 2005.

HAURIOU Maurice, Précis de droit administratif, Dalloz, 12 éd., 2002.

HENNEBEL Ludovic et TIGROUDJA Hélène, Traité de droit international des droits de l'homme, Paris, A. Pédone, 2018.

JACQUET Jean-Michel, DELBECQUE Philippe et CORNELOUP Sabine, Droit du commerce international, précis Dalloz, 2éd. 2010.

KOPELMANAS Lazare, L'Organisation des Nations Unies, Sirey, Paris, 1947.

LAFFERIERE, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Berger-Levrault et Cie, Paris, 1896, t. II.

LAURENT-BOUTOT Carine, Fiches sur la Convention européenne des droits de l'homme. Rappels de cours et exercices corrigés, Paris, Ellipses, « Fiches », 2019.

M. de REAL Gaspard, La science du gouvernement, t. Ve, contenant le Droit des gens, qui traite des Ambassades ; de la guerre ; des Traités ; des Titres ; des Prérogatives ; des Prétentions et des Droits respectifs des Souverains, Paris, 1764.

MERTUS Julie, The United Nations and Human Rights: A Guide for a New Era, Routledge, London, 2nd ed., 2009.

NAIM-GESBERT Éric, Droit général de l'environnement, Lexis Nexis, coll. « Objectif droit », 3éd., 2014.

OBERDORFF Henri, Droits de l'homme et libertés fondamentales, LGDJ, L'extenso, 2015.

NGUYEN QUOC DINH, DAILLER Patrick, PELLET Alain, Droit international public, LGDJ, Paris, 1992.

PATAULT Anne-Marie, Introduction historique au droit des biens, PUF, 1989.

PINTO Robert, La prescription en droit international, Sijthoff, Leyde, 1956.

PROGIN-THEUERKAUF Sarah et PHAN Tobias, Droit européen de l’asile, Stampfli éditions, Berne, 2020.

RENUCCI Jean-François, Droit européen des droits de l’homme droits, LGDJ, Paris, 2002.

RENUCCI Jean-François, Droit européen des droits de l’homme droits et libertés fondamentaux garantis par la cedh, LGDJ, 8^{ème} éd., Paris, 2019.

RIAD A. M. Fouad, « L’entreprise publique et semi-publique en droit international privé », RCADI, 1961-1, t.108.

ROSSETTO Jean et BERRAMDANE Abdelkhaleq, Droit institutionnel de l’Union européenne, Montchrestien, Paris, 2005.

SANTULLI Carlo, Droit du contentieux international, Montchrestien, 1^{er} éd., Paris, 2005.

SCELLE, Précis de droit des gens, Principes et Systématique, Sirey, Dalloz, Paris, Vol.1, 2008.

SIMMA Bruno et al., The Charter of the United Nations, OUP, New York, Oxford, 1994.

SORIA DE CRISPAN Diego, Philosophie du droit public, 3^e édition, tome 9, Bruxelles, Vanderauwera, 1954.

STRISOWER Leo, L’extraterritorialité et ses principales applications, RCADI, 1923.

SUDRE Frédéric, Droit européen et international des droits de l’homme, PUF, Paris, 2006.

SUDRE Frédéric (dir.), MARGUENAUD Jean-Pierre, ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GONZALEZ Gérard, MILANO Laure, SURREL Hélène, Les grands arrêts de la cour européenne des droits de l’homme, PUF, Paris, 2015.

SUDRE et al., Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme, PUF, 8^{ème} ed., Paris, 2017.

SUDRE Frédéric, MILANO Laure et al., Droit européen et international des droits de l’homme, PUF, Paris, 2021.

SUDRE Frédéric (dir.), MILANO Laure et al., Droit international et européen des droits de l’homme, PUF, Paris, 2019.

SUDRE Frédéric (dir.), MILANO Laure et al., Droit européen et international des droits de l’homme, PUF, Paris, 2023.

THIEFFRY Patrick, Traité de droit européen de l’environnement et du climat, Bruylant, Bruxelles, 2020.

VERDROSS Alfred Von, Les règles internationales concernant le traitement des étrangers, RCADI, Vol.37, N°3, 1931.

VINEY Geneviève, JOURDAIN Patrice et CARVAL Suzanne, Traité de droit civil : Les conditions de la responsabilité, Paris, LGDJ, 4e éd., 2013, n°119-120.

C. MONOGRAPHIES, THESES ET MEMOIRES

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, La Cour européenne des droits de l'homme, Lefebvre Dalloz, Paris, 2024.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français Conseil constitutionnel, Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme, LGDJ, Paris, 1998.

AUST Anthony, Handbook of International Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

BARILE Giuseppe, La structure de l'ordre juridique international : règles générales et règles conventionnelles, Vol. 161, Koninklijke Brill NV, Leiden, 1978.

BAUMANN Paul, Le droit à un environnement sain et la Convention européenne des droits de l'homme, LGDJ, Paris, 2021.

BELL John, French constitutional law, OUP, Oxford, 1992.

BOLESTA-KOZIEBRODZI Léopold, Le droit d'asile, Sijthoff, Leyde, 1962.

BOUTEILLET-PAQUET Daphné, L'Europe et le droit d'asile, L'Harmattan, Paris, 2001.

BRIERLY James Leslie., The Law of Nations: an introduction to the international Law of peace, Clarendon Press, Oxford, 1963.

BROYELLE Camille, La responsabilité de l'Etat du fait des lois, LGDJ, Paris, 2003.

CABALLERO Francis, Essai sur la notion juridique de nuisance, Thèse de doctorat, LGDJ, 1981.

CISMAS Iona, Religious Actors and International Law, Oxford University Press, Oxford, 2014.

CHARRIER Jean-Loup, Code de la Convention européenne des droits de l'homme, Litec, 3^{ème} éd., Paris, 2005.

CHOLEWINSKI Ryszard, Migrant workers in international human rights law: Their protection in countries of employment, Clarendon Press, Oxford, 1997.

COMBACAU Jean, Le pouvoir de sanction de l'ONU, Etude théorique de la coercition non militaire, Pédone, Paris, 1974.

CORBION Lycette, *Le déni de justice en droit international privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 2004.

COSNARD Michel, *La Soumission des Etats aux tribunaux internes- Face à la théorie des immunités des Etats*, Pédone, Paris, 1996.

CRÉPEAU François, *Droit d'asile : de l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruylant, Bruxelles, 1995.

DE BOECK Charles, « L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique », Vol.18, N°3, RCADI, 1927.

de PAEPE Polydore, *De la compétence civile à l'égard des États étrangers et de leurs agents politiques et diplomatiques ou consulaires*, JDI, 1895.

DECAUX Emmanuel, *Les formes contemporaine de l'esclavage*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009.

DELAS Olivier, *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme : de la consécration à la contestation*, Bruylant, Bruxelles.

DEVOLVÉ Pierre, « Le principe d'égalité devant les charges publiques », LGDJ, Paris, 1969.

DOMINICÉ Christian, *L'ordre juridique international entre tradition et innovation-recueil d'études*, Graduate Institute Publication, Genève, 1997.

DRESSLER Günter., *L'immunité de juridiction et d'exécution de l'Etat étranger devant la juridiction nationale*, thèse soutenue à l'Université de Genève, 1978.

DUBOS Olivier, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Dalloz, Paris, 2001.

DUEZ Paul, *Les Actes de gouvernement : réimpression de l'édition 1935*, Dalloz, Paris, 2006.

DUFFAR Jean, *Contribution à l'étude des privilèges et immunités des organisations internationales*, LGDJ, Paris, 1982.

DUURSMA Jorri, *Fragmentation and the International Relations of Micro-States*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

EL SAWAH Sally, *Les Immunités des États et des organisations internationales. Immunités et procès équitable*, Larcier, Bruxelles, 2012.

EUSTATHIADES Constantin, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les actes des organes judiciaires et le problème du déni de justice en droit international*, A. Pédone, Paris, 1936.

FAVOREU Louis, *Du déni de justice en droit public français*, L.G.D.J., Paris, 1965.

FERRERO Julie, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme. Contribution à l'étude de la fonction interprétative du juge international*, A. PEDONE, Paris, 2019.

FORTEAU Mathias, MIRON Alina et PELLET Alain, Droit international public, LGDJ, 9^{ème} éd., Paris, 2022.

FULCHIRON Hugues, Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, LGDJ, Paris, 2000.

FREEMAN Alwyn Vernon, The international responsibility of States for denial of justice, Longmans Green, New York, 1938.

GALLAND Yannick, La protection par le droit international des droits politiques, thèse de doctorat sous la dir. De M. WACHSMANN, Université Robert Schuman 'Strasbourg), 2000.

GENY François, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique, 2^{ème} éd., LGDJ, Paris, 1919.

GILLIAUX Pascal, Droit (s) européen (s) à un procès équitable, Bruylant, Bruxelles, 2012.

GOODWIN-GILL Guy S, International law and the movement of persons between states, OUP, Oxford, 1978, XXV.

GREER CRAWFORD Steven, La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, Collection Dossiers sur les droits de l'homme n° 17, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2000.

GRAUDAUBERT Victor, L'immunité de l'État étranger et des organisations internationales en droit international, Thèse, Université Paris-Nanterre, 2021, n°784.

HEUZÉ Vincent, Conflits de juridiction et contrats internationaux, DPCI, (Joly), t.2.Livre IX., Juillet 2002.

HENRY Solveig, L'efficacité des mécanismes du règlement des différends en droit international de l'environnement, thèse, Université de Nantes, 2011.

HIGGINS Rosalyn, The Development of international law through the Political Organs of the United Nations, London, OUP, 1963.

HONG-ROCCA Laure-Marguerite, Le déni de justice substantiel en droit international public, Thèse de doctorat en droit soutenue à l'Université Panthéon-Assas de Paris le 14 décembre 2012.

KELSEN Hans, La démocratie, sa nature-sa valeur, 2^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2004.

LAFFERIERE Édouard, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Berger-Levrault et Cie, Paris, 1887, t. II.

LAFFERIERE Edouard, Traité de la juridiction administrative, 2^{ème} éd., 1896.

LAVAL Pierre-François, *La compétence ratione temporis des juridictions internationales*, Thèse de doctorat en Droit dirigé par M. Carlo SANTULLI, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2011.

LECUYER Yannick, les droits politiques dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme, Dalloz, Paris, 2009.

LÉCUYER, L'eupéanisation des standards démocratiques, PUR, Rennes, 2011.

LOCHAK Danièle, Le rôle politique du juge administratif français, LGDJ, Collection Anthologie du droit, Paris, 2015.

MADELAINE Colombine, La Technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Thèse de doctorat sous la direction de F. SUDRE à l'Université Montpellier 1, 2012.

MANIN Philippe, L'organisation des Nations Unies et le maintien de la paix – le respect du consentement de l'Etat, LGDJ, Paris, 1971.

MARCHADIER Fabien, Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH, Bruylant, 2007.

MATRINJE Jean, Tradition et modernité dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Etude du contenu normatif de la Charte et de son apport à la théorie du droit international des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 1996.

MAURER Béatrice, Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme, La Documentation française, 1999.

MOINE André, L'émergence d'un principe d'élections libres en droit international public, thèse de doctorat sous la dir. de J.-D. MOUTON, Université de Nancy II, 1998.

MOLE Nuala, Le droit d'asile et la Convention européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2000.

MOTULSKY Henri, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, Dalloz, 2002.

MUBIALA Mutoy, Le système régional africain de protection des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 2005.

NIZARD Lucien, Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative, LGDJ, Paris, 1962.

OLINGA Alain Didier (dir.), La protection internationale des droits de l'homme en Afrique. Dynamique, Enjeux et Perspectives trente ans après l'adoption de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples, Clé, Yaoundé, 2012.

OSTBERG Moa, The role of the European Court of Human Rights in enforcing environmental norms and principles, Master Thesis, University of Lund, 2006.

OUGERGOUZ Fatsah, La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité, PUF, Paris, 1993.

PAPAUX Alain, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction : L'exemple du droit international privé*, Bruylant, 2003.

PAULSSON Jan, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005.

PINGEL-LENUZZA Isabelle, *Les immunités des États en droit international*, Bruylant, Bruxelles, 1997.

PINGEL-LENUZZA Isabelle (dir.), *Droit des immunités et exigences de procès équitable*, Pédone, Paris, 2005.

PRAAG L. Van, *Juridiction et Droit international public : la juridiction nationale d'après le droit international public coutumier en temps de paix*, Belinfante Frères, La Haye, 1915.

REALE Egidio, *Le droit d'asile*, Sirey., Paris, vol.63, 1938.

REBEYROL Vincent, *L'affirmation d'un "droit à l'environnement" et la réparation des dommages environnementaux*, Defrénois, 2009.

RIAD Fouad Abdel-Moneim, « L'entreprise publique et semi-publique en droit international privé », *RCADI*, 1961-1, t.10.

ROSENNE Shabtai., *The Law and Practice of International Court*, Leyden, Sijthoff, 1965.

SAROLÉA Sylvie, *Droits de l'Homme et migrations -de la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Bruylant, Bruxelles, 2006.

SCELLE Georges, *La traite négrière aux indes de Castille. Contrats et traités d'Assiento*, Larose et Tenin, Paris, vol.2, 1906.

SUCHARITKUL P., *Le déni de justice en droit international*, thèse, Paris, 1964.

SUDRE Frédéric, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998.

SUDRE Frédéric, *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis, Limal, Anthemis, *Droit et justice*, 2014, N°108.

TAMAMIAN Kegham, *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger en droit international*, thèse de doctorat en droit privé soutenue à l'Université de Paris X en 2000 sous la direction de GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud.

TAVERNIER Paul, *Quelle Europe pour les droits de l'homme?*, Bruylant, Bruxelles, 1996.

TEHINDRAZANARIVELO Djacoba Liva, *Les sanctions des Nations Unies et leurs effets secondaires-Assistance aux victimes et voies juridiques de prévention*, Graduate Institute Publications, Genève, 2005.

TEISSIER Georges, *Responsabilité de la puissance publique*, P. Dupont, Paris, 1906.

TIMBAL DUCLAUX DE MARTIN Pierre, *Le droit d'asile*, Sirey, Paris, 1939. °

TSAMPI Aikaterini S., Le principe de séparation des pouvoirs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Pédone, Paris, 2019.

TROPLONG Raymond-Théodore, Le droit civil expliqué : De la prescription, Vol.2, 3^{éd.}, Paris, 1838, t. I.

UNDEN Östen, Affaire Martini : une sentence arbitrale internationale, Uppsala, 1930.

VAN DROOGHENBROECK Sébastien, La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, prendre l'idée simple au sérieux, Bruylant, Bruxelles, 2001.

VERYKIOS, La prescription en droit international public, A. Pédone, Paris, 1934.

VITORIA Francis de, Relectio de Indis, édition en fac-similé du manuscrit premier (corpus Hispanorum de Pace, hors-série), Madrid, 1989.

D. OUVRAGES COLLECTIFS

ALSTON Philip (dir.), BUSTELO Mara et HEENAN James, L'Union européenne et les droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 2001.

ASSOCIATION DROIT DES GENS, A la recherche du nouvel ordre mondial, Tome II, Complexes, Bruxelles, 1993.

BRUNET Emile, SERVAIS Jean et RESTEAU Charles, Répertoire pratique du droit belge : législation, doctrine et jurisprudence, Bruylant, Bruxelles, 1949-1967.

BURGOGUE-LARSEN Laurence et UBEDA DE TORRES Amaya, Les grandes décisions de la cour interaméricaine des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 2008.

CARLIER Jean-Yves et SAROLEA Sylvie, Droit des étrangers, Larcier, Bruxelles, 2016.

CARTURELS Yves, BAILLEUX Antoine et BERNARD Diane, DUMONT Hugues, HACHEZ Isabelle et MISONNE Delphine (dir.), Le droit malgré tout. Hommage à François Ost, Presses de l'Université de Saint-Louis, Bruxelles, 2018.

CORTEN Olivier et KLEIN Pierre, Droit d'ingérence ou obligation de réaction ? Bruylant, Bruxelles, 1996.

COT Jean-Pierre et PELLET Alain (dir.), La Charte des Nations Unies-commentaire article par article, Economica/Bruylant, 1^{ère} éd., Paris/Bruxelles, 1985.

D'ARGENT Pierre, BONIFÉ Béatrice et COMBACAU Jean (coord.), Les limites du droit international. Essai en l'honneur de Joe Verhoeven, Bruylant, Bruxelles, 2015.

DONY Marianne, BRIBOSIA Emmanuelle et al., L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne, Bruylant, Bruxelles, 2002.

DOURNEAU-JOSETTE Pascal et LAMBERT ABDELGAWAD Elisabeth (dir.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2011.

GROENENDIJK Kees, GUILD Elspeth and MINDERHOUD Paul (dir.), *In Search of Europe's Borders*, Kluwer, The Hague, 2003.

GUILD Elspeth et BIGO Didier (dir.), *La mise à l'état des étrangers : la logique du visa Schengen*, Cultures & Conflits, N°49, 2003.

HALPERIN Jean-Louis, HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie et MILLARD Éric (dir.), *L'état d'urgence de l'exception à la banalisation*, Presses universitaires de Paris Nanterre, Paris, 2017.

JENNINGS Robert et WATTS Arthur, *Oppenheim's International Law*, 9ème éd., Vol. I: *Peace*, Longman, Londres et New York, 1996.

EISSEN Marc-André et MELCHIOR Michel, *Introduire un recours à Strasbourg ? Némésis*, Bruxelles, 1986.

LAWSON Rick et DE BLOIJS Matthijs (dir.), *The Dynamics of the protection of human rights in Europe: Essays in honour of Henry G. Schermers*, Vol 3, 1994.

LE BONNIEC Nina, « L'appréhension du principe de la séparation des pouvoirs par la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDC*, Vol.106, N°2, Mai 2016, pp.335-356.

LE COUR GRANDMAISON Olivier et WIHTOL de WENDEN Catherine, *Les étrangers dans la cité : expériences européennes*, La Découverte, Paris, 1993.

LECUCQ Olivier et MALJEAN-DUBOIS Sandrine (dir.), *Le rôle du juge dans le développement du droit à l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2008.

LEMMENS Koen, PARMENTIER Stephan, REYNTIENS Louise (des.), *Human Rights with a Human Touch. Liber Amicorum Paul Lemmens*, Intersentia, Cambridge, Anvers, Chicago, 2019.

LEVINET Michel (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2010.

LEYTE Guillaume, LAQUIEZE Alain, BOURETZ Pierre et al., *Prescription et Imprescriptibilité*, PUF, Paris, 2000, n°30.

MBAYE Kéba et KAMTO Maurice, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme : commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2011.

PETERS Anne, LAGRANGE Evelyne, OETER Stefan et TOMUSCHAT Christian (dir.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Brill/Nijhoff, Leyden, 2015.

PETTITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel et IMBERT Pierre-Henri (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1995.

PETTITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel et IMBERT Pierre-Henri (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Economica, Paris, 1999.

PROGIN-THEUERKAUF Sarah et PHAN Tobias, *Droit européen de l'asile*, Stampfli éditions, 1ère éd., Berne, 2020.

RIASSETTO Isabelle, HEUSCHLING Luc et RAVARANI Georges (coord.), *Liber amicorum Rusen Erger*, Imprimerie centrale, Luxembourg, 2017.

RIPERT Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 4éd., 1949, 416p

SUDRE Frédéric (dir.), *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Anthemis, Nemesis, Limal, Bruxelles, 2014.

TIGROUDJA Hélène et PANOUSSIS Ioannis, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme : analyse de la jurisprudence consultative et contentieuses*, Bruylant, Bruxelles, 2003.

TORRE-SCHAUB Marta (dir.), *Le bien-être et le droit*, Publications de la Sorbonne, 2016.

TRICOIRE Jean-Philippe (dir.), *Variations sur le thème du voisinage*, PUAM, 2012.

VÉLU Jacques et ERGEC Rusen, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990.

VELU Jacques et ERGEC Rusen, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, 2e éd., Bruylant, 2014, n°27.

VEDEL Georges, THORP Raymond W., de CHAISEMARTIN Charles, LACOMBE Pierre et GHANASSIA André, *Le Droit à indemnisation des Français d'Algérie atteints par des mesures de dépossession*, Montchrestien, Paris, 1965.

VERHOEVEN Joe (dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation*, LGDJ et Larcier, Bruxelles et Paris, 2004.

VOHRAH Lal Chand, POCAR Fausto, FEATHERSTONE Yvonne et autres (dir.), *Man's Inhumanity to Man – Essays on international Law in honour of Antonio Cassese*, Brill, Leyden, 2021.

ZOUCHE Richard, BRIERLY James Leslie, *Exposition of fecial law and procedure or of law between Nations, and Questions concerning the same*, Canergie Institution, Washington, 1911, pp. XXXII, 204 and XVIII, 186.

E. ACTES DE COLLOQUES, JOURNEES D'ETUDES ET SEMINAIRES

AFDA, *La compétence. Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008*, Litec, Paris, 2008.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, BURGOGUE-LARSEN Laurence et TOUZE Sébastien, La protection des droits de l'homme par les cours supranationales, A. Pédone, Paris, 2016.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, La protection du voisinage et de l'environnement. Travaux du congrès de Paris-Bordeaux, 28 mai-2 juin 1976, Publications Périodiques spécialisées, Lyon-Trévoux, 1979.

BALMOND Louis, Arrangements régionaux et sécurité collective -ARES. Colloque de Nice du 11-12 mai organisé par l'Institut de sécurité de l'UEO et de l'OTAN, SDEDSI, Grenoble, vol. XV, N°02, 1996.

BEERNAERT Marie-Aude, de LEVAL Georges, De VALKENEER Christian et al., Les droits de l'homme et l'efficacité de la justice, Larcier, Bruxelles, 2010.

BIOY Xavier (dir.), L'identité du droit public, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2011.

BURGOGUE-LARSEN Laurence (dir.), La dignité saisie par les juges en Europe : Actes de la Journée d'études du 23 mai 2008 organisée par le Centre de Recherche sur l'Union européenne de l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris I Panthéon), Bruylant, coll. « Droit & Justice », 2010.

CARLIER Jean-Yves (dir.), L'étranger face au droit -XXes journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruylant, Bruxelles, 2010.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et LOCHAK Danièle (dir.), A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme, Presses universitaires de Paris Nanterre, Nanterre, 2008.

DE MESTRAL Albert G., S. BIRKS, M. BOTHE, I. COTLER, D. KLINCK et A. MOREL, La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé, Yvon Blais Inc., Cowansville (Québec), 1986.

POTVIN-SOLIS Laurence (dir.), La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens : Dixièmes journées d'études du pôle européen Jean Monnet, Bruylant, Bruxelles, 2012.

ROSSETTO Jean et BERRAMDANE Abdelkhaleq, Regards sur le droit de l'Union européenne après l'échec du Traité constitutionnel, Presses universitaires François-Rabelais, Tours, 2007.

ROUSSEAU Dominique et SUDRE Frédéric (dir.), Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme, Paris : STH, coll. « Grands colloques », 1990.

RUIZ FABRI Hélène et GRADONI Lorenzo (dir.), La circulation des concepts juridiques : Le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation, UMR de droit comparé de Paris, Vol.16, Société de législation comparée, 2009.

SFDI, La juridictionnalisation du droit international, colloque de Lille, A. Pédone, Paris, 2003.

SFDI, La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme-journée d'études de Strasbourg, Pédone, Paris, 2009.

SFDI., Les compétences de l'Etat en droit international- Colloque de Rennes, Pédone, Paris, 2006.

SUDRE (dir.), Le principe de subsidiarité du sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme, Anthémis, Némésis, Bruxelles, 2014.

Université libre de Bruxelles, Centre de droit international, Université catholique de Louvain (1970-), L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats : à propos du projet de convention du Conseil de l'Europe : actes du colloque conjoint des 30 et 31 janvier 1969, Editions de l'institut de sociologie, Bruxelles, 1971.

UYTTENDAELE Marc, « Protection du parlementaire ou protection de l'institution parlementaire ? ». In Journée d'études « La Constitution hier, aujourd'hui et demain » organisée par le Sénat de Belgique, 4 octobre 2005.

F. MELANGES

AMSELEK Paul (dir.), Libertés, Justice, Tolérance : Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan, Bruylant, Bruxelles, vol.1, 2004.

Collectif, Gouverner, administrer, juger : Liber Amicorum Jean Waline, Dalloz, Paris, 2002.

Collectif, Karel Vasak Amicorum Liber : les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle, Bruylant, Bruxelles, 1999.

Collectif, Mélanges en l'honneur du professeur Joël MOLINIER, LGDJ, Paris, 2012.

Collectif, Pour un droit économique de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin, Frison-Roche, 2013.

LEMMENS Koen, S. PARMENTIER Stephan, REYNTJENS Louise (des.), Human Rights with a Human Touch. Liber Amicorum Paul Lemmens, Intersentia, Cambridge, Anvers, Chicago, 2019.

RIASSETTO Isabelle, HEUSCHLING Luc et RAVARAN Georges (coord.), Liber amicorum Rusen Erger, Imprimerie centrale, Luxembourg, 2017.

GONZALEZ Gérard, GOUTTENOIRE Adeline, MILANO Laure, SURREL Hélène, TINIERE Romain Les droits de l'homme à la croisée des chemins, Mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE, LexisNexis, Paris, 2018.

MAHONEY Paul, MATSCHER Franz, PETZOLD Herbert, WILDHABER Luzius, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, 2000.

MATSCHER Franz et PETZOLD Herbert (dir.), Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur Gérard J. Wiarda, Heymans, Cologne, 1988.

MELANGES, L'évolution du droit public : études offertes à Achille Mestre, Sirey, Paris, 1956.

VERDUSSEN Marc (dir.), Les droits de l'homme au seuil du Troisième millénaire : Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Bruylant, Bruxelles, 2000.

G. OUVRAGES NON-JURIDIQUES

ACKERMAN Galia, Traverser Tchernobyl, Editions Premier parallèle, Paris, 2022.

ARKOUN Mohammed, BALIBARD Étienne et al., L'exception dans tous ses états, Parenthèses, Marseille, 2007.

CANGUILHEM Georges, La connaissance de la vie, Vrin, 1992.

LARRERE Catherine et LARRERE Raphaël, Du bon usage de la nature : pour une philosophie de l'environnement, Alto, Aubier, 1997

NEYRAT Frédéric, Biopolitique des catastrophes, MF éditions, coll. « dehors », 2008.

VERHAERE Raphaël-Emmanuel, Une théorie économique des migrations internationales, Presses universitaires de Grenoble, Grenoble, 1990 (thèse).

FOUCAULT Michel, Sécurité, territoire, population : Cours au collège de France (1977-1978), Gallimard/Seuil, coll. « Hautes études », 2004.

GRANGÉ Ninon, L'urgence et l'effroi. L'état d'exception, la guerre et les temps politiques, ENS Editions, Lyon, 2018.

GRATIEN Hervé, Analyse de l'accident de Tchernobyl, Thèse d'exercice en Médecine vétérinaire soutenu à l'Université Toulouse 3, dirigé par BERNARD Patrick, 1988.

II. ARTICLES, CONTRIBUTIONS ET JURISCLASSEURS

A. ARTICLES DE REVUES

AERNOUDT Rudy, « Éthique et politique : un couple infernal », *Pyramides*, volume 16, n°1, 2008, pp.169-190.

ALLAND Denis, « De l'application au Saint-Siège des règles du droit international relatives aux immunités », *Revue critique de droit international privé*, 2022, Vol.2 (2), pp.361-372.

ALLAND Denis et FLEURY GRAFF Thierry, « Les limites de la renonciation par l'Etat à son immunité d'exécution », *RCDIP*, 2016, Vol. 1, pp.1-19.

ANDRÉ Jean-Claude, « Y-a-t-il une balance bénéfice-risque dans l'application du principe de précaution ? », *Environ Risque Santé*, 2019, Vol.18, spéc. p.197-199.

ANDRÉ Jean-Claude, « Principe de précaution/Principe d'innovation », *Environnement, Risques et Santé*, 2019/3, Vol.18, pp.269-270.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, « Chronique Droits de l'homme : L'élaboration d'un ordre public européen des droits de l'homme. Réflexions à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de 1988 à 1995 », *CDE*, N° 5-6, 1997, pp.656-739.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, « Convention européenne des droits de l'homme », *AIJC*, 2021, Vol. 36, 2021, pp.295- 309.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, « Le refus de juridictions nationales de juger de faits de torture commis dans un Etat étranger ne viole pas le droit d'accès à un tribunal », *Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *Gazette du Palais*, mardi 10 juillet 2018, N°25, pp.25-28.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, « Les limites de la conciliation du droit à la liberté et à la sûreté avec les règles du droit international humanitaire », 31 mars 2015, *Gazette du Palais*, n°210K3, p.19.

ANZILOTTI Dionisio, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par les étrangers », *RGDIP*, 1906, Vol. 14, N°1, pp.1-29.

AUDINET Eugène, « De la prescription acquisitive en droit international public. Son rôle, son objet et ses conditions d'existence », *RGDIP*, t. III, 1896, pp.313-325.

BATES Ed, "The Al-Adsani case, state immunity and the international legal prohibition on torture", *Human Rights Law Review*, October 1, 2003, Vol 3, N°2, pp.193-224.

BELRHALI Hafida, « A contre-courant : l'ilot de l'irresponsabilité de l'Etat du fait des opérations militaires », *AJDA*, N°40, 2010, p. 2269.

BEN-NAFTALL Orna, SHANY Yuval, « Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories », *Israel Law Review*, Vol.37, 2003-2004, pp.17-118.

BENOIT-ROHMER Florence, « A propos de l'arrêt Bosphorus Airlines du 30 juin 2005 : l'adhésion contraint de l'Union à la Convention », *RTDH*, 2005, Vol. 64, pp.827-853.

BERNABE Boris, « Redécouvrir l'office créateur du juge », *Les Cahiers de la justice*, 2013/3, N°3, pp.27-32.

BERRAMDANE Abdelkhaleq, « La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit de l'Union européenne », *RDUE*, vol.2, 2006, pp.243-272.

BERRAMDANE Abdelkhaleq, « Les limites de la protection juridictionnelle dans le cadre du titre IV du Traité sur l'Union européenne », *RDUE*, Vol.2, 2007, pp.1-14.

