

AVANCÉES ET LIMITES DE LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME EN EUROPE¹

Fabien Bottini

Maître de conférences HDR en droit public
Membre du LexFEIM
Responsable du Master Collectivités territoriales
de l'Université du Havre
25 Rue Philippe Lebon, 76600 Le Havre, France
Tel.: +33 2 32 74 40 00
E-mail: fabienbottini@yahoo.fr

doi:10.13165/JUR-14-21-4-04

En défendant, en 1931, dans *Le gardien de la Constitution*, l'idée que le pouvoir politique devait être le seul garant des droits de l'homme, Carl Schmitt n'innovait pas : il restait fidèle à une tradition héritée du XVIII^e siècle qui voyait en l'éthique politique et la séparation des pouvoirs des moyens efficaces de les protéger. La seconde guerre mondiale puis la guerre froide ont toutefois montré l'insuffisance de ces seuls mécanismes et relancé la problématique auxquels réfléchissent les penseurs politiques depuis le siècle des lumières : comment assurer l'effectivité des droits de l'homme ?

Sans doute l'expression s'entendait-elle à l'époque davantage comme une notion philosophique. Mais elle revêt depuis le tournant du XX^e siècle une signification juridique dont l'importance a été en s'accroissant depuis les années 1940. Dans le contexte de la mondialisation, on a en effet assisté dans les sociétés modernes à un

1 Communication faite le 16 mai 2014 dans le cadre du colloque *Human rights in modern society: challenges and perspectives* organisé par Mykolo Romeiro Universiteto de Vilnius (Lituanie).

mouvement croisé de fertilisation-fécondation² des normes relatives aux droits de l'homme qui a contribué à leur essor d'un point de vue tant matériel que formel.

D'un point de vue matériel, quatre générations de droits de l'homme coexistent désormais pour « assurer le respect universel et effectif » de « la dignité inhérente à tous les êtres humains »³.

Les droits de l'homme de première génération correspondent aux droits-libertés. Ce sont les droits de l'homme envisagé dans son abstraction. Ils revêtent une double dimension, à la fois civile et politique. Tandis que les droits civils correspondent aux libertés-autonomie ou « droits de » qui garantissent aux individus une sphère d'autonomie individuelle comme les libertés d'aller et venir, d'opinion etc., les droits politiques renvoient aux libertés-participation ou droits du citoyen qui permettent aux individus d'être libres en participant à l'élaboration des décisions auxquelles ils sont assujettis et au nombre desquelles figurent la souveraineté nationale, le suffrage universel et la séparation des pouvoirs. L'originalité de ces droits-libertés serait d'assigner des obligations négatives à l'État qui n'exigeraient de lui qu'une attitude d'abstention.

Les droits de deuxième génération correspondent aux droits-créance ou « droits à ». Ce sont les droits de l'homme vivant en société. Ils sont de nature à la fois économique (droit à un travail) sociale (droit à la santé) et culturelle (droit à l'éducation). Leur spécificité est de mettre un certain nombre d'obligations positives à la charge de l'État.

Les droits de troisième génération sont des droits de solidarité⁴. Ils incluent des droits aussi importants que le droit à la paix, le droit au développement⁵, le droit à un environnement sain⁶ et le droit au patrimoine commun de l'humanité. Leur spécificité est de bénéficier, non pas à un individu, mais à une collectivité d'individus.

Les droits de quatrième génération, enfin, protégeraient « la dignité humaine contre certains abus de la science »⁷ liés au progrès technologiques, notamment à la génétique. Certains les identifient au droit à la santé⁸.

2 Turgis, S., « Introduction » in *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Paris : Pedone 2012, p. 19.

3 Marie, J.-P. in Arnaud A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : 1993, LGDJ, p. 208.

4 Rousseau, D., « Les droits de l'homme de la troisième génération » in *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Paris : Economica, 1987, p. 135.

5 Déclaration des Nations Unies du 4.12.1986, sur le droit au développement.

6 Déclaration de la conférence des Nations Unies de Stockholm du 16 juin 1972, Principe 1^{er}.

7 Marcus Helmons, S., « La quatrième génération des droits de l'homme », in *Mél. Lambert*, Bruxelles : Bruylant, 2000, p. 551.

8 Benard, G., « Vers des droits de l'homme de la quatrième dimension, Essai de classification et de hiérarchisation des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle*, Bruxelles : Bruylant, 1999, pp. 91-94.

D'un point de vue formel, ces droits se trouvent désormais affirmés par la Constitution de nombreux États démocratiques, comme l'illustrent les Constitutions lituanienne du 25 octobre 1992 et française du 4 octobre 1958. Mais ils sont également protégés par le droit conventionnel. En droit international public, cette protection résulte entre autres des textes formant la charte internationale des droits de l'homme : la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, les deux pactes internationaux du 16 décembre 1966, relatifs respectivement aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels et leurs protocoles. Au niveau supranational, ces textes se trouvent par exemple complétés par le droit communautaire issu du traité de Rome du 25 mars 1957 et européen notamment formé par la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 et la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961.

Malgré les importants progrès accomplis depuis les années 1940 (I), l'effectivité des droits de l'homme connaît toutefois encore d'importantes limites (II).

1. LES AVANCÉES

Depuis le tournant du XXe siècle, la puissance publique s'est en quelque sorte trouvée désacralisée sous l'impulsion des idées libérales puis néolibérales. L'accent a en effet davantage été mis sur la nécessité d'hétéro-limiter le pouvoir politique en renforçant les droits subjectifs des particuliers. Alors qu'ils n'avaient aucun recours dans le silence de la loi, ces derniers tirent dorénavant de leur qualité même d'individu un titre juridique leur permettant de défendre leurs intérêts privés face à l'État devant un juge. La subjectivisation des droits (A) a en effet eu pour corollaire leur juridictionnalisation (B).

