

Université Montpellier I
Faculté de droit

Année 2002

N° attribué par la bibliothèque

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

THESE

pour obtenir le grade de

Docteur de l'Université Montpellier I

Discipline : Droit public

CNU : Section 02

Formation doctorale : Droit communautaire
européen

*Présentée et soutenue publiquement
par*

Fred DESHAYES

le 9 décembre 2002

—

CONTRIBUTION A UNE THEORIE DE LA PREUVE DEVANT LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

—

Directeur de thèse : Monsieur **Frédéric SUDRE**, Professeur à l'Université Montpellier I

JURY : Monsieur **Vincent COUSSIRAT-COUSTERE**, Professeur à l'Université de Lille II
Rapporteur
Monsieur **Olivier GOHIN**, Professeur à l'Université Panthéon Assas (Paris II)
Monsieur **Serge GUINCHARD**, Professeur à l'Université Panthéon Assas (Paris II)
Rapporteur
Monsieur **Paul MAHONEY**, Greffier en chef à la Cour européenne des droits de
l'homme
Monsieur **Frédéric SUDRE**, Professeur à l'Université de Montpellier I

« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à l'auteur »

Je remercie tous ceux qui m'ont aidé à réaliser ces travaux. Le professeur SUDRE pour sa bienveillante attention et ses redoutables exigences, F. RENO pour ses encouragements, mon épouse et ma famille pour leur indéfectible soutien.

L'APPLICATION *PRO VICTIMA* DU DROIT A LA PREUVE

TITRE I – L'ajustement des garanties procédurales du droit à la preuve

CHAPITRE I – L'adaptation du statut des titulaires du droit à la preuve aux particularités du contentieux européen des droits de l'homme

CHAPITRE II – L'adéquation des conditions d'exercice du droit à la preuve aux exigences du procès équitable

TITRE II – La dynamique des principes de fond du droit à la preuve

CHAPITRE I – La dynamique du contrôle de la pertinence des offres de preuve

CHAPITRE II – La dynamique de la libre appréciation des preuves

L'ATTRIBUTION NUANCEE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

TITRE I – Une répartition équilibrée de la charge de la preuve durant l'instruction

CHAPITRE I – La participation de la Cour à la recherche des preuves

CHAPITRE II – La participation des Etats à la recherche des preuves

TITRE II – Une attribution pragmatique de la charge de la preuve dans le jugement

CHAPITRE I – L'orthodoxie des principes d'attribution du risque de la preuve

CHAPITRE II – L'originalité des conséquences de l'attribution du risque de la preuve

Pou la fanmi, pou Carole épi lanmou

LISTES DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Al.	Autres
<i>A.J.D.A</i>	Actualité juridique du droit administratif
<i>A.J.I.L.</i>	American journal of international law
<i>APD</i>	Archives de philosophie du droit
<i>C.D.E</i>	Cahier de droit européen
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
C.I.J	Cour internationale de justice
C.J.C.E	Cour de justice des communautés européennes
<i>D.</i>	Dalloz (périodique)
Dact.	Dactylographié
Ed.	Editeur
<i>E.D.C.E</i>	Etudes et documents du Conseil d'Etat
<i>E.L.R</i>	European law review
<i>E.H.R.L.J</i>	European human rights law journal
Fasc.	Fascicule
<i>H.R.L.J.</i>	Human rights law journal
IADH	Interaméricain des droits de l'homme
I.D.E.F	Institut international de droit d'expression française
<i>I.C.L.Q</i>	International comparative law quarterly
I.E.J	Institut d'études judiciaires
<i>J.C.P G.</i>	Jurisclasseur périodique, édition générale
Jcl	Jurisclasseur
<i>J.E.D.I</i>	Journal européen de droit international
<i>J.D.I</i>	Journal du droit international

<i>J.E.D.I</i>	Journal européen de droit international
<i>J.T.D.E</i>	Journal des tribunaux de droit européen
<i>L.G.D.J</i>	Librairie général de droit et de jurisprudence
<i>L.P.A</i>	Les petites affiches
<i>N.Q.H.R</i>	Netherlands quaterly of human rights
<i>O.J.L.S</i>	Oxford journal of legal studies
<i>P.U.F</i>	Presses universitaires de France
<i>R.A.E</i>	Revue des affaires européennes
<i>R.B.D.I</i>	Revue belge de droit international
<i>R.C.A.D.I,</i>	Recueil des cours de l'académie de droit international
<i>R.D.P</i>	Revue du droit public
<i>R.D.S.D.P</i>	Revue de international sciences diplomatiques et politiques
<i>R.E.D.P</i>	Revue européenne du droit public
<i>Revista IIDH</i>	Revista del instituto internationale de derechos humanos
<i>R.G.D.I.P</i>	Revue générale de droit international public
<i>R.D.H</i>	Revue des droits de l'homme
<i>R.I.D.C</i>	Revue international de droit comparé
<i>R.S.A</i>	Recueil des sentences arbitrales
<i>R.S.C.D.P</i>	Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
<i>R.T.D.H</i>	Revue trimestrielle des droits de l'homme
<i>R.U.D.H</i>	Revue universelle des droits de l'homme
<i>S.F.D.I</i>	Société française de droit international
<i>Y.E.L</i>	Yearbook of european law

INTRODUCTION

« La preuve, c'est la rançon des droits que l'on demande à la justice de consacrer. Si la rançon est élevée, c'est-à-dire, si la preuve est circonstanciée, difficile, la valeur pratique des droits diminue d'autant ».

R. V. JHERING – *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 1886-1888, Forni editore, réimpression 1969, Tome IV, p. 200.

1. Le mot de JHERING, en illustrant le lien étroit qui unit l'effectivité d'un droit - entendue comme sa valeur pratique - à son régime probatoire exprime l'hypothèse fondamentale qui doit guider toute réflexion menée sur le régime juridique de la preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la Cour). Elle permet à la fois d'élucider la pratique procédurale de la Cour et d'en évaluer l'incidence sur la protection des droits consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après la Convention). Dès lors, analyser les règles et les raisonnements qui forment le système probatoire de la Cour, c'est interroger l'influence des buts poursuivis par le juge sur l'usage des techniques dont il dispose.

2. L'objet de cette recherche est de répondre à cette interrogation en montrant de quelle manière la preuve est un instrument de la recherche de l'effectivité des droits de l'homme dans l'ordre juridique européen. Plus précisément, il s'agira de soutenir que le système probatoire de la Cour européenne des droits de l'homme est globalement adapté à la mission qui lui est assignée, même si, ça et là, on peut relever quelques imperfections qui nuisent à la recherche de l'effectivité des droits.

3. Instrument souple et de portée variable, la preuve a exercé jusqu'à maintenant une influence discrète, victime des faveurs largement accordées à l'étude du droit substantiel dont les évolutions, plus spectaculaires, semblent se prêter davantage à la théorisation. Ainsi, plus de vingt ans après qu'une contribution de Marc André Eissen au troisième colloque de

l'université libre de Louvain eut inauguré son étude¹, elle demeure un rouage méconnu de la protection européenne des droits de l'homme². Quelques indications concernant les traits généraux de la procédure³, la succincte présentation des mesures d'instruction susceptibles d'être prononcées⁴ ainsi que l'évocation d'une conception souple de la charge de la preuve⁵ sont à peu près tout ce qu'offre la littérature juridique. L'intérêt doctrinal s'est vite tari, laissant à peine effleurée la connaissance du cœur même de la réalisation judiciaire des droits.

4. Tout se passe comme si la doctrine, s'étant aperçue de la pauvreté de l'objet d'étude, l'avait abandonné à la connaissance empirique des praticiens. Or, dans les autres branches du droit, son étude s'est révélée d'une grande importance car la preuve est une pièce essentielle du procès. Elle structure le débat judiciaire tant dans sa dimension procédurale que dans sa dimension rhétorique. Outre qu'elle exprime les valeurs du *corpus* juridique qui l'utilise, elle rationalise le procès en exigeant que les plaideurs rapportent les éléments nécessaires à l'évaluation des argumentations qu'ils développent et permet au juge de dissiper le doute qui naît de leurs allégations contradictoires⁶. Ainsi, la sanction judiciaire d'un droit est subordonnée à la preuve des éléments nécessaires à l'application de la norme qui le protège. C'est dire le lien étroit qui unit l'effectivité d'un droit au fonctionnement du système probatoire et l'importance de la maîtrise des règles de preuve pour les plaideurs, pour la Cour, et pour les observateurs de sa jurisprudence.

5. L'individu qui demande à la Cour de déclarer une violation de la Convention éprouve la valeur pratique des droits qu'il détient de ce traité. Ce n'est pas tout de lui conférer des droits et de lui offrir l'accès à une juridiction internationale après l'épuisement des voies de recours internes, encore faut-il que le procès lui ouvre des perspectives raisonnables de

¹ M-A EISSEN – La présentation de la preuve dans la jurisprudence et la pratique de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, in *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles, 3ème colloque du département des droits de l'homme* de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 143.

² Voir néanmoins : G. L. LOUCAIDES – Standards of proof in proceedings under the European Convention of Human Rights, in *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges en l'honneur de J. VELU*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 1431 ; K. ROGGE – Fact-finding, in R. St. J. MAC DONALD, F. MATSCHER, H. PETZOL (ED.) – *The European system for protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff publishers, 1993, p. 677 ; J. KOKOTT – *The burden of proof in comparative and international human-rights law*, The Hague, London, Boston, Kluwer law international, 1998 ; R. LEGEAIS – Le droit de la preuve à la Cour européenne des droits de l'homme, in *Mélanges offerts à P. COUVRET, La sanction du droit*, Paris, P.U.F, Publication de la faculté de droit et de sciences économiques de Poitiers, 2001, p. 255-278.

³ J. VELU et R. ERGEC – *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 1009-1010 ; D. A. LEONARDI – The strasbourg system of human rights protection, « Europeanisation » of the law through the confluence of the western legal traditions, *R.E.D.P* 1996, Vol 8 n° 4, p. 1139.

⁴ J. VELU et R. ERGEC – *La Convention Européenne...*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 1009, n°1169.

⁵ J. VELU et R. ERGEC – *La Convention Européenne...*, *ibidem*.

⁶ INSTITUTS D'ETUDES JUDICIAIRES – *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, X^{ème} colloque des IEJ, Poitiers, Paris, P.U.F, 1976.

succès face à l'Etat dont il dénonce les actes. Butte-t-il sur une répartition de la charge de la preuve qui lui est défavorable, sur une conception rigide des standards de preuve, sur l'impossibilité d'obtenir les preuves détenues par son adversaire, et son droit apparaît comme dépourvu de protection véritable. A-t-il, au contraire, le bénéfice de l'intime conviction, de la liberté de la preuve, de l'équité de la procédure et son droit se révèle correctement garanti.

6. Selon l'usage qu'il fait des techniques de preuve, le juge peut donc augmenter ou diminuer la défense des droits au cours du procès. C'est sur cette propriété fondamentale que JHERING avait insisté, elle autorise que l'on contribue à une théorie de la preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme en faisant de cet outil du droit un indicateur de l'effectivité de la protection.

7. Pour asseoir les bases de ce raisonnement, il convient de présenter de quelle manière on peut aborder la notion de preuve (Section I) avant de situer la preuve au regard de la problématique du contentieux européen des droits de l'homme (Section II).

Section I – La notion de preuve

8. La littérature juridique comprend deux approches différentes de la notion de preuve : la première, qui sera qualifiée de classique parce qu'elle est à la fois la plus répandue et la plus ancienne, propose une définition finaliste et analytique de la preuve, alors que la seconde, plus neuve et plus critique, peut être qualifiée de fonctionnelle car elle recherche la définition à travers les usages du juge.

9. La dichotomie de la présentation doctrinale ne signifie nullement qu'il existe une opposition traits pour traits de ces deux approches. Ainsi, tandis que l'analyse classique cherche principalement à isoler la spécificité de la preuve en droit afin de parvenir à en cerner la nature, l'approche fonctionnelle mène une étude approfondie de sa signification contentieuse. En d'autres termes, la première répond à la question qu'est-ce que la preuve, alors que la seconde se demande à quoi elle sert. Il importe également de remarquer que si la première envisage la preuve du point de vue des parties, la seconde se place du point de vue de la juridiction.

10. Cependant, il serait exagéré de soutenir que l'approche fonctionnelle contredit l'approche classique. D'une certaine manière, les deux perspectives se complètent et il semble plus juste de conclure qu'il n'y a pas eu de querelles d'anciens et de modernes autour de la preuve puisque la perspective la plus récente reconnaît, au prix de quelques rectifications, les

définitions formulées par les thèses qu'elle dispute. Dès lors, il n'y a pas lieu de choisir entre l'une des deux approches en maintenant séparés plusieurs aspects de la preuve. Aussi seront-elles examinées successivement en accordant la préséance à la plus ancienne - l'approche classique (§ 1) - puis à l'approche fonctionnelle (§ 2).

§ 1 – L'approche classique de la notion de preuve

11. Afin de déterminer la nature de la preuve, l'approche classique propose une conception synthétique selon laquelle la preuve est la démonstration de la vérité d'un fait contesté au cours du procès⁷ et une conception analytique qui met en exergue la polysémie du mot. Elle recense pour l'essentiel trois acceptions⁸ du mot preuve : - l'activité de production d'éléments destinés à convaincre le juge de la vérité d'une allégation, c'est en ce sens que l'on dit que les parties doivent administrer la preuve ; - les éléments produits considérés en eux-mêmes, ainsi distingue-t-on les preuves parfaites et non parfaites ; - le résultat de la production sur la conviction du juge, c'est à cette acception que l'on se réfère lorsque l'on dit la preuve est faite, qu'elle est complète, ou lorsque l'on parle de risque de la preuve⁹.

12. Pour approfondir la connaissance de la preuve, il semble approprié de dévoiler les choix méthodologiques qui sont à la base de ces approches (A). Ce n'est qu'après que l'on pourra utilement s'attacher à délimiter la notion de preuve (B).

⁷ H. MOTULSKY – *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Dalloz, réimpression 1991, p. 128. J. VINCENT et S. GUINCHARD – *Procédure civile*, Paris, Dalloz, Précis, 26^{ème} édition. 2001, p. 721.

⁸ C. AUBRY et C. RAU – *Droit civil français*, Paris, par P. EISMEN, Librairie technique, Tome XII, 6^{ème} édition, 1958, p. 51 ; P. PACTET – *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, Paris, Pedone, 1952, p. 4. J-P. COLSON – *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, Paris, L.G.D.J, 1970, p. 17. R. BERNHARDT – Evidence, in *Encyclopedia of public international law*, Volume II, 1999, p. 1510 ; N. VERHEYDEN-JEANMART – *Le droit de la preuve*, Bruxelles, Précis de l'Université catholique de Louvain, Larcier, 1991, p. 7.

⁹ M. J. WROBLEWSKI recense quatre significations parmi lesquelles la troisième relevée *supra* ne figure pas. La preuve désigne : « 1) *Le raisonnement dans lequel le demonstrandum est justifié par l'ensemble des expressions linguistiques (les preuves, au sens 2) dont on les déduit d'une série finie d'opérations.* 2) *L'expression linguistique (proposition ou estimation) qui est à la base de la preuve au sens 1.* 3) *L'activité d'une personne qui formule la preuve au sens 2.* 4) *L'objet qui sert de fondement de la preuve au sens 1.* », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J, p. 472. Mais cette énumération n'est guère répandue et semble propre à l'auteur.

A – Les choix méthodologiques

13. La perspective classique considère la preuve en se plaçant du côté des parties en ce sens on dira qu'elle est subjectiviste (1). En outre, ainsi qu'il est aisé de le remarquer, toutes les définitions qu'elle énonce se réfèrent au but de la preuve, en ce sens elles sont finalistes (2).

1 – Une approche subjectiviste

14. Si l'aspect subjectiviste ne ressort pas de manière évidente des définitions relevées précédemment, la plupart des études relatives à la preuve - principalement en droit privé, puisque la preuve n'a guère fait l'objet d'études d'ensemble en contentieux administratif¹⁰, ni en droit international¹¹ - le montrent clairement¹². Généralement, c'est l'acceptation selon laquelle la preuve est l'activité de production des éléments de conviction ainsi que celle qui désigne par preuve les éléments produits qui retiennent l'attention des auteurs. Cette attitude conduit à privilégier l'examen des actes des parties durant l'instance ainsi que l'appréciation de la force probante des preuves produites au détriment de l'analyse de la conviction du juge.

15. Cette option méthodologique provient peut-être de l'idée que la doctrine se fait de sa mission. Conçue comme liée à la pratique, l'activité doctrinale a souvent consisté dans la présentation de la vie du droit de manière à fournir des éléments utiles à son amélioration. En circonscrivant ses espaces d'investigation à des considérations techniques, la doctrine, singulièrement en droit processuel¹³, s'est parfois privée de sa faculté d'abstraction. Nul autre que H. VIZIOZ n'a instruit avec autant de clarté et de rigueur le procès de l'empirisme dont a

¹⁰ P. PACTET – *Essai d'une théorie de la preuve...*, op. cit., et J-P. COLSON – *L'office du juge et la preuve...*, op. cit ; L. THEPAULT – *La preuve devant le juge administratif*, Thèse, Rennes I, 1995.