BLACK Melanie, « The unusual sovereign State: the foreign sovereign immunities act and litigation against the Holy See for its role on the global priest sexual abuse scandal », *Wisconsin International Law Journal*, 2009, vol.27, pp.299-333.

BODEAU-LIVINEC Pierre, BUZZINI Gionata P. and VILLALPANDO Santiago, « Agim Berhami & Bekir Behrami v. France; Ruzhdi Saramati v. France, Germany & Norway. Joined App. Nos. 71412/01 & 78166/01 », *AJIL*, Vol.102, N°2, 2008, pp.323-331.

BONDIGUEL Raymond, « Convention européenne des droits de l'homme et fiscalité », *Revue Juridique de l'Ouest*, 1999-4, pp. 423-434.

BONICHOT Jean-Claude, « L'application de la CEDH par les juridictions nationales par l'intermédiaire de la CJCE », *RUDH*, 1991, vol. 3, pp.317-324.

BOON Kristen, « The State of the Netherlands v. Respondent & Stichting mothers of Srebrenica », *AJIL*, 2020, vol.114 (3), pp.479-486.

BULTRINI Antonio, « La responsabilité des Etats membres de l'Union européenne pour les violations de la Convention européenne des droits de l'homme imputables au système communautaire », *RTDH*, 2002, pp.5-43.

CANCADO TRINDADE A.A., « Denial of justice and its relationship to exhaustion of local remedies in international law », *Philippine law journal*, 1978, Vol.53, p.404.

CÉRÉ Jean-Paul, « La notion de torture, de traitements inhumains et dégradants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revista Esmat*, Vol. 9 ; N°12, 2017, pp.113-134.

CHANTELOUP Hélène, « Les immunités de juridiction et le droit d'accès à la justice », *Gaz. Pal.*, spécial contentieux judiciaire, 15 janvier 2005, p.2.

CHARITÉ Maxime, « La responsabilité de l'État du fait des accords d'Évian », *RFDA*, N°5, 2022, pp.944-956.

COHEN-JONATHAN, « La territorialisation de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme », RTDH, 2002, pp.1069-1082.

CORNELOUP Sabine, « Visa humanitaire et champ 'application spatial de la CEDH. Les limites de l'encadrement conventionnel en cas de gestion extraterritoriale des migrations », RCDIP, N°4, 5 mars 2021, pp.747-762.

CORTEN Olivier et KLEIN Pierre, « Action humanitaire et chapitre vii : la redéfinition du mandat et des moyens des forces des Nations Unies », AFDI, 1993, pp.105-130.

COUZIGOU Irène, « Le Conseil de sécurité doit-il respecter les droits de l'homme dans son action coercitive de maintien de la paix ? », RQDI, Vol.20, N°1, 2007, pp. 107-135.

de CARA Jean-Yves, « L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords », AFDI, 1999, Vol. 45, pp.72-100.

DEFFAINS Nathalie, « La Convention européenne des droits de l'homme n'est que de peu de secours pour les présidents destitués », Civitas Europa, N°26, juin 2011, L'Argentine, pp.165-180.

DEGUERGUE Maryse, « Promesses, renseignements, retards », RRPP, Dalloz, avril 2016, N°94

DEJEANT-PONS Maguelonne, « L'insertion du droit de l'homme à l'environnement dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme », RUDH, 1991, Vol.3, n°1, pp. 461-471.

DEJEANT-PONS Maguelonne, « Les droits de l'homme dans le cadre du Conseil de l'Europe », RTDH, 2004, n°60, pp.861-888.

DELAS Olivier, « La création du principe de non-refoulement en droit international des droits de la personne par la Cour européenne des droits de l'homme : un chef-d'œuvre à protéger », RQDI, 2020, Hors-Série, pp.395-416

DELHOSTE Marie-France, « L'environnement dans les Constitutions modernes », RDP, 2004, n°3, pp.441

DEMARIA Tiphaine, « La reconnaissance de l'immunité de juridiction du Saint-Siège dans le contexte des abus sexuels dans l'Eglise (obs. sous Cour EDH, arrêt du J.C. et autres c. Belgique du 12 octobre 2021) », RTDH, 2023/1, N° 133, pp.193-211.

De SCHUTTER Olivier, « L'adhésion des communautés européennes à la convention européenne des droits de l'homme », CRISP « Courrier hebdomadaire du CRISP », Vol.15, N°1440, 1994, pp.1-40.

DESPAUX Maéva, « Application extraterritoriale de la CEDH et migrations forcées », Revue générale du droit, Chronique de droit des libertés, 2021, 53p.

De VISSCHER Charles, « Justice et médiation internationales », RDILC., 1928, pp. 33-82

DIEHL Paul F., « Peacekeeping operations and the quest for peace », *Political science quarterly*, 1988-10, Vol.103, N°3, pp.485-507.

DORD Olivier, « Systèmes juridiques nationaux et cours européennes : de l'affrontement à la complémentarité ? », *Pouvoirs*, 2001/1, N° 96, pp.5-18.

DORMOY Daniel, « Aspects récents de la question du financement des opérations de maintien de la paix de l'organisation des Nations unies », *AFDI*, 1993, pp. 131-156.

DOSÉ Marie, « Rapatriement des femmes et enfants français détenus en Syrie : une condamnation sur le fond qui ne dit pas son nom », *Gazette du Palais*, 25 octobre 2022, N°34, pp.15-18.

DUCOULOMBIER Peggy, « Contrôle de conventionalité et Cour de cassation : de la méthode avant toute chose », *Dalloz*, 2017, pp.1778

DU PONTAVICE Emmanuel, « La protection juridique du voisinage et de l'environnement en droit civil comparé (1^e partie) », *RJE*, 1978, n°2, pp.147-171.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline, *Le Droit au juge, accès à la justice européenne*, Le Seuil/Pouvoirs, 2001, Vol.1, N° 96, pp.123-141.

EISEMANN Pierre Michel, « L'épilogue de la crise du Conseil de l'étain », *AFDI*, 1990, pp. 678-703.

EUDES Marina, « De la Commission au Conseil des droits de l'homme : vraie réforme ou faux-semblant ? », *AFDI*, Vol.52, 2006, pp.599-616.

FEUERBACH-STEINLÉ Marie-France, « Le droit des catastrophes et la règle des trois unités de temps de lieu et d'action », *LPA* 28 juill.1995, pp.9-11

FLAUSS Jean-François, « Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme », *RSDIDE*, 2000, pp.299-324.

FLAUSS Jean-François, « La banalisation du contentieux indemnitaire devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme », *RTDH*, 1996, pp.93-100.

FLAUSS Jean-François, « Le droit à un recours effectif. L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RUDH*, 1991, pp.324-336.

FLAUSS Jean-François, « L'histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2006, n° 65, pp.5-22.

FLORY Maurice, « L'Organisation des Nations Unies et les opérations de maintien de la paix », *AFDI*, 1965, pp.446-468.

FRANGI Marc, « L'indemnisation des Français d'Outre-mer : bilan de la loi du 16 juillet 1987 », *RFFP*, 1998, N°63, pp.85-108.

FRUMER Philippe, « Quand droits de l'Homme et droit international humanitaire s'emmêlent – Un regard critique sur l'arrêt Hassan c/ Royaume-Uni », RTDH, N°1022015, pp.481-507.

GAUDIN, « Le statut de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Débats récurrents et questions à venir », RTDE, Janvier-Mars 2022, pp.27-38.

GLASER Stéfan, « Quelques observations sur la prescription en matière de criminalité de guerre », RDPC, 1964-1965, pp.511-531.

GODARD Olivier, « Comment organiser l'expertise scientifique sous l'égide du principe de précaution ? », Revue de l'Electricité et de l'Électronique, N°11, Décembre 2003, pp.38-47.

GODARD Olivier, « Le principe de précaution », Revue Projet, 2006/4, N°293, pp.39-47.

GODEFROY Aurélien, « L'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux actes de l'État produisant des effets en dehors du territoire national », Droits fondamentaux, N°18, 2021, 26p.

GONZALEZ Gérard, « Consolidation du principe d'autonomie des Eglises en droit européen des droits de l'homme », Revue du droit des religions, 5/2018, pp.175-180.

GOY Raymond, « La garantie européenne du droit à des élections législatives : l'article 3 du premier Protocole additionnel à la Convention de Rome », RDP., 1986, pp.1275-1326.

GRAVEN Jean, « Les crimes contre l'humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription ? », Revue pénale suisse, 1965, pp.113-178.

GREWE Constance, « La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », Revue générale du droit, Etudes et réflexions 2014, N°3, 12p.

GRIFFITHS John, « What Is Legal Pluralism », Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, Vol. 24, 1986, pp.1-56.

GRIGNON Julia et ROOS Thomas, « La juridiction extraterritoriale des Etats parties à la convention européenne des droits de l'homme en contexte de conflit armé : Analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », RQDI, Vol. 33, n°2, 2020, pp.1-18.

GUYOMAR Mattias, SIMON Denys, « La hiérarchie des normes en Europe », Gaz. Pal., 12 février 2009, N°43, p.11.

HALDERMAN John W., « Legal Basis for United Nations Armed Forces », AJIL, Vol. 56, N°4, Octobre 1962, pp. 971-996.

HATTO Ronald, « Le Conseil de sécurité et les opérations de maintien de la paix », RQDI, Hors-série, décembre 2021, pp.57-69.

HILSON Christopher, « Risk and the European Convention on Human Rights: Towards a new Approach », *Cambridge Yearbook of European Studies* 2009, vol.11, pp. 353-375.

IMBERT Pierre-Henri, « Droit des pauvres, pauvre(s) droit (s) ? Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels », *RDP.*, 1989, pp.739 et s.

JACQUÉ Jean-Paul, « A propos de l'accord de Rome du 23 avril 1977 ; Etude de la survie de la Commission européenne du Danube », *AFDI*, 1981, pp.747-767.

KAMTO Maurice, « Le cadre juridique des opérations de maintien de la paix des Nations Unies », *International Law Forum du droit international*, V.3 (2) : 95, 1 janvier 2001, pp. 95-104.

KESSEDJAN Catherine et SCHREVER Christophe, « Le projet d'articles de la Commission du droit international des Nations Unies sur les immunités des États », *RGDIP*, Vol.96, 1992, t.1-2, pp.299-341.

KLEIN Pierre, « Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d'opérations de paix et étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme : quelques considérations critiques sur l'arrêt Behrami et Saramati », *AFDI*, Vol. 53, 2007, pp.43-64.

KNAPP Blaise, « Les privilèges et immunités des organisations internationales et de leurs agents devant les tribunaux internationaux », *RGDIP*, 1965/3, p.615.

KOVLER Anatoly, « La Cour européenne des droits de l'homme face à la souveraineté d'État », *L'Europe en formation*, Vol.2, N° 368, 2013, pp.209-222.

KRENC Frédéric, « L'assujettissement du référé aux garanties du procès équitable Cour européenne des droits de l'homme (Gde Ch.), Micallef c. Malte, 15 octobre 2009 », *RTDH*, n°86, 2011, pp.295 -315.

KRISCH Nico, « The Open Architecture of European Human Rights Law », *The Modern Law Review* 2008, vol.71, n°2, pp.183-216.

KRUGER Hans Christian et POLAKIEWICZ Jorg, Proposition de création d'un système cohérent de protection des droits de l'homme en Europe, *RUDH*, 30 octobre 2001, n°1-4, pp.1-14.

KUNZ Josef L., « Privileges and Immunities of international Organizations », *AJIL*, Vol.41, N°4, October 1947, pp. 828-862.

LABAYLE Henri, « Les actes de gouvernement devant la Cour européenne des droits de l'homme : les leçons de la jurisprudence Tamazount », *RFDA*, 2024, p. 889.

LEDUC Fabrice, « Causalité civile et imputation », *RLDC*, juillet-août 2007, supplément au n°40, p.21.

LEMAIRE Sophie, « Le juge judiciaire et le contrôle de réciprocité dans l'application des traités internationaux », Dalloz, 2007, N°33, p.2322.

MARCHADIER Fabien, « Immunité souveraine en matière civile dans le contexte du droit européen des droits de l'homme », RCDIP, 2017, Vol.2, N°2, pp.159-172.

MARCHADIER Fabien, « L'indifférence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard du for de nécessité », RCDIP, juillet-septembre 2018, pp.663-670.

MARCHI Jean-François, « L'affaire Dusko Tadic devant le tribunal : Remarques sur le premier contrôle de la légalité d'une résolution du Conseil de sécurité », L'Observateur des Nations Unies, 1996, pp.75-90.

MARGUÉNAUD Jean-Pierre, « Les droits de l'homme face à la guerre : le massacre de Srebrenica voilé par l'immunité de juridiction de l'ONU (CEDH, déc., 3^e section, 11 juin 2013, n°65542/12, Stichting Mothers of Srebrenica et autres c/Pays-Bas) », RSCDPC (Revue de science criminelle et de droit pénal), 2013/3, N°3, pp.659-662.

MARGUÉNAUD Jean-Pierre, « les troubles de voisinage combattus par le droit au respect du domicile et de la vie privée », RTD civ., 1996, pp.507.

MATSCHER Franz, « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », Travaux du Comité français de droit international privé, année 1996-1997, Pédone, Paris, 1999, pp.211-234.

MAVRIDIS Prodromos, « Les juridictions européennes et leurs interventions dans le domaine de la protection sociale », Regards, vol.47, N°1, 2015, pp.71-95.

MAYER Pierre, « La distinction entre les règles et les décisions en droit international privé », RIDC, Vol.26, N°3, juillet-septembre 1974, pp.699-702.

MCLACHLAN Campbell, « Entre le conflit de lois, le droit international public et l'application internationale du droit public : le droit des relations externes des États », Éditions Dalloz, RCDIP, 2018/2 (N°2), pp.191-209.

MEGRET Frédéric., « Qu'est-ce qu'une juridiction « incapable » ou « manquant de volonté » au sens de l'article 17 du Traité de Rome ? Quelques enseignements tirés des théories du déni de justice en droit international », RQDI, 2004, Vol.17, N°2, pp.185-216.

MILANO Laure, « La séparation des pouvoirs et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit à un procès équitable », Titre VII, n°3, novembre 2019, pp.60-69.

MILANO Laure, « Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne », RTDH, N°76, 2008, hal-02298680, pp.1-23.

MONNIER François, « Le déni de justice », Revue Droits, N°34, 2001/2, pp.91-94.

MONZALA Wenceslas, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international humanitaire », Petites Affiches, 26 juillet 2016, N°112w3, p.19.

NGUYEN QUOC DINH, « Les privilèges et immunités des organismes internationaux d'après les jurisprudences nationales depuis 1945 », AFDI, 1957, pp.262-304.

ODINET Guillaume, « Le rôle du juge administratif dans le contrôle de l'état d'urgence », Cahiers de la justice, 2017/2, N°2, pp.275-280.

PAVOT David et LAPERLE-FORGET Lolita, "The Emergence of Objective Guidelines for Granting Immunity to International Non-Governmental Organizations", *China Journal of International Law*, 2021, vol.20, pp.137-163.

PERREAU SAUSSINE Louis, « Immunité d'exécution et immunité de juridiction : distinction, comparaison, articulation », RIDE, 2023, pp.19-30.

PERRIER Jean-Baptiste, « Le juge judiciaire et l'état d'urgence », RFDA, 2017, p.949.

PORTIER Julien, « La notion d'arbitraire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », Les Cahiers de la justice, Vol.3, N°3, 2016, pp.521-531.

PREUSS Lawrence, Immunity of officers and employees of the United Nations for official acts: the Ranollo case », *AJIL*, July 1947, Vol. 1, pp.555-578.

RENUCCI Jean-François, « L'applicabilité de la convention européenne des droits de l'homme n'est pas sans limite », *Rec. Dalloz* 2002, p. 2567.

ROMANE Diane, « Avant-propos. In *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 63, N°2, 2011, pp.198-201.

ROMAN Diane, « Les droits sociaux, entre « injusticiabilité » et « conditionnalité » : éléments pour une comparaison », *RIDC.*, Vol.61, N°2(1), 2009, pp. 285-313.

ROUGET Didier, « Les étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme : une protection limitée et contrastée », *RQDI*, vol. 13-1, pp. 219-245.

SARI Aurel, "Jurisdiction and international responsibility in peace support operations: The Behrami and Saramati Cases", *Human Rights Law Review*, Vol.8, 2008, pp.151-170.

SCHROER Friedrich, « De l'application de l'immunité juridictionnelle des États étrangers aux organisations internationales », *RGDIP*, 1971/3, pp.712-712.

SÉGUR Philippe, « La catastrophe et le risque naturels. Essai de définition juridique », *RDP* 1997, n°6, pp.1693-1716.

SENNA Éric, « Le détachement judiciaire en Principauté de Monaco », *Gazette du Palais*, N°18, 30 mai 2023, p.10.

SERMET Laurent, « Le contrôle de la proportionnalité de la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », *Petites affiches*, N°46, 5 mars 2009, p.26.

SHANY Yuval, « Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law », *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 7, no. 1, 2013, pp. 47-71.

SICILIANOS Linos-Alexandre et TITIUN Patrick, « Regards sur la jurisprudence environnementale de la Cour européenne des droits de l'homme », *Europe des Droits & Libertés/ Europe of Rights & Liberties*, septembre 2020/2, pp.252-260.

SINKONDO Marcel, « Le fabuleux destin de l'article 13 de la CEDH et ses suites heureuses pour les garanties individuelles », *RRJ*, 2005-1, p.251.

SIMON Denys, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « Je t'aime, moi non plus » ? », *Revue Pouvoirs*, 2001/1, N° 96, pp.31-49.

SOLBREUX Marie et VERDUSSEN Marc, « Le statut pénal des parlementaires », *Courrier Hebdomadaire du CRISP*, 2019/31, N°2436-2437, pp.5-110.

SPIELMANN Dean, « En jouant sur les marges. La Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de la marge d'appréciation nationale : abandon ou subsidiarité du contrôle européen ? », *Institut grand-ducal, Actes de la Section des Sciences morales et politiques*, vol. XIII, Luxembourg, 2010, pp.203-255.

STARITA Massimo, « Choix du système électoral et Convention européenne des droits de l'homme : quelques observations à la lumière d'une affaire concernant une loi électorale », *AFDI*, vol.59, 2013, pp.301-318.

STEFF Antoine, « La protection de l'accès au juge judiciaire par les normes fondamentales », *Les Annales du droit, Varia*, N°11, 2017, pp.233-253.

STEICHEN Pascale, « évolution du droit à la qualité de vie. De la protection de la santé à la promotion du bien-être », *RJE*, 2000, N°3, pp.361-390.

SUCHARITKUL Sompong, « Immunities of foreign States before national authorities », *RCADI*, 1976, t.1, vol. n°149, pp.87-216.

SUDRE Frédéric, « La Cour européenne des droits de l'homme et le principe de précaution », *RFDA*, 2017, p.1039.

SUDRE Frédéric, « La première décision Quart Monde à la Commission européenne des droits de l'homme : une bavure dans une jurisprudence dynamique », *RUDH.*, 1990, pp.349 et s.

SUDRE Frédéric, « Les ambiguïtés du contrôle « du critère de la protection équivalente » par la Cour européenne des droits de l'homme », *Mélanges en l'honneur de C. Blumann*, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp.517-530.

SUDRE Frédéric, GONZALEZ Gérard, LEVINET Michel et SURREL Hélène, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2009) », *RDP*, N°3, p.853.

SZYMCZAK David et TOUZÉ Sébastien, « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international », AFDI, 2011, Vol. 57, pp.611-617.

TAJADURA TEJADA Javier, « La doctrine de la cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction des partis politiques », RFDC, N°90(2), pp. 339-371.

TOBIN John William, « Seeking to persuade: a constructive approach to human rights treaty interpretation », Harvard Human Rights Journal, Vol.23, 2010, pp.201-250.

TULKENS Françoise, « Marie-Aude Beernaert et Frédéric Krenc, Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 2^e éd., Anthémis, Limal, 2023, 254p. », RDH, N°137(1), pp.254-255.

TULKENS Françoise, « Victimes et droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », Archives de politique criminelle, Editions Pédone, 2002/1, N°24, pp.41-59.

VALLÉE Charles, « A propos de la Convention européenne sur l'immunité des États », RTDE, 1973, pp.205-241.

B. COMMUNICATIONS DE COLLOQUES ET SEMINAIRES,

CONTRIBUTIONS DANS DES OUVRAGES COLLECTIFS

BOISSON DE CHAZOURNES Laurence et PERGANTIS Vassilis, « A propos de l'arrêt Berhami et Saramati : un jeu d'ombre et lumière dans les relations entre l'ONU et les organisations régionales (Concerning the Berhami and Saramati Case : A game of shade and light in the relations between the UN and regional organisations). In KOHEN Marcelo, KOLB Robert, TEHINDRAZANARIVELO Djacoba Liva (eds.), Perspectives of international Law in the 21st Century. Liber Amicorum Professor Christian Dominicé in Honour of His 80th Birthday (2021), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, pp.193-224.

BOSSUYT Marc, « Des limites à la juridiction de la Cour de Strasbourg ? ». In G. COHEN-JONATHAN Gérard, WALINE Jean et al. (éd.), L'Homme et le droit. En hommage au Professeur Jean-François FLAUSS, Pédone, Paris, 2014, pp.117-127.

GAILLARD Emmanuel et PINGEL Isabelle, « L'immunité de juridiction des organisations internationales : restreindre ou contourner ». In Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle, Litec, Paris, 2000, pp. 205-222.

LEBEN Charles, « Les fondements de la conception restrictive de l'immunité d'exécution des États ». In Cahiers du CEDIN, L'immunité d'exécution de l'État, Paris, Montchrestien, 1990, pp.7-39.

MARCUS-HELMONS Sylvio, « Le système de garantie collective des droits fondamentaux dans la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». In L'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 1981, pp.33-46.

MARGUÉNAUD Jean-Pierre, « De l'identité à l'épanouissement : l'environnement sain ». In F. SUDRE (dir.), Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme : Actes du Colloque des 26 et 27 novembre 2004 organisé par l'IDEDH, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit et justice », 2005, pp.217-230.

PATAULT Anne-Marie, Introduction historique au droit des biens, PUF, 1989, p.142 ; C. MOULY, « Place de la propriété parmi les droits de l'homme ». In FALQUE Max et MASSENET Michel (dir.), Droits de propriété et environnement : Conférence internationale organisée par le Centre d'Analyse économique dans les locaux de l'Université de Droit, d'économie et des Sciences d'Aix-Marseille les 27, 28 et 29 juin 1996, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 1997, pp.34-41, spéc. pp.39-41.

PICHERAL Caroline, « L'hypothèse d'un « droit à » l'environnement ». In Faculté de droit de Montpellier, Centre de droit de la Consommation et du Marché, Perspectives d'un droit privé de l'environnement – A la recherche du statut juridique du « bioacteur »?, Actes du Colloque des 11 et 12 septembre 2008, BDEL, n°19, 2009, pp.61-70.

RIDEAU Joël, « La protection des droits de l'homme dans la Communauté européenne ». In Université de Nice - Institut du droit de la paix et du développement, Les droits de l'homme et la nouvelle architecture de l'Europe, Université de Nice-Institut du Droit de la Paix et du Développement, Nice, 1991, pp.64-141.

SEIDL-HOHENVELDERN, « L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats et des organisations internationales ». In IHEI, Droit international 1, A. Pédone, Paris, 1981, pp.109-174.

SHRAGA Daphna, « The United Nations as an Actor Bound by International Humanitarian Law ». In CONDORELLI Luigi, LA ROSA Anne-Marie, SCHERRER Sylvie (éds.), Les Nations Unies et le droit international humanitaire, Actes du colloque international à l'occasion du 50e anniversaire de l'ONU, A. Pédone, Paris, 1996, pp. 317-338.

STEICHEN Pascale, « Le bien-être au cœur du droit à environnement sain. L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ». In TORRE-SCHAUB Marta (dir.), *Le bien-être et le droit*, Publications de la Sorbonne, 2016, pp.41-54.

SUDRE Frédéric, « La protection du droit à l'environnement par la Convention européenne des droits de l'homme ». In MASCLET Jean-Claude (dir.), *La Communauté européenne et l'environnement : 8ème colloque de la CEDECE, tenu à Angers les 6 et 7 octobre 1994*, La Documentation française, 1997, pp.209-222.

SUY Éric, « Peace-keeping operations ». In DUPUY René-Jean, *Manuel sur les organisations internationales*, Académie de droit international de La Haye, Nijhoff, 1988, pp.379-396.

TUSSEAU Guillaume, « L'indisponibilité des compétences ». In AFDA, *La Compétence, actes du Colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 à la Faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy par l'AFDA, Litec*, 2008, pp.101-126.

VALCKE Catherine, « « Droit » : réflexions sur une définition aux fins de comparaison », in LEGRAND Pierre (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, coll. *Les voies du droit*, Paris, 2009, pp.99-121.

C. ARTICLE NON-JURIDIQUE

DIMAGGIO Paul J. et POWELL Walter W., « The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields, *American Sociological Review*, Vol. 48, Avril 1983, pp. 147-160.

D. JURISCLASSEURS

BOUREL Pierre, « Immunité de juridiction et d'exécution », *Jurisclasseur D.I. Fasc. 580-50*, 1993, n°208.

GONZALEZ Gérard, « Jouissance comptable d'une "conscience" (un peu) malmenée – À propos du rapport 2014 de la Cour européenne des droits de l'Homme », *JCP G.* 2015, spéc. n° 8.

PREZAT I., « Immunités internationales », *Juris-classeur Droit international*, 2021

SUDRE Frédéric, « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? » *JCP*, 1998, I-100.

III. RAPPORTS OFFICIELS ET AUTRES DOCUMENTS DE TRAVAIL

BOUTROS-GHALI Boutros, Agenda pour la paix, diplomatie préventive, rétablissement de la paix, maintien de la paix, Rapport présenté par le Secrétaire général en application de la déclaration adoptée par la réunion au sommet du Conseil de sécurité le 31 janvier 1992, 17 juin 1992.

CE, Rapport public 2005-Responsabilité et socialisation du risque, La Documentation française CRIDEAU-OMIJ et al., Les catastrophes et les droits de l'homme, Programme « Les suds aujourd'hui », ANR, Rapport scientifique de fin de projet, déc.2013, 533p.

Comité des droits de l'enfant, 8 février 2022, Nos 77/2019, 79/2019 et 109/2019.

Institut de Droit International, Résolution de Zagreb dénommée « Les conditions d'application des règles humanitaires relatives aux conflits armés, aux hostilités dans lesquelles les Forces des Nations Unies peuvent être engagées », 3 septembre 1971, p.2.

Mémoire du 4 avril 1979, Bulletin des Communautés européennes, supplément 2/79.

Parlement européen, Commission LIBE, Proposition de résolution contenant des recommandations à la Commission sur les visas humanitaires, 2018/2271(NL), 4 décembre 2018, Considérant G.

Secrétaire général des Nations Unies, Rapport sur le renforcement du principe d'élections périodiques et honnêtes, 4 novembre 1991, A/46/609/Add.1.

IV. AVIS ET JURISPRUDENCES

A. JURISPRUDENCE EUROPEENNE

1. Cour européenne des droits de l'homme

a) Arrêts et décisions

A c. Royaume-Uni, arrêt [Ch.] du 23 septembre 1998, N°25599/94.

Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, arrêt [Pl.] du 28 mai 1985, N° 9214/80 et autres.

A et autres c. Bulgarie, arrêt [Sect. 4] du 29 novembre 2011, N° 51776/08.

A et autres. c. Royaume-Uni, arrêt [G.Ch.] du 19 février 2009, N° 3455/05.

Adikanko et Basov-Grinev c. Russie, arrêt [Sect.3] du 13 mars 2018, Nos 2872/09 et 20454/12.

Aerts c. Belgique, arrêt [Ch.] du 30 juillet 1998, N° 25357/94.

Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique (fond), arrêt [Pl.] du 23 juillet 1968, Nos 1474/62 ; 1677/62 et autres.

Ahmed c. Autriche, décision [Ch.] du 17 décembre 1996, N° 25964/94.

Airey c. Irlande, arrêt [Ch.] du 9 octobre 1979, N°6289/73.

Aksoy c. Turquie, arrêt [Ch.] du 26 novembre 1996, N°21987/93.

Alaverdyan c. Arménie, décision [Sect.3] du 24 Aout 2010, N°4523/04.

Al-Adsani c. Royaume-Uni, arrêt [G.Ch.] du 21 novembre 2001, N°35763/97.

Albert et Le Compte c. Belgique, arrêt [Pl.] du 10 février 1983, Nos 7299/75 ; 7496/76.

Al-Dulimi c. Suisse, arrêt [G.Ch.] du 21 juin 2016, N° 5809/08.

Aleksandr Zaichenko c. Russie, arrêt [Sect.1] du 18 février 2010, N°39660/02.

Al-Jedda c. Royaume-Uni, arrêt [G. Ch.] du 7 juillet 2011, N° 27021/28.

Allenet de Ribemond c. France, arrêt [Ch.] du 10 février 1995, N° 15175/89.

Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni, arrêt [Ch.] du 2 mars 2010, N° 61498/08.

Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni, arrêt [G. Ch.] du 7 juillet 2011, N° 55721/07.

A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie, arrêt [Sect.2] du 27 septembre 2011, N° 43509/08

Andelkovic c. Serbie, arrêt [Sect.2] du 9 avril 2013, N° 1401/08.

Ankarcrona c. Suède, décision [Sect.1] du 27 juin 2000, N° 35178/97.

Apay c. Turquie, décision [Sect.2] du 11 décembre 2007, N° 3964/05.

Arcila Henao c. Pays-Bas, arrêt du 24 juin 2003, N° 13669/03.

Arlewin c. Suède, arrêt [Sect.3] du 1^{er} mars 2016, N°22302/10.

Artico c. Italie, arrêt [Ch.] du 13 mai 1980, N° 6694/74.

Ashingdane c. Royaume-Uni, arrêt [Ch.] du 28 mai 1985, N° 8225/78.

Asselbourg et autres c. Luxembourg, décision [Sect.2] du 29 juin 1999, N° 29121/95.

Atanasov c. Bulgarie, arrêt [Sect.5] du 2 décembre 2010, N°12853/03.

Athanassoglou et autres c. Suisse, arrêt [G.Ch.] du 17 avril 2000, N°27644/95.

Austin et autres c. Royaume-Uni, arrêt [G.Ch.] du 15 mars 2012, N°39692/09.

