

Du génie juridique au juge traducteur. La face cachée du droit dans la jurisprudence de la Cour de justice

Troisième leçon :

Le génie juridique en action (2) : le réseau global des droits de l'homme

Antoine Bailleux

*Laboratoire « Forces du droit »,
Université Paris 8, 25 novembre 2014.*

Introduction

- a. La double évolution du contentieux des droits fondamentaux
 - i. Internationalisation
 - 1. Renvoi à sources internationales (CEDH, Charte, PIDCP, etc.) et jurisprudence relative à ces sources
 - 2. Intervention d'une juridiction extérieure, soit internationale (CJUE et renvois préjudiciels, CEDH et épuisement des voies de recours internes), soit nationale (reconnaissance des jugements étrangers)
 - 3. Résonance transnationale – dialogue des juges.
 - ii. Désorganisation : ni centre, ni hiérarchie, ni règle de reconnaissance, ni clôture : la pyramide absente.
- b. Le réseau global des droits de l'homme
 - i. La théorie de François Ost et Michel van de Kerchove
 - ii. Les trois caractéristiques du réseau
 - 1. Fluidité – absence de frontières fixes
 - 2. Polycentricité – multiplicité de points et de foyers plutôt qu'un centre unique
 - 3. Interdépendance – réception et transmission réciproques
 - iii. Le réseau des droits de l'homme
 - 1. 3 caractéristiques...
 - a. Fluidité – infinité du matériau juridique

- b. Polycentricité – absence de cour internationale des droits de l'homme
 - c. Interdépendance – nécessité d'assurer l'unité dans la diversité
- 2. ... fruits d'une tension dialectique féconde, essentielle au réseau, entre pyramide et chaos
 - a. Fluidité – entre ouverture et fermeture
 - b. Polycentricité – entre centralisation et marginalisation
 - c. Interdépendance – entre solidarité et autorité
- 3. Le génie du traducteur en réseau : faire vibrer cette triple tension

1. Fluidité

a. Ouverture

i. De texte à texte.

1. Ouverture bénéfique :

- a. Droit à un procès équitable : 14 PIDCP copié collé dans statuts des TPIY et TPIR.
- b. Art. 6, § 3 TUE : « Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux. »
- c. Art. 52, § 3 et 4 Charte : « 3. Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue.
4. Dans la mesure où la présente Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions. »

2. Ouverture chaotique ? Article 53 Charte : « Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres »
- ii. De juridiction à juridiction. CIJ se réfère à Cour EDH, Cour I-A DH, Comité DH, TPIR et TPIY. Cour EDH se réfère à CJUE, Comité DH, Cour IA DH, CIJ, TPIY, cours suprêmes U.S., Canada, RSA.
1. Ouverture bénéfique : CIJ : *Ahmadou Sado Diallo* (2010) : conflit entre Guinée et RDC à propos d'arrestation, détention et expulsion par cette dernière de M Diallo. Violation alléguée de certaines dispositions de la Charte africaine des droits de l'homme et du PIDCP. « Bien que la Cour ne soit aucunement tenue, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, de conformer sa propre interprétation du Pacte à celle du Comité, elle estime devoir accorder une grande considération à l'interprétation adoptée par cet organe indépendant, spécialement établi en vue de superviser l'application de ce traité. Il en va de la nécessaire clarté et de l'indispensable cohérence du droit international; il en va aussi de la sécurité juridique, qui est un droit pour les personnes privées bénéficiaires des droits garantis comme pour les Etats tenus au respect des obligations conventionnelles. 67. De même, lorsque la Cour est appelée, comme en l'espèce, à faire application d'un instrument régional de protection des droits de l'homme, elle doit tenir dûment compte de l'interprétation dudit instrument adopté par les organes indépendants qui ont été spécialement créés, si tel a été le cas, en vue de contrôler la bonne application du traité en cause. En l'espèce, l'interprétation de l'article 12, paragraphe 4, de la Charte africaine qui est retenue ci-dessus est conforme à la jurisprudence de la commission africaine des droits de l'homme et des peuples, instituée par l'article 30 de ladite Charte »
 2. Ouverture chaotique ? Va parfois un peu trop loin lorsqu'elle s'appuie sur des considérations factuelles émises par une autre juridiction : cf. CJUE dans *NS* s'appuie aveuglément sur le constat de CEDH dans *MSS c. Belgique et Grèce* d'une « déficience systémique dans

la procédure d'asile » : « Le niveau d'atteinte aux droits fondamentaux décrit dans cet arrêt atteste qu'il existait en Grèce, à l'époque du transfert du requérant M. S. S., une défaillance systémique de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile ».

