



Deux facettes différentes de l'imprévisibilité sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme

Sébastien Touzé

DANS **REVUE DU DROIT PUBLIC** 2016/3 Mai , PAGES 847 À 857

ÉDITIONS **LEXTENSO**

ISSN 0035-2578

Date de mise en ligne : 26/09/2024

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-revue-du-droit-public-2016-3-page-847?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Lextenso.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Deux facettes différentes de l'imprévisibilité sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme

Par Sébastien TOUZÉ

*Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Secrétaire général de l'Institut international des droits de l'homme*

L'imprévisibilité est le signe manifeste de la liberté qui doit être laissée à l'interprète de la règle de droit ou/et à celui qui sera chargé de la mettre en œuvre. Envisagée dans le cadre de la mise en œuvre interne d'obligations conventionnelles, à travers la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la Convention), cette imprévisibilité est toutefois souvent perçue diversement et conduit même très souvent à l'aborder négativement. L'imprévisibilité est en ce sens, au regard des droits proclamés dans la Convention, un élément de concrétisation d'une insécurité juridique évidente qui doit être prohibée afin d'éviter l'adoption de mesures arbitraires visant la personne. De ces deux constats, en découle un impératif double lorsque cette notion est abordée dans une approche fonctionnelle.

Le premier est bien entendu de garantir la généralité de la norme afin d'envisager un cadre d'application suffisamment large pour couvrir des situations plurielles dont la concrétisation, au moment de l'adoption de la norme, ne peut être déterminé avec suffisamment de précision. Le second, intervenant comme un contrepoids, est d'éviter que ce cadre général ne devienne une source d'incertitude et d'application aléatoire de la norme interne à des fins de limitation arbitraire des droits individuels.

Ce double impératif qui est en réalité le résultat de la logique imposée lorsque la question de la sécurité juridique se pose, consiste plus simplement à trouver un équilibre entre les deux objectifs afin d'aboutir à une situation juridique respectueuse du principe fondamental de prééminence du droit. Car ce principe de sécurité juridique se voit naturellement rattaché à celui de la prééminence du droit, et

se place au cœur de la mise en œuvre de la CEDH comme en témoignent parfaitement les premiers arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme à l'occasion desquels elle n'a pas manqué de relever que : « *le principe de sécurité juridique [est] nécessairement inhérent au droit de la Convention* » (1).

Ce caractère inhérent fait de ce principe un vecteur naturel d'interprétation conventionnelle qui doit être envisagé de manière transversale dans le cadre de la mise en œuvre au niveau interne des obligations découlant de la Convention. En découle, à travers ces principes indissociables de prééminence du droit et de sécurité juridique, une interprétation faisant du principe de la légalité un élément déterminant dans la définition des droits et des conditions de leur limitation. L'imprévisibilité manifeste de la base légale à l'origine d'une limitation d'un droit garanti devient dès lors une source de violation des obligations conventionnelles à la charge de l'État dans la mesure où elle atteint directement la sécurité juridique des personnes et viole, de ce fait, le principe général de la prééminence du droit consacré. Cette conclusion découle de l'interprétation développée par la Cour qui, lorsqu'elle est amenée à se prononcer sur la conventionnalité des mesures individuelles, considère que l'imprévisibilité de la base légale est constitutive d'un manquement de l'État à ses obligations. Si cette réalité jurisprudentielle se vérifie de manière très nette et repose sur un examen objectif des situations individuelles portées à la connaissance de la Cour, il en est une autre qui est malheureusement trop souvent passée sous silence.

En effet, et ainsi qu'ont pu le relever certains commentateurs ou juges dans leurs opinions individuelles, si le vecteur naturel de l'interprétation conventionnelle reste bien évidemment orienté vers la définition et la protection des droits garantis, il convient de souligner que, dans le cadre de cette opération, la Cour est systématiquement amenée à développer une interprétation des obligations énoncées aboutissant, très (trop ?) souvent, à une définition extensive de ces dernières.