Avotiņš c. Lettonie, arrêt [G. Ch.] du 23 mai 2016, N°17502/07.

Aydin et autres c. Turquie, décision [Sect.2] du 15 mai 2012, N° 40806/07.

Axinte c. Roumanie, arrêt [Sect.3] du 22 avril 2014, N° 24044/12.

B. c. Autriche, arrêt [Ch.] du 28 mars 1990, N° 11968.

B.A c. Royaume-Uni, décision du 13 mai 1976.

Bacila c. Roumanie, arrêt [Sect.3] du 30 mars 2010, N° 19234/04.

Baggeta c. Italie, arrêt [Ch.] du 25 juin 1987, N° 10256/83.

Baka c. Hongrie, arrêt [G.Ch.] du 23 juin 2016, N° 20261/12.

Balmer-Schafroth et autres c. Suisse, arrêt [G.Ch.] du 26 août 1997, N°22110/93.

Bankovic c. Belgique et 16 autres Etats contractants, décision [G.Ch.] du 12 décembre 2001, N° 52207/99.

Bara et Kola c. Albanie, arrêt [Sect.3] du 12 octobre 2021, Nos 43391/18 et 17766/19.

Barbulescu c. Roumanie, arrêt [G.Ch.] du 5 septembre 2017, N° 61496/08.

Barosu Baskanligi et autres c. Turquie, arrêt [Sect.2] du 19 juin 2018, N°25680/05.

Bayrak c. Allemagne, décision [Sect.4] du 6 juillet 2000, N°27937/95.

Beaumartin c. France, arrêt [Ch.] du 24 novembre 1994, N°15287/89.

Behrami et Berhami c. Allemagne et Saramati c. Allemagne, Allemagne et Norvège, décision [G. Ch.] du 10 mai 2006, Nos 71412/01 et 78166/01.

Beghal c. Royaume-Uni, arrêt [Ch.] du 28 février 2019, N° 4755/16.

Bedjoudi c. France, arrêt [Ch.] du 26 mars 1992, N°12083/86.

Beles et autres c. République Tchèque, arrêt [Sect.2] du 12 novembre 2002, N°47273/99.

Bellet c. France, décision [Ch.] du 4 décembre 1995, N° 23805/94.

Benham c. Royaume-Uni, arrêt [G.Ch.] du 10 juin 1996, N°19380/92.

Bendenoun c. France, arrêt [Ch.] du 24 février 1994, N°12547/86.

Béric et autres c. Bosnie-Herzégovine, décision du 16 octobre 2007, N°36357/04 et autres.

Bigaeva c. Grèce, arrêt [Sect.1] du 28 mai 2009, N° 26713/05.

Bilgen c. Turquie, arrêt [Sect.2] du 9 mars 2021, N° 1571/07.

Bivolaru et Moldovan c. France, décision [Ch.] du 25 mars 2021, Nos 40324/16 et 12623/17.

Blaj c. Roumanie, arrêt [Sect.3] du 8 avril 2014, N° 36259/04.

Blécic c. Croatie, exceptions préliminaires [G. Ch.] du 8 mars 2006, N° 59532/00.

Blokhin c. Russie, arrêt [G.Ch.] du 23 mars 2016, N° 47152/06.

Bochan c. Ukraine (no 2), arrêt [G.Ch.] du 5 février 2015, N° 22251/08.

Bosphorus Airways c. Irlande, arrêt [G. Ch.] du 30 juin 2005, N°40036/98.

Boudaïeva et autres c. Russie, arrêt [Sect.1] du 20 mars 2008, Nos 15339/02 et autres.

Boulois c. Luxembourg, arrêt [G.Ch.] du 2012, N°37575/04.

Branduse c. Roumanie, arrêt [Sect.3] du 7 avril 2009, N°6586/03.

Brannigan et Mac Bride c. Royaume-Uni, arrêt [Pl.] du 26 mai 1993, Nos 14553 et 14554/89.

Brincat et autres c. Malte, arrêt [Sect.5] du 24 juillet 2014, N°60908/11.

British American Tobacco Co. Ltd. c. Pays-Bas, arrêt [Ch.] du 20 novembre 1995, N°19589/92.

Brogan et al. c. Royaume-Uni, 29 novembre 1988, Nos 11209/84 ; 11234/84 ; 11266/84 ; 11386/85.

Brusco c. France, arrêt [Sect.5] du 14 octobre 2010, N°1466/07.

Buchholz c. Allemagne, arrêt [Ch.] du 6 mai 1981, N°7759/77.

Buckley c. Royaume-Uni, arrêt [Ch.] du 25 septembre 1996, N°20348/92.

Buj c. Croatie, arrêt [Sect.1] du 1^{er} juin 2006, N° 24661/02.

Bursa Barosu Baskanligii et autres c. Turquie, arrêt [Sect.2] du 19 janvier 2018, N° 25680/05.

Caldas Ramirez de Arellano c. Espagne, déc. [Sect.4] du 28 janvier 2003, N° 688874/01.

Camelia Bogdan c. Roumanie, arrêt [Sect.4] du 20 octobre 2020, N°36889/18.

Cumpana et Mazare c. Roumanie, arrêt [G.Ch.] du 17 décembre 2004, N° 33348/96.

Campbell et Fell c. Royaume-Uni, arrêt [Ch.] du 28 juin 1984, N° 7819/77.

Cañete de Goñi c. Espagne, arrêt [Sect.4] du 15 octobre 2002, N° 55782/00.

Cantoni c. France, arrêt [G. Ch.] du 15 novembre 1996, N° 17862/91.

Cătăniciu c. Roumanie, décision [Sect.4] du 6 décembre 2018, N° 22717/17.

Chahal c. Royaume-Uni, arrêt [G.Ch.] du 15 novembre 1996, N°22414/93.

Chapman c. Royaume-Uni, arrêt [G.Ch.] du 18 janvier 2001, N°27238/95.

Chassagnou c. France, arrêt [G.Ch.] du 24 avril 1999, N°28443/95.

Chevrol c. France, arrêt [Sect.2] du 13 février 2003, N° 49636/99.

Chypre c. Turquie, arrêt [G.Ch.] du 10 mai 2001, N°25781/94.

Cipolletta c. Italie, arrêt [Sect.1] du 11 avril 2018, N°38259/09.

Clinique Mozart SARL c. France, arrêt [Sect.2] du 8 juin 2004, N°46098/99.

Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox- Collectif stop Melox et Mox c. France, décision du 28 mars 2006, N°75218/01.

Conka c. Belgique, arrêt [Sect.3] du 5 février 2002, N°51564/99.

Cordella et autres c. Italie, arrêt [Sect.1] du 24 janvier 2019, Nos 54414/13 et 54264/15.

Cordova c. Italie, arrêt [Sect.1] du 30 janvier 2003, N°40877/98.

Couturon c. France, arrêt [Sect.5] du 25 juin 2015, N° 24756/10.

Cruz Varas et autres c. Suède, arrêt du 20 mars 1991, N° 15576/89.

Cudak c. Lituanie, arrêt [G.Ch.] du 23 mars 2010, N° 15869/02.

D. c. Royaume-Uni, arrêt [Ch.] du 2 mai 1997, N° 30240/96.

Dalea c. France, décision [Sect.5] du 2 février 2010, N° 964/07.

De Bruin c. Pays-Bas, décision [Sect.3] du 17 septembre 2013, N°9765/09.

Demicoli c. Malte, arrêt [Ch.] du 27 août 1991, N° 47072/15.

Demir et autres c. Turquie, arrêt [Ch.] du 23 septembre 1998, N° 71/1997/855/1062-1064.

Demir et Baykara c. Turquie [G.Ch.] du 12 novembre 2008, N°34503/97.

Denisov c. Ukraine, arrêt de [G.Ch.] du 25 septembre 2018, N°76639/11.

Deweert c. Belgique, arrêt [Ch.] du 27 février 1980, N° 6903/75.

De Tommaso c. Italie, arrêt [G.Ch.] du 23 février 2017, N° 43395/09.

Di Pede c. Italie, arrêt [Ch.] du 26 septembre 1996.

Di Sarno et autres c. Italie, arrêt [Sect.2] du juin 2009, N° 30765/08.

Drozd et Janousek c. France et Espagne, décision [Pl.] du 26 juin 1992, N°12747/87.

Dubetska et autres c. Ukraine, arrêt [Sect.5] du 10 février 2011, N° 30499/03.

Dubus S.A. c. France, arrêt [Sect.5] du 11 juin 2009, N° 5242/04.

Dudgeon c. Royaume-Uni, arrêt [Pl.] du 22 octobre 1981, N°7525/76.

Dudova et Duda c. République Tchèque, décision [Sect.3] du 30 janvier 2001, N°40224/98.

Dvorski c. Croatie, arrêt [G.Ch.] du 20 octobre 2015, N° 25703/11.

Dzhidzheva-Trendafilova c. Bulgarie, décision [Sect.4] du 9 octobre 2012, N° 12628/09.

Eckle c. Allemagne, arrêt [Ch.] du 15 juillet 1982, N° 8130/78.

Ellès et autres c. Suisse, arrêt [Sect.1] du 16 décembre 2010, N° 12573/06.

Emesa Sugar N.V. c. Pays-Bas, décision [Sect.3] du 13 janvier 2005, N° 62023/00.

Emine Araç c. Turquie, arrêt [Sect.2] du 23 décembre 2008, N° 9907/02.

Enea c. Italie, arrêt [G. Ch.] du 17 septembre 2009, N° 22277/93.

Engel et autres c. Pays-Bas, arrêt [Pl.] du 8 juin 1976, N°5100/71.

Errico c. Italie, arrêt [Sect.2] du 24 février 2009, N°29768/05.

Etablissements Biret et Cie S.A. et Biret international c. 15 Etats membres de l'Union européenne, 18 juin 2008, N°13762/04.

Eternit c. France, décision [Sect.5] du 27 mars 2012, N°20041/10.

Evers c. Allemagne, arrêt [Sect. 4] du 28 mai 2020, N° 17895/14.

Ezeh et Connors c. Royaume-Uni, arrêt [G.Ch.] du 9 octobre 2003, Nos 39665/98 et 40086/98.

Ezelin c. France, arrêt [Ch.] du 26 avril 1991, N° 11800/85.

Fadeïeva c. Russie, arrêt [Sect.1] du 9 juin 2005, N° 55723/00.

Fayed c. Royaume-Uni, arrêt [Ch.] du 21 septembre 1994, N° 17101/90.

Fazia Ali c. Royaume-Uni, arrêt [Sect.4] du 20 octobre 2015, N° 40378/10.

Feldbrugge c. Pays-Bas, arrêt [Pl..] du 25 mai 1986, N°8562/79.

Ferrazzini c. Italie, arrêt [G.Ch.] du 12 juillet 2001, N° 44759/98.

Fernandez Martinez c. Espagne, arrêt [G.Ch.] du 12 juin 2014, N°56030/07.

Fischer c. Autriche, déc. [Sect.3] du 29 mai 2001, N°37950/97.

Flamenbaum et autres c. France, arrêt [Sect.5] du 13 décembre 2012, Nos 3675/04 et 23264/04.

Francesco Lombardo c. Italie, arrêt [Ch.] du 27 novembre 1992, N°11519/85.

Frédin c. Suède, arrêt [Ch.] du 18 février 1991, N°12033/86.

Frydlender c. France, arrêt [G.Ch.] du 27 juin 2000, N°30979/96.

Gaskin c. Royaume-Uni, arrêt [Pl.] du 7 juillet 1989, N°10454/83.

Gast et Popp c. Allemagne, arrêt [Sect.1] du 25 février 2000, N° 29357/95.

Gebremedhin c. France, arrêt [Sect.2] du 26 avril 2007, N°25389/05.

Géorgie c. Russie (II), arrêt [G.Ch.] du 21 janvier 2021, N° 13255/07.

Geouffre de la Pradelle c. France, arrêt [Ch.] du 16 décembre 1992, N°12964/87.

Gestur Jonsson et Ragnar Halldor Hall c. Islande, arrêt [G.Ch.] du 22 décembre 2020, Nos 68273/14 et 68271/14.

Giacomelli c. Italie, arrêt [Ch.] du 2 novembre 2006, N° 59909/00.

Golder c. Royaume-Uni, arrêt [plén.] du 21 février 1975, N°4451/70.

Gorou c. Grèce (N°2), arrêt [G.Ch.] du 20 mars 2009, N°12686/03.

Grande Stevens et autres c. Italie, arrêt [Sect.2] du 4 mars 2014, N° 18640/10.

Grzęda c. Pologne, arrêt [G.Ch.] du 15 mars 2022, N° 43572/18.

Guérin c. France, arrêt [G.Ch.] du 29 juillet 1998, N°25201/94.

Guisset c. France, arrêt [Sect.1] du 26 septembre 2000, N° 33933/96.

Guzzardi c. Italie, arrêt [Pl.] du 6 novembre 1980, N° 7367/76.

Gülmez c. Turquie, arrêt [Sect.2] du 20 mai 2008, N° 16330/02.

Hamer c. Belgique, arrêt [Sect.2] du 27 février 2008, N° 21861/03.

Hammerton c. Royaume-Uni, arrêt [Sect.1] du 17 mars 2016, N° 6287/10.

Hanna et Peter Muller c. Allemagne, décision [Sect.5] du 6 décembre 2011, N° 12986/04.

Hanan c. Allemagne, arrêt [G.Ch.] du 16 février 2021, N°4871/16.

Handyside c. Royaume-Uni, arrêt [Pl.] du 7 décembre 1976, N°5493/72.

Hansen c. Norvège, arrêt [Sect.1] du 2 octobre 2014, N° 15319/09.

Harroudj c. France, arrêt [Sect. 5] du 4 Octobre 2012, N°43631/09.

Hassan c. Royaume-Uni, arrêt [G.Ch.] du 16 septembre 2014, N° 29750/09.

Helmers c. Suède, arrêt [Pl.] du 29 octobre 1991, N°11826/85.

H. F. et autres c. France, arrêt [G.Ch.] du 14 septembre 2022, Nos 24384/19 et 44234/20.

HLR. c. France, arrêt [G.Ch.] du 29 avril 1997, N°24573/94.

BIOY Xavier et SMITH Julia, « Réadmission des familles françaises de djihadistes, entre obligation de protéger et réalisme (note s/s CEDH, GC, H.F. et autres c. France, req. Nos 24384/19 et 44234/20) », AJDA, N°2, Janvier 2023, pp.83-91.

Hatton et al. c. Royaume-Uni (II), arrêt [G.Ch.] du 8 juillet 2003, N° 36022/97.

Heaneyet McGuinness c. Irlande, arrêt [Sect.4] du 21 mars 2001, N° 34720/97.

Henryk Fuchs c. Pologne, décision [Sect.4] du 11 décembre 2001, N° 33870/96.

Hirsi Jamaa c. Italie, arrêt [G.Ch.] du 2012, N° 27765/09.

Hirst c. Royaume-Uni (N°2), arrêt [G.Ch.] du 6 octobre 2005, N°74025/01.

Hornsby c. Grèce, arrêt [Ch.] du 19 mars 1997, N°18357/91.

Hubert Caron et autres c. France, décision du 29 juin 2010, N° 48629.

Huseyin Cahit Unver c. Turquie, décision du 26 septembre 2000, N°36209/97.

Huseyin Turan c. Turquie, arrêt [Sect.2] du 4 mars 2008, N°11529/02.

Ibrahim et autres c. Royaume-Uni, arrêt [G.Ch.] du 13 septembre 2016, N° 50541/08.

Igor Pascari c. République de Moldova, arrêt [Sect.2] du 30 août 2016, N° 25555/10.

Ilascu et autres c. Moldavie et Russie, décision [G.Ch.] du 4 juillet 2001, N°48787/99.,

Ilicak c. Turquie, arrêt [Sect.3] du 5 avril 2007, N°15394/02.

Imbrioscia c. Suisse, arrêt [Ch.] du 24 novembre 1993, N° 13972/88.

Ioan Marchis et autres c. Roumanie, décision [Sect.3] du 28 juin 2011, N°38197/03.

Irlande c. Royaume-Uni, arrêt du 18 janvier 1978, N° 5310/71.

Issa et autres c. Turquie, arrêt [2^{ème} Section] du 16 novembre 2004, N°31821/96.

Jabari c. Turquie, arrêt [Sect.4] du 11 juillet 2000, N° 40035/98.

James et autres c. Royaume-Uni, arrêt [Pl.] du 21 février 1986, N°8793/79.

James Moore c. Royaume-Uni, décision du 15 juin 1999, N° 40425/98.

J.C et autres c. Belgique, arrêt [Sect.3] du 12 octobre 2021, N°11625/17.

Jesus Mafra c. Portugal, décision [Sect.4] du 18 janvier 2001, N°43684/98.

Johnston et autres c. Irlande, arrêt [Pl.] du 18 décembre 1986, N°9697/82.

Jones et autres c. Royaume-Uni, arrêt [Sect.4] du 14 janvier 2014, N°34356/06 et 40528/06.

Josef c. Belgique, arrêt [Sect.5] du 18 décembre 2012, N°70055/10.

Jugheli c. Géorgie, arrêt [G.Ch.] du 13 juillet 2017, N°38342/05.

Juričić c. Croatie, arrêt [Sect.1] du 26 juillet 2011, N°58222/09.

Juriscic et Collegium Mehrerau c. Autriche, arrêt [Sect.1] du 27 juillet 2006, N° 62539/00.

Jussila c. Finlande, arrêt [G.Ch.] du 23 novembre 2006, N°73053/01.

Kaleia c. Lettonie, arrêt [Sect.5] du 5 octobre 2017, N° 22059/08.

Kakamoukas et autres c. Grèce, arrêt [G.Ch.] du 15 février 2008, N° 38311/02.

Kamenos c. Chypre, arrêt [Sect.3] du 31 octobre 2017, N° 147/07.

Károly Nagy c. Hongrie [G.Ch.], 14 septembre 2017, N°56665/09.

Kart c. Turquie, arrêt [G.Ch.] du 3 décembre 2009, N°8917/05.

Kasparov et autres c. Russie, arrêt [Sect.1] du 3 octobre 2013, N° 21613/07.

Katharina Luginbuhl c. Suisse, décision [Sect.4] du 17 janvier 2006, N° 42756/02.

Kaukonen c. Finlande, décision [Pl.] du 8 décembre 1997, N°24738/94.

Kavakci c. Turquie, arrêt [Sect.3] du 5 avril 2007, N°71907/01.

Kemp et autres c. Luxembourg, arrêt [Sect.1] du 24 avril 2008, N°17140/05.

Kenedi c. Hongrie, arrêt [Sect.2] du 26 mai 2009, N° 31475/05.

Kereselidze c. Géorgie, arrêt [Sect.5] du 28 mars 2019, N° 39718/09.

Khlebik c. Ukraine, arrêt [Sect.4] du 25 juillet 2017, N°2945/16.

Klass et autres c. Allemagne, arrêt [Pl.] du 6 septembre 1978, N°5029/71.

Kolyadenko et al. c. Russie, arrêt [Sect.1] du 28 février 2012, Nos 17423/05 et autres.

König c. Allemagne, arrêt [pl.]28 juin 1978, N°6232/73.

Kübler c. Allemagne, arrêt [Sect.5] du 13 janvier 2011, N° 32715/06.

Kulikowski c. Pologne, arrêt [Sect.4] du 13 janvier 2009, N° 47628/06.

Kyprianou c. Chypre, arrêt [G.Ch.] du 15 décembre 2005, N° 73797/01.

Kyrtatos c. Grèce, arrêt [Sect.1] du 22 mai 2003, N° 41666/98.

Laidin c. France (n°2), arrêt [Sect.2] du 7 mars 2003, N° 39282/98.

Lauko c. Slovaquie, arrêt [Ch.] du 2 septembre 1998, N° 26138/95.

Lawless c. République d'Irlande (N°3), arrêt [Ch.] du 1er juillet 1961, N° 332/57.

L.C.B. c. Royaume-Uni, arrêt du 9 juin 1998, N° 23413/94.

Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique, arrêt [Pl.] du 23 juin 1981, Nos 6878/75 et 7238/75.

Ledyayeva et autres c. Russie, arrêt [Sect.1] du 26 mars 2007, Nos 53157/99 et autres.

L'Érablière A.S.B.L. c. Belgique, arrêt [Sect.2] du 24 février 2009, N° 49230/07.

Les Saints Monastères c. Grèce, arrêt [Ch.] du 9 décembre 1994, Nos 13092/87 et 13984/88.

Levrault c. Monaco, décision [Sect.5] du 9 juillet 2024, N° 47070/20.

Libert c. France, arrêt [Sect.5] du 22 février 2018, N°588/13.

Lilly c. France (n°2), déc. [Sect.5] du 25 février 2011, N° 20429/07.

Linkov c. République Tchèque, arrêt [Sect.5] du 7 décembre 2006, N°10504/03.

Loffler c. Autriche, arrêt [Sect.3] du 4 mars 2004, N° 72159/01.

Loiseau c. France, décision [Sect.2] 28 septembre 2004, N° 46809/99.

Loizidou c. Turquie, arrêt [G.Ch.] du 23 mars 1995, N°153118/89 et Irlande c. Royaume-Uni, 18 janvier 1978.

Lopez Ribalda et autres c. Espagne, arrêt [Sect.3] du 9 janvier 2018, N°1874/13.

Lopez Ostra c. Espagne, arrêt [Ch.] du 9 décembre 1994, N° 16798/90.

Loquifer c. Belgique, arrêt [Sect.3] du 20 juillet 2021, Nos 79089/13 et 2 autres.

Lovrić c. Croatie, arrêt [Sect.2] du 4 avril 2017, N°38458/15.

Lutz c. Allemagne, arrêt [Pl.] du 25 août 1987, N° 9912/82.

Maaouia c. France, arrêt [G.Ch.] du 5 octobre 2000, N°39652/98.

Mackay et BBC Scotland c. Royaume-Uni, arrêt [Sect.4] du 7 décembre 2010, N° 10734/05.

Malige c. France, arrêt [Ch.] du 23 septembre 1998, N° 68/1997/852/1059.

Mamatkoulov et Askarov c. Turquie, arrêt [G. Ch.] du 4 février 2005, Nos 46827/99 et 46951/99.

Manpa Zeeland B.V. et Metal Welding B.V. c. Pays-Bas, arrêt [Sect.2] du 9 novembre 2004, N° 46300/99.

Marcan c. Croatie, arrêt [Sect.1] du 10 juillet 2014, N° 40820/12.

Marckx c. Belgique, arrêt [Pl.] du 13 juin 1979, N° 6833/74.

Maria Isabel Ruano Morcuende c. Espagne, décision [Sect.4] du 6 septembre 2005, N°75287/01.

Markovic et autres c. Italie, arrêt [G.Ch.] du 14 décembre 2006, N°1398/03.

Marshall c. Royaume-Uni, décision [Sect.4] du 10 Juillet 2001, N°41571/98.

Martinez Martinez c. Espagne, 18 octobre 2011, N° 21532/08.

Martinie c. France, arrêt [G.Ch.] du 12 avril 2006, N° 58675/00.

Marušić c. Croatie, décision [Sect.2] du 23 mai 2017, N°79821/12.

Masson et Van Zon c. Pays-Bas, arrêt [Ch.] du 28 septembre 1995, Nos 15346/89 et 15379/89.

Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique, arrêt [Pl.] du 2 mars 1987, N° 9267/81.

Mats Jacobsson c. Suède, arrêt [Ch.] du 28 juin 1990, N°11309/84.

Matthews c. Royaume-Uni, arrêt [G. Ch.] du 18 février 1999, N° 24833/94.

Matyjek c. Pologne, décision [Sect.4] du 24 avril 2007, N°38184/03.

McMichael c. Royaume-Uni, arrêt [Ch.] du 24 février 1995, N° 16424/90.

Meftah et autres c. France, arrêt [G.Ch.] du 26 juillet 2002, Nos 32911/96, 35237/97.

Mehmet Hasan Altan c. Turquie, arrêt [Sect.2] du 20 mars 2018, N° 13237/17.

Mellacher et autres c. Autriche, arrêt [Pl.] du 19 décembre 1989, Nos 10522/83, 11011/84 et 11070/84.

Melnytchenko c. Ukraine, arrêt [Sect.2] du 19 octobre 2004, N°17707/02.

Micallef c. Malte, arrêt [G. Ch.] du 15 octobre 2009, N° 63235.

Michaud c. France, arrêt [Ch.] du 6 décembre 2012, N°12323/11.

Mieg de Boozheim c. France, déc. [G.Ch.] du décembre 2002, N° 52938/99.

Miessen c. Belgique, arrêt [Sect.2] du 18 octobre 2016, N°31517/12.

Mihova c. Italie, décision [Sect.2] du 30 mars 2010, N° 25000/07.

Mikhaylova c. Russie, arrêt [Sect.1] du 19 novembre 2015, N° 46998/08.

Milasie c. Italie, arrêt [Ch.] du 25 juin 1987, N° 10527/83.

Mirovni Institut c. Slovénie, arrêt [Sect.4] du 13 juin 2018, N°32303/13.

Mme W c. Royaume-Uni, arrêt [Pl.] du 28 février 1983, N°9348/81.

M.N. c. Belgique, arrêt [G.Ch.] du 5 mai 2020, N°3599/18.

Monedero Angora c. Espagne, déc. [Sect.3] du 7 octobre 2008, N° 41138/05.

Monnell et Morris c. Royaume-Uni, arrêt [Ch.] du 2 mars 1987, N° 9562/81.

Montcornet de Caumont c. France, décision [Sect.2] du 13 mai 2003, N° 59290/00.

Montera c. Italie, déc. [Sect.1] du 9 juillet 2002, N° 64713/01.

Morawska c. Pologne, décision [Sect.1] du 7 janvier 2020, N°3508/12.

Moreira de Azevedo c. Portugal, arrêt [Ch.] du 23 octobre 1990, N° 11296/84.

Moreira Ferreira c. Portugal (n°2), arrêt [G. Ch.] du 11 juillet 2017, N° 19867/12.

Moreno Gomez c. Espagne, arrêt [Sect.4] du 16 novembre 2004, N° 4143/02.

Mouillet c. France, déc. [Sect.3] du 13 septembre 2007, N°27521/04.

MSS c. Belgique et Grèce, arrêt [G.Ch.] du 21 janvier 2011, N° 30696/09.

Muller et autres. c. Suisse, arrêt [Ch.] du 24 mai 1988, N°10737/84.

Mursic c. Croatie, arrêt [G.Ch.] du 20 Octobre 2016, N° 7334/13.

Mustafa Tunç et Fecire Tunç c. Turquie, arrêt [G.Ch.] du 14 avril 2015, N° 24014/05.

Mutu et Pechstein c. Suisse, arrêt [Sect.3] du 2 Octobre 2018 Nos 40575/10 et 67474/10.

N c. Royaume-Uni, arrêt [G.Ch.] du 27 mai 2008, N° 26565/05.

Nadezhda Mikhaylovna Fadeïeva c. Russie, 16 octobre 2003, N° 55723/00.

Nait-Liman c. Suisse, arrêt [G.Ch.] du 15 mars 2018, N°51357/07.

Navalny c. Russie, arrêt [G.Ch.] du 15 novembre 2018, N° 29580/12.

Nazziz c. Turquie, décision partielle [Sect.2] du 26 mai 2009, N°22412/05.

N.C. c. Turquie, arrêt [Sect.2] du 9 février 2021, N°40591/11.

Ndangoya c. Suède, arrêt [Sect.4] du 22 juin 2004, N°17968/03.

Ndayegamiye-Mporamazina c. Suisse, arrêt [Sect.3] du 5 février 2019, N° 16874/12.

ND et NT c. Espagne, arrêt [G.Ch.] du 13 février 2020, Nos 8675/15 et 8697/15.

Nedeltcho Popov c. Bulgarie, arrêt [Sect.5] du 22 novembre 2007, N°61360/00.

Nerumberg c. Roumanie, arrêt [Sect.3] du 1^{er} février 2007, N° 2726/02.

Nicoleta Gheorghe c. Roumanie, arrêt [Sect.3] du 3 avril 2012, N° 23470/05.

Niemetz c. Allemagne, arrêt [Ch.] du 16 décembre 1992, N°13710/88.

Obermeier c. Autriche, arrêt [Ch.] du 28 juin 1990, N°11761/85.

Obst c. Allemagne, arrêt [Sect.5] du 13 septembre 2010, N° 425/03.

Ocalan c. Turquie, déc. [Sect.2] du 6 juillet 2010, N° 5980/07.

Ocalan c. Turquie, arrêt [Ch.] du 18 mars 2014, Nos 24069/03, 197/04, 6201/06 et 10464/07.

Ohneberg c. Autriche, arrêt [Sect.1] du 18 septembre 2012, N°10781/08.

Oleksandr Volkov c. Ukraine, 9 janvier 2013, N° 21722/11.

Oluic c. Croatie, arrêt [Sect.1] du 20 mai 2010, N° 61260/08.

Olujic c. Croatie, arrêt [Sect.1] du 5 février 2009, N° 22330/05.

Omar c. France, arrêt [G.Ch.] du 29 juillet 1998, N°24767/94.

Öneryildiz c. Turquie (II), arrêt [G.Ch.] du 30 novembre 2004, N°48939/99.

Open Door Counselling Ltd et Dublin Well Woman Center Ltd c. Irlande, arrêt du 29 octobre 1992, N°14234 et 14235/88.

Orlykowsky c. Pologne, arrêt [Sect.4] du 4 octobre 2011, N°7153/07.

Oršuš et autres c. Croatie, arrêt [G.Ch.] du 16 mars 2010, N°15766/03.

Ortenberg c. Autriche, arrêt [Ch.] du 25 octobre 1994, N° 12884/87.

Otgon c. République de Moldavie, arrêt du 13 septembre 2016.

Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni, décision [Sect.4] du 17 janvier 2012, N° 8139/09.

Oztürk c. Allemagne, 21 février 1984, arrêt [Pl.] du 21 février 1984, N° 8544/79.

Panjeheighalehei c. Danemark, décision [Sect.5] du 13 octobre 2009, N° 11230/07.

Paksas c. Lituanie, arrêt [G.Ch.] du 6 janvier 2011, N° 34932/04.

Papon c. France, décision [Sect.2] du 11 octobre 2005, N°344/04.

Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie, arrêt [G.Ch.] du 29 novembre 2016, N° 76943/11.