¹¹ Pour une étude d'ensemble, la thèse de G. NIYUNGEKO – *La preuve devant les juridictions internationales*, Thèse Bruxelles, 1988 ; M. KAZAZI – *Burden of proof and related issues, a study on evidence before international tribunals*, The Hague, London, Boston, Kluwer law international, 1996.

¹² Ce type d'approche est général : J. DEVEZE – *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Grenoble, P.U.G, 1980 ; G. GUILLAUME – *Les preuves et mesures d'instruction*, in S.F.D.I. – *La juridiction internationale permanente*, Paris, Pedone, 1987, p. 19 ; R. LEGEAIS – *La règle de preuve en droit civil, permanence et transformation*, Paris, L.G.D.J, 1955 ; T. PIJOT. – *Nouvelles techniques et droit de la preuve : constat et perspective*, Thèse Montpellier, 1994 ; J-C WITENBERG – *La théorie des preuves devant les juridictions internationales*, *R.C.A.D.I* 1936-II.

¹³ Il semble que cette critique soit valable dans d'autres matières. En droit privé en général, voir X. LAGARDE – *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, L.G.D.J, 1994, p. 18-23. Pour la doctrine en droit administratif voir : J-J BIENVENU – *Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif*, *Droits*, n°1, 1985, p. 153.

souffert l'étude de la procédure¹⁴. D'ailleurs, sans ignorer la portée pratique, il invitait à ouvrir le champ réflexif au-delà des seuls aspects de technique juridique.

16. Quoi qu'il en soit de cette justification, elle n'est certainement pas la plus évidente. L'optique subjectiviste trouve son principal fondement dans le caractère accusatoire de la procédure civile qui invite à envisager le procès du point de vue de ceux qui le dirigent, du point de vue des parties. De plus, l'existence d'un système de preuve légale réduit considérablement l'intérêt que l'on peut porter au juge. Si cette perspective se retrouve dans la première thèse de contentieux administratif consacrée à la preuve¹⁵, c'est sans doute parce que, outre ses visées pratiques, son caractère précurseur ajouté au fait qu'elle est un essai de théorie générale de la preuve n'était guère propice à un changement de point de vue. En effet, une théorie générale de la preuve a pour objectif de dire comment la preuve est présentée devant une juridiction donnée. Aussi se place-t-elle toujours du point de vue des parties qui ont la charge exclusive de rapporter la preuve.

2 – Une analyse finaliste

17. Les significations retenues du mot preuve par l'approche classique peuvent être qualifiées de finalistes en tant qu'elles se construisent autour d'un maître mot qui est « convaincre » qui désigne la fin ultime des actes des parties. L'utilisation de ce mot renvoie d'emblée aux thèses défendues par la « Nouvelle rhétorique », et suggère déjà que « *les modes de preuve du droit font partie de l'arsenal rhétorique* »¹⁶. Mais, cette conception est incomplète et imprécise, aussi faut-il lui adjoindre un ensemble de concepts pour aboutir à une définition satisfaisante de la preuve. En effet, une définition qui se contenterait d'énoncer que la preuve s'entend de tout acte destiné à convaincre le juge ne serait guère éclairante. Tous les éléments qui composent les conclusions soumises au juge sont destinés à le convaincre du mérite des prétentions dont il est saisi. Aussi aurait-on grand peine à identifier au sein du débat judiciaire ce qui est une preuve. En somme, la fonction de convaincre ne

¹⁴ H. VIZIOZ – *Etudes de procédure*, Bordeaux, Bière, 1956. Le droit processuel, au sens où l'entendait MOTULSKY, désigne une discipline qui a pour objet de comparer les différents droits procéduraux. H. MOTULSKY – *Droit processuel*, Paris, Montchrestien, 1973, p. 1-3 ; voir également GUINCHARD S. ; BANDRAC M. ; LAGARDE X. ; DOUCHY M. – *Droit processuel, droit commun du procès*, Paris, Dalloz, 2001.

¹⁵ P. PACTET – *Essai de théorie...*, op. cit, p. 4 : « la preuve c'est l'effort à accomplir, une fois l'instance engagée, pour obtenir la confirmation judiciaire d'une allégation relative à un point de fait ». Pour parvenir à cette définition l'auteur avait préalablement écarté le troisième sens au motif qu'il est « purement spéculatif et abstrait, intérieur à l'esprit du juge ».

¹⁶ P. FORIERS – Introduction au droit de la preuve, in C. PERELMAN et P. FORIERS (Ed.) – *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1980, p. 18.

permet pas à elle seule de caractériser la notion de preuve¹⁷. Par conséquent, il faut recourir à des notions supplémentaires.

18. Afin de bien comprendre cette approche il faudra interroger les relations qu'elle établit entre la preuve et les notions auxquelles elle fait appel en vue de la délimiter.

B – La délimitation de la notion de la preuve

19. Rappelées par la définition synthétique précédemment citée, deux notions interviennent pour délimiter la notion de preuve à savoir la vérité qui est l'objectif assigné au mécanisme probatoire (1), le fait qui indique la nature de l'objet de preuve(2).

1 – Preuve et vérité : la détermination de l'objectif de l'opération de preuve.

20. En règle générale, on considère que le droit de la preuve est au service de la manifestation de la vérité. Les liens qui unissent ces notions sont si étroits qu'il est usuel d'appeler l'opération de recherche de preuve recherche de la vérité¹⁸. DOMAT ne définissait-il pas la preuve comme ce qui persuade l'esprit d'une vérité ? Cette conception, largement répandue en Europe, se retrouve également dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui rappelle que « *les Etats contractants doivent coopérer avec les organes de la Convention dans la recherche de la vérité* »¹⁹. La preuve est ainsi conçue comme un moyen d'atteindre cette fin ultime et nécessaire à la solution du litige. Cependant, sans entrer

¹⁷ Dès lors qu'il est admis qu'il s'agit de convaincre le juge, on comprend aisément l'intérêt que l'on pourrait tirer des travaux de PERELMAN et de son école. Toutefois la motivation de la décision n'indique pas nécessairement le raisonnement qu'elle a suivi pour établir sa conviction. Tout au plus pourrait-on comparer les allégations des parties à la proposition retenue par le juge, mais cela ne serait pas de grande portée puisque les données sont trop rares et aléatoires pour qu'une étude d'ensemble en soit fructueuse. Néanmoins, l'école de Bruxelles a consacré à la preuve un ouvrage collectif fort utile pour la suite de nos recherches ; C. PERELMAN et P. FORIERS (Ed.) – *La preuve ...*, op. cit.

¹⁸ P. DELVOLVE – Le juge et la vérité (aspects de droit public), *Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse*, Tome XXVI, 1978, p. 339. P. HEBRAUD – La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge, *Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse*, Tome XXVI, 1978, p. 379. M. CARATINI – Vérité judiciaire et vérité objective en matière civile, *Gazette du Palais*, 1986, p. 406 ; R. LUKIC – *Théorie de l'Etat et du droit*, Trad. M. GJIDARA, Paris, Dalloz, 1974, p. 448-447 : « *la procédure juridique qui est établie (...), n'a pas d'autre objectif que d'assurer la coïncidence entre vérité effective et vérité juridique formelle, c'est-à-dire de permettre que soit régulièrement établie la détermination de la vérité, de la vérité matérielle* ». On peut se référer à la jolie formule du professeur G. CORNU : « *Quand aux faits, le principe de vérité baigne universellement dans ce que l'on pourrait appeler une sagesse probatoire* » : G. CORNU – La vérité et le droit, in G. CORNU – *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, P.U.F, Doctrine juridique, 1998, p. 215.

Le Code civil a également fait sienne cette conception ainsi qu'en témoigne son article 10 issu de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 : « *Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité manifestation de la vérité* ».

¹⁹ Artico c. Italie, 13 Mai 1980, série A n°37, p. 15 § 31. Comparer avec l'article 10 du Code civil cité *supra*.

dans le débat philosophique concernant l'immanence ou la transcendance de la vérité, il faut souligner que la vérité qui sera atteinte à l'issue de la procédure judiciaire présente une certaine spécificité que les juristes sont unanimes à reconnaître.

21. En premier lieu, il importe de remarquer que l'objet de preuve est construit par le droit. Il ne pénètre dans le monde du droit qu'à travers une procédure prédéterminée dont le respect en conditionne la reconnaissance. A cet égard, il n'est pas exagéré de dire qu'il est juridiquement créé. La vérité apparaît ainsi comme le résultat de l'application de certains principes et règles à un objet donné²⁰.

22. En second lieu, les manuels conviennent que la vérité à laquelle le procès aboutit est une vérité de second rang en ce sens que la représentation des faits prouvés ne prétend pas refléter fidèlement la réalité²¹. En effet, si on la confronte à la vérité historique et à la vérité scientifique, la vérité juridique se révèle bien singulière. En ce qui concerne l'historien, il recherche des informations qui lui permettront de dresser le tableau le plus authentique possible de l'époque qui l'intéresse. En quelque sorte, il recherche la vérité pour elle-même. Tel n'est pas le cas du juge qui doit avant tout, sous peine de déni de justice, résoudre le litige ni des plaideurs qui veulent uniquement que le premier statue en leur faveur. En outre les règles du procès équitable font peser sur le juge une obligation de célérité qui ne se manifeste pas à l'identique dans le domaine de la recherche historique. Enfin, si l'historien peut toujours reconnaître que sa version des faits n'est pas définitive, le juge tranche la question une fois pour toute avec une parole revêtue de l'autorité de la chose jugée²². Pour ce qui est de la vérité scientifique, outre les aspects déjà relevés s'agissant de la vérité historique, elle se prête au procédé de l'expérimentation, lequel n'est guère possible en droit, hormis pour les cas où l'expertise est utilisable²³. Donc, pour l'essentiel c'est l'office du juge - résoudre d'abord le litige - qui le conduit à délaissier la vérité toute nue au profit d'une représentation opératoire de la réalité²⁴, c'est-à-dire une représentation qui lui permette de décider.

²⁰ H. KELSEN – *La théorie pure du droit*, 2^{ème} édition Trad. C. EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, p. 321.

²¹ J. CARBONNIER – *Droit civil, Introduction*, Paris, P.U.F, Thémis, 27^{ème} édition 2002, p. 118 : « *le droit (...) ne prétend pas atteindre à la vérité* » ; H. BATTIFOL – Observations sur la preuve des faits, in C. PERELMAN et P. FORIERS – *La preuve en droit*, op. cit., p. 304.

²² P. FORIERS – Considérations sur la preuve judiciaire, in C. PERELMAN et P. FORIERS – *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1980, p. 317-318 ; Voir également les critiques de BARTIN des positions d'AUBRY et RAU, op. cit., au Tome XII, malheureusement supprimées dans les éditions publiées par P. EISMEN.

²³ Encore qu'il ne faut pas croire qu'une expertise judiciaire soit identique à une expertise scientifique puisqu'en amont, la détermination de ce qui est recherché et qui sera en tout cas retenu dans le jugement s'est réalisée à partir de la règle de droit.

²⁴ Rappelons à ce propos que les philosophies socratique, platonicienne et aristotélicienne enseignent que la réalité n'est pas la vérité.

23. Mais faut-il pour autant rejeter la notion de vérité de la définition de la preuve ? Cela n'est guère nécessaire pour peu qu'on lui attribue un sens auquel on se tiendra. Ainsi, sous réserve des observations qui précèdent, cette recherche conservera l'idée de vérité entendue comme recherche de la vraisemblance, c'est-à-dire d'une représentation opératoire de la réalité par référence à un discours premier qui est la norme applicable au litige. Il s'agit donc de convaincre le juge de la vraisemblance de l'objet de preuve.

2 – Preuve et fait : l'identification de la nature de l'objet de preuve

24. Une seule maxime permet de résumer la position de la doctrine classique : seuls les faits peuvent faire l'objet d'une preuve. Au soutien de cette affirmation, la doctrine invoque le principe *jura novit curia*. L'adage signifie, en traduction littérale, que le juge connaît le droit et l'on en déduit que le plaideur n'a pas à prouver l'existence ni le contenu de la règle applicable au litige. Si cette inférence est contestable, il faut reconnaître que c'est par exception que les plaideurs doivent prouver l'existence de la règle de droit - généralement lorsqu'il s'agit d'une loi étrangère, ou d'une coutume, dont le juge n'est pas censé avoir connaissance. Selon le principe exprimé par l'adage, il s'opère un partage en vertu duquel le plaideur allègue le fait et le juge dira le droit.

25. Cependant, cela ne démontre pas que seul le fait est objet de preuve. Qu'il soit connu des seuls plaideurs, et par voie de conséquence, qu'ils soient les seuls à pouvoir en faire état, tout au moins au début de l'instance, est incontestable, mais on ne peut en déduire que le fait est l'unique objet de preuve. D'un point de vue logique, l'idée selon laquelle une partie devrait démontrer que certaines conditions d'application du droit, tel un élément de qualification, sont réunies n'est pas incompatible avec le principe sus-cité. Pour que ce dernier puisse fonder la nature exclusivement factuelle de l'objet de preuve, il faudrait qu'il signifîât que toutes les propositions formulées par les parties sont limitées à des considérations factuelles. Or, cette situation n'est pas conforme à la réalité du débat judiciaire où aucune règle ne borne les conclusions des parties aux questions de fait. Invoquer *jura novit curia* n'est pas suffisant pour fonder la nature exclusivement factuelle de l'objet de preuve.

26. Cette conception de la preuve est essentiellement technique. Elle conduit à établir une délimitation en vertu de laquelle tout ce qui relève du fait est à la charge exclusive des parties alors que les questions de droit appartiennent au juge²⁵. Tout se passe comme si le

²⁵ C'est ce que rappelle un autre adage latin : « *Da mihi factum dabo tibi jus* ». Voir, P. NERHOT – Le fait du droit, *A.P.D* 1986, Tome 31, p. 262 ; G. VEDEL – *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*,

débat judiciaire séparait la *quaestio facti* de la *quaestio iuri* en organisant une discussion sur le fait considéré puis une autre concernant le sens de la règle applicable au litige. A la distinction théorique du fait et du droit correspondrait la distinction du domaine d'intervention du juge et des parties dans le procès. La seconde apparaît alors comme une simple transposition de la première²⁶. Or, si l'usage manifestement le plus répandu désigne par fait « une tranche de réalités contingentes effectivement vécues »²⁷ par les parties à l'instance, on peut s'étonner de ce que le juge exige du requérant dans le contentieux administratif la preuve du but d'un acte lorsqu'il invoque le détournement de pouvoir. De même, la juridiction administrative demande que l'administration prouve qu'elle a agi dans l'intérêt général²⁸. Le juge pénal met à la charge du ministère public la preuve de l'élément psychologique du crime ou délit. Quant à la Cour Européenne des droits de l'Homme, elle demande à l'Etat de démontrer l'existence de nécessités locales propres à justifier l'ingérence dans la jouissance d'un droit. Le but, l'intérêt, l'intention, la nécessité ne semblent pas correspondre à la définition couramment utilisée par la doctrine.

27. Aussi, bien qu'elle puisse se recommander de l'appartenance à une longue tradition pieusement transmise au sein des universités, la conception ci-dessus exposée ne peut être admise sans nuance²⁹. Un des choix pertinents pour sortir de cette impasse consiste à se demander à quelle place se trouve le fait dans l'application judiciaire du droit. Pour ce faire, il est possible de s'intéresser directement à la règle de droit, appréhendée dans le cadre

Paris, Sirey, 1934, p. 14 ; N. VERHEYDEN-JEANMART – *Le droit de la preuve*, Bruxelles, Précis de l'Université catholique de Louvain, Larcier, 1991, p. 8.

²⁶ M. ROTONDI – Considération en « fait » et en « droit », *R.T.D.C* 1977, p. 7 : « le principe de la distinction question de fait et question de droit trouve une application fondamentale dans le domaine de la preuve ».

²⁷ T. IVAINER – L'interprétation des faits en droit, *JCP G*, 1986, I, 3235, n° 6.

²⁸ D. TRUCHET – *Les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence du conseil d'Etat*, Paris, L.G.D.J., 1977, p. 210.

²⁹ Les réserves, voire la contradiction, auxquelles elle s'expose, peuvent, d'ailleurs, concerner plusieurs niveaux d'analyse. Le premier niveau peut s'attacher à la mise en cause du présupposé théorique. Appréhendée *in abstracto*, la discussion se placerait sur le terrain de la théorie du droit. Cependant, même s'il était démontré que la distinction du fait et du droit n'est pas aussi absolue qu'on le prétend au niveau théorique, cela ne suffirait pas à prouver que la distinction n'a pas cours dans le débat judiciaire. Il faudrait donc nécessairement se placer au second niveau en réfléchissant sur le débat judiciaire. Sur ce terrain, quand bien même la distinction théorique s'avérerait valide, il demeurerait possible de contester l'opportunité de sa transposition dans le débat judiciaire. Enfin, sans qu'il soit besoin de considérer les deux niveaux de réflexion déjà présentés, on peut rechercher si la transposition est pertinente dans le type de procès qui constitue le cadre de la recherche.