iii. De juridiction à texte

1. ... des textes juridiques « étrangers » - Cours se réfèrent à des textes qui ne relèvent pas de leurs compétences, parfois même avant que leur gardien officiel ne s'en empare
 - a. Ouverture bénéfique – Cour se réfère à Charte sociale européenne pour reconnaître un droit de grève dans l'UE (Viking, Laval)
 - b. Ouverture chaotique
 - i. Texte avec gardien :
 1. jp Cass. et C.E. re exigence de légalité dans la Constitution et réf à CEDH.
 2. Charte des DF et Cour EDH et Cour constitutionnelle
 - ii. Texte sans gardien :
 1. Droit à l'information et l'assistance au sens de l'article 36 de la Convention sur les relations consulaires (CIJ et CI-ADH c. US SC) ;
 2. Notion de génocide retenue par CEDH différente et bcp plus large de celle de TPIY ou CIJ (nullum crimen sine lege : génocide commis en 1992)
2. ... des textes non juridiques – Meilleur exple *Bayatyan c. Arménie* (2011) : CEDH évoque documents du Comité des DH de l'ONU, de l'Assemblée parlementaire et du Comité des ministres du Conseil de l'Europe pour considérer que l'article 9 CEDH contient un droit à l'objection de conscience / service militaire, en complète contradiction avec article 4, § 3, b, de la CEDH : service militaire n'est pas travail forcé ou obligatoire, ni travail alternatif dans pays qui reconnaissent objection de conscience. Ici, la fluidité devient gazeuse : il n'y a plus de frontière entre droit et politique.

b. Fermeture : actes de résistance à la logique unifiante et expansionniste du réseau

i. *Soft* : essaie de contrôler le développement spontané du réseau

1. Cristallisation – Explications annexées à la Charte des DF

2. Différenciation

a. Cour eur DH, *Loizidou* et validité d'une restriction à la cpce *ratione loci* (chypre) de la Cour contenue dans une déclaration de la Turquie : « le contexte dans lequel fonctionne la Cour internationale de Justice se distingue nettement de celui des organes de la Convention. La Cour internationale est appelée notamment à examiner au regard des principes de droit international tout différend juridique entre Etats pouvant survenir dans n'importe quelle partie du globe. L'objet du litige peut concerner tout domaine du droit international. En second lieu, à la différence des organes de la Convention, la Cour internationale ne se borne pas exclusivement à exercer des fonctions de contrôle par rapport à un traité normatif comme la Convention. 85. Une différence aussi fondamentale de rôle et de finalité entre les institutions dont il s'agit ainsi que l'existence d'une pratique de l'acceptation inconditionnelle en vertu des articles 25 et 46 (art. 25, art. 46), constituent des éléments commandant de distinguer la pratique de la Convention de celle de la Cour internationale. »

b. CJUE, C-434/10 *Aladzhov* : interdiction bulgare de quitter le territoire si dettes fiscales : la libre circulation de l'UE tolère moins de restrictions que celle de la CEDH. Article 2 Protocole 4 n'est pas article 21 TFUE : « Il ne saurait, certes, être exclu par principe, comme l'a d'ailleurs reconnu la Cour européenne des droits de l'homme (voir arrêt *Riener c. Bulgarie*, précité, § 114 à 117), que le non-recouvrement de créances fiscales puisse relever des exigences de l'ordre public. Il ne pourrait toutefois en aller ainsi, au regard des règles du droit de l'Union afférentes à la libre circulation des citoyens de l'Union, qu'en cas de menace réelle, actuelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société et tenant, par exemple, à l'importance des sommes en jeu ou aux nécessités de la lutte contre la

fraude fiscale. »

ii. *Hard* :

1. Déni – Ignorance du message : Comité DH condamne France pour expulsion d'un élève pour port du keski (mini turban pour enfants sikhs) dans école publique, sans égard pour jp antérieure et contraire de CEDH, laquelle est sans égard pour la jp encore antérieure du comité !

2. Section (d'un segment du réseau)

a. Par les Etats – le cas du Protocole n° 30 annexé au traité de Lisbonne

Protocole n° 30 au traité de Lisbonne re UK et Pologne : la Charte peut être utilisée comme un miroir du niveau national des DF mais pas comme un rayon permettant au « hub » européen de fertiliser le système juridique national. *N.S.* mais quand même...

b. Par les juges :

i. Les pourfendeurs du *judicial borrowing* Justice Scalia et Thomas à la C.S.USA. contre « judicial borrowing » : *Roper v Simmons*, *Lawrence v Texas* (peine de mort pour mineurs, répression de l'homosexualité...)

ii. Les querelles entre la CIJ et les juridictions internationales pénales
Etendue de la responsabilité de l'Etat : « effective control » (CIJ, Nicaragua) v. « overall control » (TPIY in Tadic). CIJ (*Genocide*) : le TPIY ne devrait pas suggérer des solutions relatives à des problèmes de droit international général