Partidul communistilor c. Roumanie, arrêt [Sect.3] du 3 février 2005, N°46626/99.

Parti travailliste géorgien c. Géorgie, arrêt [Sect.2] du 8 juillet 2008, N° 9103/04.

Pedersen et Baadsgaard c. Danemark, arrêt [G.Ch.] du 17 décembre 2004, N° 49017/99.

Peleki c. Grèce, arrêt [Sect.1] du 5 mars 2020, N° 69291/12.

Pélissier et Sassi c. France, arrêt [G.Ch.] du 25 mars 1999, N° 25444/94.

Pellegrini c. Italie, arrêt [Sect.2] du 20 juillet 2001, N°30882/96.

Peñafiel Salgado c. Espagne, décision [Sect.4] du 16 février 2002, N° 65964/01.

Perez c. France, arrêt [G.Ch.] du 12 février 2004, N° 47287/99.

Philis c. Grèce (n°2), arrêt [Ch.] du 27 juin 1997, N°19773/92.

Phillips c. Royaume-Uni, arrêt [Sect.4] du 5 juillet 2001, N° 41087/98.

Pierre-Bloch c. France, arrêt [Ch.] du 21 octobre 1997, N° 24194/94.

Piskin c. Turquie, arrêt [Sect.2] du 15 décembre 2020, N° 33399/18.

Poitrinol c. France, arrêt [Ch.] du 23 novembre 1993, N° 14032/88.

Powell et Rayner c. Royaume-Uni, arrêt [Ch.] du 21 février 1990, N°9310/81.

Pretty c. Royaume-Uni, arrêt [Ch.] du 29 avril 2002, N°2346/02.

Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne, arrêt [G.Ch.] du 12 juillet 2001, N° 42527/98.

Procola c. Luxembourg, arrêt [Ch.] du 28 septembre 1995, N° 14570/89.

Produkcija Plus Storitveno podjetje d.o.o. c. Slovénie, 23 octobre 2018, N° 47072/15.

Pudas c. Suède, arrêt [Ch.] du 27 octobre 1987, N° 10426/83.

Py c. France, arrêt [Sect.2] du 11 janvier 2005, N° 66289/01.

Reczkowicz c. Pologne, arrêt [Sect.1] du 22 juillet 2021, N° 43447/19.

Rees c. Royaume-Uni, arrêt [Pl.] du 17 octobre 1986, N° 9532/81.

Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c. Turquie, décision [Sect.3] du 3 octobre 2000, N°41340/98.

Régner c. République Tchèque, arrêt de [G.Ch.] du 19 septembre 2017, N°35289/11.

Ringeisen c. Autriche, arrêt [Ch.] du 16 juillet 1971, N°2614/65.

Robins c. Royaume-Uni, arrêt [Ch.] du 23 septembre 1997, N° 22410/93.

Roche c. Royaume-Uni [G.Ch.], 19 octobre 2005, N°32555/96.

Rolf Gustafson c. Suède, arrêt [Ch.] du 1er juillet 1997, N°23196/94.

Romańczyk c. France, arrêt [Sect.5] du 18 novembre 2010, N° 7618/05.

Rouille c. France, 2004, arrêt [Sect.2] du 6 janvier 2004, N°50268/99.

Ruiz-Mateos c. Espagne, arrêt [Pl.] du 26 juin 1993, N°12952/87.

Saadi c. Italie, arrêt [G.Ch.] du 28 février 2008, N°37201/06.

Sabeh El Leil c. France, arrêt [G.Ch.] du 29 juin 2011, N° 34869/05.

Sablon c. Belgique, arrêt [Sect.3] du 10 avril 2001, N° 36445/97.

Saccoccia c. Autriche, décision [Sect.1] du 5 juillet 2007, N° 69917/01.

Sakik et autres. c. Turquie, arrêt [Ch.] du 26 novembre 1997, N° 87/1996/67/897-902.

Salabiaku c. France, arrêt [Ch.] du 7 octobre 1988, N° 10519/83.

Salerno c. Italie, arrêt [Ch.] du 12 octobre 1992, N°11955/86.

Salesi c. Italie, arrêt [Ch.] du 26 février 1993, N°13023/87.

Savitsky c. Ukraine, arrêt [Sect.5] du 26 juillet 2012, N° 38773/05.

Schmautzer et autres c. Autriche, arrêt [Ch.] du 23 octobre 1995, N°15523/89.

Schmidt-Laffer c. Suisse, arrêt [Sect.2] du 16 juin 2015, N° 41269/08.

Schouten et Meldrum c. Pays-Bas, arrêt [Ch.] du 9 décembre 1994, N° 19005/91 et 19006/91.

Sedat Doğan c. Turquie, arrêt [Sect.2] du 18 mai 2021, N°48909/14.

Sefa Taskin et autres c. Turquie, arrêt [Sect.3] du 10 novembre 2004, N° 46117/99.

Segi et autres et Gestoras Pro-Amnistia et autres c. 15 Etats de l'Union, décision [3^e sect.] du 23 mai 2002, N°6422/02.

Selmani et autres c. « L'ex-République yougoslave de Macédoine », arrêt [Sect.1] du 9 février 2017, N° 67259/14.

Shapovalov c. Ukraine, arrêt [Sect.5] du 27 avril 2016, N° 45835/05.

Shorazova c. Malte, arrêt [Sect.1] du 3 mars 2022, N° 51853/19.

Sidabras et Dziautas c. Lituanie, arrêt [Sect.2] du 27 juillet 2004, Nos 55480/00 et 59330/00.

Sigalas c. Grèce, arrêt [Sect.1] du 22 décembre 2005, N°19754/02.

Sigurdur A. Sigurjónsson c. Islande, arrêt [Ch.] du 30 juin 1993, N°16130/90.

Silay c. Turquie, arrêt [Sect.3] du 5 avril 2007, N°8691/02.

Simeonovi c. Bulgarie, arrêt [G.Ch.] du 12 mai 2017, N° 21980/04.

Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce, arrêt [G.Ch.] du 15 mars 2012, N°42202/707.

Smirnov c. Russie, décision [Sect.1] du 7 juin 2007, N° 71362/01.

Sodan c. Turquie, arrêt [Sect.2] du 2 février 2016, N°18650/05.

Soering c. Royaume-Uni, arrêt [Pl.] du 7 juillet 1989, N° 14038/88.

Spasov c. Roumanie, arrêt [Sect.4] du 6 décembre 2022, N° 27122/14.

Sporrong et Lönnroth, arrêt [Pl.] du 23 Septembre 1982, N° 7151/75 et 7152/75.

Stanev c. Bulgarie, arrêt [G.Ch.] du 17 janvier 2012, N° 36760/06.

Stegarescu et Bahrin c. Portugal, arrêt [Sect.2] du 6 avril 2010, N° 46194/06.

Stichting mothers of Srebrenica et autres c. Pays-Bas, décision [Section 3] du 11 juin 2013, N° 65542/12.

Stipe Cokaric et autres c. Croatie, décision du 19 janvier 2006, N° 33212/02.

Stirmanov c. Russie, arrêt [Sect.3] du 29 janvier 2018, N° 31816/08.

Stubbings et autres c. Royaume-Uni, arrêt [Ch.] du 22 octobre 1996, Nos 22083/93 et 22095/93.
 Süßmann c. Allemagne, arrêt [G.Ch.] du 16 septembre 1996, N°20024/92.
 Suküt c. Turquie, décision [Sect.2] du 11 septembre 2007.
 Sunday Times c. Royaume-Uni (N°1), arrêt [Pl.] du 26 avril 1979, N°6538/74.
 Tamazount et autres c. France, arrêt [Sect.5] du 4 juillet 2024, N° 17131/19.
 Tanase et Chirtoaca c. Moldavie, arrêt [Sect.4] du 18 novembre 2008, N°7/08.
 Taşkın et autres c. Turquie, arrêt [Sect.3] du 10 novembre 2004, N° 46117/99.
 Tatar c. Roumanie, arrêt [Sect.3] du 27 janvier 2009, N°67021/01.
Teytaud et autres c. France, décision du 25 janvier 2001, Nos 48754/99 et 49721/99.
 Torri c. Italie, arrêt [Ch.] du 1^{er} juillet 1997, N° 26433/95.
 Tsezar et autres c. Ukraine, arrêt [Sect.4] du 13 février 2018, N° 73590/14, 73593/14.
Treska c. Albanie et Italie, décision [Section 4] du 29 juin 2006, N°26937/04.
 Tsonyo Tsonev c. Bulgarie (n°3), arrêt [Sect.4] du 16 octobre 2012, N°21124/04.
 Tyrer c. Royaume-Uni, 25 avril 1978, N°5856/72.
 Valeriy Lopata c. Russie, arrêt [Sect.1] du 30 octobre 2012, N° 19936/04.
 Vasenin c. Russie, arrêt [Sect.3] du 21 juin 2016, N° 48023/06.
 Vasilescu c. Roumanie, arrêt [Ch.] du 22 mai 1998, N°27053/95.
 Varnava et autres c. Turquie, arrêt [G. Ch.] du 18 septembre 2009, N° 16064/90.
 Vezyrgiannis c. Grèce, arrêt [Sect.1] du 3 juillet 2012, N° 37992/08 et 8571/09.
 Vilho Eskelinen et autres c. Finlande, arrêt [G.Ch.] du 19 avril 2007, N°63235/00.
 Vilnes et autres. c. Norvège, arrêt [Sect.1] du 5 Décembre 2013, N° 22703/10.
 Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni, arrêt [Ch.] du 30 octobre 1991, Nos 13163/87 et autres.
 Vitiello c. Italie, arrêt [Sect.3] du 23 mars 2006, N° 77962/01.
 Voggenreiter c. Allemagne, arrêt [Sect.3] du 8 avril 2004, N°47169/99.
 X c. France, arrêt [Ch.] du 31 mars 1992. N°18020/91.
 X c. Suède, arrêt [Sect.4] du 22 octobre 2002, N° 60959/00.
 Xavier Lucas c. France, arrêt [Sect.5] du 9 juin 2022, N° 15567/20.
 Xero Flor w Polsce sp. z o.o c. Pologne, arrêt [Sect.1] du 7 mai 2021, N° 4907/18.
 Waite et Kennedy et Beer et Regan c. Allemagne, arrêts [G. Ch.] du 18 février 1999, Nos 26083/94 et 28934/95.
 Wallishauser c. Autriche, arrêt [Section 1] du 17 juillet 2012, N° 156/04.
 Woś c. Pologne, arrêt [Sect.4] du 8 juin 2006, N° 22860/02.
 Yankov et autres c. Bulgarie, arrêt [Sect.1] du 11 mars 2004, N° 39084/97.
 Young, James et Webster c. Royaume-Uni, arrêt [Pl.] du 13 août 1981, Nos 7601/76 et 7806/77.

Ždanoka c. Lettonie, arrêt [G.Ch.] du 16 mars 2006, N°58578/00.

Z et autres c. Royaume-Uni, arrêt [G.Ch.] du 10 mai 2001, N° 29392/95.

Zumtobel c. Autriche, arrêt [Ch.] du 21 septembre 1993, N° 12235/86.

Zvolský et Zvolská c. République Tchèque, arrêt [Sect.2] du 12 novembre 2002.

b) Avis consultatif

L'appréciation de la proportionnalité, sous l'angle de l'article 3 du Protocole n°1 à la Convention, d'une interdiction générale pour une personne de se porter candidate à une élection après une destitution dans le cadre d'une procédure d'impeachment, Avis consultatif [G.Ch.] du 8 avril 2022

2. Commission européenne des droits de l'homme

Anthony Rayner c. Royaume-Uni, décision du 16 juillet 1986, 9310/81.

Baggs c. Royaume-Uni, décision du 16 octobre 1985, N° 9310/81.

CFDT c. Communautés européennes, décision du 10 juin 1978.

Christiane Dufay, décision du 19 janvier 1989, N° 13539/88.

Chypre c. Turquie, Rapp. 4 octobre 1983.

Cossey c. Royaume-Uni, rapport du 9 mai 1989, N°10843.

E.A. Arrondelle c. Royaume-Uni, décision du 15 juillet 1980, N°7889/77.

Elzbieta Plachta et al. c. Pologne, décision [Sect.4] du 25 novembre 2014, N°25194/08 et autres.

Etienne Tête c. France, décision du 9 décembre 1987, N° 1123/84.

G.A. c. Suède, décision du 13 mars 1989, N°12671/87.

G. et E. c. Norvège, décision du 3 octobre 1983, N° 9278/81.

Hess c. Royaume-Uni, 28 mai 1975, N°6231/73.

Herczegfalvy c. Autriche, rapport du 1er mars 1991, N°10533/93.

HLR c. France, décision du 2 mars 1995, N° 24573/94.

Ilse Hess c. Royaume-Uni, décision du 28 mai 1975, N°6231/73.

Informationsverein Lentia et autres c. Autriche, 24 novembre 1993, N°13914/88 et autres.

Irlande c. Royaume-Uni, Rapport du 25 janvier 1976, N°5310/71.

Lennart et Gunny Zander c. Suède, rapport du 14 octobre 1992.

Lindsay c. Royaume-Uni, décision du 8 mars 1979, N° 8364/78.

M. c. Danemark, décision du 14 octobre 1992, N° 17392/90.

M et Co c. RFA, décision du 9 février 1990, N°1325/87.

M et K Warwick c. Royaume-Uni, rapport du 18 juillet 1986.

Patel, décision (recevabilité) du 10 octobre 1970, N° 4403/70, Ann., 1970.

Richard John Powell c. Royaume-Uni, décision du 17 octobre 1985, N°9310/81.

S. c. France, décision du 17 mai 1990, N° 13728/88.

S.C c. France, 20 février 1995, N°20944/92.

Taura et autres c. France, décision du 4 décembre 1995, N° 28204/95.

T. McFeeley c. Royaume-Uni, décision (recevabilité) du 15 mai 1980, N° 8317/78.

Vearncombe et al. c. Royaume-Uni et RFA, décision du 18 janvier 1989, N° 12816/87.

W. c. Royaume-Uni, 28 février 1983, N°9348/81.

WHH c. Belgique, 6 juillet 1959, N° 369/58.

X c. Belgique, 13 mai 1961, Rec.5, 4 Ann Conv. Eur. DH.

X c. Belgique, 29 mai 1961, Rec.39.

X c. Suède, 20 décembre 1957, N° 172/56.

X. c. RFA, décision du 25 septembre 1965, N°1611/62.

X c. RFA, décision du 15 décembre 1969.

X c. RFA, décision (recevabilité) du 15 décembre 1977, N°6699/74.

X. c. Pays-Bas, décision du 6 février 1967, N° 2248/64.

X c. Royaume-Uni, 13 mai 1982, DR, n°28.

Zander c. Suède, arrêt [Ch.] du 25 novembre 1993, N°14282/88.

Zimmermann et Steiner c. Suisse, 13 juillet 1983, N° 8737/79.

3. Cour de justice de (s) communautés européennes/ l'Union européenne

a) Arrêts

Aklagarem c. Fransson, arrêt [G.Ch.] du 26 février 2013, N° C-617/10.

Anklagemyndigheten et Hansen & Sons I/S, arrêt du 10 juillet 1990, N° 326/88.

Attorney General c. Juan C. Burgoa, arrêt du 14 août 1980, N° 812/79.

Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr c. Haute Autorité, arrêt du 12 février 1960, Nos 16, 17 et 18/59.

Dumitru-Tudor Dorobantu, arrêt [G.Ch.] du 15 octobre 2019, N° C-218/18.

Elioniki Radiophona Tiléorassi-Anonimi Etairia et Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou c. Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et Nocolaos Avdellas et autres, arrêt du 18 juin 1991, N° 260/89.

Flamino Costa c. ENEL, 15 juillet 1964, N° C-6/64.

Hubert Wachhauf c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft, arrêt [3ème Ch.] du 13 juillet 1989, N° 5/88.

Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, arrêt du 17 décembre 1970, N° 11/70.

International FRUIT III, arrêt du 12 décembre 1972, N° 21/72.

J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commission des Communautés européennes, arrêt du 14 mai 1974, N° 4/73.

Kadi et Al Barakaat, arrêt [G.Ch.] du 3 septembre 2008, Nos C-402/05 P et C-415 P.

Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, arrêt du 15 mai 1986, N° 222/84.

MAS et MB, arrêt [G. Ch.] du 5 décembre 2017, N° C-42/17.

Oleificio Borelli c. Commission, arrêt du 3 décembre 1992, C-97/91, Rec., 1992.

Orkem c. Commission des Communautés européennes, 18 octobre 1989, N° 374/87.

Royaume-Uni c. Commission, 5 mai 1998, Aff. C-180/96, Rec., p.I-2265.

Rutili c. ministre de l'Intérieur, arrêt du 28 octobre 1975, N° 36/75.

Schecke et Eifert, arrêt [G.Ch.] du 9 novembre 2010, N° C-92/09 et C-93/09.

Stauder c. Ville d'Ulm, arrêt du 12 novembre 1969, N° 29/69.

Stork c. Haute Autorité, arrêt du 4 février 1959, N° 1/58.

The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan, arrêt du 4 octobre 1991, N° 159/80.

X. et X. c. Etat belge, arrêt du 7 mars 2017, Aff. C-638/16.

b) Avis

Avis 2/13, [ass. pl.] du 18 décembre 2014.

4. Tribunal de première instance de l'Union européenne

Yusuf Al Barakaat international foundation c. Conseil, 21 septembre 2005, N° T-306/01.

Kadi c. Conseil et Commission, 21 septembre 2005, N° T-315/01.

B. JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

1. Cour permanente de justice internationale

a) Arrêts et décisions

Affaire du Lotus, France c. Turquie, arrêt sur les compétences d'un État en droit international du 7 septembre 1927, série A, n°10, 1927.

Affaire concernant la Concession Mavrommatis en Palestine, Grèce c. France, 1934, Série A, n°2.

Affaire de l'usine de Chorzów, arrêt sur la compétence du 26 juillet 1927, Rec.CPJI.

Affaire de phosphates du Maroc, Italie c. France, arrêt sur les exceptions préliminaires du 14 juin 1938, Rec. CPJI.

b) Avis consultatif

Statut de la Carélie orientale, avis consultatif du 23 juillet 1923, Rec. CPJI.

2. Cour internationale de justice

a) Arrêts et décisions

Affaire du détroit de Corfou, Royaume-Uni c. Albanie, arrêt du 9 avril 1949 (fond), Rec. 1949, p.22.

Affaire Plateau continental de la mer du Nord, 20 février 1969, Recueil, 1969.

Affaire Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt du 5 février 1970, Rec.1970.

Affaire du personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, Etats-Unis c. Iran, arrêt du 24 Mai 1980, Recueil 1980.

Affaire sur les activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, Nicaragua c. Etats-Unis, arrêt du 26 novembre 1984 (compétence et admissibilité), Rec. 1984.

Affaire sur les activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, Nicaragua c. Etats-Unis, arrêt du 27 juin 1986 (fond), Rec. 1986.

Affaire Timor Oriental, Portugal c. Australie, arrêt du 30 juin 1995.

Affaire du mandat d'arrêt du 11 Avril 2000, République démocratique du Congo c. Belgique, arrêt du 14 février 2002.

Affaire sur les activités armées au Congo, RDC c. Rwanda, ordonnance du 10 juillet 2002 (nouvelle requête), Rec. 2002.

Affaire sur les immunités juridictionnelles de l'État, Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant), arrêt du 3 février 2012.

b) Avis Consultatif

Réparations des dommages subis au service des Nations unies, avis consultatif du 11 avril 1949, Rec. 1949.

Effets de jugements du Tribunal administratif des nations unies accordant indemnité, avis consultatif du 13 juillet 1954, Rec. 1954.

Jugements du tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'UNESCO, avis consultatif du 23 octobre 1956, Rec. 1956.

Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif du 21 juin 1971, Rec.1971.

Interprétation de l'Accord du 25 mars 1951 entre l'Organisation mondiale de la santé (OMS) et l'Egypte, avis consultatif du 20 décembre 1980, Rec.1980.

Licéité de la menace ou l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif du 8 juillet 1996, Rec. 1996.

Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif du 9 juillet 2004, Rec. 2004.

3. Tribunal pénale internationale pour l'ex-Yougoslavie

Appel à la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, arrêt [Ch. d'appel] du 2 Octobre 1995, Rec. jud. 1994-1995.

Appel interjeté par l'accusé Dusko Tadic et l'appel incident interjeté par l'Accusation, arrêt [Ch. d'appel] du 15 juillet 1999.

Le procureur c. Anto Furundzija, jugement [Ch. de 1ère instance] du 10 décembre 1998, ITè95-17/1-T.

Procureur c. Dusko Tadic, « arrêt confirmatif relatif aux allégations d'outrage formulées à l'encontre du précédent conseil, Milan Vujin » du 27 février 2001, Aff. N° IT-94-1-A-AR77.

4. Cour interaméricaine des droits de l'homme

Avis consultatif 8/87 du janvier 1987, ILM, 1988. 2.

C. JURISPRUDENCE NATIONALE

1. France

CAA de Versailles, ministre de l'Intérieur et de l'aménagement du territoire c. M. Mvuala Zola, arrêt du 8 octobre 2007, *AJDA*, 2008, chron. p.29.

C. Cass, Kryla, arrêt [Ch.civ.1] du 6 mars 1984.

C. Cass., Ordre des avocats à la Cour de Paris et autres, arrêt [Ch.civ.1] du 16 février 1994, Nos 92-10397, 92-10398, 92-10403, 92-10404, 92-11638.

C.Const., Liberté d'association, décision du 16 juillet 1971, N° 71-44 DC.

C.Const., Loi relative à la démocratisation du secteur public, décision du 20 juillet 1983, N° 83-162 DC.

C. Const., Loi pour la confiance dans l'économie numérique, 10 juin 2004, N° 2004-496 DC.

CE, Almayrac, arrêt [Sous-sect. 1 et 6] du 29 décembre 2004, N°262190.

CE, Prince d'Orléans, 18 juin 1852, S.52, II, 307.

CE, Duc d'Aumale, 9 mai 1867, S.67, II, 124.

CE, Mme Saleh, 14 octobre 2011, N°329788.

CE, prince Napoléon, 19 février 1876, S.76.II.96.

CE, Duc d'Aumale et prince Joachim Murat, 30 mai 1887, S.89.III. 19.

CE, Lamiable, 30 juin 1922, S. 1922. 3. 25.

CE, Sieur Arrighi, 6 novembre 1936, N° 41221, Lebon.

CE, Société des Étaings et Wolfram du Tonkin, 1er juin 1951, N° 98750, Lebon.

CE, Tallagrand, 29 novembre 1968, N°68938.

CE, Moraly et Société « Maison Moraly », 31 janvier 1969, N°68398.

CE, Lebon CE, Société des Établissements Bertagna, 1er juillet 1974, n°87358, Lebon.

CE, Nicolo, 20 octobre 1989, N°108243.

CE, Mme Teytaud, 25 novembre 1998, N°182301.

CE, Grillo, 28 juillet 1999, n° 178498, Lebon.

CE, Tabaka, 7 novembre 2001, n°23976, Lebon. T

CE, Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres, arrêt [Ass.] du 8 février 2007, N° 2871/10.

CE, M. Bernabé, 27 juin 2016, N°382319.

CE, Ordonnance du 23 avril 2019, N° 42669 et 9 septembre 2020, N° 439520.

GENEVOIS Bruno, note sous CE, Nicolo, 20 octobre 1989, RFDA, 1989, p.830.

JACQUEMET-GAUCHÉ Anne, « Indemnisation des rapatriés d'Algérie dépossédés de leurs biens : une requête qui ne passe toujours pas », note sous CE, M. Bernabé et al., 27 Juin 2016, *AJDA*, Dalloz, 2017, p.67.

2. Allemagne

BverfGE 37, 271, arrêt du 29 mai 1974, BvL 52/71 (Solange I).

BverfGE 73, 339, arrêt [2^{nde} Ch.] du 22 octobre 1986, octobre 2 BvE 197/83 (Solange II).

BverfGE 102, arrêt du 7 juin 2000, 2 BvL 1/97 (Solange III).

Cour administrative supérieure de Berlin, Oberverwaltungsgericht Berlin, arrêt du 28 septembre 1960, 3 Ann Com. EDH.

Tribunal du travail de Vienne, Jakesch c. AIEA, arrêt du 8 juillet 1971, AJNU, 1972.

V. TEXTES JURIDIQUES

1. Européens

a) Conseil de l'Europe

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953.

Protocole n°4 à la Convention européenne des droits de l'homme reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention signé le 16 septembre 1963 et entré en vigueur le 2 mai 1968.

Protocole 8 à la Convention européenne des droits de l'homme signé à Vienne le 19 mars 1985 et entré en vigueur le 1er janvier 1990

b) Union européenne

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée le 7 décembre 2000.

Déclaration du 5 avril 1977 du Parlement européen, Conseil et la Commission européenne.

Déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission des Communautés européennes signée à Luxembourg le 5 avril 1977.

Règlement (CE) 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas.

Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen).

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne signé à Rome le 25 mars 1957 et entrée en vigueur le 1er janvier 1958.

Traité sur l'Union européenne signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 et entrée en vigueur le 1er décembre 2009.

2. Internationaux

Charte des Nations Unies signée en 1945 et entrée en vigueur en 1945.

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants adoptée le 10 décembre 1984 et entrée en vigueur le 26 juin 1987.

Conventions de Genève signées le 12 août 1949 : Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer ; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre et Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre.

Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales adoptée à Vienne le 21 mars 1986.

Convention relative aux droits de l'enfant adoptée le 20 novembre 1989 et entrée en vigueur le 2 septembre 1990.

Conventions relatives aux privilèges et immunités des Nations unies du 13 février 1946 et des Institutions spécialisées du 21 novembre 1947

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes adoptée le 18 décembre 1979 et entrée en vigueur le 3 septembre 1981.

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale signée le 21 décembre 1965 et entrée en vigueur le 18 juillet 1976.

Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid adoptée le 30 novembre 1973 et entrée en vigueur le 18 juillet 1976

Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

Déclaration de Stockholm adoptée lors de la Conférence de l'ONU en 1972 plaçant les questions écologiques au rang des préoccupations internationales.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté à New York le 16 décembre 1966 et entré en vigueur le 23 mars 1976.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels à New York le 16 décembre 1966 et entré en vigueur le 23 mars 1976.

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux du 8 juin 1977.

Règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie adopté le 11 février 1994 et plusieurs fois modifié.

Résolution 377 (V) de l'AGNU, « Union pour le maintien de la paix », AR/RES/377(V), 3 Novembre 1950

Résolution 997(ES-I) de l'AGNU, Affaire de la Crise de Suez, GAR/RES/997(ES-I), 2 novembre 1956

Résolution 217 (1965) du CSNU, Question concernant la situation en Rhodésie du Sud, S/RES/217(1965), 20 novembre 1965.

Résolution 661 (1990) du CSNU, Situations entre l'Irak et le Koweït, S/RES/661(1990), 6 août 1990.

Résolution 662 (1990) du CSNU, Programme « pétrole contre nourriture », S/RES/662(1990), 9 août 1990

Résolution 688 (1991) du CSNU, Condamnation de la répression contre les Kurdes en Iraq, S/RES/688(1991), 5 avril 1991.

Résolution 733 (1992) du CSNU, Situation en Somalie, S/RES/733(1992), 23 janvier 1992.

Résolution 841(1993) du CSNU, S/RES/841 (1993), 16 juin 1993.

Résolution 1244 du CSNU, Situation du Kosovo, S/RES/1244, 10 juin 1999.

Résolution 1483 (2003) du CSNU, Levée des sanctions commerciales contre l'Irak (sauf embargo sur les armes) et mettant fin au programme pétrole contre nourriture, 23 mai 2003.

Résolution 1511 (2003), Autorisation d'une force multinationale placée sous commandement unifié à prendre toutes les mesures nécessaires pour contribuer au maintien de la sécurité et de la stabilité en Iraq, 16 octobre 2003.

Statut de la Cour pénale internationale signé à Rome le 17 juillet 1998 et entrée en vigueur le 1er juillet 2002.

Statut du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie subordonné à la résolution 1966 (2010) du Conseil de Sécurité de l'ONU.