Mais, partir de l'abstrait pour descendre graduellement au concret oblige, dans ce cas précis, à fragmenter le problème sans qu'on puisse le résoudre vraiment. Les trois niveaux sont, en effet, étroitement imbriqués. Par ailleurs, envisager *in abstracto* la distinction du fait et du droit équivaut à poser des problèmes qui requièrent des développements si importants qu'ils surpasseraient ceux consacrés uniquement à la preuve. D'autant qu'il s'agit d'un thème majeur de la philosophie du droit qui suscita des controverses nombreuses où les positions adoptées par chaque auteur dépendent de l'école de pensée à laquelle il appartient. Un tel détour ne s'impose pas. Mieux vaut suivre une voie qui traverse les trois niveaux afin de les discuter conjointement. Autrement dit, elle ne saurait méconnaître le caractère déterminant d'une réponse théorique à l'interrogation, ni occulter sa dimension pratique.

de son application judiciaire. Ainsi que le rappelle M. MAC CORMICK, « *les règles sont des propositions normatives hypothétiques énonçant que si certaines conditions de fait sont réunies (...) alors certaines conséquences doivent s'ensuivre ou se réaliser* »³⁰. L'analyse de la structure de la règle³¹ de droit fait apparaître qu'elle est composée de deux éléments, une présupposition ou hypothèse et d'un effet juridique reliés tous deux par un principe d'imputation³². L'effet juridique ne peut être déclenché qu'à l'issue de la constatation de l'existence de certaines conditions. Pour parler comme KELSEN, on peut dire que dès lors que l'on sait ou que l'on décide qu'une chose est, on sait que quelque chose doit être. C'est ainsi que le principe d'imputation qui gouverne la relation normative unit le *sein* au *sollen*. cette présupposition prend la forme d'une catégorie juridique dont on sait qu'elle est « *tout fait ou ensemble de faits, tout acte ou ensemble d'actes auxquels la loi ou tout autre règle de droit attache des conséquences juridiques* »³³. MOTULSKY a montré que cette présupposition se décomposait en ce qu'il a appelé éléments générateurs du droit subjectif, c'est-à-dire les éléments qui permettent de déclencher l'effet de la règle de droit³⁴.

28. En règle générale, il s'agit d'un fait entendu comme un événement survenu entre les parties en procès. Fait qualifié, il est vrai, il n'est pas opportun de distinguer immédiatement opération de preuve et opération de qualification. Cette présupposition peut aussi être autre chose qu'un événement du monde sensible, il peut s'agir d'un intérêt, d'une nécessité ; on dira alors que si tel acte a été réalisé dans l'intérêt du service, ou si tel acte est ou n'est pas nécessaire, l'action ou l'omission litigieuse doit être déclarée contraire au droit, et le cas échéant l'acte annulé.

29. Reste alors à distinguer l'opération de preuve de l'opération de qualification. D'un point de vue logique, le départ que l'on peut faire entre elles est simple. La preuve pose des questions d'existence, alors que la qualification pose la question de l'adéquation de l'objet dont l'existence est constatée et le concept formulé dans la proposition normative. L'opération de preuve doit décrire les faits bruts, et l'opération de qualification les subsumer sous le concept énoncé par le texte normatif.

³⁰ N. MAC CORMICK – *Raisonnement juridique et théorie du droit*, Paris, P.U.F, Les voies du droit, 1996, préface p. VIII.

³¹ Sur l'analyse structurale de la règle de droit, T. LE BARS – *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, L.G.D.J 1997, p. 117.

³² La terminologie peut varier d'un auteur à l'autre, ainsi R. LUKIC associe hypothèse et disposition : R. LUKIC – *Théorie de l'Etat et du droit*, Trad. M. GJIDARA, Paris, Dalloz, 1974, p. 363-364 ; d'autres l'appellent présupposition et effet juridique, après Stammler, H. MOTULSKY – *Principes d'une réalisation...*, op. cit., p. 19.

³³ M. WALINE – *Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques*, *Mélanges J. Dabin*, Paris, Sirey, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 365.

³⁴ H. MOTULSKY – *Principes d'une réalisation...*, op. cit., p. 75.

30. Pourtant, la pratique ne semble pas respecter une distinction aussi nette. En effet, dans de nombreuses circonstances, qui sont fonction de la formulation de la règle de droit, ce qui pourrait être une question de qualification devient une question de fait. Le professeur PERELMAN le souligne dans sa « Logique juridique, nouvelle rhétorique »³⁵, en prenant pour exemple une règle de droit qui attacherait des conséquences au fait que tel acte a été commis pendant la nuit. C'est apparemment une question de qualification de savoir ce qui est un acte commis pendant la nuit en vertu d'une règle de droit. Toutefois, dans la mesure où l'acte a été commis à minuit, cela devient une question de fait, car une fois que l'on sait que minuit est dans la nuit, il suffit de prouver l'heure de la survenance de l'acte. De même savoir si une chose est ou non raisonnable est une question de preuve dès lors que les critères sont clairement définis. Il en est ainsi pour de nombreux standards.

31. Ce raisonnement peut être illustré par un exemple tiré de la jurisprudence de la Cour. Saisi d'un recours où le requérant prétend que le droit qu'il détient de l'article 5 § 1 a été violé en ce sens qu'il n'a pas bénéficié d'une détention régulière, le juge va préciser les différents critères qui le conduiront à la qualification de la détention pour résoudre le litige. Ainsi, la Cour a énoncé trois conditions minimales pour que la détention d'un aliéné soit déclarée régulière au sens de l'article 5 § 1 : « *sauf cas d'urgence, il faut avoir démontré devant l'autorité compétente, au moyen d'une expertise médicale objective, l'existence de troubles mentaux réels ; ceux-ci doivent revêtir un caractère ou une ampleur légitimant l'internement, lequel enfin ne peut se prolonger valablement sans la persistance de pareils troubles* ». Chacune de ces conditions considérée isolément est une question de fait. Il apparaît que la distinction n'est pas aussi nette que la doctrine le prétend et que selon la précision de la règle de droit la question de qualification peut se transformer en question de fait.

32. Cette transformation est d'ailleurs liée aux différents enjeux du droit de la preuve, car la distinction des questions de qualification et des questions de fait détermine dans une large mesure la compétence de la juridiction saisie du litige. Raisonner ainsi, c'est envisager les problèmes que pose le rôle de la preuve dans les droits matériel et procédural, et indiquer que cette technique peut être envisagée au regard de sa fonction.

§ 2 – L'approche fonctionnelle de la notion de preuve

³⁵ C. PERELMAN – *Logique juridique ...*, op. cit., p. 33-34.

33. L'approche fonctionnelle de la notion de preuve est illustrée par deux thèses soutenues à plus de vingt ans d'intervalle mais qui ont en commun la volonté de rechercher la signification de la preuve en rompant avec l'aspect subjectiviste de l'approche classique. Cette recherche met entre parenthèse le rôle classique de la preuve et tente de révéler ce que l'usage de cette dernière nous apprend sur la pratique contentieuse.

34. Elle s'est illustrée à la fois dans le contentieux administratif à travers la thèse de M. COLSON³⁶ et dans le droit privé³⁷ par l'intermédiaire de la thèse de M. LARGARDE³⁸. Bien que les deux thèses puissent être toutes deux qualifiées d'approche fonctionnelle, elles n'en sont pas moins très différentes. Certes, les contextes différents ont conduit à des résultats différents, mais les disparités trouvent également leur source dans le fait que les auteurs ne recherchaient pas les mêmes choses. La première étude, issue de la sagacité d'un spécialiste du contentieux administratif, s'intéresse au rôle que joue la preuve dans le contrôle du pouvoir discrétionnaire, alors que la seconde résulte de l'adoption d'un point de vue critique par un observateur du droit privé, qui part du fait que la quête de la vérité n'est pas le principe d'explication du droit de la preuve. Rappelons que ce qui caractérise ces travaux et qui justifie qu'ils soient réunis ici, c'est le fait d'étudier la preuve à travers l'usage que le juge en fait. Par ailleurs, il serait téméraire de vouloir présenter la contribution de ces thèses à l'étude de la preuve. Seules quelques lignes se limitant à quelques aspects significatifs de l'approche fonctionnelle y seront consacrées.

35. L'attention se portera donc sur la méthode suivie pour rechercher la signification de l'usage de la preuve (A) avant de présenter sa découverte (B).

A – La recherche de la signification de l'usage de la preuve

36. La recherche de la signification de la preuve tire son originalité des différents choix méthodologiques des auteurs. Même si les deux travaux sont réunis dans une même sous-partie, les points de vue sont distincts. Il convient d'étudier séparément, l'option méthodologique publiciste (1) avant de s'intéresser au point de vue critique de M. LAGARDE (2).

³⁶ J-P. COLSON – *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, Paris, L.G.D.J, 1970.

³⁷ Si le Nouveau code de procédure civile consacre plusieurs articles à la preuve, la majeure partie du droit de la preuve se trouve dans le code civil et surtout, l'étude en question ne se présente pas comme une étude de procédure civile.

³⁸ X. LAGARDE – *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, LGDJ, 1994.

1 – L’option méthodologique publiciste

37. M. COLSON ne se borne pas à l’étude des différents moyens dont disposent les parties ni simplement aux modes de présentation des éléments de conviction. Replaçant la preuve dans la perspective du contrôle du pouvoir discrétionnaire, il s’interroge sur le rôle qu’elle joue à son égard.

38. Qu’il ait été plus facile pour un habitué du contentieux administratif de se défaire de l’approche subjectiviste n’est guère surprenant. En se plaçant du point de vue du juge M. COLSON explique que « *c’est ce point de vue qui correspond le mieux aux caractères de l’instance et aux principes de liberté de la preuve et de l’intime conviction* »³⁹. A l’inverse de la procédure civile, qui consacrait le principe de neutralité du juge judiciaire en abandonnant la direction du procès aux parties, la procédure administrative contentieuse est depuis fort longtemps inquisitoire⁴⁰. De surcroît, elle était demeurée réfractaire à la notion de partie⁴¹ et ne connaissait pas le régime de la preuve légale. Un tel contexte était donc propice à la recherche d’un angle d’attaque spécifique.

39. Par l’adoption de cette perspective, M. COLSON fait l’abandon d’une démarche descriptive au profit de la mise en exergue de la valeur instrumentale des règles de preuve s’agissant du contrôle du pouvoir discrétionnaire. Cependant, en partant d’un autre point de vue - qu’il qualifiera de critique - M. LAGARDE tentera lui aussi de donner l’exacte mesure de la confluence des règles de forme et de fond en s’intéressant à la preuve.

2 – Le point de vue critique

40. L’adoption d’un point de vue critique résulte de la contestation de l’exposition doctrinale des solutions du droit de la preuve qui fait de l’idée de vérité le thème central du droit de la preuve. Il s’agit d’une remise en cause de la méthode de la doctrine qu’il estime trop soucieuse de servir la pratique du droit, et par conséquent les buts de l’institution judiciaire. Voulant rompre avec ce qu’il appelle « *l’illusion de la transparence du discours juridique* », M. LAGARDE va rapprocher le phénomène juridique de son contexte

³⁹ J-P. COLSON – *L’office du juge...*, op. cit., p. 10.

⁴⁰ R CHAPUS – De l’office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile, *E.D.C.E* 1977-1978 Fasc. n°29. R DENOIX DE SAINT-MARC ; D. LABETOULLE – Les pouvoirs d’instruction du juge administratif, *E.D.C.E* 1970 Fasc. N°23 1971.

⁴¹ B. KORNPORST – *La notion de partie dans le recours pour excès de pouvoir*, Paris, L.G.D.J., 1959.

sociologique et envisager le discours de la preuve « *sous un rapport qu'ignore l'institution qui le véhicule*⁴² ». C'est alors qu'il se demande pourquoi le droit répugne à consacrer un principe général de liberté de la preuve, laquelle est au fondement de toute vérité scientifique.

41. Pour résoudre cette problématique qui écarte l'idée de vérité comme principe explicatif du droit de la preuve, la méthode consistera à définir la notion de preuve à travers son régime juridique, autrement dit à recourir préalablement à l'identification de « *sa fonction technique*⁴³ ».

42. Ces deux démarches s'inscrivent donc dans une autre perspective que la démarche classique, aussi aboutissent-elles à révéler, respectivement, une signification de l'usage de la preuve.

B – La découverte de la signification de l'usage de la preuve

43. Si l'optique publiciste conduit à révéler le rôle de la preuve dans la politique du juge (1), la démarche privatiste décèlera sa signification au regard de la légitimité de la solution du litige (2).

1 – La preuve dans la politique du juge

44. L'analyse du rôle de la preuve dans le contentieux administratif a montré, qu'en sus de sa fonction classique et mécaniste qui est de convaincre le juge, elle est également pour le juge un moyen de « *doser le contrôle qu'il désire exercer sur l'action administrative* »⁴⁴. Ainsi, les exemples tirés de la jurisprudence témoignent que le degré de contrôle exerce une influence à la fois sur la détermination de l'objet de preuve et sur l'attribution de la charge de la preuve⁴⁵.

45. Peut-on généraliser les conclusions ainsi formulées ? La transposition est possible dans la mesure où ces affirmations ont une base logique qui permet de les extraire de leur contexte pratique limité au contentieux administratif. S'agissant de la construction de l'objet de preuve, il existe un lien logique qui garantit l'universalité de la découverte établissant une liaison entre la construction de l'objet de preuve et le degré de contrôle du pouvoir

⁴² X. LAGARDE – *Réflexion critique...*, op. cit., p. 7.

⁴³ X. LAGARDE – *Réflexion critique...*, op. cit., p. 20.

⁴⁴ J-P. COLSON – *L'office du juge ...*, op. cit., p. 206.

⁴⁵ Il n'est pas utile de dépasser ici le stade de la simple présentation puisqu'il faudra revenir ultérieurement sur les termes de la démonstration.

discrétionnaire. En effet, n'est pertinent et donc susceptible de constituer un objet de preuve que le fait utile à la solution du litige. Son utilité comprend son aptitude à être retenue par le juge. Un fait qui ne tombe pas sous le contrôle du juge, lorsqu'il est confronté à l'exercice du pouvoir discrétionnaire, sera donc jugé non pertinent. En revanche, il n'est pas sûr que la répartition de la charge de la preuve dépende du degré de contrôle exercé. S'il s'agit d'une des potentialités qu'offre la preuve, son usage dépend des moyens que le juge choisit pour doser son contrôle. Autrement dit, il n'y a pas *a priori* de lien nécessaire entre répartition de la charge de la preuve et contrôle du pouvoir discrétionnaire.

2 – La preuve et la légitimité du jugement

46. Au terme d'une vive attaque de la thèse qui fait de la vérité le principe explicatif du droit de la preuve, M. LAGARDE propose de la remplacer par l'idée de légitimité. Il dresse alors une typologie de la légitimité⁴⁶ telle que découverte dans la jurisprudence des tribunaux de l'ordre judiciaire.

47. Tout d'abord vient la légitimité par adhésion qui procède de la reconnaissance « *d'une pleine force probante aux actes instrumentaires, lesquels permettent la condamnation de la partie qui succombe en raison de ses propres déclarations* ». Ensuite, vient la légitimité par imputation dont il est question « *à chaque fois que le rejet des prétentions trouvera sa cause dans une négligence ou même une faute de la partie succombante* »⁴⁷. En dernier lieu, l'auteur concède que le juge utilise tout de même « *des procédés de preuve faisant implicitement référence à l'idée de vérité* »⁴⁸ : il s'agit essentiellement des présomptions⁴⁹. Dans cette dernière hypothèse, il s'agit de légitimité par normalisation.

48. Les réserves que l'on peut formuler à l'endroit d'une telle démarche dès lors qu'on veut l'exploiter hors du contexte (qui ne consacre pas le principe de liberté de la preuve) où elle a pris naissance ont déjà été indiquées. Néanmoins, il est opportun de souligner que ces travaux ont révélé la dimension argumentative du droit de la preuve et particulièrement sa valeur persuasive pour celui qui perd le procès. En dépit de ce que laisse supposer les

⁴⁶ L'auteur entend par légitimité « *la qualité d'une décision par laquelle cette décision cesse de paraître et devient arbitraire et devient de ce fait acceptable* », X. LAGARDE – *Réflexion critique* ..., op. cit., p. 10.

⁴⁷ X. LAGARDE – *Réflexion critique* ..., op. cit., p. 17.

⁴⁸ X. LAGARDE – *Réflexion critique* ..., op. cit., p. 18.

⁴⁹ La présomption peut être définie comme un raisonnement qui, partant d'un fait connu, retient la vérité d'expérience qui semble la plus probable. Voir, R. DECOTTIGNIES – *Les présomptions en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1949, p. 1-3 ; M. GROSSENS – *Les présomptions en droit international public*, Paris, Neuchâtel, Delachaux et Niestlé, 1954 ; J. WROBLEWSKI – Structure et fonctions des présomptions juridiques, in C. PERELMAN et P. FORIERS (Ed.) – *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 41.

développements de l'ouvrage en question, la recherche de la légitimité à travers la mise en œuvre des règles de preuve n'est pas incompatible avec l'idée de vérité. La justification d'une décision de justice, généralement considérée comme « *un essai de persuasion* »⁵⁰, n'exclut pas que l'application de règles de droit comprenne la réalisation de certaines valeurs comme la vérité.

49. Dans le cadre de présente recherche dont l'optique sera en majeure partie fonctionnelle, la notion de preuve sera entendue comme l'ensemble des opérations intellectuelles et procédurales tournées vers l'établissement des faits qui serviront de prémisses au jugement. Chaque juge a son système probatoire qu'il adapte en fonction du droit qu'il applique et des orientations jurisprudentielles qu'il se fixe. En conséquence, la problématique de la preuve ne se pose pas en des termes identiques selon qu'on l'envisage dans le cadre de la protection européenne des droits de l'homme ou dans un autre environnement juridique.