En d'autres termes, si l'imprévisibilité envisagée au regard de la règle interne donne systématiquement lieu à un constat de violation des obligations conventionnelles (I), l'interprétation de ces dernières par la Cour place très souvent les États dans une position d'insécurité juridique manifeste face à l'imprévisibilité de certains énoncés conventionnels. L'imprévisibilité des obligations devient par ce biais une source potentielle de remise en cause du principe de la prééminence du droit (II).

I. — L'IMPRÉVISIBILITÉ CONSTATÉE DE LA RÈGLE INTERNE, GARANTE DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE DES PERSONNES

Le principe de la prévisibilité envisagé à l'aune de la Convention européenne des droits de l'homme repose sur un « *principe général de sécurité*

(1) Cour EDH, arrêt du 13 juin 1979, Marckx c. Belgique, Req. n° 6833/74.

juridique » (2) seul à même d'offrir au profit de leurs destinataires une connaissance suffisante de la portée des droits qui doivent leur être reconnus et des conditions de leur éventuelle limitation.

À ce titre, il appartient donc aux autorités nationales d'adopter des règles internes « énoncées avec suffisamment de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite » et « d'être à même de déterminer à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé » (3).

La clarté et la précision de la loi seront donc indissociables afin de déterminer si les règles internes revêtent les qualités requises au regard des critères de prévisibilité développés par la Cour européenne des droits de l'homme. Toutefois, au regard de la jurisprudence, il apparaît que le critère de la prévisibilité, même si le rôle qui lui est assigné est fondamental, fait l'objet d'une définition relative (A) et, dans les situations où il fait formellement défaut, se trouve très régulièrement compensé par l'existence de règles procédurales assurant un contrôle interne des mesures individuelles (B).

A. — *L'imprévisibilité de la loi, une appréciation relative du principe de légalité dans le cadre conventionnel*

Partant du principe selon lequel « le libellé de bien des lois ne présente pas une précision absolue [et que] [b]eaucoup d'entre elles, en raison de la nécessité d'éviter une rigidité excessive et de s'adapter aux changements de situation, se servent par la force des choses de formules plus ou moins floues » (4), la Cour européenne a développé une interprétation orientée du principe suivant une définition variable du rôle assigné au principe de sécurité juridique en fonction de la finalité poursuivie et du complément interprétatif susceptible de pouvoir être identifié à la lumière de la jurisprudence interne. En d'autres termes, « la prévisibilité de la règle de droit est (...) à rechercher entre le libellé de la norme et son utilisation particulièrement par le juge » (5). Cette interprétation est ainsi justifiée par la Cour européenne par deux arguments essentiels.

La première est liée aux différences de cultures juridiques observées parmi les 47 États parties à la Convention et pour lesquelles l'interprétation du principe de légalité doit s'adapter afin de s'affranchir d'une perception strictement nationale de la notion. En ce sens, la Cour va être amenée à envisager l'exigence de prévisibilité et des éléments qui la composent en prenant en

(2) Cour EDH, arrêt du 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, Req. n° 28358/95, § 52.

(3) Cour EDH, arrêt du 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, Req. n° 6538/74.

(4) Cour EDH, arrêt du 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, Req. n° 14307/88.

(5) F. Sudre et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6^e édition, PUF, Paris, 2011, p. 58.

considération la nécessaire divergence qui existe naturellement sur ce point entre les pays de droit écrit et ceux de droit non-écrit. La notion de légalité et, corrélativement, l'exigence de prévisibilité de la règle devront être adaptées afin de pouvoir couvrir deux situations internes et aboutir ainsi à une application homogène des obligations conventionnelles.