3. National

Constitution de la France de 1958

VI. WEBOGRAPHIE

<https://www.academia.Edu>
<https://www.canlii.org/>
<https://cdi.ulb.ac.be/>
<http://www.ciase.fr/rapport-final/>
<https://cnb.avocat.fr/fr>
<https://www.conseil-etat.fr/>
<http://www.credho.org/>
<https://www.dalloz-actualite.fr/>
<https://www.doi.org/>
<https://droitsafricainsonline.com/>
<https://www.europarl.europa.eu/>
<https://www.europedeslibertes.eu/>
<https://www.icrc.org/>
<https://www.idi-iil.org/>
<https://journals.openedition.org/add/>
<https://journals-openedition-org.gorgone.univ-toulouse.fr/>
<https://journals.openedition.org/>
<https://jusmundi.com/>
<https://www.juspoliticum.com/>
<https://www.justice-en-ligne.be/>
<https://latribune.avocats.be/fr/>
<https://www.leclubdesjuristes.com/>
<https://legimonaco.mc/>
<https://www.lemonde.fr/>
<https://www.liberation.fr>
<https://libertescherries.blogspot.com>
<https://lighthouseua.hypotheses.org/>
<https://www.monde-diplomatique.fr/>
<https://press.un.org/fr/>
<https://redress.org>
<https://referenceworks.brill.com/>
<https://www.remacle.org/>

<https://revuedlf.com/cedh/>
<https://revuedlf.com/droit-administratif/>
<https://revuedlf.com/theses/>
<https://www.revue-quartmonde.org/>
<https://strasbourgobservers.com/>
<https://theses.hal.science/>
<https://www.venice.coe.int/>
<https://verfassung.de/>

INDEX

Index alphabétique

absence de contrôle, 50, 148, 150, 160, 264
absence de garanties, 19
absence de juridiction, 75
abus sexuels., 347, 406, 549
acceptation, 64, 102, 133, 214, 295, 364
accès à la justice, 16, 20, 24, 153, 544
accusation, 13, 63, 341, 359, 361, 363, 364, 365, 374, 376, 387, 389, 403, 406, 538, 550, 640
accusation pénale, 359, 361, 363, 364, 365, 374, 387, 403, 406, 538, 550
acte communautaire, 138, 150
acte constitutionnel, 443
acte de gouvernement, 227, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 251, 255, 256, 258, 259, 286, 292, 313, 317, 319, 320, 547
acte de guerre, 315, 317
acte international, 484, 486, 515
acte politique, 316, 317, 320
actes constitutifs, 78, 79
actes de gestion, 79
actes de gouvernement, 228, 232, 233, 234, 247, 249, 254, 264, 283, 292, 319, 547
actes de l'Union, 111, 113, 123, 135, 149, 150, 158
actes impératifs, 79
actes interétatiques, 71, 90, 91, 98, 108, 161, 290, 545, 634
actes internationaux, 71, 204, 633
actes onusiens, 37, 38, 46, 52, 71, 108, 161, 545, 633
actes politiques, 227, 231, 235, 316
action civile, 59, 209, 273, 276, 312, 316, 318, 319, 322, 328, 341, 342, 347, 348, 356, 357, 358, 405, 406, 471, 506, 537, 538, 549, 639
action préventive, 467
actions onusiennes, 62, 108, 633
adhésion, 76, 113, 116, 119, 120, 121, 123, 130, 149, 150, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 162, 222, 291, 515, 522, 545, 572, 573, 581, 634, 635
administration de la justice, 13, 24

agents de l'État, 75, 214, 216, 505, 507
agents diplomatiques, 83
agents locaux, 80
ajournement, 386
aménagement urbains, 472, 473, 475
annulation, 19, 61, 128, 137, 142, 191,
232, 244, 261, 297, 299, 302, 307, 317,
320, 405, 470, 522
annulation,, 297, 405
applicabilité, 74, 77, 81, 84, 85, 128, 181,
246, 247, 250, 262, 311, 330, 336, 338,
344, 446, 462, 473, 474, 497, 501, 503,
505, 506, 507, 508, 532, 535, 541, 553,
575, 578, 634, 637, 643
application, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 32, 38,
41, 52, 56, 62, 64, 70, 74, 75, 81, 83, 95,
100, 107, 111, 114, 119, 126, 127, 128,
131, 140, 141, 143, 144, 145, 146, 147,
158, 168, 170, 174, 175, 177, 180, 182,
184, 187, 191, 194, 195, 201, 202, 203,
207, 208, 210, 214, 215, 216, 218, 221,
225, 232, 235, 243, 249, 250, 253, 268,
283, 290, 297, 299, 304, 314, 318, 321,
330, 331, 339, 342, 344, 350, 355, 357,
359, 396, 414, 415, 425, 427, 429, 443,
461, 483, 484, 486, 487, 494, 497, 502,
503, 504, 505, 506, 507, 508, 510, 518,
523, 532, 535, 541, 545, 551, 552, 571,
572, 573, 577, 578, 583, 641, 643
arbitraire, 19, 22, 51, 52, 87, 90, 97, 98,
100, 103, 105, 162, 169, 173, 177, 187,
188, 192, 250, 258, 261, 290, 306, 319,
320, 325, 343, 350, 353, 368, 389, 502,
523, 524, 529, 578, 634
arrestation, 54, 180, 182, 187, 192, 364,
367, 368, 369, 370, 386, 389, 397, 398,
437
aspect civil, 302, 303, 455, 537
aspect pénal, 361, 362, 363, 376, 381
Assemblée générale onusienne, 40, 47
assurance sociale, 330
atermoiements, 23, 189
atteinte, 16, 19, 44, 54, 62, 75, 82, 84, 98,
101, 104, 105, 106, 114, 115, 127, 128,
141, 142, 146, 147, 150, 152, 163, 172,
180, 187, 193, 200, 202, 221, 243, 244,
252, 254, 255, 261, 262, 271, 274, 275,
277, 278, 282, 283, 286, 306, 309, 310,
313, 322, 324, 325, 333, 334, 336, 337,
338, 341, 344, 345, 346, 349, 350, 366,
368, 369, 372, 373, 376, 378, 381, 383,
384, 385, 397, 398, 412, 413, 414, 416,
419, 421, 422, 423, 424, 426, 431, 432,
434, 435, 436, 437, 445, 446, 449, 450,
451, 454, 456, 457, 458, 459, 464, 466,
468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 477,
478, 488, 489, 490, 496, 499, 500, 506,
522, 525, 529, 533, 534, 539, 540, 544,
548, 551, 552, 638, 641, 642, 643
atteinte à l'environnement, 449, 450, 451,
468, 470, 472, 474, 534, 540, 552
atteinte substantielle, 275, 278, 282, 283,
286, 314, 373, 381, 385, 548
atteintes graves à l'environnement, 445,
473
auto-incrimination, 365, 378
autonomie, 17, 88, 175, 311, 321, 323,
324, 325, 327, 328, 349, 357, 363, 401,
405, 516, 538, 549, 575, 639
autorisation, 48, 93, 191, 213, 262, 323,
381, 393, 455, 458, 460, 461, 501
autorité, 13, 17, 22, 29, 42, 55, 56, 66, 72,
76, 82, 83, 96, 131, 132, 175, 182, 188,
214, 227, 231, 235, 241, 250, 263, 302,
303, 315, 316, 318, 320, 336, 362, 364,
462, 488, 510, 514, 560
autorités administratives, 261, 307
autorités économiques, 467
autorités judiciaires, 262
autorités militaires, 174, 179, 395
autorités nationales, 38, 172, 176, 191,
192, 305, 314, 325, 392, 393, 394, 452,
467, 524
avis, 45, 57, 63, 65, 72, 73, 80, 95, 105,
111, 120, 121, 249, 262, 274, 281, 306,
318, 349, 432, 471, 511, 525, 526, 600,
601, 644
besoin social impérieux, 523

bien-être, 277, 409, 412, 413, 441, 445,
 453, 454, 467, 473, 488, 567, 579, 582
 bien-fondé, 13, 78, 165, 184, 269, 281,
 311, 312, 313, 315, 317, 318, 319, 320,
 328, 351, 354, 357, 359, 361, 365, 372,
 374, 385, 405, 428, 430, 537, 549, 639,
 640
 bilatéralisme, 217
catastrophes, 170, 442, 446, 447, 456,
 466, 478, 534, 540, 552, 570, 574, 583,
 642
 célérité, 307, 334, 335, 337, 378, 387
 centrale nucléaire, 458, 460, 464, 465, 642
 charges publiques, 219, 221, 222, 223,
 244, 245, 356, 561
 chose jugée, 17, 336, 373, 379
 circonstances exceptionnelles, 173, 175,
 336, 396, 434, 502, 563
 clause compromissoire, 69
 clause d'arbitrage, 80
 clause d'immunité, 80
 clause de juridiction, 79, 80
 clause de sauvegarde, 168, 170, 172
 clause démocratique, 514
 clause limitative de compétence, 96, 97,
 161
 clause politique, 514
 collectivités, 267
 Commission européenne, 10, 22, 23, 47,
 65, 75, 86, 104, 111, 137, 139, 242, 273,
 338, 367, 427, 512, 576, 579, 597, 604
 Communautés européennes, 9, 12, 22, 51,
 113, 116, 118, 122, 123, 125, 136, 137,
 140, 150, 151, 156, 160, 162, 401, 515,
 546, 560, 581, 583, 597, 599, 604, 634,
 635
 communisme, 511, 519
 compatibilité, 50, 102, 144, 172, 186, 252,
 259, 306, 314, 331, 354, 477, 487, 533,
 539, 551
 compétence, 19, 20, 21, 39, 40, 45, 46, 54,
 55, 66, 69, 80, 82, 83, 85, 91, 94, 95, 96,
 97, 98, 102, 103, 104, 105, 106, 107,
 108, 114, 115, 117, 150, 151, 152, 156,
 158, 161, 169, 174, 200, 201, 202, 216,
 219, 220, 221, 223, 230, 232, 239, 249,
 250, 257, 281, 286, 290, 292, 307, 318,
 319, 323, 324, 326, 327, 342, 343, 344,
 345, 346, 347, 351, 376, 387, 401, 471,
 496, 499, 503, 524, 543, 545, 547, 561,
 562, 567, 600, 634
 complémentarité, 24, 170, 395, 456, 574
 compromis, 142, 163, 165, 225, 388, 477,
 512, 552
 compromission, 62, 146, 167, 202, 224,
 406, 501, 504, 505, 636, 643
 condamnation, 18, 47, 51, 69, 84, 92, 114,
 152, 188, 189, 190, 194, 210, 258, 280,
 282, 304, 319, 335, 340, 353, 362, 371,
 379, 380, 381, 486, 489, 525, 574
 conflit, 38, 39, 41, 42, 43, 46, 50, 51, 57,
 68, 74, 80, 81, 111, 118, 124, 126, 133,
 139, 148, 158, 163, 170, 178, 181, 182,
 183, 185, 186, 192, 193, 219, 220, 223,
 224, 276, 285, 291, 317, 318, 337, 340,
 395, 398, 399, 400, 401, 403, 407, 539,
 546, 551, 575, 577, 636, 641
 conflit normatif, 51, 68, 126, 133
 conflits armés, 41, 43, 44, 75, 76, 170, 185,
 186, 316, 407, 583, 605
 conflits de juridictions, 220
 Conseil d'État, 9, 24, 126, 233, 235, 237,
 238, 239, 241, 243, 244, 246, 249, 252,
 254, 258, 264, 470, 471
 Conseil de l'Europe, 22, 24, 25, 29, 31, 35,
 49, 61, 67, 74, 75, 76, 86, 91, 102, 117,
 144, 157, 158, 168, 169, 176, 194, 260,
 305, 306, 346, 352, 362, 366, 367, 391,
 411, 429, 443, 444, 486, 496, 513, 514,
 520, 541, 543, 556, 562, 563, 566, 569,
 573, 604
 Conseil de sécurité, 10, 37, 38, 40, 41, 42,
 43, 44, 45, 46, 49, 51, 54, 55, 56, 57, 58,
 59, 62, 63, 64, 66, 72, 108, 143, 144,
 510, 573, 575, 577, 583, 601, 633
 constitutionnalité, 116, 125, 231, 238, 335
 contentieux, 38, 44, 78, 92, 95, 185, 218,
 220, 223, 227, 230, 232, 233, 234, 235,

241, 248, 254, 255, 304, 355, 372, 407, 422, 455, 481, 498, 499, 500, 506, 511, 512, 513, 530, 532, 558, 559, 562, 572, 574

contestation, 16, 17, 51, 114, 148, 180, 198, 242, 266, 269, 275, 299, 301, 302, 305, 307, 308, 309, 310, 311, 314, 316, 319, 329, 330, 332, 333, 336, 337, 338, 340, 347, 357, 365, 376, 377, 378, 397, 405, 426, 462, 465, 483, 503, 510, 537, 549, 561, 567, 639

contestation disciplinaire, 310, 330, 376

contestation réelle et sérieuse, 299, 301, 308, 309, 311, 314

contestations non civiles, 329, 340, 357, 405, 538, 549, 639

contestations non naturellement pénales, 375

contrôle, 7, 18, 19, 25, 32, 35, 37, 46, 48, 49, 52, 53, 54, 55, 56, 60, 62, 63, 65, 66, 67, 70, 71, 76, 77, 80, 81, 82, 83, 84, 87, 88, 89, 90, 92, 97, 101, 108, 109, 111, 113, 114, 116, 118, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 130, 133, 134, 135, 136, 138, 139, 140, 141, 144, 145, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 165, 167, 169, 172, 173, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 189, 190, 192, 194, 199, 220, 223, 224, 231, 232, 234, 239, 250, 251, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 261, 264, 270, 283, 285, 289, 290, 291, 292, 305, 307, 315, 316, 320, 321, 327, 328, 337, 348, 351, 353, 355, 356, 358, 361, 364, 365, 366, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 378, 380, 387, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 401, 403, 405, 406, 407, 410, 413, 437, 442, 447, 457, 461, 464, 466, 469, 471, 472, 502, 503, 504, 509, 512, 515, 516, 518, 519, 520, 521, 525, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 535, 538, 539, 540, 541, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 553, 576, 577, 578, 579, 633, 634, 635, 636, 637, 640, 641, 644

contrôle dilué, 19, 111, 112, 113, 133, 135, 136, 153, 162, 177, 290, 634, 635

contrôle effectif, 63, 76, 82, 83, 84, 178, 182, 189, 192, 224, 258, 285, 291, 546

contrôle judiciaire, 307, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 403, 406, 538, 550

contrôle juridictionnel, 35, 51, 65, 66, 97, 111, 123, 136, 144, 147, 148, 149, 154, 160, 172, 176, 179, 199, 220, 223, 231, 232, 234, 254, 255, 320, 373, 393, 396, 463, 464, 468, 469, 471, 528

contrôle national, 394

contrôle réel, 89, 130, 147, 149, 150, 153, 154

Convention, 9, 13, 18, 20, 22, 23, 24, 25, 29, 32, 38, 39, 42, 46, 47, 48, 49, 51, 55, 57, 61, 65, 68, 70, 71, 73, 74, 75, 77, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 90, 93, 95, 98, 102, 103, 104, 106, 107, 108, 111, 113, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 133, 134, 137, 139, 140, 141, 142, 144, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 164, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 176, 177, 178, 179, 181, 182, 183, 184, 186, 188, 189, 192, 194, 196, 199, 209, 210, 212, 213, 215, 216, 219, 220, 221, 223, 224, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 267, 271, 273, 275, 276, 278, 279, 283, 289, 290, 291, 293, 296, 297, 301, 302, 303, 305, 306, 307, 312, 313, 314, 315, 318, 319, 321, 322, 323, 324, 327, 328, 335, 338, 341, 343, 344, 345, 346, 347, 349, 351, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 361, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 375, 382, 383, 384, 387, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 398, 399, 400, 401, 403, 405, 406, 407, 409, 410, 411, 412, 413,

414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421,
 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429,
 430, 431, 432, 434, 435, 436, 437, 438,
 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448,
 449, 450, 451, 452, 454, 456, 457, 459,
 460, 462, 464, 467, 468, 469, 471, 472,
 473, 474, 475, 477, 481, 483, 484, 485,
 486, 487, 488, 489, 490, 491, 494, 495,
 496, 497, 498, 499, 500, 502, 503, 504,
 505, 506, 507, 508, 511, 512, 513, 514,
 515, 518, 519, 520, 522, 523, 526, 527,
 528, 529, 530, 532, 533, 534, 535, 537,
 538, 539, 540, 541, 543, 544, 545, 546,
 547, 548, 549, 550, 551, 552, 555, 556,
 557, 558, 560, 562, 563, 564, 565, 567,
 569, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577,
 578, 579, 580, 581, 582, 597, 604, 605,
 633, 634, 635, 637, 638, 639, 641, 642,
 643
 conventionnalisation, 487
 conventionnalité, 89, 102, 113, 123, 124,
 127, 130, 135, 136, 140, 145, 148, 160,
 162, 290, 381, 385, 518, 545, 634, 635
 coopération interétatique, 31
coup d'État, 170, 521, 522, 524
 cour européenne, 644
 courtoisie internationale, 93, 196, 201
 coutume, 17, 40, 73, 102, 203, 265, 399
 crime de guerre, 485
 crime grave, 485
 crimes de guerre, 97, 101
 culpabilité, 279, 280, 362, 377, 388
 cumul, 116, 363, 375
 danger imminent, 371, 527
 danger public, 167, 168, 169, 171, 176,
 366, 369
 décision de justice, 19, 90, 100, 331, 334,
 335, 382, 543
 décision discrétionnaire, 307, 376
 décision manifestement injuste, 17
 déclarations interprétatives, 118
 dédommagement, 320
 défaillance, 14, 17, 47, 133, 147, 148, 188,
 209, 234, 245, 263, 273, 318, 391, 392,
 394, 403, 406, 407, 414, 419, 423, 427,
 461, 464, 466, 477, 486, 533, 538, 539,
 546, 550, 551, 552, 553, 641
 défaut, 13, 21, 23, 53, 55, 60, 63, 66, 71,
 74, 76, 77, 80, 81, 101, 115, 116, 117,
 123, 129, 130, 134, 135, 140, 152, 159,
 160, 169, 171, 181, 186, 191, 203, 212,
 214, 221, 239, 242, 252, 255, 256, 258,
 259, 264, 269, 289, 290, 292, 308, 309,
 311, 317, 318, 325, 334, 339, 342, 343,
 345, 347, 349, 350, 351, 355, 362, 369,
 370, 375, 378, 379, 410, 418, 419, 420,
 424, 425, 426, 432, 434, 436, 451, 458,
 459, 460, 464, 468, 470, 472, 495, 500,
 501, 504, 521, 523, 524, 525, 533, 535,
 541, 544, 547, 553, 634, 636, 637, 638,
 641
 défaut de droit, 13
 dégradation, 412, 433, 457, 468, 473, 475,
 478, 534, 540, 552, 642
 degré de gravité, 15, 376, 419
 délai abusif, 387
 délai raisonnable, 189, 190, 299, 331, 359,
 366, 370, 379, 383, 385, 386, 387, 398,
 403, 407, 539, 550, 640
 délais de prescription, 268, 275, 280
 délinquants, 279, 280
 délit, 278, 282, 381, 384, 486
 démocratie, 65, 117, 155, 175, 258, 297,
 316, 371, 381, 386, 417, 443, 481, 509,
 510, 511, 513, 518, 519, 522, 525, 527,
 529, 530, 562
 dénégation, 306, 330
 déni de justice, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19,
 20, 21, 22, 23, 24, 25, 29, 31, 35, 53, 57,
 62, 64, 67, 85, 89, 100, 103, 105, 107,
 111, 130, 133, 135, 138, 139, 140, 143,
 147, 148, 149, 150, 152, 154, 155, 158,
 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 188,
 191, 192, 200, 209, 210, 211, 214, 217,
 219, 221, 222, 223, 224, 225, 227, 229,
 248, 249, 250, 251, 254, 255, 257, 259,
 261, 264, 265, 282, 283, 285, 286, 289,
 290, 291, 292, 293, 295, 296, 297, 299,

301, 304, 308, 311, 315, 319, 325, 328,
 329, 330, 332, 336, 337, 338, 340, 347,
 351, 354, 355, 356, 357, 359, 361, 362,
 363, 365, 372, 374, 375, 377, 379, 380,
 382, 391, 394, 395, 401, 403, 405, 406,
 407, 409, 410, 411, 423, 430, 434, 438,
 458, 464, 477, 478, 481, 489, 497, 501,
 506, 508, 532, 533, 534, 535, 537, 538,
 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546,
 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 561,
 562, 564, 577, 633, 635, 637, 638, 639,
 641, 643
déni de justice flagrant, 18
déni de justice juridictionnel, 7, 293, 295,
 296, 407, 537, 542, 548
déni de justice procédural, 16
déni de justice structurel, 29, 35, 85, 105,
 147, 148, 149, 160, 161, 162, 285, 289,
 293, 544, 548
déni de justice substantiel, 16
déni de procès pénal équitable, 383, 385,
 387, 388, 640
déni procédural civil, 299, 337, 357, 358,
 549
dépendance, 286, 362
déraisonnable, 173, 190, 343, 350, 353,
 510, 517
dérogation, 51, 168, 169, 170, 171, 172,
 178, 183, 184, 194, 301, 323, 339, 357,
 359, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 375,
 377, 391, 393, 395, 398, 399, 401, 403,
 405, 407, 519, 537, 539, 546, 549, 551,
 638, 641
détachement, 260, 261, 262, 263, 264,
 283, 286, 292, 362, 548, 578, 638
détention, 54, 63, 76, 84, 131, 132, 143,
 178, 180, 181, 182, 183, 186, 188, 190,
 192, 253, 303, 304, 365, 366, 367, 368,
 369, 370, 371, 372, 395, 397, 398, 399,
 403, 406, 416, 430, 435, 437, 454, 487,
 491, 505, 538, 550, 640
détention arbitraire, 187
détentions préventives, 187
diffamation, 346
différend, 46, 79, 95, 139, 309, 339
dignité des juges, 376
dignité humaine, 13, 155, 172, 252, 411,
 416, 421, 426, 430, 451, 452, 478, 563
dilution, 147, 162, 290, 544
directive, 111, 126, 146, 438
discrétionnaire, 46, 176, 230, 281, 306,
 316, 319, 376, 487, 493, 502, 507, 529,
 562
discrimination, 18, 47, 48, 104, 106, 113,
 157, 177, 192, 194, 238, 242, 244, 245,
 246, 247, 273, 274, 277, 296, 339, 372,
 409, 429, 543, 605
doctrine, 16, 17, 38, 43, 66, 124, 174, 196,
 207, 208, 212, 222, 234, 252, 255, 258,
 260, 265, 285, 286, 291, 339, 346, 351,
 393, 492, 493, 500, 504, 509, 514, 528,
 557, 565, 580, 637, 638
domicile, 178, 208, 395, 413, 422, 424,
 430, 445, 449, 450, 453, 454, 473, 641
dommage, 51, 220, 237, 253, 275, 276,
 310, 353, 437, 443, 445, 467, 473, 474
dommages corporels, 275
dommages graves, 457, 461
dommages intentionnels, 272, 275, 277
dommages-intérêts, 208, 209, 213, 303
droit à des élections libres, 509, 510, 511,
 512, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 525,
 530, 532, 535, 541, 553, 643, 644
droit à l'indemnisation, 243, 251, 292, 547
droit à l'instruction, 514
droit à la liberté, 178, 182, 186, 187, 398,
 400, 544
droit à la protection sociale, 409, 414
droit à la réputation, 303
droit à la vie, 54, 57, 76, 82, 84, 114, 163,
 168, 181, 194, 273, 393, 416, 421, 422,
 424, 428, 429, 444, 446, 452, 457, 459,
 464, 468, 472, 473, 474, 475, 478, 488,
 495, 508, 533, 534, 540, 544, 551, 552,
 641, 643
droit à la vie privée et familiale, 416, 421,
 457, 472, 473, 474, 475, 478, 488, 495,
 508, 533, 534, 540, 551, 552

droit à un environnement sain, 304, 409, 412, 413, 439, 441, 444, 445, 456, 457, 458, 464, 466, 469, 474, 476, 478, 534, 540, 552, 555, 560, 642
 droit à un revenu minimum, 416
 droit à un tribunal, 165, 274, 275, 277, 303, 382
 droit à une vie dans des conditions dignes, 424
 droit absolu, 374, 420, 496, 507
 droit administratif, 9, 11, 69, 231, 233, 235, 557, 558
 droit au logement, 416, 418, 430
 droit au renouvellement, 261, 262
 droit au respect de la vie familiale, 415, 416
 droit au respect de la vie privée et du domicile, 422
 droit au respect du domicile, 303, 415, 448, 577
 droit civil, 11, 215, 266, 299, 303, 304, 305, 307, 308, 310, 311, 325, 336, 405, 443, 448, 537, 549, 555, 560, 565, 574, 638, 639
 droit communautaire, 114, 115, 118, 119, 123, 125, 126, 128, 133, 139, 150, 635
 droit constitutionnel, 11, 115, 510, 520, 568
 droit d'accès au juge, 50, 88, 98, 100, 101, 104, 105, 148, 217, 218, 219, 221, 239, 251, 254, 255, 259, 261, 264, 271, 286, 292, 316, 317, 320, 344, 346, 351, 352, 353, 355, 548, 637, 638
 droit d'accès au tribunal, 52, 209, 213, 216, 275, 313
 droit d'action en justice, 382
 droit d'asile, 341, 410, 481, 483, 484, 485, 491, 496, 560, 563, 564
 droit d'être élu, 523, 525, 530, 531, 644
 droit d'obtenir une décision, 315
 droit de dérogation, 170
 droit de l'environnement, 10, 412, 461
 droit de l'Union, 11, 113, 116, 117, 119, 122, 123, 124, 127, 128, 130, 131, 134, 135, 136, 139, 140, 141, 142, 143, 145, 148, 150, 152, 156, 157, 160, 162, 290, 438, 500, 544, 546, 568, 572, 634, 635
 droit de passage, 37, 492
 droit de prescription, 278, 279, 280, 286, 293, 548
 droit de propriété, 99, 100, 106, 142, 242
 droit de recours, 134, 138, 259
 droit de séjour, 410, 436, 492
 droit de vote, 523, 526
 droit défendable, 306, 307, 321, 323, 325
 droit dérivé, 39, 43, 111, 117, 138, 145, 155, 156, 162, 291, 546
 droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, 510
 droit des traités, 39, 55, 66, 73, 150, 184, 253, 605
 droit du travail, 322
 droit ecclésiastique, 321, 322, 325
 droit électoral, 509, 535, 541
 droit européen, 9, 11, 18, 46, 100, 167, 168, 169, 170, 175, 177, 193, 267, 270, 327, 347, 468, 505, 541, 543, 559, 575, 577
 droit européen des droits de l'homme, 170, 543
 droit impératif, 207, 636
 droit international, 9, 10, 11, 13, 14, 16, 18, 19, 21, 22, 23, 25, 29, 31, 35, 39, 40, 41, 43, 46, 55, 57, 58, 60, 61, 64, 65, 69, 71, 72, 73, 77, 79, 81, 83, 85, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 108, 117, 119, 138, 139, 144, 147, 150, 153, 157, 161, 163, 168, 170, 171, 181, 182, 183, 184, 186, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 203, 204, 206, 209, 210, 212, 213, 216, 217, 219, 220, 227, 253, 255, 257, 265, 267, 268, 269, 270, 286, 289, 290, 292, 306, 308, 313, 316, 318, 320, 339, 343, 345, 346, 347, 348, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 395, 398, 399, 400, 401, 413, 437, 443, 445, 457, 461, 483, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 497, 504,

509, 510, 511, 515, 532, 535, 541, 543,
 544, 545, 548, 552, 553, 555, 557, 558,
 559, 561, 562, 563, 564, 565, 567, 568,
 569, 571, 573, 575, 576, 577, 578, 580,
 581, 582, 600, 634, 638, 643
 droit international coutumier, 71, 73, 213,
 313, 316, 320, 339, 354, 491, 493
 droit international des droits de l'homme,
 22, 31, 35, 543, 563
 droit international général, 23, 39, 197,
 209, 343, 345, 350, 515
 droit international humanitaire, 41, 46, 85,
 170, 171, 181, 182, 183, 184, 186, 398,
 399, 571, 575, 578, 581
 droit international public, 11, 13, 18, 23,
 83, 102, 104, 197, 201, 204, 212, 214,
 227, 265, 269, 270, 318, 352, 509, 511,
 532, 535, 541, 553, 555, 557, 562, 563,
 564, 565, 571, 577, 643
 droit interne, 23, 71, 73, 79, 90, 95, 102,
 108, 125, 161, 163, 178, 188, 204, 211,
 217, 255, 257, 267, 268, 269, 270, 301,
 305, 306, 313, 314, 315, 320, 325, 338,
 339, 413, 469, 478, 493, 502, 549, 634,
 638
 droit national, 14, 18, 61, 73, 80, 82, 120,
 123, 125, 150, 151, 157, 194, 267, 268,
 299, 301, 302, 304, 305, 306, 307, 308,
 311, 313, 315, 316, 321, 323, 326, 327,
 333, 336, 339, 343, 357, 362, 363, 376,
 405, 464, 466, 500, 638
 droit naturel, 265
 droit onusien, 39, 46, 52, 53, 58, 70, 144
 droit pénal, 11, 215, 361, 362, 577
 droit primaire, 111, 116, 119, 120, 121,
 122, 128, 135, 152, 154, 155
 droit privé, 91, 220, 268, 270, 302, 304,
 330, 444, 562, 563, 564, 581
 droit procédural, 307, 349
 droit public, 11, 23, 175, 236, 270, 302,
 304, 318, 330, 356, 383, 388, 455, 511,
 523, 530, 559, 561, 568, 570, 577
 droit subjectif, 268, 307, 441
 droits civils et politiques, 10, 48, 68, 69,
 411, 415, 433, 436, 510, 513, 522, 605
 droits conventionnels, 7, 20, 35, 53, 63,
 70, 77, 84, 90, 102, 108, 111, 114, 118,
 130, 131, 138, 139, 147, 148, 149, 150,
 152, 161, 162, 169, 185, 223, 247, 264,
 278, 283, 285, 289, 290, 291, 292, 313,
 359, 391, 393, 394, 415, 418, 429, 436,
 444, 446, 468, 478, 525, 529, 537, 544,
 547, 548, 550, 633
 droits de l'enfant, 48, 256, 277, 332, 583,
 605
 droits de l'homme, 9, 10, 11, 13, 18, 19,
 20, 21, 22, 23, 24, 25, 29, 31, 35, 37, 41,
 46, 47, 48, 51, 54, 55, 57, 59, 61, 64, 66,
 71, 72, 74, 75, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 89,
 90, 94, 100, 101, 103, 104, 113, 115,
 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123,
 124, 127, 128, 130, 133, 137, 140, 141,
 142, 144, 150, 151, 152, 154, 155, 156,
 157, 158, 160, 162, 163, 165, 167, 168,
 169, 170, 171, 172, 173, 174, 176, 177,
 185, 189, 192, 193, 194, 208, 209, 212,
 218, 219, 222, 224, 227, 242, 251, 258,
 259, 263, 266, 267, 270, 273, 277, 285,
 286, 289, 290, 291, 296, 297, 304, 305,
 309, 312, 314, 316, 318, 319, 327, 333,
 337, 338, 339, 343, 344, 345, 347, 361,
 366, 367, 370, 371, 383, 391, 392, 393,
 394, 395, 399, 400, 401, 409, 410, 412,
 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420,
 421, 424, 427, 429, 437, 438, 441, 442,
 443, 444, 445, 446, 447, 448, 451, 453,
 455, 456, 457, 462, 463, 468, 469, 473,
 475, 477, 478, 481, 483, 486, 487, 495,
 496, 498, 502, 503, 505, 509, 510, 511,
 512, 513, 514, 515, 516, 518, 519, 520,
 526, 528, 529, 530, 532, 533, 534, 539,
 540, 543, 545, 546, 551, 552, 555, 556,
 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564,
 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572,
 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580,
 581, 582, 583, 584, 597, 601, 604, 605,
 633, 634, 635, 636, 638, 641, 642, 643

droits de la défense, 378
droits dérogeables, 366, 393
droits électoraux, 340, 410
droits étatiques, 29
droits fondamentaux, 9, 18, 24, 57, 98,
100, 114, 115, 116, 117, 119, 120, 121,
122, 123, 125, 126, 128, 129, 133, 134,
135, 140, 141, 142, 154, 155, 156, 158,
184, 185, 193, 222, 224, 243, 338, 401,
433, 435, 441, 486, 499, 502, 510, 511,
515, 529, 543, 581, 582, 604
droits indérogeables, 170, 172, 177, 366,
393
droits individuels, 47, 48, 163, 174, 415,
519, 522, 526
droits matériels, 409
droits minimaux des étrangers, 492
droits patrimoniaux, 302
droits procéduraux, 412
droits sociaux et économiques, 411
durée excessive, 309, 336
effectivité, 25, 47, 64, 86, 89, 126, 134,
187, 189, 297, 342, 373, 394, 399, 400,
410, 414, 415, 416, 418, 419, 428, 438,
462, 466, 476, 477, 500, 513, 533, 534,
539, 551, 568, 641, 642
effet direct, 63, 128
effet indirect, 118
effets directs, 507
efficacité, 24, 29, 40, 48, 56, 60, 65, 88, 89,
127, 133, 134, 289, 415, 443, 562, 568
égalité, 14, 93, 99, 117, 155, 196, 198,
199, 219, 221, 222, 223, 244, 245, 248,
250, 334, 339, 356, 388, 412, 441, 511,
515, 522, 561
élections, 37, 43, 410, 481, 509, 510, 511,
512, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520,
521, 522, 525, 526, 528, 530, 531, 532,
535, 541, 551, 553, 563, 575, 583, 643,
644
élections législatives, 514, 515, 521, 522,
531, 533, 535, 541, 553, 575
éloignement, 438, 449, 483, 487, 488, 489,
491, 493, 494, 496, 501, 504, 530, 532,
535, 541, 552, 643
engagement, 39, 46, 50, 73, 96, 105, 117,
124, 150, 155, 161, 222, 237, 238, 246,
247, 249, 250, 254, 401, 473, 474, 534,
635, 637, 643
engagement international, 50, 105, 161,
222, 249, 250, 401
engagements internationaux, 45, 48, 51,
69, 139, 222, 245, 249, 274, 289, 314,
350, 507, 545
entrave, 57, 65, 97, 146, 165, 217, 219,
285, 286, 291, 292, 302, 547, 548
équilibre, 51, 90, 132, 187, 192, 193, 218,
224, 232, 243, 276, 277, 285, 291, 368,
381, 387, 413, 422, 433, 435, 517, 520,
529, 636
équité, 253, 299, 321, 326, 327, 328, 357,
359, 365, 377, 378, 403, 405, 406, 537,
538, 549, 550, 639
équivalence de protection, 113, 123, 124,
125, 128, 130, 133, 134, 135, 142, 150,
153, 162, 290, 634, 635
erga omnes, 363
erreur manifeste d'appréciation, 351
État, 14, 18, 19, 24, 37, 38, 54, 59, 63, 73,
74, 75, 76, 77, 78, 83, 91, 92, 97, 101,
127, 131, 154, 167, 168, 169, 170, 171,
172, 174, 175, 177, 184, 193, 194, 196,
197, 198, 199, 200, 201, 204, 205, 208,
209, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219,
220, 221, 222, 231, 235, 237, 238, 243,
244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251,
252, 254, 257, 259, 260, 262, 266, 267,
286, 297, 301, 312, 313, 314, 315, 316,
317, 318, 320, 323, 324, 325, 331, 339,
341, 342, 348, 350, 352, 355, 357, 358,
366, 367, 370, 371, 372, 373, 379, 384,
386, 387, 391, 392, 394, 395, 405, 406,
410, 413, 424, 426, 433, 434, 446, 460,
462, 465, 470, 471, 472, 474, 477, 483,
491, 492, 495, 496, 497, 498, 500, 501,
503, 504, 505, 506, 507, 510, 512, 514,