A. La subjectivisation des droits

Au sortir de la seconde guerre mondiale, on a assisté à ce que le professeur J.-B. Auby a appelé une « revitalisation de l'approche subjectiviste »⁹ des droits de l'homme. À cette date en effet, un renforcement des « droits de » a progressivement été opéré. Sans doute le fondement de tels droits est-il sujet à débat : dans la perspective jusnaturaliste, l'homme les tire de l'ordre naturel des choses ou de sa nature même d'être humain tandis que, dans l'approche positiviste, ils procèdent de la légalité, c'est-à-dire du droit objectif. Mais dans l'un et l'autre cas ils ont pour spécificité de bénéficier aux individus, sans avoir à attendre que leur contenu ne soit précisé par des normes inférieures. Or c'est bien de tels droits qui se sont trouvés consacrés par le droit conventionnel et constitutionnel dans la seconde moitié du XXe siècle.

En matière conventionnelle, cette évolution a été opérée par le droit international public, notamment par les textes précités formant la charte internationale des droits

9 Auby, J.-B., « La bataille de San Romano », Paris : *AJDA*, 2001. 912.

de l'homme. Mais les avancées les plus significatives ont été réalisées en Europe par le droit européen communautaire et non communautaire. Car ils ont pour conséquence de conférer aux particuliers des droits « qui ne nécessite[nt] l'intervention d'aucun acte »¹⁰ des États signataires pour pouvoir être invoqués.

Cette évolution s'est parallèlement trouvée entérinée par de nombreux textes constitutionnels. La loi fondamentale allemande du 23 mai 1949, la Constitution française et la Constitution lituanienne ont par exemple en commun d'énoncer un certain nombre de droits subjectifs. Tandis que ceux-ci figurent au premier paragraphe du texte suprême allemand, ils se trouvent respectivement dans le préambule et aux articles 18 s. de ses homologues français et lituanien.

La seconde guerre mondiale a toutefois montré les limites d'une garantie simplement politique des droits de l'homme. C'est la raison pour laquelle le droit positif a parallèlement juridictionnalisé les mécanismes permettant de les protéger.

B. La juridictionnalisation des garanties

En droit positif, la subjectivisation des droits de l'homme a eu pour corollaire la juridictionnalisation de leurs garanties.

Les conventions européennes précitées se distinguent ainsi de nombreux textes internationaux par la mise en place d'un juge supranational chargé d'assurer le respect des droits subjectifs qu'ils consacrent. Les droits européens communautaire et non communautaire confient en effet respectivement à la CJUE (ancienne CJCE) et à la CEDH le soin d'assurer le respect de leurs dispositions. Or, d'une part, ces deux cours peuvent en principe être saisies, outre par les autorités publiques (art. 230 et 232 TFUE ; art. 33 CESDH), par les simples justiciables : la CJUE à l'initiative des juridictions nationales, juges de droit commun du droit communautaire par le biais du renvoi préjudiciel (art. 225 et 234 TFUE), et la CEDH après épuisement des voies de recours internes (art. 34 et 35 de la CESDH). D'autre part, de jurisprudence constante, ces juridictions considèrent que les droits subjectifs qu'elles sont chargées de protéger confèrent « aux particuliers des droits qu'ils peuvent faire valoir en justice et que les juridictions (...) doivent sauvegarder »¹¹. En droit français, ces dispositions ont eu des conséquences importantes, puisqu'elles ont contribué à l'abandon de la théorie de la loi-écran en matière conventionnelle¹². Au nom du mythe rousseauiste de l'infailibilité de la loi, expression de la volonté générale repris à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, cette théorie interdisait en effet aux

10 CJCE 4.12.1974, Van Duyn *c/* Home Office, Paris: *Recueil des décisions de la CJCE*, p. 1337, pt. 6. Dans le même ordre d'idée, l'article 1^{er} de la CESDH consacre l'effet direct de la Convention.

11 CJCE 4.12.1974, Van Duyn *c/* Home Office, *op. cit.*, pt. 7. Dans le même sens, v. CEDH GC 23.3.1995, Loizidou *c/* Turquie, req. 25781/94, Paris : *RUDH*, 1996, p. 6, obs. Sudre, pt. 72 : le rôle de la cour est de rendre les dispositions de la Convention « concrètes et effectives ».

12 Cass. civ. 2^e 24.5.1975, Sté Cafés Jacques Vabre, pourvoi n° 73-13556 ; CE 20.10.1989, Nicolo, req. n° 108243, *GAJA* ; CE Ass. 30.10.2009, Perreux, req. n° 298348, Paris : *AJDA*, 2009, p. 2385.

juridictions ordinaires de remettre en cause une loi postérieure contraire à un traité¹³. Si son abandon a donc constitué un progrès pour les individus, la même évolution a eu lieu en matière constitutionnelle.