Section II – La preuve dans la problématique du contentieux européen des droits de l'homme

50. On peut s'étonner de l'indifférence des observateurs du droit européen des droits de l'homme à l'égard du thème de la preuve alors que dès 1977 un colloque avait permis à M. EISSEN de dévoiler la richesse de cet objet d'étude⁵¹. Sa communication ne présentait pourtant pas un caractère exhaustif. Rédigée en un temps où la jurisprudence était trop peu fournie pour autoriser des développements théoriques, l'auteur lui avait de surcroît assigné une mission strictement documentaire en se conformant à son obligation de réserve. Dès lors, il importe de rechercher ailleurs les raisons qui expliquent l'abandon de l'étude de la preuve.

51. A cet égard, plusieurs hypothèses peuvent être avancées. En premier lieu, il faut remarquer que la procédure et les techniques juridictionnelles, en droit interne comme en droit international, exercent généralement peu d'attrait sur les universitaires. A cela s'ajoute le fait que les arrêts offrent peu d'indications sur les méthodes suivies par le juge, comme s'ils

⁵⁰ T. SAUVEL – Histoire du jugement motivé, *R.D.P* 1955, p.6 : « *le jugement motivé remplace l'affirmation par un raisonnement et le simple exercice de l'autorité par un essai de persuasion* ».

⁵¹ M-A EISSEN – La présentation de la preuve dans la jurisprudence et la pratique de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, *in La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles, 3ème colloque du département des droits de l'homme* de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 143.

répugnaient à livrer les secrets de leur fabrication. En second lieu, il faut dire que, jusqu'à l'entrée en vigueur du protocole 11 qui a décidé de la disparition de la Commission européenne des droits de l'homme, le discours de la Cour se référait peu à la preuve. Et pour cause, la Commission était notamment chargée d'établir les faits de l'affaire avant la saisine de la Cour. Cette répartition des tâches n'encourageait guère à s'intéresser à l'usage des procédés probatoires par la Cour même si à l'évidence elle était quand même appelée à y recourir. Enfin, la règle de l'épuisement des voies de recours internes joue aussi ce rôle dissuasif parce qu'elle suggère qu'après avoir amplement discuté de la cause devant les juges nationaux, les plaideurs, au moment même de saisir la Cour sont au moins d'accord sur le fait.

52. A bien y regarder, même ajoutées l'une à l'autre, ces considérations ne diminuent pas l'intérêt d'un ouvrage sur la preuve devant la Cour de Strasbourg. La réalité du droit montre au contraire que la preuve joue un rôle important dans la réalisation judiciaire des droits de l'homme et permet d'éclairer sous une lumière nouvelle la qualité de la protection offerte par la Cour.

53. Pour développer ce point de vue, encore faut-il prendre le temps de préciser les repères essentiels de la recherche et de faire apparaître les prémisses de la thèse qui va être défendue. Car, confronter la preuve à la problématique de la garantie européenne des droits de l'homme n'est pas simplement s'interroger sur le rôle du juge et des parties dans l'établissement des faits qui entrent dans le jugement, c'est mettre l'ensemble du contrôle juridictionnel du respect de la Convention en perspective à partir de l'observation des raisonnements, des techniques et des règles qui forment le système probatoire. Ainsi, le paradigme traditionnel de la preuve se trouve élargi dès lors que cet outil du droit est envisagé au regard des particularités du contentieux européen des droits de l'homme (§ 1) et lorsqu'on le rapproche de la logique de l'effectivité des droits (§ 2).

§ 1 – La preuve au regard des particularités du contentieux européen

54. Questionner le système probatoire de la Cour revient à inscrire sa réflexion dans un contexte marqué par la récente disparition de la Commission européenne des droits de l'homme et la concentration de ses missions entre les mains de la nouvelle Cour. A côté de cet événement historique, interviennent d'autres variables qui sont liées aux caractéristiques propres au recours international organisé par la Convention. Bien que les influences de ces facteurs se conjuguent dans la réalité juridique, une saine compréhension des tensions qui

affectent le système probatoire impose de les aborder séparément et selon une dichotomie pédagogique qui recèle inévitablement une part d'arbitraire. Dans cette perspective, il apparaît que la dynamique d'une étude de la preuve naît de la prise en compte aussi bien des particularités de la Cour (A) que de celles du recours européen des droits de l'homme (B).

A – Les particularités de la Cour européenne des droits de l'homme

55. L'entrée en vigueur du protocole 11 représente une césure qui affecte profondément l'usage des procédés probatoires par la Cour européenne des droits de l'homme. D'où la nécessité d'appréhender les problèmes juridiques selon qu'ils se posent sous l'empire du système dual de protection (1) ou devant la nouvelle Cour (2).

1 – Le système dual de protection

56. La Convention de 1950 avait bâti un mécanisme de contrôle dual qui associait la Cour à la Commission européenne des droits de l'homme. L'originalité de ce système provenait notamment de la répartition des rôles confiés à chacune de ces institutions. La Cour ne pouvait être saisie qu'à l'issue de la procédure qui se déroulait devant la Commission. Il revenait à ce dernier organe – qui n'avait pas la qualité de juridiction - de décider de la recevabilité des requêtes, d'établir les faits relatifs aux saisines recevables, amener les contradicteurs à conclure un règlement amiable et le cas échéant, se prononcer au fond sur l'existence d'une violation de la Convention⁵². Quant à la Cour, il lui incombait de juger les affaires introduites par les Etats ou par la Commission suite à l'échec de l'amiable composition.

57. Dans ce contexte, il paraissait logique que la question de preuve ne se pose pas devant la Cour de Strasbourg. Pourtant, consciente du fait que les enjeux de la preuve dépassent le simple établissement de faits bruts⁵³, la Cour a tenu à affirmer sa pleine compétence en ce domaine. Non seulement elle s'est dotée de pouvoirs d'investigation des faits en adoptant son premier règlement de procédure, mais elle s'est empressée d'affirmer

⁵²Elle peut être considérée comme héritière de la « tradition britannique du fact finding »; en ce sens L-E PETTITI – La Commission et la Cour Européenne des Droits de l'Homme, in M. BETTATI et al. – *Les droits de l'homme et la nouvelle architecture de l'Europe*, Nice, 1991, p. 23. Son existence semble devoir être imputée à la résistance des souverainetés au moment de l'élaboration du système; en ce sens H-G SCHERMERS – La procédure devant la Commission, Européenne des Droits de l'Homme, *RUDH* 1992, p. 391.

⁵³A ce titre J-P COLSON – *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, LGDJ 1970.

dès 1971 qu'elle disposait d'une compétence de « *pleine juridiction* » qui l'autorisait à « *connaître de toutes les questions de droit et de fait* » qui se posent au cours de l'examen d'une affaire⁵⁴. M. EISSEN déclarait en 1977 : « *il peut en effet arriver qu'une constatation de fait rebondisse devant elle malgré les constatations de la Commission, ou que ces constatations apparaissent sur certains points erronées, imprécises ou insuffisantes en raison, par exemple d'une différence entre les méthodes adoptées respectivement par la Commission puis par la Cour pour l'examen du litige, ou encore qu'après la saisine de la Cour surviennent ou se révèlent des faits nouveaux non dénués d'intérêt* »⁵⁵.

58. Au début des années quatre-vingt-dix la juridiction inaugurerait une formule devenue usuelle : « *la Cour rappelle que le système de la Convention confie en premier lieu à la Commission l'établissement et la vérification des faits. Aussi n'use-t-elle de ses propres pouvoirs en la matière que dans des circonstances exceptionnelles. Toutefois, elle n'est pas liée par les constatations du rapport et demeure libre d'apprécier les faits elle-même, à la lumière de tous les éléments qu'elle possède* »⁵⁶. De plus, de manière expresse ou implicite, la rédaction des arrêts témoignait parfois de la survenance de questions relatives à la preuve⁵⁷.

59. Si le travail réalisé par la Commission réduisait la fréquence des questions de preuve, il n'éliminait pas tous les problèmes qui s'y rattachent. Il modifiait la problématique de la preuve sans l'exclure véritablement. Tout se passe comme si l'architecture du système de contrôle avait fait présumer du peu d'intérêt scientifique de la preuve, et c'est l'un des objets de cette recherche que de démontrer que cette présomption était loin d'être corroborée par la réalité du droit.

60. Au bénéfice de ces observations, on constate qu'il n'est pas possible d'exclure la période du système dual de protection du champ de l'étude. Cette exigence est d'autant plus forte que la nouvelle Cour semble devoir beaucoup à son ancienne compagne du palais des droits de l'homme.

2 – La nouvelle Cour

61. Pour optimiser le fonctionnement de la Cour face à l'augmentation continue du nombre de requêtes qui lui sont soumises, les Etats membres du Conseil de l'Europe ont

⁵⁴De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, 18 Juin 1971, série A n° 12, § 48-49.

⁵⁵M-A EISSEIN – La présentation de la preuve..., op. cit., p. 145.

⁵⁶Cruz Varas c. Suède, 20 Mars 1991, série A Vol. 201, p. 29 § 74. De même, 19 Avril 1993, Kraska c. Suisse, série A Vol. 254-B, § 22; 4 Déc. 1995, Ribitsch c. Autriche, série A Vol. 336, p. 24 § 32.

⁵⁷Dans l'affaire Artico, la Cour est confrontée à un problème d'authenticité des documents produits par le requérant; elle y consacre un entier paragraphe ; Artico c. Italie, 13 Mai 1980, série A n° 37, § 29-30.

décidé de restructurer le dispositif de protection en adoptant le protocole 11 à la Convention⁵⁸. Renforçant la position de la juridiction internationale, ce protocole a supprimé les clauses facultatives qui autorisaient les Etats parties à soustraire leur conduite à la juridiction de la Cour et à refuser le droit de recours individuel pour les dénonciations qui les concernaient. Elle a également conféré aux individus le droit de saisir directement la Cour. Désormais, aucun intermédiaire ne sépare l'individu de son juge international qui hérite *de jure* de la totalité des tâches précédemment dévolues à la Commission.

62. En la faisant seul juge de l'établissement des faits, le protocole 11 n'augmente pas ses fonctions, mais il accroît considérablement sa charge de travail et lui impose d'adapter sa pratique en conséquence. On ne sera guère étonné de retrouver les traces du passé dans les méthodes de cette Cour renouvelée. Comment pourrait-elle ignorer les enseignements patiemment acquis d'une expérience longue de plus de vingt années d'enquête sur le terrain, d'interrogations des plaideurs et d'évaluation des éléments de preuve ? D'ailleurs, il n'est pas exclu que certaines questions se posent en des termes comparables à celles qui avaient cours sous l'empire du système dual.

63. Cette juridiction composée d'un nombre de juges égal à celui des Etats parties comprend trois formations contentieuses : les comités de trois juges qui ont compétence pour rejeter à l'unanimité les requêtes manifestement irrecevables ; les chambres de sept juges qui sont les formations ordinaires de jugement, et la Grande chambre qui est chargée de réexaminer une affaire tranchée par une chambre. Si la question de la réalité des faits surgit en cours d'instance, la Grande chambre sera *mutatis mutandis* dans la même position que l'ancienne Cour quand les plaideurs sollicitent la révision des faits tels qu'établis par la Commission.

64. La prégnance du passé se manifeste également dans l'adoption des règles de procédure de la Cour puisque le règlement intérieur de la Commission a servi de modèle aux règles actuellement en vigueur. C'est dire combien une étude du droit contemporain de la preuve saurait se passer d'un examen attentif des normes et des pratiques antérieures, fussent-elles l'œuvre de la Commission européenne des droits de l'homme. Elle ne saurait pas davantage faire abstraction des caractères propres au recours mis en place par la Convention.

⁵⁸ Parmi une abondante littérature : P. WACHSMANN et al – *Le protocole n°11 à la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1995 ; D. BRIBOSIA - Le protocole n° 11 à la Convention européenne des droits de l'homme : une révolution au palais de Strasbourg ? , *J.T.D.E* 1995, p. 54 ; F. SUDRE - La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme : le Protocole 11 additionnel à la Convention, *JCP G.* 1995, I, 3849 ; O de SCHUTTER (DE) – La nouvelle Cour européenne des droits de l'homme, *C.D.E* 1998, p. 319-352 ; JANSSEN-PEVTSCHIN G. – Le protocole 11 à la Convention européenne des droits de l'homme, *R.T.D.H.*, 1994, p. 483

B – Les particularités du recours européen des droits de l’homme

65. La spécificité de la problématique de la preuve dans le contentieux européen des droits de l’homme provient également de la combinaison de divers facteurs qui sont intimement liés à la nature même du litige soumis à la Cour et au principe cardinal du mécanisme de contrôle institué. En d’autres termes, deux caractéristiques principales pèsent sur l’aménagement et l’utilisation du système probatoire : d’une part le caractère subsidiaire du recours (1), et d’autre part, la matière du recours qui se caractérise par l’inégalité initiale des parties (2).

1 – Le caractère subsidiaire du recours

66. Dans son arrêt *Handyside*, « la Cour relève que le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l’homme. La Convention confie en premier lieu à chacun des Etats contractants le soin d’assurer la jouissance des droits et libertés qu’elle consacre. Les institutions créées par elle y contribuent de leur côté, mais elles n’entrent en jeu que par la voie contentieuse et après épuisement des voies de recours internes⁵⁹ ». L’affirmation du grand arrêt n’a pas vieilli si l’on excepte le fait que depuis l’entrée en vigueur du protocole 11 il n’y a plus que la Cour qui « *entre en jeu* » après l’observation de cette règle.

67. Empruntée au mécanisme classique de la protection diplomatique, cette règle inscrite aujourd’hui à l’article 35 §1 de la Convention a pour finalité de « *ménager aux Etats contractants l’occasion de prévenir ou de redresser les violations alléguées contre eux avant qu’elles ne soient soumises à la Cour*⁶⁰ ». En substance, elle signifie que pour qu’une requête soit déclarée recevable il faut que les griefs qu’elle comporte aient été préalablement soumis aux autorités nationales selon les voies de recours utiles. Cette règle fonde le principe de subsidiarité qui opère un partage entre la mission des autorités nationales et celle assignée au mécanisme international. Aux premières revient la charge d’assurer la jouissance et le plein

⁵⁹ *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 Décembre 1976, série A n°24, § 48 ; H. PETZOLD – The convention and the principle of subsidiarity, in R. S. J. MACDONALD et al. – *The European system for the protection of human rights*, Kluwer Academics Publishers, 1993, p. 39.

⁶⁰ *Arslan c. Turquie*, 8 septembre 1999, n° 23462/94, § 33 ; *Cardot c. France*, 19 mars 1991 série A n°200, § 36 ; *Remli c. France*, 23 avril 1996, Recueil 1996-II, § 33 ; *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, 18 Juin 1971, op. cit., § 50 ; *Guzzardi c. Italie*, 6 novembre 1980, série A n°39, § 72 ; *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, série A n°32, § 18 ; *Erdoğdu c. Turquie*, 15 juin 2000, Recueil 2000-VI, § 40.

exercice des droits ainsi que de corriger et de sanctionner les violations constatées. Le recours international revêt ainsi un caractère complémentaire car il n'est ouvert qu'en cas de défaillance du système interne de garantie et seulement si aucune voie de droit utile n'a donné satisfaction au titulaire des droits. Il faut y voir une règle d'efficacité dans la mesure où les Etats se sont à la fois engagés à respecter les droits conférés par la Convention et à redresser selon les règles de droit interne les manquements qu'ils subissent.

68. Ce mécanisme commode de garantie est interprété comme un facteur de limitation de la protection judiciaire internationale. La Cour estime que le principe de subsidiarité restreint sa compétence d'établissement des faits : « *il n'entre pas en principe dans ses attributions de substituer sa propre vision des faits à celle des cours et tribunaux nationaux, auxquels il appartient de peser les données recueillies par eux*⁶¹ ». « *Il ne lui appartient pas de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne* », d'ailleurs, la Convention « *ne régleme pas (...) l'admissibilité des preuves ou leur appréciation, matière qui relève (...) au premier chef du droit interne et des juridictions nationales*⁶² ».

69. Autant dire qu'elle applique une véritable présomption de régularité des faits retenus par les juridictions nationales. Or, cette présomption peut sembler *a priori* inadéquate à la mission qui lui est dévolue en particulier aux yeux du titulaire des droits de l'homme qui, alors que les juridictions internes ont refusé de reconnaître une violation qui lui paraît certaine, s'adresse à son dernier juge en espérant remettre en cause l'ensemble des points du litige y compris les questions de fait. Elle paraît également ne pas convenir au juriste qui sait que la Cour impose aux juges internes d'assurer un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve au titre du respect du droit à un tribunal. Elle est ainsi le signe d'un décalage entre les principes scandés par le fond du droit et la pratique observable au palais des droits de l'homme.

70. Cette limitation n'est pas sans rappeler que la Cour est constamment aux prises avec un handicap encore plus terrible. Sans doute voudrait-elle parfois faire toute la lumière sur des faits qui lui semblent troubles et s'enquérir personnellement de la situation controversée, mais quelle que soit la hauteur de ces fins elle demeure prisonnière de la modestie de ses moyens. Quoiqu'elle soit habilitée à procéder à une visite *in situ*, écouter des

⁶¹ Klaas c. Allemagne 22 septembre 1993 série A n°269, § 29 ; Ribitsch c. Autriche du 4 décembre 1995, série A n° 336, p. 24, § 32 ; Erdagöz c. Turquie, 22 octobre 1997, Recueil 1997-VI, § 48.