516, 517, 518, 519, 525, 527, 529, 535,
 538, 541, 543, 546, 547, 549, 562, 575,
 576, 581, 600, 640, 643
 état d'exception, 163, 165, 371, 570
 état d'urgence, 7, 163, 164, 165, 167, 169,
 173, 175, 176, 177, 178, 192, 194, 224,
 225, 285, 291, 365, 366, 368, 369, 370,
 371, 372, 373, 374, 393, 403, 406, 538,
 546, 550, 566, 578, 635, 636, 640
 État de droit, 24, 172, 217, 297, 371, 372
 État tiers, 19, 246, 250, 543
 États membres, 18, 111, 141, 158, 160,
 169, 171, 172, 181, 193, 247, 249, 251,
 283, 286, 306, 314, 328, 342, 373, 388,
 389, 391, 399, 400, 403, 407, 423, 433,
 467, 499, 501, 505, 519, 543
 étranger, 13, 75, 77, 83, 91, 92, 93, 101,
 102, 104, 180, 197, 198, 199, 200, 202,
 204, 205, 214, 215, 218, 219, 220, 221,
 237, 244, 245, 250, 257, 335, 338, 340,
 343, 344, 345, 347, 356, 397, 433, 437,
 481, 485, 486, 487, 492, 493, 501, 551,
 561, 562, 564, 568, 571
 examen, 19, 47, 48, 60, 63, 82, 90, 91, 97,
 98, 102, 108, 114, 126, 128, 132, 134,
 136, 144, 145, 148, 156, 165, 171, 177,
 179, 186, 188, 189, 190, 209, 212, 215,
 221, 230, 231, 232, 241, 250, 274, 306,
 315, 324, 327, 336, 342, 349, 350, 353,
 354, 363, 394, 396, 427, 435, 451, 466,
 496, 507, 522, 634
 exception d'immunité, 211, 215, 216, 356
 excès de pouvoir, 45, 63, 233, 235
 exclusion, 50, 97, 101, 105, 172, 241, 247,
 252, 319, 329, 337, 338, 339, 349, 380,
 381, 423, 424, 427, 438, 472, 477, 484,
 497, 534, 540, 551, 637, 641
 exécution, 16, 19, 23, 25, 29, 60, 67, 68,
 77, 79, 81, 82, 91, 92, 93, 94, 97, 98, 99,
 100, 101, 102, 103, 107, 108, 127, 131,
 132, 152, 156, 161, 191, 195, 201, 203,
 204, 205, 206, 280, 290, 323, 335, 336,
 343, 344, 356, 378, 380, 381, 382, 432,
 438, 487, 496, 499, 500, 506, 543, 545,
 557, 561, 564, 569, 571, 578, 581, 582,
 634
 exequatur, 99, 126, 327
 expropriation, 99, 103, 106, 107, 239, 240,
 242, 244, 286, 337, 444, 455, 637
 expulsion, 19, 338, 380, 416, 432, 433,
 435, 436, 437, 484, 486, 487, 492, 493,
 494, 495, 496, 543, 557, 561
 extradition, 19, 82, 380, 416, 489, 543
 extranéité, 19, 346, 484
 extraterritoriale, 55, 71, 74, 75, 76, 81, 82,
 83, 90, 108, 161, 181, 182, 183, 185,
 290, 319, 344, 497, 498, 501, 502, 504,
 505, 508, 532, 535, 541, 545, 552, 573,
 575, 634, 643
 extraterritorialité, 74, 76, 77, 84, 181, 188,
 197, 502, 559
 fait générateur, 98, 103, 107, 109, 162,
 290, 545, 634
 fait internationalement illicite, 16
 fonction juridictionnelle, 14, 16, 18, 145,
 405
 fonction publique, 69, 80, 435
 fondement, 22, 25, 39, 41, 43, 44, 46, 56,
 58, 59, 62, 68, 73, 74, 90, 95, 106, 111,
 115, 123, 129, 131, 133, 140, 141, 144,
 150, 163, 167, 169, 183, 184, 190, 191,
 193, 195, 197, 198, 199, 200, 201, 202,
 206, 207, 210, 211, 215, 222, 223, 224,
 231, 237, 240, 244, 245, 248, 254, 257,
 259, 260, 265, 268, 269, 272, 278, 285,
 291, 302, 306, 308, 310, 315, 327, 329,
 331, 336, 342, 351, 372, 391, 398, 422,
 424, 426, 427, 430, 442, 459, 469, 470,
 475, 486, 487, 489, 506, 510, 515, 529,
 535, 547, 636, 641
 for, 14, 16, 35, 37, 43, 57, 68, 93, 114, 196,
 198, 199, 201, 208, 209, 210, 213, 215,
 219, 220, 221, 223, 269, 286, 292, 318,
 342, 343, 344, 346, 347, 351, 352, 353,
 354, 355, 389, 547, 558, 562, 572, 574,
 575, 577, 578, 599
 force obligatoire, 118, 418
forum-shopping, 343

garanties procédurales, 52, 178, 183, 187, 291, 296, 546

garanties substantielles, 127

garde à vue, 172

gouvernement, 7, 43, 45, 59, 63, 83, 84, 137, 163, 164, 172, 174, 222, 225, 227, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 238, 239, 244, 247, 249, 250, 251, 252, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 262, 264, 270, 273, 274, 283, 285, 286, 291, 292, 313, 316, 317, 318, 319, 336, 377, 384, 447, 463, 492, 514, 515, 522, 526, 546, 547, 558, 561, 576, 637, 638

grande chambre, 23, 55, 82, 140, 191, 258, 312, 321, 323, 324, 343, 521, 522, 639

guerre internationale, 170

harmonisation, 15, 47, 51, 52, 124, 149, 153, 165, 217, 218, 223, 224, 286, 392, 484, 519, 547, 633, 637

hostilités, 37, 41, 171, 178, 180, 181, 189, 190, 191, 397, 583

humanité, 21, 42, 279, 280, 411, 451, 492, 493, 494, 511, 575

identité, 55, 127, 257, 444, 530, 568, 581

illégalité, 90, 99, 128, 307, 379, 470, 478, 521, 534, 541, 552

immigration, 338, 410, 432, 481, 490, 498

immixtion, 199, 215, 423, 495

immunité absolue, 38, 199, 202, 214

immunité d'exécution, 92, 93, 98, 101, 102, 201, 290, 356, 581

immunité de juridiction, 43, 67, 78, 79, 80, 88, 92, 93, 198, 199, 206, 354

immunité diplomatique, 197, 324

immunité étatique, 66, 78, 165, 195, 200, 201, 202, 206, 207, 352

immunité parlementaire, 324, 375, 381, 382, 383, 384, 385, 388, 389, 390, 403, 406, 539, 550, 640

immunité pénale, 215

immunité quasi-absolue, 323, 357, 405, 549, 639

immunités étatiques, 7, 89, 164, 165, 195, 196, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 207, 217, 218, 219, 221, 224, 225, 285, 291, 546, 547, 635, 636

impartialité, 38, 221, 245, 261, 333, 336, 363, 376, 378, 380, 467

impeachment, 528, 530, 597

impossible accès, 53, 56, 70, 90, 91, 105, 108, 227, 633

imprescriptibilité, 271, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 287, 293, 548, 638

impunité, 38, 103, 212, 214, 216, 280, 291, 547, 637

inaction, 54, 99, 268, 269, 474

inapplicabilité, 74, 75, 324, 340, 356, 435, 460, 497, 498, 499, 506, 508, 532, 535, 541, 552, 643

inapplication, 42, 71, 74, 75, 90, 108, 161, 634

incarcération, 183

incertitude juridique, 195, 200, 206, 285, 291, 547, 636

incidence directe, 310, 332, 336, 340, 357, 405, 473, 508, 538, 549

incompatibilité, 38, 39, 46, 114, 146, 218, 489, 523

incompétence, 46, 53, 55, 57, 58, 64, 65, 75, 76, 77, 103, 138, 150, 161, 212, 230, 238, 248, 249, 252, 254, 255, 259, 289, 309, 316, 325, 326, 342, 355, 545, 601, 633

indéfendabilité, 301, 305, 307, 308, 311, 357, 638

indemnisation, 51, 85, 86, 99, 209, 215, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 244, 245, 246, 247, 250, 251, 252, 253, 254, 264, 276, 280, 286, 292, 311, 312, 317, 321, 334, 338, 357, 405, 417, 537, 547, 549, 567, 574, 637, 639

indépendance, 16, 65, 67, 78, 79, 80, 84, 88, 90, 157, 195, 202, 203, 221, 227, 240, 244, 245, 252, 254, 261, 263, 292, 318, 363, 368, 380, 381, 390, 467, 494, 521, 523, 524, 526, 548

individu, 22, 24, 46, 51, 62, 80, 144, 149, 150, 151, 153, 158, 162, 163, 165, 184,

191, 216, 217, 218, 259, 267, 268, 295,
 326, 335, 337, 368, 400, 409, 420, 422,
 431, 433, 473, 474, 478, 481, 492, 504,
 505, 507
 indivisibilité, 193, 337
 inégalité, 278, 422
 inéligibilité, 522, 523, 525, 527, 528
 inexécution, 17, 100, 102, 496
 infirmation, 297, 299, 301, 311, 328, 329,
 331, 332, 333, 334, 335, 336, 340, 356,
 357, 359, 361, 365, 375, 376, 377, 378,
 379, 382, 403, 405, 406, 537, 538, 548,
 549, 550, 638, 639, 640
 infraction, 190, 280, 281, 362, 363, 364,
 376, 377, 379, 380, 386
 ingérence, 44, 64, 67, 87, 171, 197, 254,
 318, 335, 370, 373, 394, 422, 426, 430,
 468, 472, 473, 474, 475, 478, 488, 495,
 516, 518, 534, 541, 552, 565, 643
 injonction, 41, 42, 250, 333, 499
 injustice, 17, 20, 29, 56, 148, 207, 210,
 212, 275, 278, 289, 296, 403, 409, 533,
 537, 539, 543, 544, 548
 injusticiabilité, 58, 59, 62, 85, 108, 154,
 155, 163, 227, 247, 292, 411, 547, 578,
 633
 injusticiables, 61, 139, 149, 151, 174
 insécurité, 174, 478
 institutions européennes, 113, 114, 117,
 136, 141, 149, 154, 160, 634, 635
 insuffisance, 130, 131, 133, 134, 135, 136,
 141, 142, 145, 146, 147, 148, 160, 162,
 165, 178, 189, 193, 224, 251, 252, 253,
 261, 290, 342, 348, 351, 356, 358, 406,
 538, 544, 546, 549, 635, 636, 640
 insuffisance manifeste, 130, 131, 133, 134,
 135, 141, 142, 148, 160, 546, 635
insurrection, 170
 intégration, 31, 86, 111, 113, 115, 125,
 136, 140, 148, 160, 162, 265, 290, 376,
 394, 415, 485, 513, 519, 546, 635
 intégrité morale, 421
 intégrité physique, 42, 180, 181, 258, 275,
 278, 303, 349, 397, 449, 450, 451, 453,
 458, 460, 461, 464, 466
 interdépendance, 193, 195, 199, 203, 391,
 493
 interdiction de la non-rétroactivité des
 lois, 393
 interdiction de la torture, 182, 210, 211,
 216
 intérêt à agir, 276, 303
 intérêt général, 90, 142, 173, 174, 193,
 220, 223, 242, 292, 302, 385, 387, 433,
 435, 450, 529, 547
 intérêt public, 187, 420
 interférence, 64, 113, 114, 116, 123, 156,
 160, 162, 290, 546, 634
 interprétation, 20, 22, 23, 24, 26, 29, 32,
 40, 52, 60, 61, 67, 72, 74, 75, 84, 85, 88,
 105, 116, 118, 122, 123, 129, 143, 144,
 158, 169, 171, 176, 183, 184, 229, 230,
 243, 245, 246, 247, 255, 262, 268, 271,
 275, 283, 286, 293, 297, 299, 301, 302,
 304, 305, 306, 314, 323, 326, 338, 343,
 345, 346, 350, 357, 359, 391, 393, 394,
 399, 400, 410, 414, 415, 417, 418, 419,
 421, 423, 424, 427, 437, 438, 444, 445,
 457, 458, 461, 464, 466, 475, 477, 478,
 484, 499, 502, 513, 519, 525, 526, 534,
 539, 540, 548, 551, 561, 562, 564, 638,
 641, 642
 interprétation dynamique, 129, 346, 410,
 417, 421, 423, 424, 438, 457, 477, 478,
 513, 551
 interprétation évolutive, 345, 414, 417,
 418, 419, 477, 561
 interprétation restrictive, 40, 61, 185, 247,
 345
 inviolabilité, 99, 381, 386, 389
 irrecevabilité, 23, 60, 64, 65, 68, 77, 80,
 82, 87, 104, 105, 142, 190, 191, 221,
 230, 235, 249, 260, 263, 314, 382, 424,
 427, 431, 454, 477, 497, 498, 508, 532,
 535, 541, 641, 643
 irrecevables, 23, 55, 137, 424, 506

irrégularités, 19, 188
 irresponsabilité, 85, 123, 381, 386, 507, 571
 juge communautaire, 116, 118, 123, 126, 561
 juge européen, 100, 102, 323, 394, 413
 juge national, 25, 80, 116, 125, 143, 222, 250, 256, 317, 373, 399
 jugement, 15, 16, 17, 23, 46, 54, 68, 90, 99, 100, 104, 107, 142, 145, 150, 156, 191, 193, 208, 211, 235, 236, 241, 244, 249, 264, 275, 333, 348, 349, 350, 353, 363, 378, 382, 385, 470, 490, 601
 juridiction, 14, 17, 18, 19, 20, 22, 25, 29, 38, 43, 44, 47, 48, 50, 53, 59, 60, 61, 65, 66, 67, 68, 71, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 108, 129, 133, 134, 138, 143, 149, 152, 154, 171, 174, 178, 181, 182, 183, 187, 189, 190, 193, 195, 197, 198, 199, 202, 203, 204, 206, 209, 212, 213, 215, 218, 219, 221, 222, 224, 230, 231, 235, 244, 245, 246, 256, 257, 261, 289, 291, 296, 307, 311, 314, 316, 317, 318, 319, 320, 325, 327, 328, 334, 335, 336, 340, 342, 343, 344, 346, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 358, 373, 376, 378, 379, 382, 391, 406, 418, 420, 427, 446, 459, 461, 462, 466, 484, 489, 496, 500, 501, 502, 503, 505, 506, 507, 522, 532, 535, 538, 541, 543, 544, 546, 550, 552, 557, 558, 561, 562, 564, 569, 572, 573, 575, 577, 578, 580, 581, 582, 634, 643
 juridictions internes, 19, 20, 24, 50, 98, 132, 187, 205, 263, 307, 314, 318, 325, 326, 327, 341, 351, 354, 357, 406, 488, 524, 538, 639
 juridictions nationales, 14, 17, 20, 21, 51, 69, 79, 80, 88, 116, 118, 119, 128, 143, 152, 156, 158, 184, 192, 199, 214, 245, 246, 249, 250, 253, 256, 258, 279, 303, 305, 306, 314, 322, 325, 327, 328, 340, 342, 343, 345, 346, 347, 348, 350, 351, 352, 353, 354, 356, 374, 379, 411, 433, 487, 506, 524, 543, 549, 561, 571, 572
 jurisprudence, 10, 15, 17, 18, 22, 23, 24, 25, 38, 42, 43, 44, 46, 50, 52, 57, 61, 69, 74, 75, 76, 77, 79, 81, 82, 83, 85, 89, 90, 96, 101, 105, 106, 112, 120, 121, 122, 123, 125, 126, 127, 129, 130, 131, 140, 143, 146, 157, 169, 170, 172, 173, 174, 175, 176, 179, 181, 186, 188, 190, 196, 198, 202, 204, 205, 208, 213, 215, 219, 221, 223, 231, 233, 234, 235, 236, 237, 240, 242, 246, 247, 249, 251, 253, 254, 255, 257, 258, 259, 262, 263, 264, 266, 271, 275, 278, 285, 289, 291, 292, 296, 303, 304, 306, 313, 314, 315, 318, 319, 324, 325, 327, 329, 333, 334, 335, 336, 337, 339, 342, 343, 344, 346, 347, 350, 354, 356, 368, 369, 370, 372, 377, 378, 379, 383, 389, 393, 396, 400, 413, 415, 420, 421, 422, 426, 427, 428, 430, 432, 435, 436, 437, 445, 446, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 459, 462, 465, 469, 473, 474, 483, 486, 487, 489, 490, 491, 493, 494, 495, 496, 500, 501, 503, 506, 512, 513, 516, 518, 519, 520, 521, 526, 528, 543, 545, 547, 561, 563, 565, 567, 571, 572, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 582, 633, 635, 637, 638
jus cogens, 39, 41, 42, 50, 66, 73, 101, 144, 208, 211, 212, 214
 justice, 7, 9, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 29, 35, 43, 45, 46, 59, 63, 64, 66, 68, 73, 80, 83, 85, 90, 95, 96, 99, 100, 102, 105, 107, 112, 114, 115, 116, 117, 120, 122, 125, 126, 128, 132, 134, 135, 139, 140, 146, 150, 153, 154, 156, 158, 162, 188, 190, 192, 200, 210, 211, 212, 214, 216, 217, 218, 220, 221, 234, 240, 249, 250, 251, 255, 258, 263, 264, 266, 269, 276, 277, 279, 281, 286, 289, 292, 293, 295, 296, 297, 299, 307, 308, 318, 321, 323, 324, 325, 329, 331, 334, 335, 336, 340, 342, 343, 344, 354,

357, 359, 372, 374, 375, 376, 377, 378,
 379, 381, 382, 386, 394, 400, 401, 405,
 406, 407, 409, 417, 434, 438, 439, 443,
 444, 462, 464, 477, 482, 494, 500, 501,
 506, 508, 509, 520, 522, 528, 537, 538,
 539, 542, 543, 544, 548, 549, 551, 557,
 560, 562, 564, 568, 572, 574, 578, 581,
 598, 599, 600, 607, 633, 638, 640, 646
 justiciable, 20, 24, 29, 139, 174, 196, 220,
 221, 230, 234, 256, 289, 296, 297, 301,
 305, 310, 319, 329, 336, 339, 351, 364,
 381, 382, 387, 398, 400, 403, 406, 409,
 411, 414, 415, 419, 437, 466, 477, 533,
 537, 539, 543, 544, 548, 638, 641
 justiciables, 13, 22, 24, 25, 26, 38, 57, 78,
 107, 147, 148, 160, 162, 165, 174, 177,
 195, 207, 217, 219, 221, 224, 227, 286,
 337, 382, 388, 410, 413, 423, 439, 535,
 541, 551, 552
 l'interdiction de l'esclavage et du travail
 forcé, 393
 latitude, 25, 63, 111, 116, 122, 148, 156,
 171, 229, 230, 246, 276, 373, 382, 387,
 392, 413, 528
 légalité, 44, 45, 46, 49, 75, 121, 128, 174,
 175, 227, 229, 232, 233, 234, 236, 258,
 307, 368, 370, 373, 394, 401, 465, 472,
 478, 501, 529, 577
 légiférer, 215, 219, 239, 286, 292, 547
 législateur, 174, 219, 238, 239, 267, 278,
 343, 417
 législation, 11, 17, 80, 88, 98, 101, 111,
 125, 145, 146, 147, 165, 169, 174, 175,
 197, 205, 207, 209, 210, 214, 219, 220,
 221, 223, 231, 278, 281, 306, 307, 322,
 323, 339, 356, 389, 413, 417, 429, 438,
 459, 471, 518, 519, 523, 524, 525, 556,
 565, 568, 636, 637
 législation civile, 281, 322, 556
légitime défense, 174
 légitimité, 24, 35, 85, 87, 105, 274, 316,
 320, 344, 353, 388, 394, 472, 529
 libération, 179, 181, 183, 186, 189, 191,
 208, 370, 380, 396
 liberté, 16, 20, 25, 55, 61, 63, 80, 82, 84,
 114, 115, 117, 122, 155, 172, 174, 177,
 178, 180, 181, 182, 184, 185, 186, 188,
 189, 190, 191, 192, 205, 224, 285, 291,
 296, 304, 333, 343, 365, 366, 369, 370,
 371, 372, 373, 374, 378, 381, 391, 392,
 393, 395, 397, 398, 399, 400, 403, 406,
 407, 411, 412, 423, 441, 485, 489, 492,
 494, 500, 503, 510, 513, 529, 539, 543,
 546, 550, 551, 571, 636, 640, 641
 liberté d'association, 61, 63, 115
 liberté d'expression, 82, 114, 296, 333,
 393, 513, 529
 liberté de pensée, de conscience et de
 religion, 393, 513
 libertés fondamentales, 13, 21, 47, 64,
 117, 120, 158, 410, 429, 510, 513, 515,
 557, 558, 562, 581, 604
 lien de causalité, 209, 248, 271, 272, 274,
 276, 277, 474, 484
 lien juridictionnel, 82, 179, 209, 257, 396,
 501, 503, 532, 535, 541, 552, 643
 limitation, 41, 66, 80, 95, 96, 98, 100, 102,
 128, 153, 315, 317, 320, 325, 343, 365,
 366, 369, 372, 373, 374, 380, 381, 403,
 406, 485, 505, 520, 523, 539, 550, 568,
 640
 limitation implicite, 317, 380, 381, 403,
 406, 523, 539, 550
 limitations implicites, 518, 520
 limites, 19, 31, 41, 44, 74, 75, 91, 92, 106,
 142, 172, 198, 218, 231, 256, 264, 316,
 346, 355, 372, 383, 398, 418, 427, 469,
 493, 505, 512, 516, 524, 532, 565, 571,
 572, 573, 580
 lustration, 380, 381
 maintien de la paix, 10, 31, 35, 37, 38, 39,
 40, 41, 43, 44, 46, 49, 52, 53, 56, 57, 58,
 62, 64, 65, 66, 67, 70, 108, 144, 161,
 289, 510, 545, 563, 573, 574, 575, 576,
 583, 605, 633
 mandat d'arrêt, 72, 131, 132, 211, 380,
 382, 600

manquement, 29, 52, 59, 61, 79, 128, 193, 221, 272, 286, 291, 344, 367, 376, 457, 460, 464, 471, 478, 521, 525, 533, 534, 535, 540, 541, 546, 552, 642, 644
 manquements, 23, 47, 61, 114, 145, 147, 327, 334, 363, 463, 468
 marge d'appréciation, 14, 141, 142, 150, 167, 173, 176, 224, 242, 274, 275, 276, 278, 291, 305, 306, 324, 344, 345, 351, 368, 386, 391, 392, 393, 403, 407, 410, 417, 438, 495, 509, 516, 517, 518, 519, 520, 524, 529, 535, 539, 541, 546, 550, 562, 579, 636
 matérialité, 204, 361, 363, 364, 365, 403, 406, 448, 538, 550, 640
 matière civile, 50, 100, 209, 211, 213, 216, 275, 280, 299, 301, 305, 306, 309, 319, 320, 347, 350, 357, 359, 405, 406, 537, 549, 577
 matière d'asile, 490, 498, 504
 matière électorale, 410, 482, 508, 509, 516, 520, 532, 535, 541, 553, 643
 matière environnementale, 332, 412, 443, 445, 446, 449, 452, 453, 456, 464, 467, 468, 477, 534, 540, 552
 matière migratoire, 7, 410, 481, 491, 495, 508, 532, 534, 541, 552, 643
 matière pénale, 189, 211, 215, 332, 335, 359, 361, 362, 372, 373, 374, 375, 377, 378, 379, 381, 382, 383, 384, 388, 391, 401, 403, 406, 407, 438, 538, 539, 550, 641
 matière sociale, 7, 411, 412, 416, 417, 423, 431, 439, 477, 533, 539, 551, 641
 mauvais traitement, 14, 132, 419, 437, 477, 489, 491, 495, 496, 534, 540, 544, 551
mauvaise appréciation, 19, 431, 434, 438, 477, 534, 544, 551, 642
 méconnaissance, 56, 245, 369, 374, 550, 640
 mesure d'éloignement, 487, 488, 489
 mesure étatique, 416
 mesure législative, 523
mesure préventive, 304, 467
 mesures conservatoires, 41, 356, 459
 mesures de renvoi, 487
 mesures positives, 415, 428
 mesures préventives, 428, 457
 mesures provisoires, 459
 mesures utiles, 393
 migrant, 481, 485, 494, 564
 migration, 481, 483, 492, 495, 498, 504, 508, 551
 migrations, 409, 481, 494, 498, 504, 505, 564, 570, 573
 minorité, 248, 526, 527
 mise en cause, 65, 70, 74, 108, 149, 153, 160, 161, 238, 291, 330, 461, 633, 635
 modes alternatifs de recours, 66
 mondialisation, 413, 509, 568
 motivation, 17, 60, 64, 90, 202, 233, 234, 259, 270, 278, 283, 286, 320, 334, 351, 358, 369, 372, 385, 389, 398, 419, 433, 485, 492, 498, 538, 549, 637, 640
 motivation politique, 233, 283, 286, 433
 motivations raciales, 429
 multipartisme, 521
 nation, 167, 168, 169, 170, 171, 176, 366, 369, 519
 nationalité, 76, 98, 106, 157, 205, 220, 240, 255, 257, 335, 338, 342, 484, 485
 nationaux, 14, 24, 29, 44, 74, 111, 118, 119, 159, 162, 163, 174, 200, 202, 205, 206, 219, 249, 255, 257, 270, 281, 283, 286, 289, 292, 314, 333, 339, 366, 375, 382, 403, 406, 415, 428, 448, 493, 494, 544, 545, 546, 550, 574, 635, 640
 Nations Unies, 10, 12, 35, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 54, 59, 62, 93, 216, 220, 346, 352, 484, 510, 511, 558, 563, 564, 565, 573, 574, 576, 577, 581, 583, 604
 nature civile, 297, 299, 301, 302, 303, 304, 305, 307, 308, 309, 311, 319, 328, 329, 330, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 340, 357, 376, 405, 455, 506, 537, 538, 549, 638, 639