Le droit interne de nombreux États a en effet parallèlement progressivement mis en place un contrôle de constitutionnalité permettant d'assurer le respect des droits de l'homme. Si l'Autriche a été la première, au sortir de la seconde guerre mondiale, à connaître cette évolution, en réintroduisant avec la loi constitutionnelle du 12 octobre 1945 le contrôle qu'elle avait inauguré avant-guerre avec la loi constitutionnelle du 1^{er} octobre 1920, d'autres pays ont rapidement suivi : l'Italie, le 27 décembre 1947 (art. 134 s.), la République fédérale d'Allemagne, le 23 mai 1949 (art. 93 s.), le Portugal, le 2 avril 1976 (art. 213 et 277 s.), l'Espagne, le 27 décembre 1978 (art. 159 s.), la Lituanie, le 25 octobre 1992 (art. 102 s.), la Belgique le 17 février 1994 (art. 142 s.) etc. Chose étonnante, même la France a fini par se doter d'un tel contrôle. Cette évolution n'était pas évidente car, depuis la Révolution française, la France est hostile au pouvoir judiciaire. La manifestation la plus célèbre de cette hostilité reste l'interdiction que les Révolutionnaires ont faite aux juges de « citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions »¹⁴. Mais celle-ci ne doit pas faire oublier la défense qui leur a parallèlement été faite de « prendre (...) part à l'exercice du pouvoir législatif » ou d'« empêcher ou » de « suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif sanctionnés par le roi »¹⁵. Car le refus d'un mécanisme juridictionnel de contrôle de constitutionnalité des lois semble avoir été une conséquence de cette prohibition. Ce refus a été illustré par le rejet le 2 thermidor an III de la proposition de l'Abbé Sieyès tendant à créer un jury constitutionnaire pouvant être saisi par les parlementaires ou des citoyens. Or le comte de Thibaudeau, un conventionnel, a résumé la raison de ce rejet de façon éloquente en expliquant : « ce pouvoir monstrueux serait tout dans l'État et en voulant donner un gardien aux pouvoirs publics on leur donnerait un maître qui les enchaînerait ». Quatre dates ont toutefois marqué les réformes qui ont progressivement permis de rompre avec cette solution traditionnelle :

1°) 1958, avec la création d'un Conseil constitutionnel pouvant être saisi par les plus hautes autorités de l'État (président de la République, président de chaque assemblée parlementaire et premier ministre) de l'inconstitutionnalité d'une loi votée par le Parlement avant sa promulgation (art. 61 de la Constitution de 1958) ;

2°) 1971, avec la décision du Conseil constitutionnel d'accepter de contrôler la constitutionnalité des lois au regard du préambule de la Constitution de 1958 dans

13 CE 1^{er}.3.1968, Synd. gén. des fabricants de semoules de France, req. n° 62814, Paris: *Recueil Lebon*, p. 149.

14 Décret des 16-24 août 1789, Paris : *Archives parlementaires*, t. 8, p. 105, art. 13.

15 *Idem*, art. 10. Cette interdiction s'est trouvée constitutionnalisée en 1791, par l'art. 3 du Chap. V de la Constitution du 3 septembre, qui rappelait que « les tribunaux ne peuvent (...) s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif ou suspendre l'exécution des lois ».

lequel se trouve l'essentiel de la liste des droits de l'homme constitutionnellement protégés en droit français¹⁶ ;

3°) 1974, avec l'approbation tacite de cette évolution par le constituant dérivé par le vote d'une révision permettant à 60 députés ou sénateurs de saisir le Conseil au titre du contrôle a priori¹⁷ ;

4°) enfin 2008, avec la création de la Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC) qui permet à n'importe quel justiciable de contester la constitutionnalité d'une loi par voie d'exception devant le juge constitutionnel¹⁸.

Depuis la seconde guerre mondiale, la protection des droits de l'homme a donc fait l'objet d'avancées importantes. Mais cette évolution connaît encore d'importantes limites.

2. LES LIMITES

Malgré les avancées réalisées, la protection des droits de l'homme apparaît doublement imparfaite. Outre que certains droits semblent insuffisamment protégés (A), les mécanismes de protection ont en pratique parfois eu des effets pervers (B).

A. Une subjectivisation incomplète

Dans le contexte de la mondialisation, les droits internes et conventionnels accordent une attention particulière à la défense des « droits de » de première génération. Cet état de fait s'explique en grande partie par le ralliement des grandes organisations internationales aux idées néolibérales. Car, par leur intermédiaire, ces idées ont fini par inspirer la législation de nombreux Etats. Or, cette pensée repose sur la conviction que la protection des libertés économiques (au nombre desquelles figurent les libertés d'entreprendre, d'aller et venir, le droit de propriété etc.) permet seule d'assurer la croissance économique dont découle le progrès social. C'est pourquoi il convient selon ses partisans de leur accorder une protection renforcée. Mais celle-ci se fait au détriment des droits du citoyen et d'un certain nombre de droits de l'homme de deuxième et troisième génération.

Les droits du citoyen correspondent aux libertés politiques qui permettent aux individus d'être libres en participant à l'élaboration des décisions auxquelles ils sont assujettis. En 1789, les révolutionnaires français y ont vu une garantie importante des droits de l'homme. Comme l'expliquait Benjamin Constant en 1819 dans sa

16 CC 44 DC du 16.7.1971, Liberté d'association, in *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, Paris : Dalloz.

17 L. const. n° 74-904 du 29.10.1974, portant révision de l'article 61 de la Constitution, Paris : *Journal Officiel Lois et règlements*, 1974, p. 11035, art. unique.

18 L. const. n° 2008-724 du 23.7.2008, de modernisation des institutions de la Ve République, Paris : *Journal Officiel Lois et règlements*, 2008, p. 11890, art. 28 s.

conférence *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, « la liberté politique est » en effet « indispensable » dans la mesure où elle constitue « la garantie » de la liberté individuelle. Les droits du citoyen ont ainsi permis aux gouvernés d'assurer un contrôle relatif des gouvernants et des acteurs économiques tant que les marchés se trouvaient enfermés dans les frontières de l'État-nation. Mais le renforcement de la mondialisation depuis les années 1970 a inversé la perspective. À mesure que les États se sont trouvés enchâssés dans l'économie, on a en effet assisté à un recul du politique et des libertés-participation. Ce qui a eu d'importantes conséquences sur un certain nombre de droits de l'homme de deuxième et troisième génération.