Cette nécessité a d'ailleurs été relevée par la Cour lorsque, dans son arrêt *Sunday Times*, elle est venue affirmer que : « dans "prévue par la loi", le mot "loi" englobe à la fois le droit écrit et le droit non écrit. Elle n'attache donc pas ici d'importance au fait que le contempt of court est une création de la common law et non de la législation. On irait manifestement à l'encontre de l'intention des auteurs de la Convention si l'on disait qu'une restriction imposée en vertu de la common law n'est pas "prévue par la loi" au seul motif qu'elle ne ressort d'aucun texte législatif : on priverait un État de common law, partie à la Convention, de la protection de l'article 10 par. 2 (art. 10-2) et l'on frapperait à la base son système juridique » (6). En ce sens, l'absence de loi au sens formel n'est pas synonyme d'imprévisibilité d'une éventuelle limitation ou ingérence dans un droit garanti s'il apparaît que la règle sur laquelle se fonde cette même limitation peut être dégagée d'une interprétation jurisprudentielle interne remplissant les conditions requises.

Il conviendra ainsi de définir la règle de la prévisibilité légale sur la base d'un critère d'appréciation matériel de la norme interne indépendant de sa nature ou/et de son origine avec comme exigence toutefois l'établissement nécessaire de sa clarté et de sa précision au regard des exigences posées par la Cour. Se dégage ainsi une conception souple faisant de la prévisibilité une condition qualitative de la règle interne suivant une interprétation particulièrement large englobant le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle.

La seconde raison est liée au principe de subsidiarité qui trouve ici une concrétisation manifeste en offrant au juge national le soin, dans le cadre du contrôle de conventionnalité qu'il est amené à exercer au niveau interne, de clarifier si nécessaire les normes internes appliquées.

C'est en ce sens qu'il faut tout d'abord comprendre la Cour lorsqu'elle affirme que : « le texte de la disposition légale, lue à la lumière de la jurisprudence interprétative dont elle s'accompagne doit être raisonnablement prévisible » (7). Il appartient donc au juge national de palier les éventuelles imperfections de la loi interne en complétant utilement les éléments qui lui feraient défaut au regard de l'exigence de prévisibilité. Il se dégage une extension manifeste de l'exigence de prévisibilité dans la mesure où celle-ci devient à la fois un élément d'appréciation de la qualité de la norme mais aussi un critère d'appréciation du contrôle exercé par le juge national. Il en découle ainsi que l'imprévisibilité de la règle ne pourra être constatée par la Cour

(6) *Op. cit.*

(7) Cour EDH, arrêt du 15 novembre 1996, *Cantoni c. France*, Req. n° 17862/91.

européenne que dans l'hypothèse où son énoncé n'établit pas avec assez de précision les conditions de son application et que le juge interne n'a pas su (ou pu) déterminer ces dernières lors de son contrôle de conventionnalité.

Dès lors, si la loi doit notamment déterminer les limites du pouvoir d'appréciation des autorités internes lors de l'adoption d'une mesure individuelle limitant l'exercice d'un droit afin de remplir la condition de prévisibilité, il appartiendra néanmoins au juge de vérifier que cette condition est effectivement remplie ou de l'imposer indirectement dans le cadre de son interprétation de la règle interne. Il sera ainsi de sa compétence, en tant qu'organe de l'État chargé d'assurer le respect des droits garantis par la Convention dans la mise en œuvre de la loi interne, de compléter utilement la norme interne afin d'établir avec une précision suffisante le détail des normes et procédures à observer qui, selon la Cour, « *n'ont pas besoin de figurer dans la législation elle-même* » (8). À l'inverse, si le juge ne peut compléter utilement ou se refuse à le faire, la qualité de la base légale interne ne pourra être considérée comme remplissant l'exigence de prévisibilité au sens de la Convention. Cette dernière affirmation est toutefois à relativiser dans les hypothèses où la norme interne est entourée d'un cadre procédural permettant à l'individu de contester l'adoption d'une mesure individuelle limitatrice de ses droits.

B. — *L'imprévisibilité compensée par l'encadrement procédural des règles internes*

Selon les cas, les critères d'appréciation de l'exigence de prévisibilité varieront et pourront se focaliser soit sur le pouvoir d'appréciation des autorités internes soit sur les éventuels recours ouverts et permettant aux destinataires des mesures individuelles d'agir aux fins de contrôle des décisions adoptées par les autorités nationales. Il s'impose en ce sens une interprétation à deux niveaux.