⁶² Schenk c. Suisse, 12 juillet 1988, série A n° 140, §§ 45-46 ; Edwards c. Royaume-Uni, 16 décembre 1992, série A n°247-B, § 34 ; Saïdi c. France, 20 septembre 1993, série A n° 261-C, § 43 ; Mantovanelli c. France, 18 mars 1997, Recueil 1997-II, § 34.

témoins ou des personnes qui ne se verront pas reconnaître cette qualité, faute de moyens suffisants, elle ne peut décider de se lancer dans une entreprise de collecte d'informations qui peut apparaître d'autant plus pénible qu'elle concerne généralement des faits qui se sont déroulés depuis si longtemps qu'il n'est plus possible de recueillir des indices fiables et utilisables dans un procès. La difficulté est encore aggravée par le flot croissant des requêtes dont elle est saisie et qu'elle doit traiter dans un délai raisonnable sous peine de violer une des exigences fondamentales du procès équitable.

71. C'est là une conséquence inéluctable de la démesure du projet de soumettre l'ensemble des pays du Conseil de l'Europe à une juridiction internationale unique. Aussi faut-il admettre que la Cour ne peut se comporter comme un juge de première instance pour chaque litige qui lui est soumis. C'est une limite inhérente à l'ampleur de sa mission, une imperfection qui reste souvent dissimulée parmi les différents instruments juridiques destinés à parfaire l'information de la Cour sur les données du litige.

72. D'un côté la volonté de garantir la jouissance du droit à un tribunal par l'examen effectif des offres de preuve, de l'autre la carence des moyens d'autant plus pénible qu'elle semble grossie par la pression du délai raisonnable. C'est dire combien l'établissement des faits est pour la Cour un ensemble d'opérations aussi complexes que délicates et combien la problématique de la preuve se pose en des termes spécifiques devant la Cour.

2 – L'inégalité initiale des parties

73. Un juriste pointilleux ne manquera pas de relever que la personnalité des parties ne figure pas au nombre des caractéristiques du recours *stricto sensu*. Sans méconnaître la portée de cette objection, il faut tout de même admettre que les règles juridiques qui forment les recours se caractérisent notamment par leur adaptation aux litiges pour lesquels elles ont été conçues. En quelque sorte, elles sont bien plus transparentes lorsque l'on a saisi l'objet qui leur est destiné, et ce n'est pas peu dire que d'indiquer qu'en matière de droits de l'homme toute réflexion qui touche à la procédure doit considérer les contraintes issues de la confrontation de la puissance publique et de l'individu.

74. A cet égard, il importe de constater que le contentieux des droits de l'homme est fondamentalement inégalitaire. Cela signifie que l'inégalité ordinaire des sujets qui s'opposent en qualité de parties est la source et la substance même du litige soumis à la Cour et que ce rapport est si important qu'il ne peut être complètement anéanti par l'application des principes du procès équitable. Il faut en effet rappeler que l'une des innovations les plus

caractéristiques de la Convention européenne des droits de l'homme est d'avoir ouvert le prétoire d'une juridiction internationale aux individus afin de garantir au mieux la protection des droits qu'elle leur confère⁶³. Elle n'a pas pour autant exclu l'existence d'un contentieux interétatique puisqu'elle permet à tout Etat partie de saisir la Cour à l'encontre d'un autre Etat partie dont la conduite ne paraît pas conforme aux exigences inscrites dans la Convention⁶⁴. Cependant, ce type de litige est extrêmement rare et le contentieux individuel demeure la source principale des affaires soumises à la Cour européenne des droits de l'homme.

75. Or, ces litiges sont marqués par la disproportion des rapports ante-judiciaires des parties. Cette inégalité des moyens, qui est la justification première de la revendication et de la reconnaissance juridique des droits de l'homme, se traduit au plan contentieux par un inégal accès aux preuves utiles à la solution du litige. En effet, lorsqu'une personne se prétend victime d'une violation de la Convention, elle se heurte à la difficulté de se procurer tous les documents *lato sensu* susceptibles de fonder ses allégations. En règle générale, ils sont détenus par les autorités nationales qui peuvent montrer quelques réticences à les produire ou encore tenter de décourager le requérant de poursuivre son action. Comment prouver que l'on a été victime de brutalités policières contraires à l'article 3 de la Convention quand les seuls témoins sont ceux qui activement ou passivement ont participé à cette violation ? Comment contester l'équité d'un procès sans requérir les pièces des juridictions suspectées ?

76. Bien entendu, ce déséquilibre varie en intensité en fonction des faits qui sont débattus et surtout, lorsque l'affaire est portée devant la Cour, il peut avoir été atténué ou tout simplement effacé en raison de la diligence des parties et des autorités nationales durant l'épuisement des voies de recours internes. Pour autant, l'inégalité demeure un des traits caractéristiques de la confrontation judiciaire relative à l'application des droits de l'homme.

77. Le système probatoire doit nécessairement tenir en échec cette supériorité de fait sous peine de faire du procès un simulacre de justice en fournissant à l'Etat un autre moyen de briser l'aspiration naturelle à la liberté. L'exigence est d'autant plus impérieuse que le palais des droits de l'homme est comparable au dernier rempart offert à l'individu qui ne peut y accéder qu'après avoir présenté sans succès ses plaintes aux autorités nationales.

§ 2 – *La preuve au regard de la logique de l'effectivité des droits*

⁶³ Article 34 de la Convention.

⁶⁴ Article 33 de la Convention.

78. La surveillance serait de pure forme si elle ne permettait pas aux titulaires des libertés fondamentales de faire valoir utilement leur droit. Cette exigence d'effectivité qui est à la base même de la création de la Cour doit étendre ses conséquences dans la qualité de la protection offerte. Aussi est-elle l'une des principales sinon la principale orientation de sa jurisprudence.

79. Dès lors, pour contribuer à une théorie de la preuve il paraît indispensable de présenter l'affirmation de la logique de l'effectivité des droits (A), avant de s'enquérir les enjeux d'une contribution à une théorie de la preuve (B).

A – L'affirmation de la logique de l'effectivité des droits

80. L'œuvre de la Cour européenne des droits de l'homme a consisté à développer les droits proclamés par la Convention en recherchant constamment le respect de leur effectivité. Aussi est-il possible d'affirmer qu'il s'agit de l'orientation majeure de sa jurisprudence dont il convient de relever les manifestations essentielles. S'agissant de données connues et largement étudiées dans la littérature relative au droit européen des droits de l'homme, on se bornera à la présentation de quelques morceaux choisis tant pour leur exemplarité que pour l'unanimité qu'ils suscitent en doctrine.

81. Le juge international de la Convention s'est très tôt départi des principes et des doctrines en vigueur dans le droit international public - considéré comme ensemble de règles et comme discours scientifique décrivant cet ensemble de règles - avec pour dessein d'écarter les obstacles s'opposant à la défense des droits de l'homme. Avec l'aide de la Commission, il a mené cette action sur le plan de la procédure en faisant peu à peu une place à l'individu face à l'Etat dans l'instance. Plus tard, le texte de la Convention est venu officialiser et amplifier ce mouvement né d'une pratique bienveillante établie sur la base de règlements de procédure plus hardis que le traité qu'ils devaient concrétiser. Sur le plan de l'interprétation, la Cour n'a pas recouru aux directives favorables à la souveraineté des Etats en entendant de manière large et dynamique le rôle qui lui est assigné⁶⁵.

⁶⁵ P. WACHSMANN – Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme, in S.F.D.I – *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, p. 193-194 ; F. OST – Les directives d'interprétation adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme. L'esprit plutôt que la lettre ?, in M. VAN DE KERCHOVE et F. OST (Ed.) – *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, 1990, p. 237-323 ; ROLLAND P. – Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme, in D. ROUSSEAU et F. SUDRE (Ed.) – *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, Montpellier 20-21 janvier 1989, édition S.T.H, 1989, p. 66 ; S. VAN DROOGHENBROECK – *La*

82. De cette conception naquirent des obligations positives en vertu desquelles l'engagement international n'implique pas uniquement une interdiction de pénétrer dans la sphère juridiquement protégée de l'individu, mais également une injonction d'agir dans le but de favoriser et de protéger le plein exercice des droits⁶⁶. Vint également le principe de l'interprétation restrictive de la limitation des droits qui signifie que toutes les clauses qui autorisent l'Etat à réduire les droits sur le fondement de motifs énumérés dans le texte de la Convention doivent faire l'objet d'une interprétation stricte. Dans cette optique, la Cour fit usage de toutes les méthodes d'interprétation qui permettent de préciser les implications des droits consacrés au point de faire apparaître des garanties vraisemblablement inconnues des auteurs de 1950.

83. Selon l'arrêt Airey « *la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs*⁶⁷ ». D'une certaine manière, cette affirmation guide l'ensemble de la jurisprudence de la Cour. C'est cette orientation récurrente, sinon permanente, que l'on désignera sous le nom de logique de l'effectivité des droits. Cette logique est un mouvement qui se voudrait irrésistible et inéluctable et qui traduit la volonté de la Cour d'inscrire dans la réalité juridique les idéaux qui sont au fondement de la Convention. Elle constitue le point de repère de l'analyse de l'usage et de l'incidence de la preuve pour la protection des droits de l'homme.

84. Pour mener l'entreprise à bien, encore faut-il disposer d'une approche plus précise de cette orientation jurisprudentielle en tentant de cerner davantage ce que l'on peut entendre par effectivité des droits. Pour ce faire, il n'est pas nécessaire d'édifier une importante construction théorique ; il est possible de commencer par une simple discussion des sens du terme tels qu'ils se manifestent dans la jurisprudence. L'effectivité est fréquemment présente dans le discours de la Cour, à la fois parce que la Convention utilise l'expression de recours effectifs mais aussi parce qu'elle l'utilise comme le mot d'ordre de son activité.

85. Pour elle, « *il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les droits pratiques et effectifs, et non théoriques et illusoire*⁶⁸ », et de manière plus explicite, elle garantit le droit à un recours effectif, le droit à

proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, prendre une idée simple au sérieux, Bruxelles, Bruylant, Presses de la Faculté de Saint-Louis, 2001 ; O. DE SCHUTTER – L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme : un essai en démolition, *R.D.S.D.P* 1992, p. 83.

⁶⁶ F. SUDRE – Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme, *R.T.D.H* 1995, p. 364.

⁶⁷ Airey c. Irlande, 9 Octobre 1979, série A n° 32, § 24 ; Luedicke, Belkacem et Koç, 28 novembre 1978, série A n° 29, § 42 ; Artico c. Italie, 13 mai 1980, série A n° 37, § 33.

⁶⁸ Stafford c. Royaume-Uni, 28 avril 2002, § 68.

une enquête effective⁶⁹, le droit à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve⁷⁰, de même qu'elle vérifie l'existence d'une vie familiale effective⁷¹

86. Dans toutes ces occurrences l'effectivité s'oppose au concept de virtualité. L'idée dominante est que les droits de l'homme ne doivent pas rester lettres mortes et que tout doit être fait pour que les individus puissent en avoir le plein exercice. Que l'on en juge : une enquête effective au sens de la jurisprudence est une investigation qui comporte toutes les mesures propres à découvrir la vérité. Un recours effectif est une voie de droit qui garantit la clarification des données du litige et le redressement de la violation constatée. On ne peut d'ailleurs s'empêcher de penser que la notion d'effectivité telle qu'employée par la Cour se réfère à l'idée de bonne foi, c'est-à-dire de l'exécution loyale de l'engagement de respecter les droits de l'homme. L'effectivité constitue donc un attribut des droits subjectifs et elle se présente comme l'objectif du contrôle exercé par la Cour.

87. Quels que soient ses mérites, une telle définition ne peut être reprise telle quelle par un essai sur la preuve. Une étude de la preuve est avant tout une observation et une critique des règles et des pratiques relatives à l'établissement des faits. Son matériau principal est l'étude de l'instance, des arrêts et des techniques utilisés par le juge. Or, un tel objet ne peut rien enseigner sur l'effectivité des droits subjectifs. En revanche, elle peut lever le voile sur la réalisation judiciaire de ces droits et singulièrement sur les conditions du contrôle exercé par le juge. A bien y regarder, la question de l'effectivité des droits est un angle mort de l'observation du contentieux qui ne peut guère qu'ouvrir l'observation de l'effectivité du contrôle juridictionnel des engagements souscrits par les Etats.

88. Appréhendé à travers le prisme de la preuve, on peut penser que le contrôle juridictionnel est effectif lorsque la Cour exerce pleinement sa compétence d'établissement des faits. Cela signifie qu'elle utilise les moyens adéquats pour prendre connaissance de tous les éléments pertinents de la situation litigieuse afin de vérifier la compatibilité de l'attitude de l'Etat par rapport à la Convention. Ces moyens sont de nature très diverses : il peut s'agir

⁶⁹ Mc Cann et autres c. Royaume-Uni, 27 septembre 1995, op. cit., § 161, Kaya c. Turquie, 19 février 1998, Recueil 1998-I, § 105 ; Aydin c. Turquie, op. cit., § 107 ; Akdivar et autres c. Turquie, 16 septembre 1996, Recueil 1996-IV.

⁷⁰ Kraska c. Suisse, 19 avril 1993, série A n° 254-B, p. 49, § 30 ; voir également l'arrêt Van de Hurk, 19 avril 1994, série A n° 288, p. 19, § 59, observations P. TAVERNIER, in E. DECAUX ; P. TAVERNIER et al. - Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 1994), *J.D.I* 1995, p. 759-760. « *La Convention ne vise pas à garantir des droits théoriques ou illusoire mais des droits concrets et effectifs*⁷⁰. Il en résulte que le droit de présenter des observations garanti aux parties par l'article 6 par. 1 (art.6-1) de la Convention ne peut passer pour effectif que si ces observations sont vraiment « entendues », c'est-à-dire dûment examinées par le tribunal saisi » ; Voir les arrêts Dulaurans c. France, 21 mars 1994, § 33 ; Quadrelli c. Italie, 11 janvier 2000, § 34.

⁷¹ Amrollahi c. Damemark, 11 juillet 2002, § 39.

des moyens procéduraux comme l'usage des pouvoirs d'enquête qu'elle a précisés dans son règlement de procédure, il peut s'agir de moyens techniques comme le contrôle de la pertinence des argumentations présentées ou l'attribution de la charge de la preuve.

89. Bien plus, l'usage de la preuve réagit sur le fond du droit et dans la mesure où il permet parfois de donner l'avantage à un plaideur, de rendre difficile ou facile la reconnaissance de la violation d'un droit, il est important de prendre la mesure des conséquences qu'il entraîne sur la valeur des droits protégés par la Convention. Bénéficient-ils tous du même régime ? Pourquoi ce régime varie-t-il ? Quels enseignements tirés sur le plan théorique ? Il n'est pas utile de poursuivre davantage cette série de questions au stade de l'introduction, on espère seulement qu'elle aura laissé entrevoir combien les enjeux liés à la preuve sont multiples et inattendus.

B – Les enjeux d'une contribution à une théorie de la preuve devant la Cour

90. La preuve se trouve dès lors à la croisée de plusieurs questionnements étroitement imbriqués. C'est en les résolvant que l'on mesure combien la preuve est au service de l'effectivité des droits de l'homme. La démonstration de ce point de vue constitue en grande partie la problématique de l'étude (1) dont il convient de préciser les méthodes (2) ainsi que la démarche générale qui guidera sa présentation (2).

1 – La problématique de l'étude

91. L'ambition de cette contribution n'est pas de faire une théorie générale de la preuve qui consiste à indiquer de quelle manière les opérations de preuve se déroulent devant la Cour. Si elle ne délaisse pas les détails de la procédure, elle s'attache plutôt à interpréter les usages de la preuve afin de tirer le plus d'informations possibles sur la protection assurée par la Cour et, prenant JHERING au mot, se servir de la preuve comme un indicateur de la valeur des droits de l'homme. Elle souhaite dévoiler un aspect méconnu de l'activité de la Cour afin de montrer qu'au-delà des interprétations audacieuses et des grandes décisions qui ont fait la renommée de la juridiction, la qualité de la protection qu'elle assure est étroitement liée à la mise en mouvement du système probatoire.

92. Sur le plan théorique, elle s'inscrit dans l'étude des rapports de la technique juridique et des buts poursuivis par l'interprète du droit. De même qu'un artisan choisit ses outils en fonction de l'œuvre qu'il veut réaliser, le juge ne peut atteindre les fins qu'il vise que s'il dispose de méthodes adaptées. Tous les juges ont en partage un large éventail de techniques probatoires offert par le droit passé ou contemporain et il appartient à chacun de procéder aux ajustements nécessaires à l'accomplissement de sa mission. A l'inverse du bel ouvrage du professeur PERROT, la présente réflexion souhaite révéler l'influence de la volonté sur les techniques mises en œuvre par l'interprète du droit⁷². En l'occurrence, il s'agit de dresser le panorama des aménagements apportés par la Cour pour servir la logique de l'effectivité des droits et de montrer que l'emploi d'un procédé usuel présente une signification originale ou entraîne une conséquence inédite dans le cadre de la garantie européenne des droits de l'homme. Bien entendu, ce serait folie que d'omettre de souligner les améliorations possibles et de s'interdire d'apprécier les incidences de l'usage de la preuve sur la valeur de la protection en général.