nature économique et sociale, 415, 416
 nature pénale, 359, 361, 363, 365, 375, 376, 377, 378, 380, 382, 403, 406, 538, 550, 640
 nécessité, 24, 47, 67, 78, 81, 87, 97, 102, 107, 108, 111, 148, 169, 171, 176, 182, 183, 190, 192, 202, 204, 206, 220, 266, 268, 278, 292, 326, 335, 342, 343, 344, 346, 347, 370, 388, 389, 393, 403, 405, 416, 419, 426, 466, 470, 472, 474, 475, 484, 493, 513, 517, 519, 523, 527, 528, 529, 531, 532, 551, 577, 634, 636, 639, 642, 643, 644
 négligence, 54, 269, 407, 468, 472, 475, 478, 529, 534, 541, 643
 normativité, 417
 norme impérative, 57, 69, 145, 210, 211
 norme internationale, 101
 normes démocratiques, 527
 normes internationales, 66, 222, 356, 569
 nuisances sonores, 412, 430, 454, 472, 473, 540
 objectivité, 386
 obligation, 13, 14, 39, 40, 42, 44, 45, 50, 55, 57, 59, 61, 68, 79, 111, 115, 126, 127, 144, 146, 150, 151, 152, 156, 170, 171, 190, 193, 194, 197, 200, 201, 204, 208, 209, 213, 215, 219, 223, 255, 257, 273, 290, 295, 306, 325, 330, 345, 346, 348, 351, 354, 356, 358, 365, 369, 373, 381, 382, 392, 403, 406, 413, 414, 415, 416, 426, 428, 430, 433, 437, 438, 446, 447, 449, 457, 462, 471, 472, 475, 489, 493, 496, 497, 500, 501, 503, 505, 506, 507, 508, 511, 515, 517, 522, 532, 534, 535, 538, 539, 540, 541, 545, 549, 551, 553, 565, 589, 640, 642, 643
 obligation internationale, 14, 127, 144, 193
 obligation positive, 61, 190, 215, 223, 257, 273, 306, 373, 413, 416, 428, 430, 447, 471, 475, 497, 505, 506, 507, 508, 532, 535, 541, 553
 obligations, 13, 39, 41, 42, 44, 45, 49, 51, 56, 62, 71, 75, 86, 116, 123, 124, 126, 130, 134, 138, 141, 148, 150, 151, 152, 157, 168, 171, 172, 181, 182, 184, 191, 217, 219, 255, 256, 258, 262, 266, 269, 295, 299, 302, 311, 322, 344, 346, 361, 366, 367, 368, 392, 399, 401, 416, 417, 433, 436, 446, 460, 462, 475, 487, 496, 503, 504, 505, 557, 563, 567
 obligations internationales, 41, 50, 86, 172, 505
 obstruction, 16, 88, 195, 207, 265, 270, 285, 286, 292, 364, 373, 547, 636
 occupation, 75, 83, 99, 104, 105, 186, 191, 524, 526
 omission, 54, 220, 354, 399, 434, 508
 opérations militaires, 41, 42, 61, 85, 180, 181, 185, 186, 317, 397, 517, 571
 opinion dissidente, 210, 211, 212, 215, 312, 316, 317, 436, 453
 opinions politiques, 485
 opportunité, 22, 159, 191, 201, 202, 204, 217, 219, 221, 230, 231, 250, 279, 382, 442, 462, 520, 529
 ordre communautaire, 133, 160
 ordre de l'Union, 111, 113, 118, 127, 136, 148, 161, 162, 289, 290, 400
 ordre de la Convention, 111
 ordre international, 29, 31, 35, 124, 237, 400
 ordre juridique communautaire, 113, 118, 146, 401
 ordre juridique international, 7, 29, 30, 31, 41, 42, 66, 108, 109, 160, 161, 162, 289, 544, 560, 561, 633
 ordre juridique national, 342
 ordre national, 237, 356
 ordre public, 19, 52, 83, 84, 90, 103, 123, 141, 142, 158, 168, 187, 211, 259, 297, 344, 345, 400, 410, 484, 491, 492, 516, 571
 ordre public européen, 19, 52, 84, 90, 123, 141, 158, 297, 344, 345, 516, 571
 ordre régional, 32

ordre universel, 32, 35, 108, 109, 161, 289, 544, 545, 633
 ordres dérivés, 29
 ordres juridiques étatiques, 29
 ordres juridiques nationaux, 7
 organe disciplinaire, 363
 organe exécutif, 463, 466
 organe juridictionnel, 49, 437, 464, 498
 organes juridictionnels, 93, 250, 417
 organisations internationale, 77, 80, 557
 organisations internationales, 21, 35, 43, 49, 53, 64, 66, 67, 68, 71, 72, 73, 77, 78, 84, 86, 87, 88, 89, 90, 95, 101, 108, 123, 139, 140, 143, 147, 152, 161, 196, 197, 198, 202, 204, 206, 221, 222, 289, 345, 352, 545, 556, 561, 562, 569, 576, 578, 580, 581, 582, 605, 634
 organisations non gouvernementales, 48, 352
 parlementaire, 189, 331, 340, 376, 381, 383, 384, 385, 386, 388, 389, 394, 403, 407, 517, 521, 522, 539, 550, 569
 partie civile, 332, 334, 341, 346
 partis politiques, 63, 340, 393, 580
 pauvreté, 119, 427, 429, 490
 pays à risque, 489, 491, 533, 540, 551
 peine de mort, 490
 permis de construire, 469, 470, 471
 persécution, 483
 personnalité juridique, 73, 138, 153, 352
 personne privée, 73, 102, 370
 plénitude des compétences, 198
 police, 37, 38, 54, 120, 211, 233, 235, 263, 272, 341, 484
 pollutions, 442, 443, 445, 450, 455, 456, 468, 478, 534, 540, 552, 642
 population, 42, 59, 62, 169, 236, 447, 448, 460, 461, 491, 525, 570
 poursuite, 90, 219, 277, 278, 282, 309, 332, 340, 373, 381, 389, 464, 470, 500, 524, 642
 pourvoi en cassation, 100, 104, 322, 349, 379, 382
 pouvoir délégué, 40, 44
 pouvoir exécutif, 198, 202, 232, 234, 238, 254, 263, 286, 318
 pouvoir judiciaire, 263
 pouvoir souverain, 389, 483, 486, 491, 497, 535, 541, 643
 pratique étatique, 16, 184
 Préambule, 115, 429, 481, 489, 494, 511, 512, 529
 précaution, 132, 446, 447, 456, 457, 458, 461, 464, 466, 467, 468, 474, 475, 478, 519, 534, 540, 552, 571, 575, 579, 642
 prééminence du droit, 172, 173, 188, 297, 312, 315, 316, 319, 320, 325, 328, 331, 339, 357, 405, 437, 466, 489, 523, 538, 549, 639
 préemption, 495
 préjudice corporel, 349, 353
 préjudice direct, 496
 préjudice futur, 434, 435
 préjudice moral, 337, 340, 341, 348, 356, 357, 406, 462, 538, 549, 639
 préjudice potentiel, 462
 préjudices, 65, 85, 215, 236, 237, 248, 249, 252, 253, 271, 273, 274, 286, 356
 préjugé, 321
 préoccupations environnementales, 442, 451, 456, 478, 534, 540, 642
 prérogative, 48, 111, 158, 175, 186, 200, 373, 398, 409, 463, 491, 492, 493, 494, 532
 prérogative souveraine, 409, 463, 491, 492, 493, 494, 532
 prescription, 7, 163, 164, 225, 227, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 285, 286, 291, 292, 470, 546, 548, 555, 559, 565, 571, 575, 637, 638
 prescription acquisitive, 227, 266, 270, 571
 prescription libératoire, 266
 prescriptions, 41, 63, 114, 264, 275, 369, 492
 préservation, 7, 31, 108, 161, 162, 163, 254, 285, 385, 466, 512, 633, 635

présomption, 19, 44, 45, 46, 113, 123,
 124, 125, 127, 129, 130, 131, 133, 134,
 135, 136, 140, 141, 142, 145, 150, 151,
 153, 154, 160, 162, 191, 246, 248, 249,
 251, 264, 269, 283, 286, 290, 292, 309,
 331, 384, 388, 467, 524, 545, 547, 634,
 635, 637
 présomption d'équivalence, 19, 133, 142,
 150, 151, 153, 154
 preuve, 16, 20, 44, 72, 76, 97, 114, 132,
 148, 179, 181, 190, 191, 202, 222, 268,
 271, 286, 371, 383, 385, 396, 405, 427,
 443, 488, 539, 540, 544, 545, 550, 605,
 638, 640, 641
 prévisibilité, 205, 221, 334, 418, 513
 primauté, 38, 39, 42, 43, 44, 46, 47, 49, 51,
 52, 53, 57, 70, 108, 114, 118, 125, 128,
 144, 158, 161, 169, 289, 513, 545, 547,
 633
 principe de non-refoulement, 437, 483,
 485, 486, 487, 488, 490, 491, 494, 495,
 497, 532, 535, 541, 552, 561, 573, 643
 principe de précaution, 447, 457, 458,
 461, 466, 475, 478, 534, 540, 552
 principe de prévention, 447
 principe du contradictoire, 249, 389
 principe *non bis in idem*, 393
 principes généraux du droit, 115, 118,
 120, 122, 338
 privation de liberté, 178, 182, 187, 398,
 401
 privilèges, 67, 68, 69, 73, 78, 165, 183,
 195, 196, 203, 218, 376, 561, 576, 578,
 605
problèmes environnementaux, 443, 452,
 455
 procédure, 17, 22, 24, 51, 65, 72, 77, 79,
 85, 87, 90, 91, 94, 96, 128, 133, 157,
 179, 180, 188, 189, 190, 191, 202, 210,
 211, 213, 215, 243, 255, 258, 271, 275,
 276, 282, 299, 308, 309, 310, 311, 317,
 322, 326, 327, 331, 333, 334, 335, 336,
 338, 346, 355, 359, 362, 363, 364, 367,
 370, 371, 373, 375, 377, 378, 379, 380,
 384, 386, 388, 389, 395, 396, 447, 456,
 459, 460, 465, 470, 471, 493, 500, 503,
 504, 506, 510, 522, 525, 528, 530, 539,
 550, 597, 605
 procédure civile, 211, 213, 215, 299, 317,
 334, 470
 procédure d'instruction, 378, 379
 procédure pénale, 190, 211, 215, 275,
 334, 346, 359, 364, 386, 539, 550
 procédure principale, 333, 335, 336, 378
 procédure provisoire, 333, 334
 procès équitable, 18, 21, 23, 50, 55, 60,
 63, 65, 84, 90, 94, 100, 102, 103, 146,
 188, 189, 196, 204, 206, 219, 221, 238,
 245, 246, 247, 251, 259, 260, 261, 262,
 263, 296, 297, 301, 302, 304, 308, 311,
 318, 327, 331, 333, 337, 340, 355, 357,
 359, 378, 381, 384, 385, 403, 405, 407,
 413, 415, 418, 427, 428, 458, 506, 537,
 539, 544, 548, 549, 550, 558, 561, 562,
 564, 576, 577, 580, 638
 proportionnalité, 68, 81, 87, 89, 98, 101,
 105, 108, 161, 171, 176, 194, 221, 274,
 290, 317, 324, 344, 345, 350, 353, 373,
 393, 394, 403, 407, 413, 467, 472, 521,
 523, 525, 527, 528, 529, 530, 531, 533,
 535, 539, 541, 545, 550, 553, 565, 578,
 597, 634, 644
 propriété, 98, 99, 100, 101, 102, 104, 106,
 141, 142, 146, 147, 238, 241, 242, 244,
 245, 247, 303, 335, 336, 393, 411, 415,
 444, 449, 451, 454, 455, 456, 457, 468,
 471, 473, 475, 478, 514, 534, 541, 544,
 552, 581, 642
 propriété privée, 455, 457, 468, 534, 541,
 552
 prorogation, 280, 367, 368, 459, 461, 465
 protection conventionnelle, 76, 182, 187,
 417, 442, 451, 454, 487, 513, 534, 540,
 551
 protection de la santé, 453
 protection diplomatique, 493
 protection effective, 125, 468, 472

protection environnementale, 448, 452, 477, 540, 642
 protection équivalente, 52, 124, 125, 126, 129, 130, 142, 579
 protection formelle, 472, 475
 protection indirecte, 416, 430, 443, 469
 protection internationale, 22, 89, 343, 345, 486, 498, 500, 504, 563, 574
 protection juridictionnelle, 13, 21, 49, 134, 142, 145, 147, 158, 337, 344, 431, 437, 438, 534, 540, 551, 572, 642
 protection par ricochet, 443
 protection sociale, 409, 412, 414, 415, 418, 419, 420, 421, 423, 477, 533, 539, 551, 577, 641
 protection subsidiaire, 498
 proximité, 176, 448, 449, 450, 456, 472, 478, 534, 540, 552, 642
 publicité, 309
 puissance publique, 11, 92, 93, 235, 239, 331, 337, 339, 507, 556, 564
 qualification, 41, 95, 302, 326, 339, 361, 362, 363, 365, 375, 377, 387, 401, 403, 406, 436, 441, 445, 538, 550, 564, 640
 qualification conventionnelle, 362
 qualification pénale, 361, 362, 363, 365, 377, 403, 406
 qualité de vie, 452, 453, 454, 467, 473, 579
 qualité pour agir, 302, 459, 470
 quasi-juridictions, 487
 race, 448, 485
 raison d'État, 169, 316, 463
 rapatriés, 229, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 246, 247, 248, 250, 251, 252, 264, 283, 286, 292, 547, 602, 637
rationae temporis, 106
ratione loci, 53, 58, 161, 342, 545, 633
ratione materiae, 79, 146, 206, 216
ratione personae, 53, 58, 64, 65, 84, 138, 146, 150, 161, 545, 633
 recevabilité, 82, 209, 220, 223, 230, 235, 253, 372, 429, 430, 503, 598
 réciprocité, 196, 198, 246, 248, 249, 250, 251, 264, 283, 286, 292, 547, 577, 637
 réclamation, 14, 269, 334
 recommandation, 40, 111, 168, 325
 reconnaissance, 19, 45, 47, 49, 58, 60, 61, 64, 84, 85, 89, 98, 99, 113, 120, 123, 125, 131, 133, 142, 162, 168, 178, 182, 207, 210, 212, 214, 218, 221, 223, 224, 240, 242, 245, 251, 253, 254, 274, 286, 290, 295, 307, 308, 316, 321, 323, 341, 344, 347, 348, 349, 351, 352, 353, 357, 361, 362, 377, 382, 392, 438, 441, 457, 476, 477, 484, 485, 498, 503, 504, 507, 509, 511, 517, 521, 531, 532, 533, 534, 535, 538, 540, 543, 545, 546, 549, 550, 573, 634, 636, 637, 639, 642, 643, 644
 recours, 13, 20, 22, 24, 25, 38, 44, 50, 51, 53, 55, 58, 59, 63, 65, 66, 69, 81, 82, 86, 87, 88, 89, 97, 99, 102, 103, 104, 105, 108, 111, 126, 128, 134, 137, 140, 142, 146, 151, 156, 161, 165, 169, 170, 172, 173, 174, 176, 178, 185, 189, 191, 192, 194, 209, 222, 224, 233, 235, 241, 245, 251, 257, 259, 261, 273, 274, 276, 285, 289, 290, 291, 297, 302, 303, 307, 314, 319, 322, 324, 325, 333, 339, 342, 345, 346, 347, 349, 354, 355, 366, 367, 368, 370, 373, 378, 379, 382, 392, 393, 398, 406, 413, 427, 430, 432, 434, 437, 438, 452, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 464, 466, 470, 471, 478, 493, 496, 498, 499, 501, 504, 506, 507, 519, 527, 532, 534, 535, 540, 541, 543, 545, 546, 552, 558, 562, 566, 574, 633, 634, 636, 639, 642, 643
 recours préjudiciel, 129, 134, 140, 156
 réexamen, 21, 50, 129
 référendum, 521
 réfugiés, 12, 61, 121, 483, 484, 486, 489, 495, 497, 504, 532, 535, 541, 552, 643
 refus, 13, 14, 15, 16, 20, 23, 35, 37, 38, 46, 52, 53, 54, 57, 60, 61, 65, 67, 70, 71, 81, 85, 90, 91, 97, 98, 105, 108, 109, 118, 131, 137, 161, 186, 190, 201, 211, 214,

236, 240, 246, 247, 248, 249, 250, 252,
 254, 260, 261, 262, 264, 271, 286, 290,
 291, 292, 301, 305, 307, 308, 309, 310,
 311, 322, 332, 335, 338, 340, 341, 342,
 343, 345, 346, 347, 348, 350, 356, 357,
 361, 365, 374, 379, 381, 387, 403, 406,
 422, 423, 424, 426, 428, 431, 432, 434,
 438, 464, 468, 470, 471, 475, 477, 498,
 499, 501, 504, 506, 532, 533, 535, 538,
 540, 541, 544, 545, 546, 547, 548, 549,
 550, 551, 552, 553, 571, 633, 634, 637,
 638, 639, 640, 641, 642, 643
 refus de juger, 57, 65, 67, 247, 262, 343,
 347, 356, 358, 406
 régime, 67, 76, 77, 80, 98, 101, 105, 167,
 173, 174, 175, 177, 178, 183, 192, 195,
 199, 201, 203, 204, 207, 217, 218, 219,
 221, 223, 224, 227, 229, 233, 234, 256,
 285, 291, 292, 305, 376, 384, 386, 392,
 395, 411, 412, 443, 481, 491, 510, 512,
 517, 518, 520, 525, 530, 546, 547, 584,
 604, 636, 637
 régionalisme, 81, 85, 90, 108, 161, 290,
 634
 règle coutumière, 203, 206, 356
 règle internationale, 220
 règlement, 45, 46, 49, 66, 69, 72, 79, 89,
 96, 104, 106, 111, 127, 140, 141, 143,
 145, 222, 241, 338, 389, 437, 443, 562
 règlement pacifique, 46, 49
 réglementation, 139, 150, 169, 297, 429,
 465
 règles constitutionnelles, 158, 232, 401
 règles de prescription, 227, 228, 265, 270,
 283
 règles internationales, 398, 400, 493, 560
 règles structurelles, 224
 régularité, 181, 184, 188, 230, 238, 372,
 399, 510, 636
 rejet, 60, 104, 178, 195, 196, 197, 200,
 206, 218, 219, 220, 224, 234, 244, 258,
 271, 285, 291, 341, 347, 348, 351, 356,
 358, 361, 362, 363, 365, 368, 403, 406,
 424, 426, 431, 437, 458, 464, 484, 488,
 510, 534, 538, 540, 541, 550, 551, 636,
 639, 640, 642
 religion, 295, 423, 485
 relocalisation juridictionnelle, 189, 285,
 636
 renonciation, 78, 80, 81, 92, 93, 125, 133,
 211, 231, 235, 269, 326, 343, 384, 571,
 639
 renvoi, 18, 40, 54, 60, 122, 128, 156, 159,
 168, 205, 322, 334, 342, 347, 424, 431,
 433, 435, 436, 437, 438, 471, 477, 485,
 486, 487, 488, 489, 490, 491, 493, 495,
 496, 497, 503, 533, 540, 551, 642
 réouverture, 336, 379, 425
 réparation, 13, 14, 20, 47, 56, 67, 88, 128,
 139, 147, 189, 190, 208, 210, 238, 253,
 271, 272, 273, 275, 278, 312, 313, 314,
 316, 319, 320, 328, 332, 340, 341, 342,
 344, 347, 349, 353, 354, 355, 356, 357,
 367, 368, 406, 445, 460, 468, 538, 544,
 564, 639, 640
 requérant, 25, 32, 35, 38, 48, 50, 53, 54,
 56, 70, 82, 94, 97, 98, 101, 102, 103,
 104, 105, 106, 108, 123, 130, 131, 132,
 133, 136, 142, 145, 178, 181, 188, 189,
 190, 191, 208, 209, 210, 212, 213, 222,
 238, 239, 240, 241, 242, 253, 258, 260,
 261, 262, 264, 285, 292, 301, 304, 305,
 307, 309, 310, 311, 320, 321, 322, 324,
 325, 327, 328, 330, 333, 334, 335, 336,
 337, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347,
 357, 363, 364, 366, 369, 372, 373, 375,
 376, 377, 378, 379, 383, 384, 385, 387,
 395, 405, 409, 412, 432, 435, 436, 443,
 449, 462, 495, 497, 503, 528, 533, 537,
 538, 539, 549, 550, 633, 637, 638
 requête, 23, 59, 60, 64, 76, 84, 86, 87, 95,
 97, 99, 104, 133, 136, 138, 139, 140,
 141, 142, 145, 146, 147, 208, 209, 211,
 212, 237, 239, 242, 247, 306, 315, 321,
 327, 345, 347, 355, 369, 412, 424, 426,
 427, 430, 449, 460, 471, 488, 500, 502,
 552, 600, 602, 641

réserve, 39, 45, 50, 73, 97, 118, 125, 130, 134, 156, 157, 199, 231, 233, 249, 250, 302, 356, 380, 393, 427, 492, 495, 635

réserves, 91, 94, 118, 168, 393

résolution, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 50, 51, 54, 58, 59, 63, 72, 78, 93, 127, 144, 354, 368, 505, 577, 583, 601, 606

responsabilité, 11, 15, 16, 17, 44, 45, 53, 55, 56, 60, 63, 64, 65, 66, 70, 74, 75, 81, 83, 84, 85, 86, 97, 102, 108, 114, 123, 127, 128, 137, 139, 141, 146, 147, 149, 150, 151, 152, 153, 156, 158, 160, 161, 162, 171, 179, 193, 194, 210, 216, 217, 219, 221, 222, 223, 237, 238, 239, 241, 244, 245, 247, 252, 254, 257, 266, 280, 289, 291, 303, 308, 314, 317, 348, 349, 350, 351, 354, 355, 356, 358, 388, 389, 396, 406, 433, 435, 443, 469, 473, 474, 475, 477, 478, 490, 534, 538, 541, 545, 546, 550, 552, 556, 560, 561, 571, 572, 633, 635, 640, 643

responsabilité administrative, 219, 221

responsabilité de l'État, 62, 162, 193, 237, 239, 245, 252, 469, 473, 474, 541, 545, 550, 552, 572, 643

responsabilité de l'organisation internationale, 62

responsabilité internationale, 17, 56, 86, 97, 171, 222, 561, 571

responsabilité pénale, 389

responsabilité sans faute, 222, 254, 348, 355, 356, 358, 406, 538, 640

restriction, 40, 100, 101, 105, 128, 134, 171, 178, 182, 187, 217, 224, 240, 254, 285, 291, 313, 316, 324, 326, 339, 342, 344, 350, 353, 355, 382, 388, 389, 438, 494, 510, 517, 518, 519, 521, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 533, 535, 546, 553, 636, 644

restrictions excessives, 192, 224, 636

révision, 51, 189, 190, 191, 336, 460

risques environnementaux, 442, 447, 455, 478

Saint-Siège, 341, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 358, 406, 538, 549, 571, 573, 639

saisie, 50, 92, 123, 127, 140, 141, 144, 343, 387, 427, 451, 464, 568

saisine, 22, 23, 40, 45, 97, 114, 128, 179, 209, 260, 272, 277, 279, 303, 327, 396, 496

salubrité, 454

sanction, 24, 40, 41, 62, 65, 111, 133, 145, 190, 210, 262, 273, 279, 280, 362, 363, 376, 378, 560

santé, 10, 72, 277, 332, 413, 419, 423, 432, 433, 436, 438, 445, 446, 448, 449, 452, 453, 461, 473, 488, 490, 492, 493, 579, 601

sécurité, 11, 24, 31, 35, 37, 39, 41, 42, 44, 46, 47, 49, 52, 54, 55, 56, 58, 59, 60, 62, 64, 67, 70, 78, 97, 108, 119, 120, 165, 168, 174, 183, 185, 186, 205, 208, 217, 221, 233, 234, 235, 239, 250, 274, 275, 277, 297, 304, 307, 330, 332, 334, 341, 377, 398, 399, 416, 418, 423, 431, 454, 457, 458, 459, 461, 467, 478, 484, 486, 488, 494, 510, 523, 534, 568, 606, 642

séparation des pouvoirs, 201, 233, 250, 254, 255, 263, 313, 317, 318, 565, 566, 577

service ecclésiastique, 311, 321, 325, 328, 357, 405, 537, 549, 639

séviçes sexuels, 271, 272, 274, 275, 277, 278, 279, 280, 281, 287, 293, 548, 638

société démocratique, 61, 120, 168, 171, 217, 393, 437, 472, 488, 513, 514

soubassement, 43, 122, 197, 200, 202, 224, 636

souveraineté, 15, 55, 66, 77, 78, 92, 94, 101, 104, 105, 115, 152, 163, 174, 195, 196, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 206, 209, 218, 220, 223, 224, 263, 267, 285, 291, 305, 306, 338, 351, 352, 391, 394, 493, 494, 495, 502, 512, 526, 547, 552, 576, 636

souveraineté nationale, 115, 200, 202

spécificité, 119, 158, 330, 333, 341, 343,
 347, 356, 358, 362, 395, 400, 401, 404,
 406, 407, 517, 539, 549, 551, 639, 641
 stabilité, 266, 270, 606
 standard européen, 24, 121
 statut, 63, 79, 80, 87, 95, 104, 113, 117,
 119, 121, 122, 123, 154, 157, 183, 188,
 202, 210, 216, 267, 302, 339, 344, 345,
 347, 352, 386, 388, 389, 395, 399, 409,
 410, 444, 483, 484, 485, 486, 487, 495,
 498, 527, 575, 579, 581, 634
 structure juridique, 31, 151, 152
 subjectivité, 295, 296
 subsidiarité, 22, 111, 162, 169, 179, 291,
 305, 314, 326, 391, 392, 394, 396, 407,
 466, 539, 546, 550, 564, 569, 579
 succession, 96, 117, 150, 158, 336, 428
 suffrage, 510, 511, 515
 sujet de droit, 72, 73, 139, 267
 supranational, 21, 25, 50, 104, 111, 167,
 194, 195, 285, 305, 317, 319, 372, 391,
 396, 509, 512, 519, 520, 532, 535
 sûreté, 20, 55, 169, 174, 180, 182, 186,
 188, 189, 190, 192, 366, 369, 370, 397,
 403, 407, 448, 488, 539, 551
 système, 19, 21, 22, 24, 29, 38, 47, 48, 52,
 86, 116, 119, 122, 123, 132, 151, 152,
 153, 157, 163, 168, 170, 187, 194, 240,
 252, 260, 262, 263, 286, 289, 292, 295,
 305, 306, 312, 338, 370, 384, 386, 388,
 391, 392, 395, 401, 410, 413, 428, 445,
 450, 502, 511, 512, 515, 517, 518, 524,
 544, 545, 548, 563, 565, 572, 576, 579,
 581, 582, 638
 système électoral, 410, 512, 517, 579
 système international, 47, 48, 395, 512
 territoire, 13, 55, 57, 58, 63, 64, 74, 75, 77,
 79, 83, 84, 91, 97, 103, 115, 140, 145,
 152, 170, 171, 181, 183, 192, 198, 199,
 215, 220, 224, 238, 249, 250, 257, 266,
 291, 314, 319, 393, 409, 420, 432, 437,
 448, 469, 483, 484, 485, 487, 491, 492,
 493, 494, 495, 497, 499, 501, 502, 503,
 505, 506, 507, 508, 517, 532, 535, 541,
 546, 552, 570, 575, 601, 602, 643
 terrorisme, 52, 101, 172, 177, 257, 346,
 366, 368, 369, 371, 372, 485, 489
 torture, 20, 48, 84, 101, 168, 181, 207,
 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215,
 216, 223, 224, 285, 291, 340, 341, 342,
 343, 344, 345, 346, 347, 356, 357, 393,
 406, 419, 420, 487, 489, 495, 500, 538,
 544, 547, 549, 571, 572, 604, 636, 637,
 639
 totalitarisme, 524
 traditions constitutionnelles, 115, 116,
 121, 122
 traitement différencié, 157, 162, 277, 291
 traitement inhumain, 82, 254, 257, 416,
 419, 420, 421, 424, 425, 426, 429, 430,
 431, 432, 434, 435, 436, 437, 438, 477,
 500, 503, 533, 540, 551, 641, 642
 traitements inhumains et dégradants, 252,
 253, 354, 420, 572
 tranquillité, 270, 377, 448, 454
 transition démocratique, 518
tribunal, 13, 20, 25, 46, 50, 51, 54, 61, 65,
 84, 87, 88, 95, 96, 99, 100, 102, 103,
 104, 107, 143, 146, 147, 148, 165, 183,
 189, 192, 194, 195, 200, 207, 208, 209,
 210, 212, 213, 214, 216, 219, 223, 235,
 241, 244, 252, 254, 261, 262, 265, 271,
 273, 274, 275, 276, 277, 282, 283, 285,
 291, 299, 302, 309, 311, 313, 315, 318,
 319, 322, 323, 324, 325, 331, 336, 338,
 339, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347,
 348, 349, 350, 353, 355, 359, 363, 364,
 370, 373, 380, 382, 383, 384, 385, 387,
 399, 425, 459, 462, 464, 470, 499, 522,
 547, 571, 577, 601, 636, 637, 638
 Tribunal pénal international, 12, 45, 63,
 69, 72, 83
 troubles psychologiques, 271, 272, 276,
 277
 Union européenne, 9, 10, 11, 12, 31, 69,
 109, 111, 113, 115, 116, 119, 121, 123,
 124, 125, 127, 128, 130, 131, 134, 136,

140, 141, 142, 144, 145, 151, 152, 153,
 154, 161, 162, 400, 401, 438, 451, 499,
 501, 510, 522, 556, 557, 559, 565, 568,
 572, 575, 587, 598, 599, 604, 634, 635
universalité, 48, 193, 337, 510
utilité, 79, 123, 243, 266, 269, 345, 472,
 485, 493
valeurs, 106, 119, 155, 211, 306, 341, 345,
 346, 347, 356, 358, 406, 448, 451, 456,
 478, 489, 534, 538, 549, 552, 639, 642
validation, 58, 117, 189, 192, 208, 262,
 281, 295, 307, 344, 370, 449, 468, 636
victimes, 59, 60, 62, 63, 76, 82, 85, 144,
 187, 210, 214, 221, 246, 252, 253, 274,
 276, 277, 278, 279, 280, 344, 347, 348,
 355, 367, 386, 458, 460, 461, 474, 564,
 605
violation, 13, 14, 18, 19, 20, 21, 24, 50, 55,
 61, 66, 76, 77, 82, 83, 85, 87, 89, 98,
 100, 101, 104, 105, 106, 114, 124, 127,
 138, 141, 142, 145, 146, 149, 151, 173,