Sur les droits-créance tout d'abord. Leur consécration est le résultat de la longue lutte des classes populaires au tournant du XXe siècle. Sans doute leur protection a-t-elle été perçue pendant la seconde guerre mondiale par les alliés comme un moyen d'assurer la stabilité des États au sortir du conflit, comme cela ressort des paragraphes 5 et 6 de la Charte de l'Atlantique du 14 août 1941. Mais les libertés politiques des citoyens avaient déjà été un moyen pour les gouvernés d'obtenir leur consécration dès la fin du XIXe siècle dans certains pays européens¹⁹. La pression populaire explique ainsi que les juridictions aient admis « la potentialité sociale de certains droits civils et politiques » de façon à « accorder (...) une justiciabilité indirecte à certains droits sociaux »²⁰ avant qu'ils ne soient consacrés aux niveaux constitutionnel et conventionnel et que certaines dispositions n'ouvrent directement des voies de recours aux individus pour sanctionner leur violation. En matière conventionnelle, on peut par exemple citer le Protocole n° 9 de la Charte sociale européenne dans la mesure où il instaure un mécanisme de réclamations. Mais ce texte montre en même temps les limites de cette évolution dans un contexte marqué par un recul des libertés politiques. Car, outre qu'il n'a été ratifié que par quinze États, le recours qu'il instaure est collectif et non individuel²¹. Les droits-créance continuent ainsi de faire l'objet d'une protection secondaire par rapports aux droits-liberté. Ce qui n'est guère étonnant lorsque l'on sait que le néolibéralisme tant à les réduire au rang de « droits des pauvres »²², c'est-à-dire de droits n'ayant vocation à bénéficier qu'aux personnes en situation de grande précarité. Ce caractère secondaire se vérifie du reste à deux

19 En droit français, v. par ex. les lois du 15.7.1893, sur l'assistance médicale gratuite prévoyant l'établissement annuel de listes d'indigents pouvant bénéficier gratuitement de soins à domicile ou en hôpital et du 14.1905, sur l'assistance aux vieillards, aux infirmes et aux incurables.

20 Grosbon, S., « Les ruptures du droit international » in Roman D. (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ?*, Paris : CREDOF 2010, p. 61.

21 V. Grosbon, S., « Les ruptures du droit international », *op. cit.*, p. 58 citant les exemples suivants : CIJ Avis 9.7.2004, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien occupé ; Résolution n° 63/117 de l'Assemblée générale de l'ONU du 10 décembre 2008 adoptant le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; Cass. soc. 16.12.2008, Eichenlaub c./ Axia France, pourvoi n° 05-40.876.

22 Sur cette question, v. Roman, D., *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris : Pedone, 2012.

points de vue : quant à leur invocabilité, puisque le droit positif maintient en effet son refus de principe d'en faire des droits subjectifs d'effet direct. La règle demeure celle de leur ininvocabilité en l'absence de mesure nationale d'application tant en matière conventionnelle²³ que constitutionnelle²⁴. Quant à leur portée en outre, dans la mesure où ces droits n'imposent aux États qu'une obligation de moyen – et non de résultat – dont les exigences sont proportionnelles à leur richesse et sont, dès lors, des plus relatives en période de récession²⁵. Ce qui explique que les juridictions reconnaissent généralement un large pouvoir discrétionnaire aux autorités nationales dans leur façon de les mettre en œuvre²⁶.

Un phénomène identique joue à l'égard des droits de troisième génération²⁷ comme l'illustrent les règles applicables au droit de l'environnement. Théoriquement ce dernier devrait s'analyser comme un droit subjectif d'effet direct imposant une obligation de résultat aux États. Mais en pratique les droits interne et conventionnel en font, au pire, un droit communautaire entraînant une « dénaturation » de la notion même de droit de l'homme²⁸ et, au mieux, un simple « droit à », peu contraignant pour les pouvoirs publics et les acteurs économiques. Au niveau européen, la CEDH estime ainsi qu'« aucune (...) disposition de la Convention ne garantit spécifiquement une protection générale de l'environnement en tant que tel »²⁹. Tout au plus n'admet-elle l'application du traité en matière environnementale qu'autant que des pollutions ou des nuisances mettent en danger la santé des personnes³⁰. Quant aux juridictions de droit interne, elles tendent à considérer que la plupart des dispositions conventionnelles ou constitutionnelles applicables en la matière sont dépourvues d'effet direct et ne peuvent être mises en œuvre en l'absence