93. Vouloir ainsi restituer à la preuve la part qui lui revient dans l'œuvre de la Cour conduit nécessairement à faire l'état des connaissances sur le mécanisme probatoire. La dimension rhétorique, les aspects stratégiques, la théorie des jeux, l'approche mathématique, aucun angle d'attaque ne sera omis s'il peut éclairer la signification de l'usage de la preuve par la Cour européenne des droits de l'homme⁷³. Le paradigme est vaste, mais loin de constituer une lourdeur pour l'analyse, elle est censée la vivifier et rendre compte de la méthode qui l'a servie pendant que l'on présente ses résultats.

⁷² R. PERROT – *De l'influence des techniques sur le but des institutions*, Paris, Sirey, 1947 ; voir également F. TERRE – *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, L.G.D.J, 1956.

⁷³ Selon que l'on conçoive le raisonnement judiciaire en partisan de la logique formelle ou de nouvelle rhétorique les présentations qui peuvent en être faites divergent. Voir sur ce point : H. JAEGER – La logique de la preuve judiciaire et la philosophie du jugement, *A.P.D* 1966, Tome11, p. 59.

S'agissant des partisans de la logique formelle, ils appréhendent l'argumentation judiciaire au travers de formules rigides qui réduisent l'acte de juger en une pure déduction. Sur ce courant, le lecteur pourra utilement consulter : G. KALINOWSKY – *Introduction à la logique juridique*, Paris, P.U.F, 1965. Plus récemment, le débat prend un tour nouveau avec les recherches anglo-saxonnes ; M. O. FINKELSTEIN et W.B. FAIRLEY – Bayesian approach to identification evidence, *H.L.R* 1970, vol. 83, p. 489 ; L. H. TRIBE – Trial by mathematics : precision and ritual in the legal process, *H.L.R.* 1971, vol. 84, p. 1329. Pour une vue d'ensemble de l'approche mathématique de la preuve, J. D. JACKSON – Analysing the new evidence scholarship : towards a new conception of the law of evidence, *O.J.L.S* 1996, vol. 16, p. 309.

S'agissant des tenants de la rhétorique, faisant appel aux notions de valeurs, de justice, de raisonnable, entreprennent « *l'étude des techniques discursives visant à provoquer ou à accroître l'adhésion à des thèses présentées à un certain auditoire* ». C. PERELMAN – *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979, 2ème édition, p. 114. Pour une conception sensiblement différente mais qui relève d'une démarche similaire : B. S. JACKSON – *Law, fact and narrative coherence*, Deborah Charles Publication, 1988. La citation est empruntée à C. PERELMAN – *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, op. cit., p. 114.

2 – La méthode

94. La littérature juridique enseigne peu sur la preuve devant la Cour, d'où la nécessité de procéder à un repérage systématique de chaque élément se rapportant à la preuve dans les arrêts rendus par la juridiction depuis sa naissance afin de les mettre en rapport avec les questionnements centraux de la protection européenne des droits de l'homme.

95. L'intention scientifique recommande aussi que l'on adopte une approche comparative afin d'illustrer l'originalité de l'œuvre de la Cour. Il ne s'agit pas seulement de distinguer le système probatoire de la Cour d'autres mécanismes de preuves existant en droit international, mais plus largement d'user du paradigme du droit processuel pour approfondir les concepts et affiner autant que possible les outils d'observation de la pratique de la Cour⁷⁴.

96. Cette optique est d'autant plus indiquée que la procédure de la Cour emprunte aux modèles nationaux dont elle marie, de manière peut-être inégale, les traditions judiciaires. La comparaison demeure également pertinente de ce point de vue avec d'autres juridictions internationales dans la mesure où quelques rouages du mécanisme probatoire sont comparables d'une juridiction à l'autre : emprunts volontaires, sacrifices à l'air du temps ou simples convergences ? Même si la réponse n'est pas toujours certaine, ce serait une erreur d'ignorer l'existence de ces interrogations.

97. Bien plus, débordant quelque peu le cadre procédural, la comparaison devra également concerner les raisonnements intellectuels et les procédés techniques à l'œuvre dans le système probatoire. Il faut en effet rappeler que le droit de la preuve, principalement lorsque l'on aborde le problème de l'attribution de la charge de la preuve, atteste de la

⁷⁴ La référence au paradigme peut sembler exagérée car, si le droit processuel, entendu comme l'étude comparée des procédures, n'est pas une discipline nouvelle, c'est en vain que l'on chercherait, au sein des ouvrages et articles qu'elle a suscités l'ébauche d'une théorie générale susceptible de lui fournir un statut épistémologique. Il est difficile de dater la naissance de ce type de recherche, il n'y a guère d'exemple ancien hormis, L. ROYERE – *Parallèle entre la procédure des actions administratives et la procédure judiciaire*, Thèse Paris 1901; mais il semble prendre son essor à partir de l'après guerre : H. VIZIOZ – *Etude de procédure*, Bordeaux, Bière, 1956; Voir également C. DEBBASCH – *Procédure civile et procédure administrative contentieuse*, Paris, LGDJ 1964. Par exemple; R. CHAPUS – De l'office du juge: contentieux administratif et nouvelle procédure civile, *E.D.C.E* 1977-1978; fasc n° 29 ; W. BARANES, M-A FRISON-ROCHE et J-H ROBERT – Pour le droit processuel, *D.* 1993 Chronique III.

Pourtant, tous ces travaux ont contribué à constituer un ensemble de méthodes et de théories qui donnent à la matière une dimension scientifique incontestable. La publication d'un ouvrage récent - intitulé « droit processuel, droit commun du procès » - le confirme de manière éclatante et enrichit la matière tant du point de vue de la connaissance du droit positif que de la théorie. S. GUINCHARD ; M. BANDRAC ; X. LAGARDE ; M. DOUCHY – *Droit processuel, droit commun du procès*, Paris, Dalloz, 2001. Pendant longtemps le grand ouvrage du droit processuel était celui de H. MOTULSKY – *Droit processuel*, Cours recueillis par M. CAPEL, Monchrestien 1973, peut être également signalé l'ouvrage de R. MARTIN : R. MARTIN – *Théorie générale du procès*, Paris, Editions juridiques et techniques, 1984.

confluence des règles de fond et de procédure avec un relief particulier qui oblige à s'émanciper des confrontations procédurales.

98. Dans cette perspective, il semble naturel d'établir un rapprochement quasi-systématique avec le système probatoire de la Cour interaméricaine des droits de l'homme tant cette institution est semblable à la Cour européenne des droits de l'homme. Conçue à l'exemple du modèle strasbourgeois de 1950, cette juridiction internationale assure le contrôle de l'application de la Convention américaine des droits de l'homme. Les individus peuvent la saisir par l'intermédiaire de la Commission interaméricaine des droits de l'homme qui est notamment chargée de l'établissement des faits utiles au règlement du différend. La juridiction de San José fournit un précieux référent aussi bien en ce qui concerne l'étude des méthodes juridictionnelles que l'organisation et le déroulement de l'instance dans le cadre de la protection internationale des droits de l'homme⁷⁵. D'ailleurs, sur le plan de la preuve, les comparaisons sont d'autant plus fécondes que la juridiction de San José s'est toujours montrée plus hardie que son homologue européen.

3 – Le plan de l'étude

99. L'intention de cette thèse est de montrer que la preuve est un instrument de la recherche l'effectivité du contrôle que la Cour exerce sur le respect de la Convention. Pour ce faire, c'est-à-dire pour faire apparaître de quelle manière la logique de l'effectivité des droits a exercé son emprise sur le système probatoire il convient d'envisager l'action du juge à partir d'une dichotomie simple qui oppose le droit à la preuve à la charge de la preuve.

100. Le droit à la preuve est la faculté de produire des preuves au cours de l'instance tandis que la charge de la preuve désigne une technique qui permet au juge d'indiquer la

⁷⁵ Par une résolution en date du 24 novembre 2000, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a adopté un nouveau règlement de procédure entré en vigueur le 1^{er} juin 2001. Au regard de la preuve, ses apports principaux sont l'attribution d'un *locus standi* aux victimes, à leurs proches et à leur représentants légaux ainsi que l'introduction de deux nouvelles normes dans l'article 43 consacré à l'admission des preuves : la première posée par l'article 43 § 2, prévoit que les preuves présentées devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme doivent être incorporées au dossier déposé devant la juridiction sous réserve qu'elles aient été produites au cours d'une procédure contradictoire, à moins que la Cour [interaméricaine] décide de les répéter. Quant à la seconde, inscrite à l'article 43 § 4, elle se borne à prendre acte de l'évolution du statut de l'individu en rappelant – à l'aide de renvois à d'autres articles du même texte – que la victime, ses proches et ses représentants dûment accrédités pourront verser des preuves au dossier.

Cependant, toutes les affaires citées dans cet ouvrage furent examinées sous l'empire du règlement adopté le 16 septembre 1996 ou des règlements antérieurs. Ce texte servira de base à la comparaison mais l'on n'omettra pas de faire référence aux nouvelles dispositions.

Voir, CANCADO TRINDADE A. A – Rapport adressé à la Commission des questions juridiques et politiques du conseil permanent de l'Organisation des Etats Américains, in COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME – *El sistema de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Tome II, (annexe 10) p. 453, § 35.

partie qui doit verser les preuves au dossier. Si le premier peut-être octroyé à d'autres participants à l'instance que les parties, la charge de la preuve ne concerne que ces dernières. D'une certaine manière, ces deux éléments permettent d'évaluer l'équilibre du procès parce qu'ils conduisent à envisager la confrontation de l'Etat et de l'individu, lorsqu'ils bénéficient de la même faculté d'apporter des preuves pour convaincre le juge et lorsque l'un d'entre eux est sommé de persuader le juge d'un fait donné.

101. Dans ces deux domaines, l'action de la Cour n'est pas la même : elle procède à une application *pro victima* du droit à la preuve (Première partie) alors qu'elle agit avec davantage de nuance dans l'attribution de la charge de la preuve (Deuxième partie).

PREMIERE PARTIE :
L'APPLICATION *PRO VICTIMA* DU DROIT A LA PREUVE

« *L'interprète est un peu comparable au tailleur qui rectifie un vêtement de confection pour éviter les faux plis disgracieux ; sans cesse, il doit modeler les procédés techniques dont il se sert en fonction du but auquel il les destine* »

Roger PERROT – De l'influence des techniques sur le but des institutions, Paris, Sirey, 1947, p. 205.

102. Le droit à la preuve est le premier outil de l'ajustement du système probatoire aux fins de la Convention. S'il permet aux plaideurs de produire à l'instance les preuves qu'ils estiment nécessaires au soutien de leurs prétentions, pour chacun d'eux, l'utilité de son exercice dépend de la pertinence que le juge reconnaît aux offres qu'ils formulent. En effet, selon qu'il les estime pertinentes ou non - c'est-à-dire selon leur aptitude à établir un fait de nature à entraîner l'application de la règle de droit -, le juge retient ou écarte certaines preuves parmi les éléments susceptibles de fonder sa conviction. Or, c'est par l'analyse de la norme qu'elle dégage des stipulations de la Convention que la Cour indique quels sont ses faits opératoires. Il s'ensuit que son pouvoir d'interprétation lui permet de moduler la valeur du droit à la preuve en fonction des intérêts dont elle souhaite assurer la primauté. Dès lors, en définissant les conditions de son efficacité, le juge fait du régime juridique du droit à la preuve un instrument décisif de l'adaptation de la technique au but qu'il poursuit.

103. Obscurci par une notion voisine, et parfois victime d'une interprétation littérale, le droit à la preuve demeure une notion méconnue⁷⁶. Elle se laisse pourtant aisément saisir si on la distingue d'abord du droit *de* la preuve. Le droit à la preuve est un droit de produire des éléments de preuve, alors que le droit *de* la preuve désigne un ensemble plus vaste qui comprend notamment le droit à la preuve⁷⁷. Leur opposition est un peu comparable à celle qui délie le droit subjectif du droit objectif. Il faut ensuite prévenir la confusion qui pourrait résulter d'une acception littérale de l'expression « *droit à la preuve* ». Elle ne veut pas dire que son titulaire a droit au prononcé de mesures d'instruction comme l'audition de témoins ou la production forcée de documents. Ces mesures sont à la discrétion du juge et les

⁷⁶ Elle a pourtant été dégagée par des auteurs de la fin du 19^{ème} siècle ; sur ce point voir en particulier G. GOUBEAUX – Le droit à la preuve, in C. PERELMAN et P. FORIERS (Ed.) – *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 278, note 3.

⁷⁷ Ainsi que le rappelle M. COLSON, « *le droit à la preuve (...) résulte de l'obligation pesant sur les parties de fournir tous les éléments de preuve et, plus généralement, toutes les informations ou communications susceptibles d'éclairer le juge. Il doit être distingué du droit de la preuve qui consiste dans le régime juridique des preuves envisagé dans ses divers aspects* ». Le mot obligation ne doit pas être pris dans un sens étroit. Voir J-P. COLSON – *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, Paris, L.G.D.J, 1970, p. 16, note 1.

bénéficiaires du droit à la preuve sont seulement autorisés à les solliciter. Autrement dit, le droit à la preuve n'est qu'un synonyme du droit de prouver ou droit de faire des offres de preuve⁷⁸.

104. En tant que partie intégrante des principes du procès équitable, il peut d'ailleurs se recommander d'un double fondement illustré notamment par la jurisprudence européenne des droits de l'homme.

105. D'abord, il peut être rattaché au droit à une procédure contradictoire qui implique « *pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations ou pièces produites par l'autre ainsi que de les discuter*⁷⁹ ». Une interprétation extensive conduit à considérer le droit à la preuve comme implicitement contenu par cette garantie procédurale. Elle procède d'un raisonnement simple : « *contredire suppose qu'il soit préalablement dit*⁸⁰ » ; ainsi rien ne s'oppose à ce que la présentation d'observations relève du droit à une procédure contradictoire. Comme les preuves sont indissociables des observations présentées au juge, il n'y a aucune nécessité pratique ou théorique de dégager un droit autonome pensé et consacré pour leurs seuls besoins. Partant, le droit à la preuve dérive du caractère contradictoire de la procédure⁸¹. Cette déduction doctrinale n'est pas ignorée de la jurisprudence de la Cour qui souligne qu'en vertu du caractère contradictoire de l'instance, « *chaque partie doit en principe avoir la faculté (...) de faire connaître les éléments qui sont nécessaires au succès de ses prétentions*⁸² ». Il est assez difficile de nier que les preuves sont « *des éléments nécessaires au succès* » des prétentions dont le juge est saisi. Le droit à la preuve apparaît dès lors comme un droit complémentaire ou corollaire du droit à un procès équitable.

⁷⁸ *Contra*, G. Goubeaux « *c'est un droit d'obtenir des éléments de preuve, qui s'exerce à l'égard de l'adversaire ou des tiers ; c'est un droit de produire les preuves, qui s'adresse, cette fois au juge* » ; in C. PERELMAN et P. FORIERS – *La preuve...*, op. cit, p. 281 ; Voir également, M-A. FRISON-ROCHE – Incidents de procédure. Obligation de concourir à la manifestation de la vérité, Jcl. Procédure civile, Fasc. 620, p. 5 § 23.

⁷⁹ Ruiz Mateos c. Espagne, 23 juin 1993, série A n°262, § 67.

⁸⁰ O. GOHIN – *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, Paris, L.G.D.J, 1988, p. 151.

⁸¹ Cette conception a été exprimée avec moins de nuance par MOTULSKY pour qui le principe du contradictoire est « *l'obligation pour le juge, d'offrir en toute circonstance aux plaideurs la possibilité de lui faire connaître tout ce qui est utile au succès de leurs demandes* ». H. MOTULSKY – *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense*, Mélanges P. ROUBIER, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, p. 192.

⁸² Mantovanelli c. France, 18 mars 1997, Recueil 1997-II, pp. 436, § 33 ; commentaire H. MUSCAT, *A.J.D.A* 1999, p. 173 ; observations E. TAMION, in E. DECAUX ; P. TAVERNIER et al. – *Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 1997)*, *J.D.I* 1998, p. 184 ; observations A. GARAY, *Gazette du Palais* 24 - 27 octobre 1997, p. 80. S'agissant d'une affaire relative à la conformité de la conduite d'une expertise au regard de l'article 6 § 1 de la Convention, ses indications sont certainement applicables aux preuves proprement dites. Voir également, dans un contexte différent, Dulaurans c. France, 21 mars 2000, § 33 : « *La Cour rappelle que le droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, englobe, entre autres, le droit des parties au procès à présenter les observations qu'elles estiment pertinentes pour leur affaire* ».

106. Dans le droit fil de cette conception, une certaine lecture de la jurisprudence européenne peut également le lier au droit à un tribunal. Ce dernier met à la charge de toute juridiction, « *l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties*⁸³ ». La mise en œuvre de cet impératif ne requiert-elle pas que les parties soient admises à formuler des offres de preuve⁸⁴ ? Encore faut-il remarquer que ce fondement est plus incertain que le premier car il touche au droit à la preuve de manière plus indirecte. Il confirme néanmoins que la jurisprudence européenne ne consacre ce droit de manière expresse et clairement indépendante d'une autre garantie.

107. Une telle présentation ne manque pas de susciter des interrogations sur les caractères du droit à la preuve. Est-il un droit complémentaire ? Se greffe-t-il de manière originale sur les autres droits ou peut-il prétendre à l'autonomie ? Et d'abord, peut-on le dissocier du droit à un tribunal et du droit à une procédure contradictoire ? Sans qu'il soit besoin de nier les liens logiques établis, on peut avancer qu'il s'agit bien de droits distincts.