Le premier consiste, comme il l'a été vu, à déterminer si la norme interne est suffisamment prévisible et, dans la négative, un second niveau doit être envisagé à travers l'examen général des garanties entourant la norme interne et encadrant le pouvoir des autorités internes. Relativement à ce dernier aspect, la Cour a en effet, dans le cadre de son arrêt *Kruslin*, considéré, au regard de la législation française relative aux écoutes téléphoniques, que le système instauré n'offrait pas « *des sauvegardes adéquates contre divers abus à redouter. Par exemple, rien ne définit les catégories de personnes susceptibles d'être mises sous écoute judiciaire, ni la nature des infractions pouvant y donner lieu ; rien n'astreint le juge à fixer une limite à la durée de l'exécution de la mesure ; rien non plus ne précise les conditions d'établissement des procès-verbaux de synthèse consignnant les conversations interceptées, ni les*

(8) Cour EDH, 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, Req., n° 8691/79.

précautions à prendre pour communiquer intacts et complets les enregistrements réalisés, aux fins de contrôle éventuel par le juge – qui ne peut guère se rendre sur place pour vérifier le nombre et la longueur des bandes magnétiques originales – et par la défense, ni les circonstances dans lesquelles ou doit s'opérer l'effacement ou la destruction desdites bandes, notamment après non-lieu ou relaxe. Les renseignements donnés par le Gouvernement sur ces différents points révèlent au mieux l'existence d'une pratique, dépourvue de force contraignante en l'absence de texte ou de jurisprudence. En résumé, le droit français, écrit et non écrit, n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré. » (9).

La Cour envisage ainsi la prévisibilité de manière autonome en développant un critère fonctionnel dont l'objet et de palier l'imprécision de la norme (normale dans certains domaines comme celui des écoutes téléphoniques) par un cadre général assurant un contrôle des décisions des autorités internes. Limitant de ce fait leur marge d'appréciation, ce critère est également lié à un éventuel contrôle juridictionnel susceptible d'être exercé par un juge interne.

C'est ainsi, par exemple, que dans plusieurs affaires, la Cour a pu considérer que l'énoncé général de la norme interne pouvait être considéré comme remplissant les critères de prévisibilité si un contrôle *a posteriori* permettait à l'individu d'obtenir un examen de l'usage des pouvoirs légaux reconnus aux autorités internes.

Il en a été par exemple ainsi dans l'arrêt *Olsson* dans lequel la Cour a considéré que l'énoncé normatif présentait une généralité rendant son application pour le moins imprévisible mais n'a pas sanctionné en considérant, en l'espèce, que « *l'usage de presque tous les pouvoirs légaux relev[ait] de la compétence ou du contrôle des juridictions administratives, à plusieurs niveaux* » (10).

Étendues par la Cour à toutes les dispositions de la Convention conditionnant d'éventuelles limitations ou ingérences dans des droits garantis à l'existence d'une base légale, ces deux exigences relativisent de manière assez évidente la définition originelle de la prévisibilité. L'exigence de sécurité juridique qui y est rattachée se voit ainsi envisagée *in globo* à travers l'énoncé normatif et ces qualités intrinsèques mais aussi à travers ces caractéristiques extrinsèques. S'en dégage ainsi une prévisibilité sur deux plans distincts, substantiel et fonctionnel, dont l'objet n'est pas tant de garantir à l'individu la possibilité de prévoir l'applicabilité de la norme que de lui offrir les garanties procédurales nécessaires pour en contester l'application. Cette évolution importante est toutefois à mettre en parallèle avec les énoncés conventionnels qui, dans de nombreux cas, font l'objet d'une interprétation par la Cour européenne qui

(9) Cour EDH, arrêt du 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, Req. n° 11801/85.

(10) Cour EDH, arrêt du 24 mars 1988, *Olsson c. Suède* (n° 1), Req., n° 10465/83.

s'écarter, au regard de la définition des obligations conventionnelles, des éléments pourtant développés dans le cadre de l'appréciation des normes internes.