-
- 23 Par exemple, la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961 ne consacre ainsi pas de « droits subjectifs, justiciables et immédiatement applicables en matière sociale » (Tigroudja, H., « Charte sociale européenne », Paris : *J.-Cl. Libertés*, Fasc. 100, p. 5, n° 6).
- 24 Les droits-créances prévus par la Constitution française sont ainsi normalement inapplicables en droit interne en l'absence de lois les précisant et l'inaction du législateur en la matière est ininvocable (à l'appui d'un recours en validité dirigé contre un AAU ou, en dépit de l'entrée en vigueur de la QPC, une disposition législative).
- 25 En ce sens, v. Rivero, J., *Libertés publiques*, Paris : PUF, 2003, p. 90 ; Sudre F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris : PUF, n° 69 ; Loschak, D., « Mutation des droits de l'homme et mutation du droit », Paris : *RIE*, 1984, p. 51.
- 26 En ce sens, v. Gay, L., « La notion de “ droits-créances “ à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », Paris : *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, n° 16.
- 27 En ce sens, Vasak, K., « Le droit international des droits de l'homme », Paris : *RCADI*, 1974, n° 140, p. 344.
- 28 Sudre, F., *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, Paris : 2010, 10ème éd., p. 108. Dans le même sens, v. Rivero, J., *Les libertés publiques : les droits de l'homme*, t. 1, Paris : PUF, 1995, p. 111.
- 29 CEDH, 10.1.2012, *Di Sarno et a. c/ Italie*, req. n° 30765/08, pt. 80.
- 30 Sur cette question, v. la jurisprudence citée par Denolle, A. S., *Le maire et la protection de l'environnement*, Caen : thèse, 2013, p. 147, note 656.

de dispositions législatives les précisant³¹. Comme ceux de deuxième génération, les droits de troisième génération n'imposent ainsi aux États qu'une obligation de moyen peu contraignante pour eux.

À cette première limite au respect des droits de l'homme s'ajoutent les effets paradoxaux des mécanismes juridictionnels mis en place pour les faire respecter.

B. Une juridictionnalisation à double tranchant

*Quis custodiet ipsos custodes*³² ? Qui gardera les gardiens ? La question se pose aujourd'hui avec acuité car, à l'usage, les mécanismes destinés à garantir le respect des droits de l'homme ont mis en lumière deux dangers.

Le premier est celui du gouvernement des juges. Déjà, sous la Révolution française, Robespierre s'écriait : « Dieu nous garde de la jurisprudence des tribunaux » ! en souvenir des méfaits des cours de justice de l'Ancien régime. Par la suite, l'apparition et le développement du contrôle juridictionnel de constitutionnalité³³ aux États-Unis a relancé la polémique en lui donnant la forme désormais bien connue du débat sur le « *government by the judiciary* »³⁴, sur le gouvernement des juges³⁵. La cour suprême américaine est en effet depuis longtemps accusée de jouer un rôle éminemment politique du fait de ses renversements radicaux de jurisprudence dans des domaines aussi sensibles que l'interventionnisme économique³⁶ ou la discrimination raciale³⁷. Ces reproches ne lui sont toutefois pas spécifiques. Ils concernent d'autres cours suprêmes, puisqu'en France le juge constitutionnel s'est par exemple vu accuser de créer de toute pièce des règles de droit à la place du constituant dérivé. Entre autres, on lui a reproché d'étendre de façon injustifiée le privilège de juridiction du chef de l'État³⁸ et de restreindre sans raison le droit d'amendement parlementaire³⁹. Les mêmes reproches ont également été adressés aux mécanismes de protection conventionnels.

31 CE 19.6.2006, Assoc. Eau et rivières Bretagne, req. n° 282456 : à propos des articles 1, 2 et 6 de la Charte.

32 Juvenal, *Satires*, VI, lines 347-8.

33 US SC 5 US 137 24.2.1803, *Marbury vs Madison*.

34 Boudin, L.-B., « Government by Judiciary », *Political Science Quarterly*, 1911, n° 26, p. 238 ; Walter C., « Government by Judges », discours à la Cooper Union, 27.1.1914.

35 Lambert, É., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris : Giard et Cie, 1921.

36 Cf. US SC 156 USA vs EC Knight et US SC 289 1933, *Federal radio Commission vs Neslon Bros*.

37 Cf. US SC 18.5.1896, *Plessys vs Fergusson* et US SC 17.5.1954, *Brown vs Board of Education of Topeka*.

38 Cf. CC 408 DC 22.1.1999, CPI, Paris : *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 29, cs. 16 et Montebourg A., *La machine à trahir*, Paris : Denoël, 2002. Sur cette question, v. notre thèse *La protection pénale des décideurs publics*, Paris : LGDJ, 2008.

39 Cf. CC 225 DC du 23.1.1987, Amendement Seguin, Paris : *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 13, cs. 8 et J. Chaban-Delmas et A. Poher, « Défense du Parlement », Paris : *Le Monde* 29.1.1987.

Les autorités britanniques ont ainsi condamné la décision de la CEDH de s'opposer à l'extradition de 102 criminels étrangers ou immigrants illégaux ou refusé d'appliquer ses décisions obligeant leur pays à accorder le droit de vote aux prisonniers⁴⁰, avec le soutien de certains responsables politiques étrangers. Bernard Accoyer, le président de l'Assemblée nationale française, a par exemple regretté que « la Convention ne permet[te] pas de réel arbitrage démocratique, pourtant indispensable lorsque les États considèrent que le juge européen va trop loin »⁴¹. Certaines affaires ont en outre mis en lumière une sorte de coalition des juges pour faire échec à la volonté du pouvoir politique. C'est ainsi qu'en France le Conseil constitutionnel⁴², le Conseil d'État⁴³ et la CJUE⁴⁴ se sont accordés pour considérer que le caractère prioritaire de la QPC n'interdisait pas aux juridictions ordinaires d'opérer le contrôle de « communautarité » sans attendre que le juge constitutionnel se soit prononcé alors que le législateur organique avait clairement décidé le contraire⁴⁵.