2. Polycentricité – pas de hiérarchie unique, stable et préétablie.

a. Centralisation – Luxembourg et Karlsruhe

i. Cf. CJUE et renvoi préjudiciel + interprétation large de 51 Charte DF (Dereci et situations purement internes, Kucukdeveci et applic horizontale)... Conflit avec la Question prioritaire de constitutionnalité (FR et BE) et *Melki*. Ironie : mécanisme de l'implication préalable avec adhésion de l'UE à CEDH.

ii. Mais en dehors de tout amendement institutionnel, cf aussi jp

Cour de Karlsruhe : compétence de la compétence ; *Solange* ; décision *OMT*. Opérations monétaires sur titre : décision contraire à identité celle allemande, pas de mise en balance, sauf si...

b. Marginalisation

i. La CEDH

1. Institutionnel : épuisement voies de recours internes ; requêtes bagatelles (35, § 3, b, désavantage significatif) ; protocole 15 : réf à MA dans le protocole, de 6 à 4 mois pour voies de recours
 2. Jurisprudentiel : *Bosphorus* et *Michaud* : présomption de protection équivalente seulement si...
- ii. CIJ, *Interhandel* : « «[l]a règle selon laquelle les recours internes doivent être épuisés avant qu'une procédure internationale puisse être engagée est une règle bien établie du droit international coutumier; elle a été généralement observée dans les cas où un Etat prend fait et cause pour son ressortissant dont les droits auraient été lésés dans un autre Etat en violation du droit international. Avant de recourir à la juridiction internationale, il a été considéré en pareil cas nécessaire que l'Etat où la lésion a été commise puisse y remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne.» (C.I.J. Recueil 1959, p. 27.)

3. Interdépendance

a. Quelques exemples

- i. *Kamberaj* (La référence que fait l'article 6, paragraphe 3, TUE à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, n'impose pas au juge national, en cas de conflit entre une règle de droit national et cette convention, d'appliquer directement les dispositions de ladite convention, en écartant l'application de la règle de droit national incompatible avec celle-ci) et *Fransson* (la Cour sur la compatibilité avec le droit de l'Union d'une pratique judiciaire nationale qui subordonne l'obligation, pour le juge national, de laisser inappliquée toute disposition contraire à un droit fondamental garanti par la CEDH et par la Charte à la condition que ladite contrariété ressorte clairement des textes concernés ou de la jurisprudence y afférente.)
- ii. jp attrayant tous les E-M devant CEDH pour violation commise par UE – *Biret* ; *Connolly*.

iii. Plaintes contre Pays-Bas devant CEDH pour actes commis par CPI et TPIY

b. Solidarité – l'exemple de la Cour EDH

i. Vis-à-vis de l'UE :

1. Durée de renvoi préjudiciel pas à prendre en compte pour calculer délai raisonnable
2. Refus de poser QP pour jction de dernière instance = violation du droit au procès équitable
3. *Bosphorus* présomption de protection équivalente
4. Parfois à l'excès : cf. *Kokkelvisserij* et droit de répondre aux conclusions de l'AG (Vermeulen et Emesa Sugar) ; *Biret* : E-M pas responsables pour une éventuelle violation du droit à un recours jctionnel effectif cachée dans droit primaire (locus standi)... contraire à Matthews

ii. Vis-vis de l'ONU : déférence extrême

1. *Behrami c. France*: actes des Etats parties couverts par une résolution du C.S.N.U. sont immunisés ! (bombes et enfants)
2. *Al Jedda c. UK* : présomption que Nations Unies ne cherchent pas à imposer leurs Etats parties à commettre des violations des DF (détention pdt 3 ans)
3. *Nada c. Suisse* : Un peu pareil que Al Jedda. cherche à éviter le conflit en disant qu'il aurait été possible de ne pas interpréter la résolution comme l'a fait la Suisse.

c. Autorité – l'exemple de la CJUE

i. Vis-à-vis des constitutions nationales

1. C-409/06 *Winner Wetten*
2. *Melloni* et la décision-cadre mandat d'arrêt européen et 53 Charte

ii. Vis-à-vis des résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU

1. *Kadi*, Trib : compétence pour vérifier validité des résolutions du CSNU au regard du ius cogens - moniste

2. *Kadi*, CJ : ignorance totale du droit extra UE – dualiste, mais aussi très hiérarchique et pyramidal

Conclusion : These conflicting moves nurture rather than undermine the human rights network. It is however submitted that the network metaphor is not devoid of any normative content. We have seen that some actions go as far as to deny the very existence of a network either by doing away with any idea of border, centre and authority or by completely ignoring its open-ended, polycentric and interdependent structure. Such extreme positions are not only harmful to the good functioning of the network (after all, this can be the very purpose that they seek to achieve). They also undermine their own persuasiveness and the credibility of their authors. One can try to steer the shape and direction of the network either by attempting to enhance its pyramid-like features or by conversely bolstering its open and horizontal dimension. But pretending that one does or should not act in a networked environment is condemning oneself to ineffectiveness, isolation and, eventually, silence.