II. — L'IMPRÉVISIBILITÉ PROVOQUÉE DE LA RÈGLE CONVENTIONNELLE, REMISE EN QUESTION DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE DES ÉTATS

Le développement d'une interprétation dynamique de la Convention dans le cadre de la jurisprudence de la Cour européenne repose sur une nécessité : offrir une garantie effective des droits et des libertés consacrés. Toutefois, le développement d'un droit par la Cour suppose, de manière corrélative, le développement des obligations conventionnelles liant les États.

Si, dans de nombreux cas, le développement repose sur une nécessité confortée (et étayée) par le droit, il est à relever que plusieurs situations observées mettent en lumière une forme manifeste d'imprévisibilité de l'énoncé conventionnel (A). Ceci peut d'ailleurs être prolongé à travers un développement imprévisible des méthodes de contrôle susceptibles d'être mobilisées par la Cour qui, de ce fait, s'écartere de la même manière des principes procéduraux qu'elle a pourtant imposés dans le cadre de son examen de la légalité interne (B).

A. — *Du caractère imprévisible de l'obligation conventionnelle*

Alors que la sécurité juridique est un élément prépondérant pour aborder la notion de prévisibilité légale dans l'appréciation des mesures individuelles, la Cour est moins pointilleuse lorsqu'il s'agit pour elle d'appliquer cette règle dans le cadre de la définition et l'interprétation des obligations conventionnelles imposées aux États.

Il y a en ce sens une approche souvent éloignée de la prévisibilité nécessaire afin que les États puissent déterminer avec précision et suffisamment de prévisibilité la conventionnalité de certaines mesures internes dont ils sont à l'origine. Il en ressort ainsi très régulièrement que la norme conventionnelle s'affranchit quelque peu des éléments et des critères d'appréciation que la Cour impose à la norme interne adoptée par les États. Ce faisant, le principe de sécurité juridique interne dépasse de manière évidente celui qui devrait également s'imposer dans le cadre de la mise en œuvre de l'obligation conventionnelle.

Il en est ainsi manifestement à travers la théorie des obligations positives, par le jeu de laquelle la Cour est parvenue à dépasser la logique naturelle des obligations relatives aux droits civils et politiques (obligations d'abstention) pour imposer, dans le cadre de l'interprétation conventionnelle une logique proche des droits économiques et sociaux (obligations d'action) en imposant aux États des comportements déterminés pourtant absents de l'énoncé conventionnel.

Sur ce plan, les développements de la Cour sont nombreux et variés et ont d'ailleurs donné lieu à de multiples études tentant d'en établir avec plus ou moins de précision le cadre général et une analyse systématique (11). Néanmoins, à travers le développement de ces obligations, la Cour a mis en lumière une approche extensive susceptible de pouvoir être discutée au regard de l'énoncé de la norme conventionnelle et de sa prévisibilité.

Si ce développement peut être salué sur le plan de la protection des droits et des libertés consacrés par la Convention, il n'en demeure pas moins que de nombreux États et commentateurs ont pu critiquer certaines audaces prétoriennes dans la mesure où elles reposaient, très souvent, sur une argumentation bien peu respectueuse de la prévisibilité nécessaire pour une réalisation pleine et entière de l'obligation. Relativement à ces critiques, il convient de ne retenir que celles qui mettent l'accent sur les limites de cette technique au regard de la nécessaire prévisibilité que devrait revêtir cette obligation.

L'une d'entre elles est liée à la définition d'une obligation de vigilance qui s'impose aux États et les différents « dérivés » qui en découlent. S'il est convenu que les États, au regard de la Convention, doivent prendre l'ensemble des mesures nécessaires à la prévention des violations de la Convention – y compris dans les rapports interindividuels (obligations horizontales indirectes) – il est une question qui se pose au regard de ce qui est véritablement attendu de l'État et de ce que la norme conventionnelle prévoit à cet effet.