108. Au regard du droit à un tribunal, il faut noter que la formulation des offres de preuve précède leur examen effectif. L'exercice du droit à la preuve, dans l'instance, est un préalable nécessaire que l'on peut aisément isoler. Une autre distinction peut être faite à partir des actes impliqués par ces deux garanties. D'un côté, le bénéficiaire du droit à la preuve réalise un acte de procédure, de l'autre, il réclame une certaine prestation du tribunal. En somme, la différenciation est relativement aisée si l'on n'adopte pas une définition trop large du droit à un tribunal.

109. En revanche, la démarcation est plus difficile avec le droit à une procédure contradictoire. Comme il est malaisé de s'appuyer à nouveau sur le caractère préalable de l'exercice du droit à la preuve⁸⁵, il est plus efficace de se fonder sur la discordance des

⁸³ Kraska c. Suisse, 19 avril 1993, série A n° 254-B, p. 49, § 30 ; voir également l'arrêt Van de Hurk, 19 avril 1994, série A n° 288, p. 19, § 59, observations P. TAVERNIER, in E. DECAUX ; P. TAVERNIER et al. – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 1994), *J.D.I* 1995, p. 759-760.

⁸⁴ Alors que la Convention n'avait pas encore en France le retentissement que l'on sait, Gilles GOUBEUX précisait déjà : « *c'est à l'égard du juge qu'existe le droit de produire des preuves. Or, le juge a pour mission de trancher les litiges conformément au droit. L'obliger à examiner les preuves proposées par les parties n'est pas attenter à sa liberté ; c'est simplement la conséquence normale de sa mission* ». G. GOUBEUX – Le droit à la preuve, op. cit, p. 293.

⁸⁵ Le droit à la contradiction est un droit à l'information sur les pièces de l'affaire. Il suppose que soit réalisée une condition qui lui est externe, à savoir, la production des pièces. Or, l'aménagement du droit de produire à l'instance est précisément le noyau dur du droit à la preuve, alors qu'elle n'est qu'une condition préalable à la mise en œuvre de la contradiction. Mais une motivation comme celle de l'arrêt Mantovanelli déjà cité, vient brouiller cette frontière. Bien que le droit de produire à l'instance soit toujours étudié dans le cadre des études relatives à la contradiction, son caractère préalable ne manque jamais d'être rappelé. Voir par exemple, G.

champs d'application des deux droits. A la différence de la contradiction, la question du droit à la preuve n'est pas purement procédurale. Elle plonge ses racines dans le droit matériel puisque le contrôle de la pertinence - dont on ne peut la séparer - s'effectue au regard de la norme applicable au différend⁸⁶. La réduction à la seule dimension procédurale ferait de l'activité probatoire une question de pure forme, sans vie et sans objet, et trahirait d'ailleurs la définition de la preuve retenue dans l'introduction.

110. Cette prérogative soumet le système probatoire au choc de deux logiques en apparence contradictoires. D'un côté, la nécessité d'assurer la bonne administration de la justice en offrant aux deux adversaires une égale jouissance de cette garantie procédurale. De l'autre, la volonté d'aménager ses conditions d'exercice afin d'en permettre des usages différenciés plus favorables à la victime qu'à l'Etat. En tant que maître d'œuvre de la protection, la mission de la Cour est de savoir accorder ces exigences d'un bout à l'autre de l'instance. L'illustration de l'effectivité *pro victima* du droit à la preuve consiste avant tout à étudier de quelle manière la Convention réalise cette conciliation. Suivant la dualité du régime juridique du droit à la preuve, l'action du juge va se déployer, tant sur le plan procédural, que sur le fond du droit.

111. Witenberg l'affirmait déjà, « *le droit à la preuve est une condition indispensable à la réalisation de la justice internationale*⁸⁷ ». Mais il déplorait la conception, encore plus vive à son époque, qui déniait à l'individu la qualité de justiciable dans le contentieux international. Ce fut d'ailleurs le premier obstacle posé à la jouissance du droit à la preuve par la victime. Lui refuser l'accès à la Cour, au mépris du principe de l'égalité des armes, revenait à le priver purement et simplement de la possibilité de présenter utilement ses preuves. Les correctifs et les amendements successifs apportés au texte de 1950 et au règlement de procédure de la Cour levèrent progressivement cet obstacle. Ainsi, de nos jours, la victime devenue partie, bénéficie du droit à la preuve dans les mêmes conditions que l'Etat, sur la base des dispositions du règlement de procédure⁸⁸.

COUCHEZ – Le principe de la contradiction, Jcl. Procédure civile, Fasc. 114, p. 5 § 22 ; O. GOHIN – *La contradiction...*, op. cit., p. 163.

⁸⁶On pourrait objecter que dans certains droits, comme le contentieux administratif français, le principe du contradictoire a également un champ d'application matériel puisqu'il ne vaut que pas pour les pièces ne comportant aucun élément nouveau. Toutefois, cette objection ne porte pas. En effet, pour la contradiction, l'appréciation de la présence d'éléments nouveaux procède d'une comparaison de ces pièces entre elles. En revanche, pour le droit à la preuve, le champ matériel résulte de l'analyse de la norme applicable au litige.

⁸⁷J.C. WITENBERG – La théorie des preuves devant les juridictions internationales, *R.C.A.D.I.*, 1936-II, p. 22.

⁸⁸Pour les requêtes étatiques l'article 46 g) ; et pour les requêtes individuelles voir les articles 47 § 1 h) et 47 § 2 a).

112. Ce petit épisode de la vie de la Convention montre combien les garanties procédurales sont solidaires et qu'il n'est guère possible de concevoir la pleine effectivité du droit à la preuve sans le respect de l'ensemble des principes du procès équitable. Cela ne peut guère surprendre si l'on se souvient que la preuve est au centre de la procédure. Dès lors, la démonstration de l'orientation *pro victima* du droit à la preuve ne peut se borner à considérer cette seule prérogative. Intéressant l'ensemble des droits des parties, elle doit affiner sa perspective en s'interrogeant sur l'effectivité des exigences procédurales du droit à la preuve.

113. S'agissant du droit matériel, son aménagement est décisif. Le procès serait inéquitable s'il était organisé de telle sorte qu'une partie - même s'il s'agit de la victime - se voit assurer une victoire certaine sur la seule base des règles de procédure *stricto sensu*. C'est donc par l'influence exercée sur le fond du droit que le juge pourra créer les conditions des usages différenciés du droit à la preuve. En déterminant les faits opératoires de la règle de droit, il pourra notamment épargner à la victime la preuve d'un fait *a priori* difficile à établir en lui substituant celle d'un autre plus facile à démontrer. Par le choix des standards de preuve qu'il utilise il pourra se montrer plus exigeant pour la preuve de la justification des ingérences de l'Etat dans l'exercice d'un droit que pour la preuve de la violation proprement dite. Mais, il pourra également, par un usage inadéquat des multiples instruments dont il dispose, se départir de la logique de l'effectivité des droits et donner de l'ampleur à la marge d'appréciation laissée aux gouvernants. C'est dire l'importance et la délicatesse de son action sur le fond du droit à la preuve.

114. Plus largement, cette problématique est celle de la détermination du champ d'application matériel de cette garantie. C'est en le modulant que la Cour peut favoriser, réduire ou anéantir l'effectivité des droits. Il signifie que l'on ne peut tout prouver, seule la preuve utile, satisfaisant à certains critères, peut retenir l'attention de la Cour. Paradoxalement, ce vecteur de l'effectivité des droits apparaît donc sous une forme négative. Autrement dit, c'est en se jouant des limites de fond du droit à la preuve que la Cour affirme l'effectivité des droits de l'homme.

115. Dès lors, l'illustration et l'analyse de l'application *pro victima* du droit à la preuve soulèvent deux problématiques d'une égale importance, d'une part celle de l'ajustement des garanties procédurales du droit à la preuve (Titre I) et d'autre part celle de la dynamique des principes de fond (Titre II).

Titre I - L'ajustement des garanties procédurales du droit à la preuve

116. Pour faire vivre le principe de l'application *pro victima* du droit à la preuve, le système probatoire a d'abord modelé le cadre procédural du débat judiciaire. Cette action s'est exercée sur les règles qui, tout en gouvernant l'organisation et le déroulement du procès, permettent la mise en œuvre effective du droit à la preuve. Aussi est-il légitime de parler de garanties procédurales du droit à la preuve, puisque l'effectivité de ce droit est étroitement liée au régime juridique des autres normes procédurales. L'étude de leur évolution commande que l'on délimite, au sein du droit procédural, quels éléments ont joué un rôle dans cet ajustement salvateur.

117. D'abord, il faut observer que la question de la nature objective ou subjective du recours ne retiendra pas l'attention dans la mesure où elle concerne la détermination des conditions d'ouverture des recours et la portée de l'autorité de la chose jugée, problématiques situées en amont et en aval du droit à la preuve - droit exercé durant l'instance - et qui ne pèsent pas sur la définition de son régime juridique⁸⁹. Dans le même ordre d'idée, savoir si la Cour remplit une mission constitutionnelle ou non n'enseigne rien ou trop peu sur la conduite de l'instance, domaine d'exercice du droit à la preuve⁹⁰.

118. En revanche, il faut avoir égard au caractère international du procès et au fait qu'il se situe dans la perspective de défense des droits de l'homme. Dans cette optique, il convient de relever deux moments du processus d'ajustement des garanties procédurales du droit à la preuve. En premier lieu, les institutions de la Convention ont rompu avec le modèle de justice internationale interdisant l'accès des individus au débat judiciaire tout en instituant

⁸⁹ Pour une présentation succincte et actuelle de la distinction des contentieux, O. GOHIN – *Contentieux administratif*, 2^{ème} édition, Paris, Litec, 1999, p. 169-174. B. PACTEAU – *Contentieux administratif*, Paris, PUF, droit fondamental, 6^{ème} édition, 2002, p.32. Dans leur traité des recours en matière administrative les professeurs Auby et Drago, indiquent en s'intéressant à la nature objective du recours pour excès de pouvoir notent que « *les règles de preuve (...) montrent que ce recours est considéré à certains égards comme le mode de déclenchement d'un contrôle conforme à l'intérêt général, quelle que soit par ailleurs sa fonction de protection des situations particulières* ». J-M. AUBY et R. DRAGO – *Traité des recours en matière administrative*, Paris, Litec 1992, p. 127. Pour une critique ancienne du lien établi entre régime de preuve et nature du contentieux, voir J-P. COLSON – *L'office du juge et la preuve...*, op. cit., p. 28.

⁹⁰ Voir I. CAMERON – Protocol 11 to the European convention on human rights : the European court of human rights as a constitutional court?, *Y.E.L* 1995, p. 219 ; J-F. FLAUSS – La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle?, in J-F. FLAUSS ; M. DE SALVIA – *La Convention européenne des droits de l'homme : développements récents et nouveaux défis*, Actes de la journée d'études du 30 novembre 1996, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 69 ; du même auteur : Le droit constitutionnel national devant les instances de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme (actualité jurisprudentielle 1994-1995-1996), *R.F.D.C* 1997, p. 377. Il échet de souligner que la Cour a qualifié la Convention d' « *instrument constitutionnel de l'ordre public européen* » Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, série A n° 310, § 75.

un régime d'intervention qui, en dépit de ses imperfections, permet à la Cour de s'enquérir de données plus complètes et plus conformes à l'ampleur de sa mission de protection des droits de l'homme. Parallèlement, elles ont opéré un rapprochement de la procédure de la juridiction internationale avec celles des juridictions nationales en la soumettant aux exigences du procès équitable telles que développées dans la jurisprudence de la Cour.

119. Cependant, presque par nature, les règles procédurales ne peuvent créer des avantages décisifs en faveur de la victime. Elles ont pour objectif principal de servir la bonne administration de la justice en obligeant le juge à traiter les plaideurs sur un pied d'égalité. D'ailleurs, les deux phases identifiées ont largement contribué à établir cet équilibre tout en améliorant les conditions de déroulement de l'instance.

120. Plus précisément, il apparaît qu'elles ont affecté les garanties procédurales du droit à la preuve en réalisant à la fois l'adaptation du statut des titulaires du droit à la preuve aux exigences du contentieux européen des droits de l'homme (Chapitre I) et l'adéquation de ses conditions d'exercice aux exigences générales du procès équitable (Chapitre II).

Chapitre I - L'adaptation du statut des titulaires du droit à la preuve aux particularités du contentieux européen des droits de l'homme

121. Deux traits caractéristiques de la Convention européenne des droits de l'homme exercent une influence particulière sur la jouissance du droit à la preuve.

122. En premier lieu, le droit procédural doit pleinement assumer l'opposition de l'individu et de l'Etat au plan international. En stipulant que seules les Hautes Parties contractantes et la Commission avaient le droit de se présenter devant la Cour, la Convention de 1950 consacrait le principe de l'exclusion du requérant du déroulement de l'instance⁹¹. A l'époque, cette mise à l'écart pouvait se recommander d'une certaine vision du droit qui faisait obstacle à la reconnaissance de la capacité de l'individu au plan international. Cependant, elle ne correspondait pas aux revendications du droit international des droits de l'homme. La victime se voyait refuser le droit de présenter sa cause - et par conséquent ses preuves - dans des conditions équivalentes à celles de l'Etat, au mépris des normes que l'on pouvait légitimement dériver du droit à être entendu équitablement proclamé par l'article 6 § 1 de la Convention. Le bénéfice du droit à un procès équitable devait cesser aux portes de la juridiction internationale de Strasbourg, privant ainsi le requérant d'une condition nécessaire à l'effectivité du droit à la preuve.

123. Ce décalage paradoxal entre les principes scandés par le droit matériel et les règles applicables au dispositif de protection allait peu à peu être réduit par les efforts conjugués de la Commission et de la Cour. Dès son premier arrêt cette dernière a clairement indiqué qu'elle remplirait son office en réajustant le statut du requérant : *« la Cour doit avoir notamment égard au devoir lui incombant de sauvegarder les intérêts de l'individu qui ne peut être Partie devant elle; (...) la procédure organisée devant la Cour, est tournée vers des fins qui concernent le requérant; (...) il est dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice que la Cour puisse connaître et, le cas échéant, prendre en considération le point de*

⁹¹ En son article 44, la Convention de 1950 stipulait : *« Seules les Hautes Parties Contractantes et la Commission ont qualité pour se présenter devant la Cour »*. Voir V. BERGER – Article 44, in L-E PETTITI ; E. DECAUX ; P-H IMBERT (Ed.) – *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, 2^{ème} édition, Paris, Economica, 1999, p. 758. Sur la conception restrictive du contentieux international, en sus des ouvrages généraux cités en bibliographie, voir en particulier ; L. DELBEZ – *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, L.G.D.J, 1962, p. 34-37 ; P-M. DUPUY – L'individu et le droit international, (théorie des droits de l'homme et fondements du droit international), *A.P.D* Tome 32, 1987, p. 128 – 129 ; P. K. MENON – Individual as subjects of international law, *R.D.S.D.P* 1992, p. 301 ; QUOC DINH N. ; DAILLIER P., PELLET A. – *Droit international public*, Paris, L.G.D.J, 6^{ème} édition, 1999, p. 697.

vue du requérant⁹² ». La ligne directrice était tracée : « l'égalité de la position des plaideurs devant le juge (...) imposée par la « droite raison » autant que par la « nature des choses⁹³ » », a droit de cité dans le contentieux européen des droits de l'homme. Loin de relever d'un hypothétique droit naturel, elle trouvera ses prémisses dans les règlements de procédure de la Cour et de la Commission. Il n'est pas exagéré de dire qu'il s'agit de la première manifestation du principe non écrit de l'égalité des armes, principe que la Cour, à la suite de la Commission, ne tardera pas à dégager des impératifs du procès équitable⁹⁴. Selon sa définition jurisprudentielle, il impose aux tribunaux « l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire⁹⁵ ».

124. Tout procès tenu sur le territoire de la Convention, qu'il ait lieu devant le juge national⁹⁶ ou international, entre dans son champ d'application⁹⁷. S'agissant de la Cour, sa mise en œuvre impliquait le dépassement des réticences anciennes de la vision de la justice internationale par une transformation du statut de l'individu au plan contentieux. Contribuant ainsi à l'effectivité du droit à la preuve, l'histoire du système probatoire de la Cour deviendra toute entière celle de l'affermissement de l'égalité des armes.

125. La deuxième particularité qui influence la jouissance du droit à la preuve émane de l'ampleur et de la complexité des enjeux liés à la protection internationale des droits de l'homme. Elle dérive de la mission d'harmonisation des droits internes et de la fonction objective assignée à la Convention. Elle fonde la nécessité d'ouvrir la jouissance du droit à la preuve à d'autres sujets qu'aux parties. En effet, l'examen de la conformité d'une action ou

⁹² Lawless c. Irlande, 14 octobre 1960, série A n° 1, page 15.

⁹³ H. MOTULSKY – Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile, in *Mélanges Paul ROUBIER*, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, p. 181.

⁹⁴ Commission EDH, Szwabowicz c. Suède, 30 juin 1959, Décision n° 434/58, Annuaire de la Convention, vol. II, p. 535 ; Neumeister c. Autriche, 27 juin 1968, Série A n° 8, p. 43 § 22.