Le second danger, consubstantiel au développement des mécanismes de protection, est celui d'une guerre des « juges » ou, pour reprendre l'expression de Denys de Béchillon, d'« une disharmonie des choses jugées »⁴⁶. Sans doute certains auteurs de doctrine avaient-ils perçu le « dialogue des juges »⁴⁷ comme un moyen efficace de prévenir d'éventuels désaccords entre les différents organes de protection des droits de l'homme. Mais force est de constater que ce dialogue n'opère pas toujours. Les conflits de jurisprudence entre les différents organes chargés de les protéger ne sont en effet pas rares. En droit français, la CEDH a ainsi jugé inconstitutionnelles certaines dispositions du Code de procédure pénale relatives à la garde à vue dont la constitutionnalité avait pourtant été affirmée peu de temps auparavant par le Conseil

40 Cf., d'une part, CEDH G.C. 6.10.2005, *Hirst c/ RU*, req. n° 74025/01 ; 23.11.2010, *Greens and M.T. c/ RU* (2 esp.), req. n° 60041/08 et 60054/08 ; 2^e Sect. 19.1.2011, *Scoppola*, req. n° 126/05 ; GC 23.5.2012, *Scoppola c/ Italie*, req. n° 47784/09 et, d'autre part, *Stated of the House of Commons* du 10.2.2011 affirmant la « primauté » du pouvoir législatif britannique en matière de droit des détenus ; décision de la Cour suprême britannique du 16.10.2013, *Chester et McGeoch* (citée in « Le Royaume-Uni continue de résister à la CEDH sur le droit de vote des prisonniers », Paris : *Le Monde*, 17.10.2013) et la déclaration de David Cameron affirmant : « Crucially, I believe this should be a matter for Parliament to decide, not a foreign court. Parliament has made its decision and I completely agree with it » (citée in *Hervieu, N.*, « Désignation de cinq nouveaux juges à la Cour européenne des droits de l'homme (et ses péripéties électorales) » Paris : *ADL*, 28.6.2012).

41 Accoyer, B., « Le Parlement, ultime garant des droits fondamentaux », Paris : *Le Figaro*, 21.2.2011.

42 CC 595 DC du 3.12.2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, Paris : *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 206, cs 14 ; CC 605 DC du 12.5.2010, *Jeux d'argent*, Paris : *AJDA*, 2010, p. 1048, cs. 13 s.

43 CE 14.5.2010, *Rujovic*, req. n° 312305, Paris : *AJDA*, 2010, p. 1048.

44 CJUE 22.6.2010, *Melki et Abdeli* (2 esp.), req. n° 10-40.001 et 10-40.002, Paris : *AJDA*, 2010, p. 1231.

45 Ord. modifiée du 2.11.1958, art. 23-2 et 5. Sur cette question, v. *Scanvic, F.*, « La QPC est-elle vraiment prioritaire ? », Paris : *AJDA*, 2010, p. 1459.

46 « Conflits de sentence entre les juges de la loi », Paris : *Pouvoirs*, 2001, p. 96.

47 *Concl. Genevois* sur CE 22.12.1978, *Cohn Bendit*, req. n° 11604, Paris : *Dalloz*, 1979, p. 155.

constitutionnel⁴⁸. Inversement, ce dernier a désavoué la Cour européenne en exigeant en toute circonstance une stricte séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de sanction en matière disciplinaire là où elle acceptait des dérogations⁴⁹. Le projet d'adhésion de l'UE à la CESDH du 5 avril 2013 pris sur le fondement de l'article 6§2 du traité sur l'Union européenne est souvent présenté comme le moyen de surmonter ces difficultés. Mais cette solution ne règlera pas tous les cas de conflits : outre qu'ils peuvent survenir avec d'autres mécanismes internationaux de protection, elle fait le pari que les juridictions désavouées se soumettront spontanément aux décisions de la CEDH. Or rien n'est moins sûr. Car on ne peut garantir l'absence de résistance des juridictions constitutionnelles ou communautaires au sein de l'UE aux décisions de la CEDH et les risques d'insécurité juridique pour les justiciables qui en découlent. De sorte que la juridictionnalisation de la protection des droits de l'homme reste bien une évolution à double tranchant.

Comment éviter les conflits de jurisprudence entre les différentes juridictions chargées de la défense des droits de l'homme ? S'en remettre à l'arbitrage des représentants nationaux n'est pas davantage satisfaisant que de faire d'une des grandes juridictions compétentes en la matière le censeur des autres : car chacune de ses solutions présente un risque d'arbitraire. Le dialogue des juges ayant ses limites, l'élaboration d'un mécanisme permettant d'assurer la compatibilité des différents systèmes de protection des droits de l'homme pour éviter les conflits de jurisprudence reste donc à inventer. C'est sans doute, avec le renforcement de l'effectivité des droits de deuxième, troisième et quatrième génération, le grand défi qui s'offre à la protection des droits de l'homme en ce XXI^e siècle naissant.

Bibliographie

-
- | | |
|--|--|
| <p>Accoyer, B., « Le Parlement, ultime garant des droits fondamentaux », Paris : <i>Le Figaro</i>, 21.2.2011.</p> <p>Auby, J.-B., « La bataille de San Romano », Paris : <i>AJDA</i>, 2001. 912.</p> <p>Benard, G., « Vers des droits de l'homme de la quatrième dimension, Essai de</p> | <p>classification et de hiérarchisation des droits de l'homme », in <i>Les droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle</i>, Bruxelles : Bruylant, 1999, pp. 91-94.</p> <p>Bottini, F., <i>La protection pénale des décideurs publics</i>, Paris : LGDJ, 2008.</p> |
|--|--|

48 Cf. CEDH 14.10.2010, Brusco c/ France, req. n° 1466/07 et CC 14/22 QPC du 30.7.2010, Garde à vue, Paris : *AJDA*, 2010, p. 1556.