Sur ce point, la jurisprudence de la Cour a, très rapidement, opté pour la définition d'une obligation de vigilance ne devant en aucun cas imposer de fardeau excessif ou insurmontable à l'État. Si cette jurisprudence a pu ainsi établir une limite subjective permettant d'apprécier *in casu* si le comportement de l'État avait été conforme à ce qui était légitimement attendu de lui, les critères permettant d'établir avec certitude si tel était le cas se sont révélés pour le moins fluctuants. Ceci a notamment été mis en lumière dans le cadre de l'obligation de prévention des atteintes au droit à la vie au sens de l'article 2 de la Convention. Qu'impose en ce sens la norme conventionnelle à l'État en termes de prévention des violations de ce droit alors même que celui-ci ne peut anticiper un comportement de l'individu qui a contribué ou qui est à l'origine de l'atteinte alléguée ? Cette question s'est notamment posée dans l'affaire *Osman c. Royaume-Uni* à l'occasion de laquelle la Cour devait déterminer si l'État avait respecté ses obligations positives et ce en établissant que : « [f]ace à l'allégation que les autorités ont failli à leur obligation positive de protéger le droit à la vie (...) il faut [que la Cour puisse] se convaincre que lesdites autorités savaient ou auraient dû savoir sur le moment qu'un ou plusieurs individus étaient menacés de manière réelle et immédiate dans leur vie du fait des actes criminels d'un tiers, et qu'elles n'ont pas pris, dans le cadre

(11) C. Madelaine, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2014, 572 p.

de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque. » (12) La reconnaissance d'une obligation de prévention d'une violation, imposant l'anticipation d'un comportement individuel ou, du moins, en prenant suffisamment en compte les risques réels et immédiats de violation d'un droit garanti par la Convention, vient compléter l'obligation négative qu'imposait jusqu'alors l'article 2 de la Convention et ce, en s'écartant de l'énoncé conventionnel au profit d'une approche centrée sur la recherche d'effectivité du droit garanti.

Il y a néanmoins un aspect qui soulève immédiatement une question importante dans la mesure où cette obligation impose à l'État d'anticiper toute atteinte potentielle à un droit garanti alors même que cette atteinte repose directement sur un facteur pour le moins aléatoire, à savoir l'imprévisibilité du comportement humain. Se dégage alors une conjugaison d'éléments complexes car liant deux données problématiques et... imprévisibles : celle de l'étendue de l'obligation positive imposée à l'État (qu'est-il vraiment attendu de lui ?) et celle du comportement de l'individu (peut-on prévoir un acte individuel en toutes circonstances ?). Cette situation, aux yeux des États, est immédiatement apparue comme ubuesque car s'en dégageait une obligation imprévisible tant sur le plan de sa réalisation que de sa sanction. Bien entendu, la Cour a très rapidement limité la portée de l'obligation positive dégagée en prenant en considération, dans le cadre de l'appréciation des mesures adoptées par l'État, le critère comportemental évoqué. Ceci reste toutefois encore trop peu systématisé pour permettre d'admettre la prévisibilité pleine et entière de l'obligation imposée aux États.

Ce dernier constat a pu être conforté par d'autres interprétations conventionnelles développées par la Cour notamment, lorsque le constat de violation portait sur une obligation imposée par la Cour indépendamment du fait que celle-ci ne se dégageait que de textes internationaux imposant des obligations expressément refusées par l'État défendeur (13). Il en découle une imprévisibilité manifeste de l'étendue des obligations conventionnelles qui n'est malheureusement pas palliée par les modalités de contrôle établies par la Cour.

B. — *Un contrôle européen ne palliant pas l'imprévisibilité des énoncés conventionnels*

Si la Cour a toujours pris soin d'apprécier la prévisibilité de la norme interne en prenant en compte l'existence de garanties procédurales permettant de limiter le pouvoir d'appréciation des autorités internes et, éventuellement,

(12) Cour EDH, arrêt du 28 octobre 1998, *Osman c. Royaume-Uni*, Req. n° 87/1997/871/1083.