175, 181, 187, 188, 189, 190, 191, 200,
 209, 210, 213, 216, 222, 242, 245, 252,
 253, 254, 256, 259, 260, 263, 273, 274,
 292, 296, 297, 299, 301, 304, 306, 307,
 309, 310, 313, 314, 322, 335, 336, 342,
 344, 347, 348, 350, 351, 354, 357, 359,
 366, 367, 369, 376, 377, 380, 384, 388,
 392, 405, 406, 409, 413, 423, 424, 426,
 427, 432, 434, 435, 436, 446, 449, 450,
 459, 460, 463, 464, 468, 470, 471, 472,
 474, 478, 488, 489, 490, 495, 521, 522,
 528, 530, 533, 537, 538, 539, 543, 549,
 550, 551
violations sexuelles, 271
visa humanitaire, 497, 500, 501, 502, 504,
 506, 507, 508, 532, 535, 541, 552, 643
voies de recours, 24, 99, 354, 463, 465
voisinage, 333, 448, 449, 450, 472, 567,
 568, 574, 577
vulnérabilité, 257, 368, 411, 525
zone litigieuse, 470, 472

Index de jurisprudences - clés

- Al-Adsani*, 55, 208, 209, 211, 214, 216, 217, 218, 225, 285, 291, 342, 490, 547, 571, 584, 614
- Athanassoglou*, 310, 458, 464, 475, 478, 534, 540, 552, 585, 620
- Balmer-Schafroth*, 310, 458, 459, 461, 462, 463, 464, 465, 475, 478, 534, 540, 552, 585, 620
- Bankovic*, 81, 82, 84, 85, 184, 313, 501, 502, 585
- Beer et Regan*, 69, 81, 87, 325, 596
- Berhami et Saramati*, 53, 54, 55, 58, 109, 161, 289, 545, 580, 611
- Béric*, 53, 58, 62, 63, 109, 161, 289, 545, 585, 611
- Bosphorus Airways*, 127, 128, 129, 130, 134, 136, 140, 586, 613
- Brannigan et Mc Bride*, 365, 366, 369, 370, 371, 373, 403, 406, 538, 550, 618
- CFDT, 9, 136, 160, 290, 546, 597, 613
- Etablissements Biret et Cie S.A et Biret international, 145, 613
- Francine Van Volsem, 424, 619
- Hassan*, 75, 170, 171, 178, 179, 180, 181, 182, 184, 185, 186, 187, 192, 193, 225, 285, 291, 395, 396, 397, 398, 399, 401, 403, 407, 539, 546, 550, 575, 589, 614, 619
- J.C et autres*, 348, 352, 354, 589, 618
- Jones*, 213, 214, 216, 217, 225, 285, 291, 547, 589, 614
- Károly Nagy*, 306, 307, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 357, 405, 538, 549, 590, 617
- Kart*, 381, 383, 385, 389, 403, 406, 539, 550, 590, 618
- Khlebik*, 178, 189, 192, 193, 225, 285, 291, 546, 590, 614
- Kyrtatos*, 451, 468, 469, 472, 473, 475, 478, 534, 540, 552, 590, 621
- Levrault*, 235, 260, 261, 262, 264, 286, 292, 548, 558, 562, 591, 616
- M.N. et autres*, 498, 500, 552, 621
- Markovic*, 306, 312, 315, 317, 319, 320, 357, 405, 506, 537, 549, 591, 617
- Marshall*, 365, 369, 373, 403, 406, 538, 550, 591, 618
- N. c. Royaume-Uni, 431, 540, 551
- Naït-Liman*, 306, 309, 341, 343, 344, 345, 357, 538, 549, 617
- Prince Hans-Adam, 104, 106, 594
- S.C, 240, 247, 286, 292, 547, 598, 615
- Stichting mothers of Srebrenica*, 53, 58, 59, 61, 109, 161, 289, 545, 572, 595, 611
- Stubbings*, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 282, 283, 286, 292, 548, 596, 616
- Tamazount*, 251, 252, 253, 259, 264, 286, 292, 548, 576, 596
- Teytaud*, 237, 240, 244, 247, 286, 292, 547, 596, 602, 615
- Treska*, 98, 99, 596
- Waite et Kennedy*, 69, 81, 87, 89, 325, 596
- Ždanoka*, 518, 519, 521, 525, 526, 527, 528, 531, 532, 535, 541, 553, 597, 622

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements	5
Sommaire	7
Liste des abréviations	9
Introduction	13
Première partie : La Cour européenne des droits de l'homme auteure de déni de justice structurel.....	29
Titre I : Un déni de justice « au nom de la préservation de l'ordre juridique international »	31
Chapitre I : Le refus de contrôle du respect des droits conventionnels pour la sauvegarde de l'ordre universel	35
Section 1. Le refus de contrôle des actes onusiens en matière de maintien de la paix...37	
§1. L'évitement d'une hiérarchisation entre la Convention et la Charte onusienne ...38	
A. La thèse de la primauté par la Charte onusienne	39
B. La consolidation de la primauté de la Charte par la jurisprudence de la Cour internationale de justice	43
C. La tentative d'harmonisation de la Convention avec la primauté de la Charte onusienne par la Cour.....	47
§2. La manifestation d'un impossible accès à la Cour pour le requérant dans certaines situations de maintien de la paix	53
A. La contestable incompétence ratione loci de la Cour : Cas de l'affaire Berhami et Saramati.....	53
B. La critiquable incompétence ratione personae de la Cour : Cas des affaires Stichting mothers of Srebrenica et Béric	58
1. La réfutable injusticiabilité des actions et omissions du Conseil de sécurité agissant par le biais des Etats.....	59
2. L'inacceptable injusticiabilité des actions onusiennes dans l'exercice abusif d'une délégation de pouvoir par le Conseil de sécurité à un Haut représentant.....	62
C. La mise en cause de la responsabilité étatique en l'absence de voies de recours alternatifs onusiens	65
Section 2. Le refus de contrôle de certains actes internationaux hors du cadre onusien	71

§1. Le défaut de contrôle des actes d'autres organisations internationales	71
A. Les fondements apparents du défaut de contrôle	71
1. Le respect du droit international et du droit interne.....	71
2. L'application extraterritoriale de la Convention européenne des droits de l'homme	74
3. L'immunité de juridiction de l'organisation internationale.....	77
B. Les motivations réelles du défaut de contrôle	81
1. Le régionalisme de la Convention européenne des droits de l'homme et la nécessité de son applicabilité aux actes extraterritoriaux.....	81
2. L'exigence de coopération internationale et la nécessité d'un réel contrôle de proportionnalité ou d'instauration d'une voie de recours juridictionnel ou simplement impartiale.....	87
§2. Le refus d'examen de certains actes interétatiques.....	90
A. Les socles juridiques du refus d'examen	91
1. La rémanence de l'immunité d'exécution des Etats	91
2. L'existence de la clause limitative de compétence juridictionnelle temporelle	94
B. Une manifestation de l'arbitraire.....	98
1. L'arbitraire dans la non-admission de l'exception à l'immunité d'exécution des Etats et l'exigence de modération de la Cour	98
2. L'arbitraire dans la décision en faveur de la clause limitative de compétence juridictionnelle pour la réunification allemande et l'exigence de prise en compte du fait générateur du litige	103
Conclusion du chapitre I.....	108
Chapitre II : L'absence de contrôle juridictionnel réel des actes des institutions de l'union européenne	111
Section 1. Les fondements du contrôle dilué des actes des institutions européennes	113
§1. L'absence d'adhésion formelle de l'Union européenne à la Convention	113
A. L'ignorance de l'interférence avec les droits de l'homme par les Communautés européennes	113
B. Le questionnement sur la place de la Convention européenne des droits de l'homme en droit de l'Union	117
C. L'ambiguïté du statut de la Convention européenne des droits de l'homme en droit de l'Union européenne.....	119
§2. La reconnaissance d'une présomption de conventionnalité du droit de l'Union européenne : la théorie d'équivalence de protection des droits de l'homme.....	123

A. La formation de la présomption de conventionnalité du droit de l'Union européenne.....	124
1. La présomption de conventionnalité : une technique inspirée des pratiques d'autres organes	124
2. La consécration de la présomption de conventionnalité de protection des droits de l'homme au profit de l'Union européenne	127
B. La portée de la présomption de conventionnalité du droit de l'Union européenne.....	130
1. La réserve à l'équivalence de protection : l'insuffisance manifeste	130
2. La faiblesse de l'équivalence de protection des droits de l'homme : une quasi-immunité accordée au droit communautaire et source de déni de justice.....	133
Section 2. Le constat d'un contrôle dilué des actes des institutions européennes.....	136
§1. L'illustration de certains cas d'absence de contrôle juridictionnel concret des actes des institutions européennes.....	136
A. L'affaire CFDT c. Communautés européennes : L'absence de contrôle pour préserver l'intégration communautaire	136
B. L'affaire Bosphorus Airways c. Irlande : une jurisprudence source de déni de justice	140
C. L'affaire Etablissements Biret et Cie S.A et Biret international c. 15 Etats membres de l'Union européenne : l'absence de contrôle concret malgré l'insuffisance législative manifeste du droit de l'Union	145
§2. Le dénouement à l'absence de contrôle juridictionnel concret des actes des institutions de l'Union	149
A. La mise en cause de la responsabilité de l'Etat.....	149
1. L'engagement de la responsabilité individuelle de l'Etat	150
2. L'éventualité d'une responsabilité collective des Etats membres de l'Union	152
B. L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme	154
1. L'importance de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention.	154
2. L'étendue de l'adhésion à la Convention.....	155
Conclusion du chapitre II	160
Conclusion du titre I	161
Titre II : Un déni de justice « au nom de la préservation des ordres juridiques nationaux »	163
Chapitre I : Le déni de justice relatif à l'état d'urgence et aux immunités étatiques.....	165
Section 1. La compromission de l'accès à la Cour en lien avec l'état d'urgence.....	167

§1. Le double fondement de la compromission face à l'état d'urgence	167
A. L'équivocité du régime conventionnel très souple sur l'état d'urgence	167
B. Le contrôle à géométrie variable de la grande marge d'appréciation nationale sur l'état d'urgence	173
§2. La démonstration de la grave insuffisance du contrôle conventionnel lors de l'état d'urgence	178
A. La reconnaissance irrégulière d'une restriction de liberté lors d'une phase active d'un conflit armé international	178
1. L'illustration par l'affaire Hassan contre Royaume-Uni.....	178
2. Le non-respect flagrant du droit à la liberté malgré le défaut de contrôle interne de la régularité de sa privation lors d'un conflit armé international.....	181
B. La validation d'un impossible recours interne pour une relocalisation juridictionnelle par perte du contrôle effectif d'un Etat membre sur une portion territoriale : Cas de l'affaire Khlebiuk c. Ukraine	189
C. La nécessité du juste équilibre des restrictions aux droits de l'homme en période d'urgence : l'interdiction de restrictions excessives et insuffisantes	192
Section 2. L'obstruction de l'accès à la Cour par les immunités étatiques	196
§1. L'importance d'une quête des fondements aux immunités étatiques	196
A. L'incertitude juridique de multiples fondements aux immunités étatiques	196
1. Le rejet de nombreux fondements historiques.....	197
2. L'indécision doctrinale et jurisprudentielle entre la souveraineté et la courtoisie comme fondement aux immunités.....	199
B. L'évidence du fondement politique des immunités étatiques	201
1. L'unique et valable fondement des immunités étatiques : la courtoisie	202
2. La nécessité d'un soubassement juridique	204
§2. La manifestation de l'obstruction d'accès à la Cour du fait des immunités étatiques	208
A. La reconnaissance douloureuse de la prévalence de l'immunité face à un droit impératif et un droit fondamental de la convention	208
1. Cas de l'affaire Al-Adsani c. Royaume-Uni	208
2. La négation de l'interdiction de la torture et du droit d'accès à un tribunal sur le fondement d'une législation interne.....	211
B. La réitération de la douloureuse prévalence de l'immunité	213
1. L'illustration par l'affaire Jones c. Royaume-Uni.....	214
2. La promotion de l'impunité dans le défaut de reconnaissance du droit d'accès à un tribunal malgré les allégations de torture	216

C. L'harmonisation du régime des immunités avec le droit au juge	218
1. Le resserrement législatif du régime des immunités à l'aune du droit au juge	219
2. L'importance et le contenu d'une législation en matière d'immunité	220
Conclusion du chapitre I.....	226
Chapitre II : Le déni de justice relatif aux actes de gouvernement et a certaines règles de prescription.....	229
Section 1. La justification du déni de justice par les actes de gouvernement	231
§1. La nature fonctionnelle des actes de gouvernement	231
A. Les attributs d'un acte de gouvernement	231
B. L'évolution de la conception de l'acte de gouvernement	234
1. La motivation politique des actes de gouvernement : La théorie du but politique	235
2. La motivation pragmatique des actes de gouvernement : La conception pragmatique.....	236
C. La prégnance des actes de gouvernement dans la question des rapatriés d'Algérie en France	238
§2. Le défaut de contrôle des droits du requérant en lien avec les actes de gouvernement	241
A. L'impossible reconnaissance d'un droit à l'indemnisation des rapatriés d'Algérie malgré l'expropriation.....	242
1. L'illustration du refus d'indemniser les rapatriés d'Algérie dans la jurisprudence de la Cour	242
a. Le cas de l'affaire S.C c. France	242
b. L'exemple de l'affaire Teytaud et al c. France.....	246
2. Le choix d'une jurisprudence politique dans l'impossible droit à l'indemnisation des rapatriés d'Algérie	248
a. L'exclusion de l'applicabilité de la Convention par un tiers-engagement d'un Etat membre.....	249
b. L'urgence d'imposition de la présomption de réciprocité aux Etats membres dans leurs rapports avec les Etats tiers	251
B. L'absence de contrôle du droit d'accès au juge des descendants des rapatriés d'Algérie.....	253
1. L'approbation du refus d'accès au juge administratif interne au nom de la doctrine de l'acte de gouvernement	254
2. L'exigence de consolidation de la rupture avec la doctrine des actes de	

gouvernement entamée avec la jurisprudence HF et autres contre France à défaut de garantir un droit d'accès au juge	257
C. La persistance du déni de justice rattaché à la théorie d'acte de gouvernement	261
1. L'approbation du refus de renouveler le détachement d'un magistrat fondé sur une Convention bilatérale : Cas de l'affaire Levraut contre Monaco	262
2. Le camouflage du refus de juger le système judiciaire monégasque non compatible à l'article 6§1.....	264
Section 2. La justification du déni de justice en lien avec les règles de prescription...	267
§1. La recherche des fondements aux règles de prescription pour la justification de leur obstacle à l'accès au juge	267
A. L'inséparabilité des règles de prescription du droit	267
B. L'indistinction des fondements aux règles de prescription en droit international et européen et en droit interne	269
C. Les fondements communs des règles de prescription en droit international et européen et en droit national.....	270
§2. La preuve du refus d'accès à la Cour du fait des règles de prescription	272
A. L'illustration par l'affaire Stubbings et autres c. Royaume-Uni	273
B. L'atteinte substantielle du droit d'accès au tribunal par une interprétation contestable de la Convention	277
C. L'adaptation du droit de prescription aux exigences du droit au juge : Vers l'imprescriptibilité des sévices sexuels sur les enfants ?.....	280
Conclusion du chapitre II	284
Conclusion du titre II	285
Conclusion de la première partie	289
Deuxième partie : La Cour auteure de déni de justice juridictionnel	295
Titre I : Le déni de justice procédural par la Cour européenne des droits de l'homme	297
Chapitre I : Le déni de justice procédural civil	299
Section 1. L'infirmité de la nature civile d'un droit dans un procès	301
§1. L'hypothèse d'une dérogation aux conditions d'établissement d'une nature civile du droit à un procès équitable	301
A. L'entorse à l'exercice par le requérant d'un droit « civil » au sens conventionnel.....	301
B. L'indéfendabilité du droit civil du justiciable en droit national	304
C. Le refus d'un rapport à une contestation réelle, sérieuse à issue déterminante pour le droit civil en cause.....	308

§2. Une infirmation source de déni de justice procédural civil.....	311
A. L'impossible obtention d'une décision sur le bien-fondé d'une action civile en indemnisation.....	311
1. L'exemple de l'affaire Markovic et autres contre Italie du 14 décembre 2006 devant la grande chambre	312
2. L'inconcevable consolidation de la « raison d'État » intolérante à la prééminence du droit et à l'accès au juge	315
3. La soumission de la raison d'Etat à la prééminence du droit.....	318
B. L'impossible droit à l'indemnisation d'un service ecclésiastique au nom de l'autonomie religieuse	321
1. L'illustration par l'affaire Károly Nagy contre Hongrie du 14 septembre 2017 devant la grande chambre	321
2. La reconnaissance d'une immunité quasi-absolue aux organisations religieuses au nom de l'autonomie religieuse	323
3. La nécessité d'une intervention juridictionnelle de l'Etat pour garantir l'équité d'un procès ecclésiastique	326
Section 2. L'extension de l'infirmation de la nature civile d'un droit dans un procès	329
§1. Les implications de l'extension de l'infirmation de la nature civile.....	329
A. L'extension de l'infirmation aux contestations non civiles à incidence décisive et directe sur un droit de nature pécuniaire	329
B. L'implication de diverses procédures nationales dans l'extension.....	333
C. La proposition d'inclusion de certaines procédures exclues de la nature civile dans l'analyse du déni de justice	337
§2. La démonstration du déni de justice procédural civil par extension de l'infirmation	340
A. La reconnaissance du refus par les juridictions internes de juger une action en réparation du préjudice moral de faits de torture	341
1. Le cas de l'affaire Naït-Liman contre Suisse	341
2. Un refus de juger malheureux dans la renonciation à la spécificité du droit de la Convention	343
3. Le recours à certains principes et valeurs de la Convention	346
B. L'approbation du rejet d'une action civile pour abus sexuels contre le Saint-Siège du fait de l'immunité juridictionnelle	348
1. L'exemple de l'affaire J.C et autres c. Belgique	348
2. L'insuffisance du contrôle de l'obligation de motivation factuelle et juridique des décisions juridictionnelles nationales	351

3. L'exigence de reconnaître une responsabilité sans faute de l'État face à l'impossible réparation juridictionnelle d'un préjudice	355
Conclusion du chapitre I.....	357
Chapitre II : Le deni de justice procedural penal.....	359
Section 1. L'infirmité de la nature pénale d'un droit dans un procès.....	361
§1. Le rejet du lien avec la détermination du bien-fondé d'une accusation pénale	361
A. Le refus d'une qualification pénale	361
B. L'opposition à la matérialité de l'accusation pénale	364
§2. La manifestation de l'infirmité de la nature pénale d'un droit dans un procès	365
A. La confirmation du refus de contrôle judiciaire national de la détention prolongée pendant l'état d'urgence	365
1. L'illustration par l'affaire Cour EDH, Brannigan et Mc Bride c. Royaume-Uni du 26 mai 1993	366
2. L'exemple de l'affaire Marshall c. Royaume-Uni du 10 Juillet 2001	369
B. La méconnaissance de l'obligation de contrôle judiciaire d'une limitation de liberté lors de l'état d'urgence	369
C. La garantie du contrôle judiciaire en cas de limitation de la liberté en état d'urgence	372
Section 2. L'extension de l'infirmité de la nature pénale d'un droit dans un procès	375
§1. Les fondements de l'élargissement de l'infirmité de la nature pénale	375
A. L'élargissement aux matières non naturellement pénales dans les droits nationaux	375
B. La difficile remise en cause de la limitation implicite de l'extension de la nature pénale à certaines matières	380
§2. L'impossible obtention de la levée de l'immunité parlementaire pour la défense dans un procès pénal	383
A. La manifestation par l'affaire Kart contre Turquie du 3 décembre 2009	383
B. La preuve du déni de procès pénal équitable dans un délai raisonnable.....	385
C. L'exigence d'une profonde modification des règles nationales sur l'immunité parlementaire	388
Section 3. Le déni de justice procédural pénal en cas de dérogation à un droit conventionnel.....	391
§1. Le contrôle défaillant de la marge nationale d'appréciation sur un droit dérogeable en matière pénale.....	391

§2. La réduction du contrôle de l'étendue et la teneur du droit fondamental à la liberté.....	395
A. Une évidence dans l'affaire Hassan c. Royaume-Uni du 16 septembre 2014.....	395
B. La non-justification du contrôle réduit du droit à la liberté en l'absence de dérogation à la Convention	398
C. L'exigence d'affirmation de la spécificité de la Convention en temps de conflit armé.....	400
Conclusion du chapitre II	403
Conclusion du titre I	405
Titre II : Le déni de justice matériel par la Cour européenne des droits de l'homme	409
Chapitre I : Le déni de justice par la Cour en matière sociale et environnementale.....	411
Section 1. La défaillante protection sociale des requérants.....	414
§1. Le développement de la protection sociale en droit de la Convention.....	414
A. L'adéquation de la Convention européenne des droits de l'homme avec la protection sociale du justiciable.....	414
1. L'exigence de garantie de l'effectivité des droits de l'homme.....	414
2. L'interprétation évolutive de la Convention.....	417
B. L'atteinte à la Convention dans la défaillance de protection sociale du justiciable.....	419
1. L'atteinte au droit de ne pas subir un traitement inhumain et dégradant	419
2. L'atteinte au droit à la vie privée et familiale.....	421
§2. La manifestation de la défaillance de protection sociale.....	423
A. Le refus de reconnaître un droit à une vie dans des conditions dignes.....	424
1. L'illustration par l'affaire Francine Van Volsem c. Belgique : l'irrecevabilité pour défaut manifeste de fondement d'une requête relative à l'atteinte au droit à ne pas subir un traitement dégradant et au droit à la vie familiale et à un domicile	424
2. La preuve d'une exclusion juridico-sociale et économique de l'individu par la Commission	427
3. L'attachement à une conception dynamique dans l'application des droits de l'homme	429
B. Le refus d'admission d'un risque d'un traitement inhumain et dégradant dans le renvoi d'une requérante séropositive vers un pays de destination sans soins médicaux adéquats.....	431
1. L'illustration par l'affaire N c. Royaume-Uni, arrêt [Gr.Ch.] du 27 mai 2008, N° 26565/05 : le rejet de la demande d'asile d'une femme séropositive	431

2. Un refus injustifié par la mauvaise appréciation du traitement inhumain et dégradant.....	434
3. L'obligation d'une protection juridictionnelle effective en cas de risque d'un traitement inhumain et dégradant	437
Section 2. La difficile reconnaissance d'un droit à un environnement sain	441
§1. L'émergence du droit à un environnement sain dans la protection de la Convention	441
A. Le déploiement de la Convention aux préoccupations environnementales	442
1. L'élargissement de la sauvegarde aux pollutions et nuisances.....	443
2. L'expansion de la protection aux catastrophes écologiques	446
B. L'alignement naturel de la protection de l'environnement sur le processus de sauvegarde des droits de l'homme	448
1. La circonscription de la protection environnementale au variable domaine de proximité de l'homme.....	448
2. Une protection marquée par la sauvegarde de certaines valeurs fondamentales de la Convention	451
§2. La manifestation d'une difficile reconnaissance d'un droit à un environnement sain par l'interprétation défaillante du principe de précaution	457
A. Le manquement à la précaution face aux risques d'exploitation des centrales nucléaires pour les requérants	458
1. L'absence de recours relative aux conditions de sécurité pour le renouvellement du permis d'exploitation d'une centrale nucléaire	458
a. L'illustration par l'affaire Balmer-Schafroth c. Suisse.....	458
b. Le rapport à une interprétation défaillante du principe de précaution de l'absence de recours.....	461
2. La poursuite d'une interprétation défaillante du principe de précaution avec l'affaire Athanassoglou	464
3. La nécessité du renforcement du principe de précaution pour l'effectivité d'un droit à un environnement sain.....	466
B. Le refus d'une atteinte à la vie privée et familiale par la dégradation de l'environnement jouxtant une propriété privée	468
1. L'exemple de l'affaire Kyrtatos contre Grèce.....	469
2. La négligence d'une ingérence illégale dans le droit à la vie privée et familiale pour une faible gravité de l'atteinte à l'environnement	472
3. La nécessité d'un engagement de la responsabilité de l'État pour ingérence illégale.....	474
Conclusion du chapitre I.....	477

Chapitre II : Le déni de justice par la Cour en matière migratoire et électorale.....	481
Section 1. La non-prise en compte de l'exigence de protection spécifique des étrangers en cas d'éloignement	483
§1. L'existence du principe de non-refoulement en droit conventionnel.....	483
A. La préalable consécration du principe de non-refoulement en droit international des réfugiés.....	483
B. L'appropriation du principe de non-refoulement en droit conventionnel européen des droits de l'homme	486
C. La priorisation du pouvoir souverain d'éloigner du territoire au détriment du principe de non-refoulement.....	491
§2. La manifestation de la non-prise en compte de l'interdiction de refoulement dans une tentative d'entrée régulière sur un territoire refuge dans l'espace conventionnel	497
A. L'illustration par l'affaire <i>M.N. et autres c. Belgique</i> : L'irrecevabilité pour l'inapplicabilité extraterritoriale de la Convention	498
B. L'absence de juridiction conventionnelle en cas d'éloignement des étrangers	501
1. Le refus du lien juridictionnel d'une décision nationale à effet sur des requérants hors du territoire conventionnel	501
2. La compromission du droit à un recours légal face au refus de visa humanitaire dans un Etat membre	504
C. L'exigence d'une distinction claire entre l'applicabilité de la Convention et l'application d'une obligation positive par un Etat partie	505
Section 2. La difficile obtention d'une décision juste en matière électorale	509
§1. L'apparition du droit à des élections libres en droit conventionnel	509
A. La complexe émergence supranationale du droit à des élections libres	509
1. La forte reconnaissance textuelle du droit à des élections libres en droit international public	509
2. La consécration textuelle contenue du droit à des élections libres en droit conventionnel	512
B. L'imprécision de la marge nationale d'appréciation du droit à des élections libres.....	516
§2. Le contrôle défaillant de la marge nationale d'appréciation sur le droit à des élections libres.....	521
A. La non-reconnaissance du droit à se présenter aux élections législatives : Cas de l'affaire <i>Ždanoka contre Lettonie</i>	521
B. Le manquement à l'exigence de proportionnalité dans le contrôle de la	

restriction nationale du droit d'être élu librement	525
C. La nécessité de la prise en compte du contrôle de proportionnalité	528
Conclusion du Chapitre II	532
Conclusion du Titre II.....	533
Conclusion de la deuxième partie	537
Conclusion	543
Bibliographie	555
I. OUVRAGES.....	555
A. Dictionnaires et encyclopédies	555
B. Manuels, traités, précis et cours	555
C. Monographies, thèses et mémoires.....	560
D. Ouvrages collectifs	565
E. Actes de colloques, journées d'études et séminaires	567
F. Mélanges.....	569
G. Ouvrages non-juridiques	570
II. ARTICLES, CONTRIBUTIONS ET JURISCLASSEURS	571
A. Articles de revues	571
B. Communications de colloques et séminaires, contributions dans des ouvrages collectifs	580
C. Article non-juridique.....	582
D. Jurisclasseurs	582
III. RAPPORTS OFFICIELS ET AUTRES DOCUMENTS DE TRAVAIL	583
IV. AVIS ET JURISPRUDENCES.....	584
A. Jurisprudence européenne	584
1. Cour européenne des droits de l'homme.....	584
a) Arrêts et décisions	584
b) Avis consultatif	597
2. Commission européenne des droits de l'homme.....	597
3. Cour de justice de (s) communautés européennes/ l'Union européenne	598
a) Arrêts	598
b) Avis.....	599
4. Tribunal de première instance de l'Union européenne	599
B. Jurisprudence internationale	599
1. Cour permanente de justice internationale	599

a) Arrêts et décisions	600
b) Avis consultatif	600
2. Cour internationale de justice.....	600
a) Arrêts et décisions	600
b) Avis Consultatif	601
3. Tribunal pénale internationale pour l'ex-Yougoslavie	601
4. Cour interaméricaine des droits de l'homme	601
C. Jurisprudence nationale.....	601
1. France	602
2. Allemagne	603
V. TEXTES JURIDIQUES	604
1. Européens.....	604
a) Conseil de l'Europe	604
b) Union européenne	604
2. Internationaux.....	604
3. National.....	606
VI. WEBOGRAPHIE.....	607
Index	608
Table des matières	633

Résumé en français

Rendre la justice est le devoir de l'État, mais la réclamer et l'obtenir est une prérogative des individus, sinon il y a le déni de justice. Incontestablement, la notion de déni de justice n'est pas mal envisagée à notre ère où la soif de "justice" - dans son acception « juridictionnelle » ou parfois « non-juridictionnelle » et « subjective » - est plus que jamais perçue comme inassouvie. Actuellement, au niveau international, notamment européen : nombreux États se rendent coupables de multiples atteintes aux droits de l'homme reconnus dans leurs engagements internationaux, spécifiquement de la Convention européenne des droits de l'homme et de ses textes additionnels. En effet, les États en arrivent même au point de dénier la justice aux justiciables, qui, insatisfaits, n'ont pas d'autre choix, pour obtenir justice, que de faire recours devant des juridictions supranationales comme la Cour européenne des droits de l'homme. Cependant, ladite Cour n'est pas toujours en mesure de répondre à cette quête de justice et peut être auteure de déni de justice dans une double approche, à savoir structurelle et juridictionnelle. Sans doute, dans ces deux perspectives, le constat du déni de justice à travers des cas spécifiques de jurisprudence est réel et y trouver des solutions dans l'espoir d'étancher cette soif de justice est aussi indispensable.

Résumé en anglais

To render justice is the duty of the State, but to demand and obtain it is a prerogative of individuals, otherwise there is the denial of justice. Undoubtedly, the notion of denial of justice is not badly considered in our era where the thirst for "justice" - in its "jurisdictional" or sometimes "non-jurisdictional" and "subjective" sense - is more than ever perceived as unsatisfied. Currently, at the international level, particularly at the European level, many States are guilty of multiple violations of the human rights recognized in their international commitments, specifically the European Convention on Human Rights and its additional texts. Indeed, States even go so far as to deny justice to litigants, who, dissatisfied, have no other choice to obtain justice than to appeal to supranational courts such as the European Court of Human Rights. However, the Court is not always able to respond to this quest for justice and can be the perpetrator of a denial of justice in a dual approach, namely structural and jurisdictional. Undoubtedly, from these two perspectives, the observation of the denial of justice through specific cases of case law is real and finding solutions in the hope of quenching this thirst for justice is also essential.

Mots-clés :

Cour européenne, Déni de justice, Déni de justice juridictionnel, déni de justice procédural, Déni de justice structurel, Déni de justice substantiel, Droits de l'homme, Droit international et européen.