49 Cf. CC 199 QPC du 25.11.2011, Discipline des vétérinaires, Paris : *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 555, cs.13 et CEDH 11.6.2009, Dubus SA c/ France, req. n° 5242/04, Paris : *AJDA*, 2009, p. 1936, chron. Flauss.

- Boudin, L.-B., « Government by Judiciary », *Political Science Quarterly*, 1911, n° 26, p. 238.
- Cass. civ. 2^e 24.5.1975, Sté Cafés Jacques Vabre, pourvoi n° 73-13556 ; CE 20.10.1989, Nicolo, req. n° 108243, *GAJA* ; CE Ass. 30.10.2009, Perreux, req. n° 298348, Paris : *AJDA*, 2009, p. 2385.
- Cass. soc. 16.12.2008, Eichenlaub c./ Axia France, pourvoi n° 05-40.876.
- CC 14/22 QPC du 30.7.2010, Garde à vue, Paris : *AJDA*, 2010, p. 1556.
- CC 199 QPC du 25.11.2011, Discipline des vétérinaires, Paris : *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 555, cs.13.
- CC 225 DC du 23.1.1987, Amendement Seguin, Paris : *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 13, cs. 8.
- CC 408 DC 22.1.1999, CPI, Paris : *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 29, cs. 16.
- CC 44 DC du 16.7.1971, Liberté d'association, in *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, Paris : Dalloz.
- CC 595 DC du 3.12.2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, Paris : *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 206, cs 14.
- CC 605 DC du 12.5.2010, Jeux d'argent, Paris : *AJDA*, 2010, p. 1048, cs. 13 s.
- CE 14.5.2010, Rujovic, req. n° 312305, Paris : *AJDA*, 2010, p. 1048.
- CE 19.6.2006, Assoc. Eau et rivières Bretagne, req. n° 282456 : à propos des articles 1, 2 et 6 de la Charte.
- CE 1^{er}.3.1968, Synd. gén. des fabricants de semoules de France, req. n° 62814, Paris : *Recueil Lebon*, p. 149.
- CEDH 11.6.2009, Dubus SA c/ France, req. n° 5242/04, Paris : *AJDA*, 2009, p. 1936, chron. Flauss.
- CEDH 14.10.2010, Brusco c/ France, req. n° 1466/07.
- CEDH 23.11.2010, Greens and M.T. c/ RU (2 esp.), req. n° 60041/08 et 60054/08.
- CEDH 2^e Sect. 19.1.2011, Scoppola, req. n° 126/05.
- CEDH G.C. 6.10.2005, Hirst c/ RU, req. n° 74025/01.
- CEDH GC 23.3.1995, Loizidou c/ Turquie, req. 25781/94, Paris : *RUDH*, 1996, p. 6, obs. Sudre, pt. 72.
- CEDH GC 23.5.2012, Scoppola c/ Italie, req. n° 47784/09.
- CEDH, 10.1.2012, *Di Sarno et a. c/ Italie*, req. n° 30765/08, pt. 80.
- Chaban-Delmas, J. et Poher, A., « Défense du Parlement », Paris : *Le Monde* 29.1.1987.
- CIJ Avis 9.7.2004, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien occupé.
- CJCE 4.12.1974, Van Duyn c/ Home Office, *op. cit.*, pt. 7.
- CJCE 4.12.1974, Van Duyn c/ Home Office, Paris: *Recueil des décisions de la CJCE*, p. 1337, pt. 6.
- CJUE 22.6.2010, Melki et Abdeli (2 esp.), req. n° 10-40.001 et 10-40.002, Paris : *AJDA*, 2010, p. 1231.
- Concl. Genevois sur CE 22.12.1978, Cohn Bendit, req. n° 11604, Paris : Dalloz, 1979, p. 155.
- de Béchillon, D., « Conflits de sentence entre les juges de la loi », Paris : *Pouvoirs*, 2001, p. 96.
- Décision de la Cour suprême britannique du 16.10.2013, Chester et McGeoch.
- Déclaration de la conférence des Nations Unies de Stockholm du 16 juin 1972, Principe 1^{er}.
- Déclaration des Nations Unies du 4.12.1986, sur le droit au développement.