(13) Cour EDH, arrêt du 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, Requête n° 34503/97.

d'aboutir à un contrôle juridictionnel de leurs décisions, il est patent que l'imprévisibilité des obligations conventionnelles reste pour sa part confortée par un contrôle européen dont la nature et la portée est malheureusement... imprévisible.

Il en est ainsi lorsque la Cour est amenée à se prononcer, dans le cadre d'une requête individuelle, sur la conformité d'une loi interne avec les dispositions de la Convention. Si, théoriquement, la Cour exclut tout contrôle *in abstracto* au profit d'une approche subjective du recours individuel, il n'en demeure pas moins que, dans certains cas, son contrôle aboutit à développer une analyse objective qui, tout en confirmant l'imprévisibilité de certaines orientations, n'en matérialise pas moins la portée de l'imprécision de certains énoncés conventionnels tels qu'interprétés par la Cour.

Ainsi, sans remettre en cause le bien-fondé de certaines interprétations développées par la Cour, il appert néanmoins que la tendance mise en lumière reflète une forme manifeste d'insécurité juridique que les États traduisent actuellement par une remise en cause de l'autorité du juge européen. Il semble en effet que la fronde actuelle repose, dans une large part, sur ce développement interprétatif, souvent discutable, des obligations conventionnelles sans que ce dernier n'ait pu être véritablement compensé par une définition claire et précise des modalités du contrôle exercé.

Si certains ont pu relever, à juste titre, l'inadéquation du contrôle des obligations positives qui reprenait en tout point celui qui avait été développé sous l'angle des obligations négatives (14), il est tout aussi discutable que, dans le prolongement, la Cour envisage l'examen des griefs tirés de la violation d'obligations procédurales à travers des critères qu'elle avait développés pour apprécier la violation de droit substantiels.

Il en a été ainsi, notamment, dans l'arrêt *Animal Defender* (15) dans lequel, en plus d'établir une obligation nouvelle de mettre en place, au niveau national, un débat législatif, la Cour va prendre en considération l'ensemble des éléments de procédure interne et les apprécier suivant, chose étonnante, les critères habituels de nécessité et de proportionnalité. Ceci a d'ailleurs été souligné par certains juges qui, à l'instar du Juge Bratza, ont pu relever que : « *Lorsque l'ingérence résulte d'une décision individuelle, la Cour a pour habitude d'examiner la nécessité et la proportionnalité de la restriction en fonction des circonstances de l'affaire. Cependant, lorsque, comme en l'espèce, l'ingérence provient directement d'une disposition de loi qui interdit ou limite l'exercice d'un droit protégé par la Convention, la Cour suit d'ordinaire une approche différente. Dans ce cas de figure, au lieu de se concentrer*

(14) F. Sudre, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », RTDH 1995, p. 381.

(15) Cour EDH, arrêt du 22 avril 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, requête n° 48876/08.

sur la situation particulière du requérant en cause – même s'il faut qu'il soit touché par la législation pour pouvoir se prévaloir de la qualité de victime – elle se penche principalement sur la question de savoir si le législateur lui-même a agi dans le cadre de sa marge d'appréciation et a respecté les critères de nécessité et de proportionnalité lorsqu'il a imposé l'interdiction ou la restriction en cause » (16).

Cette affirmation jette incontestablement le trouble sur la définition de l'obligation (qui n'est aucunement limitée à la réalisation de droits dans la mise en œuvre du droit interne) et quant à l'étendue du contrôle européen (qui flirte avec le contrôle de conventionnalité de la loi). Ceci a d'ailleurs conduit à une critique assez vive de cette tendance de la Cour qui, tout en entretenant de manière discutable une imprécision manifeste de la portée des obligations conventionnelles, développe de manière plus ou moins opportune des méthodes de contrôle imprévisibles et, parfois, peu pertinentes.

Sébastien TOUZÉ

*Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Secrétaire général de l'Institut international
des droits de l'homme*

(16) Opinion individuelle du juge BRATZA, point 4.