- Décret des 16-24 août 1789, Paris : *Archives parlementaires*, t. 8, p. 105, art. 13.
- Denolle, A. S., *Le maire et la protection de l'environnement*, Caen : thèse, 2013, p. 147, note 656.
- Gay, L., « La notion de “ droits-créances “ à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », Paris : *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, n° 16.
- Grosbon, S., « Les ruptures du droit international » in Roman D. (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ?*, Paris : CREDOF 2010, p. 61.
- Hervieu, N., « Désignation de cinq nouveaux juges à la Cour européenne des droits de l'homme (et ses péripéties électorales) » Paris : *ADL*, 28.6.2012.
- Juvenal, *Satires*, VI, lines 347-8.
- L. const. n° 2008-724 du 23.7.2008, de modernisation des institutions de la Ve République, Paris : *Journal Officiel Lois et règlements*, 2008, p. 11890, art. 28 s.
- L. const. n° 74-904 du 29.10.1974, portant révision de l'article 61 de la Constitution, Paris : *Journal Officiel Lois et règlements*, 1974, p. 11035, art. unique.
- Lambert, É., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris : Giard et Cie, 1921.
- Loschak, D., « Mutation des droits de l'homme et mutation du droit », Paris : *RIE*, 1984, p. 51.
- Marcus Helmons, S., « La quatrième génération des droits de l'homme », in *Mél. Lambert*, Bruxelles : Bruylant, 2000, p. 551.
- Marie, J.-P. in Arnaud A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : 1993, LGDJ, p. 208.
- Montebourg A., *La machine à trahir*, Paris : Denoël, 2002.
- Résolution n° 63/117 de l'Assemblée générale de l'ONU du 10 décembre 2008 adoptant le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.
- Rivero, J., *Libertés publiques*, Paris : PUF, 2003, p. 90.
- Roman, D., *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris : Pedone, 2012.
- Rousseau, D., « Les droits de l'homme de la troisième génération » in *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Paris : Economica, 1987, p. 135.
- Scanvic, F., « La QPC est-elle vraiment prioritaire ? », Paris : *AJDA*, 2010, p. 1459.
- Stated of the House of Commons du 10.2.2011.
- Sudre, F., *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris : PUF, 2010, 10^e éd.
- Tigroudja, H., « Charte sociale européenne », Paris : *J.-Cl. Libertés*, Fasc. 100, p. 5, n° 6.
- Turgis, S., « Introduction » in *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Paris : Pedone 2012, p. 19.
- US SC 156 USA vs EC Knight.
- US SC 17.5.1954, Brown vs Board of Education of Topeka.
- US SC 18.5.1896, Plessys vs Fergusson.
- US SC 289 1933, Federal radio Commission vs Neslon Bros.
- US SC 5 US 137 24.2.1803, Marbury vs Madison.
- Vasak, K., « Le droit international des droits de l'homme », Paris : *RCADI*, 1974, n° 140, p. 344.
- Walter C., « Government by Judges », discours à la Cooper Union, 27.1.1914.

EUROPOS ŽMOGAUS TEISIŲ APSAUGOS SISTEMOS PASIEKIMAI IR RIBOS

Fabien Bottini

Havro universitetas, Prancūzija

Anotacija. Nuo Antrojo pasaulinio karo pabaigos stebimas tolygus žmogaus teisių apsaugos sistemos stiprėjimas materialiuoju ir formaliuoju aspektais. Ši pažanga yra susijusi su šių teisių subjektyvizacija ir jų įtvirtinimu teisinėje sistemoje. Tačiau šis proveržis susiduria su svarbiais ribojimais: kai kurios teisės vis dar nėra pakankamai apsaugotos, o praktikoje apsaugos mechanizmai kartais turi ydingą poveikį. Dialogas tarp teisėjų taip pat yra ribotas, tad vis dar yra reikalinga rasti mechanizmą, kad būtų išvengta vienas kitam prieštaraujančių sprendimų priėmimo.

Reikšminiai žodžiai: žmogaus teisės, konstitucinė kontrolė, tradicinė kontrolė, tarptautinė viešoji teisė, Europos Bendrijos teisė.

PROGRESSES AND LIMITS OF THE HUMAN RIGHTS' PROTECTION IN EUROPE

Fabien Bottini

Havre University, France

Summary. Since the end of World War II, there has been a gradual strengthening of the human rights' protection. From the material point of view, this reinforcement is linked to the apparition of four generations of human rights, which complementarity aims at insure the respect of the dignity shared by all human beings. From the formal point of view, this improvement is due to the consecration of these rights and liberties by the Constitution of many democratic States and by the international and European laws. Despite some other important progresses, however, the effectiveness of the human rights nowadays still confronts some important limits.

These other advances are linked to the desacralisation of the public power generated by the diffusion of the liberal and neoliberal ideas. Thanks to them, it appeared that the check and balances theory and the political ethics were no more sufficient to limit the absolutism of the political power. So, the positive laws have reinforced the subjective rights of the individuals. Thus, these latest rights are now allowed to defend their own interests against the State before the Courts of Justice, even when the texts do not expressly recognize the ability to do so. As it can be seen, the subjectivisation of the human rights also initiated a juridictionnalisation of their protection, illustrated,

for example, by the creation of the European Court of Justice or the French priority preliminary rulings on the issue of constitutionality.

Despite these advances, there still exist some significant limitations. Some are linked to the fact that all the human rights have not acceded yet to the status of subjective rights. It is the case for many rights and liberties of the other generations. The positive laws tend indeed to make of their respect a relative obligation for the States by reducing them to a simple obligation of means, which respect is not a priority in recession times. Other limits are linked to some perverse effects of the jurisdictionalisation of the human rights' protection. In theory, the dialogue between the different judges or institutions in charge of this protection is a way to avoid contradictions of jurisprudence about the human rights' signification and judicial effects. But in practice, some conflicts of interpretations do exist, which weaken the really interest of such a jurisdictional protection.

In conclusion, a mechanism to avoid conflicts of jurisprudence remains to be created. It is probably one of the 21st century's main issues concerning the improvement of the human rights' protection.

Keywords: human rights, constitutional control, traditional control, public international law, EU law.

Fabien Bottini, Havro universiteto Tarptautinių santykių fakulteto Teisės katedros mokslininkas, viešosios teisės daktaras; Prancūzų teisės laboratorijos LexFEIM narys ir „Large-scale Research Network: Culture and Society in Normandy“ narys. Tyrimų kryptys: administracinė teisė, konstitucinė teisė, visuomeninės laisvės.

Fabien Bottini, Le Havre University, Faculty of International Affairs, Department of Law, Doctor in Public Law; Member of the French Laboratory of Law LexFEIM and the GRR Culture and Society in Normandy. Research interests: administrative law, constitutional law, public liberties.