⁹⁵ Voir par exemple les arrêts, Bulut c. Autriche, 22 février 1996, Recueil 1996-II, pp. 380-381, § 47 ; Foucher c. France, 18 mars 1997, Recueil 1997-II, p. 452, § 34 ; Nideröst-Huber c. Suisse, 18 février 1997, Recueil 1997-I, p. 115, § 31. Parmi les études du principe, en sus des chroniques de jurisprudence, se reporter à une synthèse ancienne : G. COHEN-JONATHAN – Convention européenne des droits de l'homme et procédure civile, *Répertoire Dalloz, Procédure civile*, p. 16, § 135 à 137 ; voir également : D. JEAN-PIERRE et F. MELIN-SOUCRAMANIEN – Le principe de l'égalité des armes, *Revue de la recherche juridique* 1993-2, p. 490.

⁹⁶ Pour ce qui est du juge national, « l'exigence de "l'égalité des armes", au sens d'un "juste équilibre" entre les parties, vaut en principe aussi bien au civil qu'au pénal » : *Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas*, 27 octobre 1993, série A n° 274, § 33. Son applicabilité s'étend également à l'examen des demandes de mise en liberté provisoire prévu à l'article 5 § 4 de la Convention. Cette solution avait d'abord été refusée par l'arrêt *Neumeister* précité (même paragraphe), confirmée par l'arrêt *Matznetter c. Autriche*, 10 novembre 1969, série A n° 10, § 13. Elle fut remise en cause par la jurisprudence *Sanchez-Reisse c. Suisse*, 21 octobre 1986, série A n° 107, § 51, confirmée par l'arrêt *Kampanis c. Grèce*, 13 juillet 1995, série A n° 318-B, § 47.

⁹⁷ J. G. MERRILS – *The development of international law by the European court of human rights*, Manchester, Manchester university press, 1993, p. 185 : « as a way of showing that the standards demanded of others are no less pertinent to the Strasbourg system, the principle of equality of arms has inspired a major development of the Court's own procedure ».

d'une omission d'un Etat contractant au regard des engagements du traité, par ses effets comme par son contenu, déborde le cadre restreint du différend réglé et concerne l'ensemble de la communauté conventionnelle. Ce résultat est, en partie, la traduction des exigences structurelles de la Convention, traité de garantie collective, adopté dans le but de « réaliser une union plus étroite » entre les Etats membres du Conseil de l'Europe⁹⁸. Cette garantie collective postule la possibilité offerte à tout Etat contractant de se joindre au débat judiciaire qui se déroule devant la Cour.

126. Par ailleurs, le développement de la jurisprudence, en informant l'ensemble du droit interne, intéresse autant les autorités publiques que la société civile - les titulaires des droits, mais également les associations de défense des droits de l'homme⁹⁹. Les enjeux liés à l'affaire portée devant la Cour invitent à élargir davantage le bénéfice du droit à la preuve. Ainsi, toute personne, sous réserve de la réunion de certaines conditions, peut être autorisée à intervenir devant la Cour. Ces intervenants aident le mécanisme de protection à faire face à la complexité des questions qu'il aborde en diversifiant l'origine des éléments de preuve et plus largement, en complétant les données du dossier. Signe de l'importance qui leur est reconnu au sein du dispositif de protection internationale, le statut de l'intervention est aujourd'hui renforcé par son inscription à l'article 36 de la Convention.

127. Par conséquent, pour répondre à l'ampleur de sa mission, le droit procédural avait tout intérêt à affermir l'égalité des armes (section I) et à enrichir la contradiction en élargissant la jouissance du droit à la preuve (section II).

⁹⁸ Selon le mot de D. J. EVRIGENIS, « *Le système de la Convention dans son ensemble est une technique d'harmonisation des droits nationaux des pays contractants* ». D. J. EVRIGENIS – Le rôle de la Convention européenne des droits de l'homme, in M. CAPPELLETTI (Ed.) – *New perspectives for a common law of Europe*, Florence, Publications of The European university institute, 1978, p. 344 ; M. DE SALVIA – L'élaboration d'un « jus commune » des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne : l'œuvre accomplie par la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme, in F. MATSCHER et H. PETZOLD (Ed.) – *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de G. WIARDA*, Köln, Carl Heymans Verlag, 1988, p. 555 ; l'établissement de standards minimum applicables à l'ensemble des parties contractantes a été plus spécialement étudié dans les monographies consacrées à la portée des décisions de la Cour. Voir par exemple, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA – *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, Paris, L.G.D.J, 1997 ; S. BRACONNIER – *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 1997, E. LAMBERT – *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

⁹⁹ Les droits de l'homme, à travers la jurisprudence de la Cour, nourrissent la société démocratique et participent à son développement en recentrant les préoccupations de l'Etat sur l'individu. La Convention est le fruit de certaines valeurs dont la Cour précise au fur et à mesure les extensions concrètes et positives à partir de l'idée qu'elle se fait du patrimoine commun des Etats membres du Conseil de l'Europe. C'est en partie cet aspect de l'œuvre de la Cour que la doctrine qualifie de « *fonction objective des droits fondamentaux* ». Voir par exemple, F. SUDRE – Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : Y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ? in *Liber amicorum M-A Eissen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J, 1995, p. 384. En plaçant ainsi les droits subjectifs au fondement de l'Etat de droit, la Cour investit une grande partie de l'organisation de la vie sociale.

Section I - L'affermissement de l'égalité des armes

128. L'avènement du principe de l'égalité des armes devant la Cour ne coïncide pas avec son affirmation expresse dans l'arrêt Neumeister. Présent de manière implicite comme principe positif, sinon comme idéal, il apparaît dès la première affaire soumise à la juridiction internationale de Strasbourg. Son affermissement consistera en l'augmentation des droits accordés à la victime dans le cadre contentieux afin de compenser le déséquilibre instauré en 1950.

129. Ce développement sera l'œuvre d'une combinaison dynamique des sources du droit de la Convention, règlements de procédure et texte de la Convention proprement dite. Il s'agit d'un processus qui offre une image paradoxale de la hiérarchie des normes. Alors que la Convention ne permettait pas l'accès de l'individu à l'instance internationale, les règlements de procédure, qui sont censés traduire au plan procédural les directives de la Convention, vont l'autoriser. Ainsi, l'application de normes d'autorité juridique inférieure a réduit considérablement la volonté exprimée par les auteurs de la norme suprême de l'ordre juridique conventionnel¹⁰⁰. C'est dire la vitalité du principe de l'égalité des armes au sein de cet ordre et la place fondamentale qu'une étude du système probatoire de la Cour doit lui reconnaître.

130. Cet équilibre sert la jouissance du droit à la preuve à la fois de manière directe et indirecte. De manière directe, il garantit l'effectivité de l'exercice du droit de produire des preuves au cours de l'instance. Le requérant peut donc verser au dossier les éléments qui

¹⁰⁰ Certains auteurs ont d'ailleurs suggéré que la Cour, dans l'exercice de sa compétence procédurale, avait excédé ses pouvoirs. V. P-M. EISENMANN ; V. COUSSIRAT-COUSTERE – La procédure devant les juridictions internationales, in S.F.D.I – *La juridiction internationale permanente*, Paris, Pédone, 1987, p. 123 : « *La limite extrême atteinte par la Cour européenne des droits de l'homme conduit à s'interroger sur « l'excès de pouvoir » dans l'exercice de la compétence procédurale* ».

Ce serait faire une digression à l'étude de la preuve que de présenter les thèses en présence dans les débats perpétuels se rapportant à la hiérarchie des normes. Rappelons simplement que les normes sont le produit de l'interprétation des textes. Dans l'exercice de leurs compétences procédurales, la Cour et la Commission ont adopté des textes qui laissaient le champ libre à la participation de la victime à la procédure. Elles n'ont pas estimé que la mise en œuvre de ces compétences confiées par la Convention était suffisamment déterminée par les conceptions réductrices de la capacité de l'individu au plan international qui avaient présidé à la rédaction de l'article 44. Elles ont fait naître une nouvelle cohérence entre les textes applicables au procès européen des droits de l'homme. Et c'est à partir de cette nouvelle cohérence qu'elles dégagèrent des normes procédurales favorables au requérant. Autrement dit, cet épisode de la vie de la Convention suggère que l'interprétation littérale de l'article 44 n'est jamais parvenue à la positivité, puisque les institutions de contrôle appliquaient des règlements qui faisaient primer d'autres valeurs.

Voir en particulier, H. KELSEN – *La théorie pure du droit*, trad. de la 2^{ème} édition par C. EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962 ; M. TROPER – Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle, *Mélanges C. EISENMANN*, Paris, Cujas, 1975, p. 133 ; P. WACHSMANN – La volonté de l'interprète, *Droits*, n° 28, 1999, p. 29 ; G. TIMSIT – *Gouverner ou juger, blasons de la légalité*, Paris, P.U.F, Les voies du droit, 1995.

fondent son argumentation dans des conditions au moins égales à celle de l'Etat. Il sert le droit à la preuve de manière indirecte en assurant à la victime l'accès au juge de Strasbourg au même titre que l'Etat. Le lien avec le droit à la preuve semble ici plus lointain, mais il faut garder à l'esprit qu'il s'agit d'un préalable nécessaire à l'égalité dans la procédure, et que la participation de l'individu au procès ne peut que renforcer ses possibilités de convaincre le juge de la violation de ses droits. C'est donc au travers la double affirmation d'une égalité qui concerne tant l'accès à la Cour (sous-section 1) que le déroulement de l'instance (sous-section 2) que l'égalité des armes va nourrir l'effectivité *pro victima* du droit à la preuve.

Sous-section 1 - L'affirmation d'un égal accès à la Cour

131. S'agissant d'une évolution bien connue du contentieux européen, il ne s'agira que d'un bref rappel mettant en exergue les relations que l'affirmation de l'égalité d'accès à la Cour entretient avec le droit à la preuve. Alors que la participation du requérant à l'instance n'était pas prévue par la Convention la Commission et la Cour vont profiter des espaces d'interprétation pour venir à bout du verrou conventionnel à travers la confection et l'application des règlements de procédure qu'elles se donnent. A la faveur de véritables « *entorses à la lettre de la Convention*¹⁰¹ », le requérant individuel atteindra la Cour par le truchement des délégués de la Commission. D'abord, il lui sera aménagé progressivement un véritable *locus standi* (§1). Il sera associé à la procédure, sous l'autorité de la Commission, par la faculté de produire des observations ou de répondre aux questions posées par la Cour. Ensuite, l'œuvre sera achevée par la reconnaissance du droit de saisir la Cour, le *jus standi* (§2). La Convention lui reconnaîtra pleinement le droit de saisir la Cour de son propre chef.

¹⁰¹ M-A EISSEN – L'avocat devant la Cour européenne des droits de l'homme, *in Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de G. Wiarda*, Köln, Carl Heymans Verlag, 1988, p. 163.

§ 1 - L'aménagement progressif du locus standi du requérant individuel

132. La revalorisation du statut du requérant dans l'instance utilisera en premier lieu la voie d'une progressive amélioration de sa représentation. Incapable au plan international, il sera placé sous la tutelle de la Commission (A). Durant toute cette période dont on peut fixer la limite au moins jusqu'à l'entrée en vigueur du règlement de procédure de 1982, les institutions de la Convention s'attacheront à créer les conditions de son émancipation (B).

A - Le requérant sous la tutelle de la Commission

133. Tandis qu'elle décidait de saisir la Cour de ses premières affaires, la Commission enrichit son règlement intérieur d'un titre III relatif aux relations qu'elle devait entretenir avec la juridiction. Ce dernier prévoyait notamment la communication de son rapport au requérant¹⁰². C'est en application de ces dispositions que dans l'affaire *Lawless* la victime reçut ledit rapport. Cette situation ne manqua pas de soulever les objections du gouvernement irlandais qui pouvait raisonnablement y voir une attitude trop libérale au regard des engagements qu'il avait contractés en ratifiant la Convention. Les exceptions préliminaires qu'il invoqua donnèrent à la Cour l'occasion, dès sa première affaire, d'interpréter les règles procédurales de la Convention dans un sens favorable à la victime.

134. Elle admit d'abord que la Commission était en droit de communiquer son rapport au requérant, mais que ce dernier ne pouvait le diffuser. Ensuite, elle indiqua les voies et moyens à travers lesquels elle entendait associer l'individu au déroulement de la procédure. C'est ainsi qu'elle consentit à prendre en compte le rapport de la Commission qui faisait nécessairement état des observations du requérant. En outre, elle se montra favorable à l'accueil des observations écrites et orales des conseils de la victime en leur permettant de participer à l'instance en tant que conseils de la Commission. Enfin, elle rappela qu'elle pouvait, à titre de mesure d'instruction, entendre directement la victime et autoriser ou inviter

¹⁰² Article 76 : « lorsqu'une affaire portée devant la Commission en vertu de l'article 25 de la Convention est déférée ensuite à la Cour, le Secrétaire de la Commission en avise immédiatement le requérant. Sauf décision de la Commission en sens contraire, il lui communique également, en temps utile, le rapport de la Commission, en l'informant qu'il a la faculté de présenter à la Commission dans le délai fixé par le Président, ses observations écrites sur ledit rapport. La Commission décide de la suite à donner à ces observations ».

la Commission à lui soumettre ses observations concernant le rapport ou toute autre question déterminée ayant surgi au cours des débats¹⁰³.

135. Dans les arrêts qui suivirent, la Cour ne manqua pas d'exécuter le programme qu'elle avait annoncé en ouvrant à chaque fois davantage les portes de son prétoire au bénéficiaire de sa protection en l'associant à la phase écrite et à la phase orale de la procédure¹⁰⁴. A cet égard, il faut remarquer que la Cour liait la possibilité d'associer le requérant aux hypothèses dans lesquelles son écoute serait nécessaire à l'éclaircissement des faits. D'ou l'intimité presque originelle des questions de preuve et de l'évolution du statut du requérant. Aussi peut-on faire remonter à cette époque la jouissance du droit à la preuve au profit du requérant. En effet, devant la Cour, sous le contrôle des délégués, il pouvait être amené à produire des pièces de son propre chef et se fonder sur des faits nouveaux. Cependant, le risque était néanmoins de limiter à ces seuls aspects la participation de la victime.

136. C'est d'abord sur ce plan que les améliorations apportées par la complicité de la Commission et de la Cour¹⁰⁵ montrèrent leurs limites. L'accès indirect du requérant à la Cour engendrait des situations délicates dans la mesure où elle réduisait les observations des représentants du requérant aux seuls points admis par la Commission. Sans forcer le trait

¹⁰³ Lawless, op. cit., p. 15-16. Voir le commentaire de M-A EISSEN – Le premier arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, « affaire *lawless* » - exception préliminaire et questions de procédure, *A.F.D.I.* 1960, p. 444. Le premier greffier de la Cour suggère que la volonté d'entendre le requérant était déjà inscrite dans le règlement de 1959 qui « employait des termes suffisamment larges - « tout personne » - pour englober le requérant ou un représentant officieux de celui-ci ». Et il ajoute : « nous avons des raisons de penser qu'il ne s'agissait pas d'une inadvertance ». M-A EISSEN – La Cour européenne des droits de l'homme, *R.D.P.*, 1986, p. 1550.

¹⁰⁴ La Cour entendit l'avocat du requérant pour la première fois dans l'affaire De Wilde, Ooms et Versyp, 18 novembre 1970, série A, n° 12, p. 6-8. Assistant les délégués dans l'affaire Schimt et Dahlstorm, le premier requérant, professeur de droit fut admis non seulement à répondre à des questions mais à prononcer une véritable plaidoirie comportant des passages importants relatifs à la preuve ; Schimt et Dahlström c. Suède, 6 février 1976, série A n° 21 ; et en particulier Série B n° 19, 1974-1975, p. 97. La pratique s'est généralisée et les gouvernements cessèrent d'émettre des objections à son encontre. Voir, Van Oosterwijck c. Belgique, 6 novembre 1980, série A n° 40, § 6 ; Corigliano c. Italie, 10 décembre 1982, série A n° 57, § 7 ; Minelli c. Suisse, 25 mars 1983, série A n° 62, § 6.

En sus des ouvrages généraux cités en bibliographie voir particulièrement ; V. BERGER – Article 44, in L-E PETTITI ; E. DECAUX ; P-H IMBERT (Ed.) – *La Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., p. 759 ; O. DE SCHUTTER – La nouvelle Cour européenne des droits de l'homme, *C.D.E.* 1998, p. 319 ; J. DE MEYER – La situation des « personnes physiques », « organisations non gouvernementales » et « groupes de particuliers » dans la procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme, *Annales de droit* 1-2/1974, p. 65 ; M-A EISSEN – La Cour européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 1539 ; P. MAHONEY – Developments in the procedure of the European Court of Human Rights, *Y.E.L.* vol. 3, 1983, p. 127 ; R. PELLOUX – Les mécanismes de protection prévus par la Convention européenne des droits de l'homme à la lumière du droit comparé, in *Etudes offertes à Jacques LAMBERT*, Paris, Cujas, 1975, p. 681 ; M. O'BOYLE – La procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme, *R.U.D.H.* 1992, p. 395.

¹⁰⁵ M. DE SALVIA – Les relations de la Commission avec la Cour dans certains de leurs aspects procéduraires : convergences et turbulences, in M. DE SALVIA et M. E. VILLIGER (Ed.) – *L'éclosion du droit européen des droits de l'homme*, Mélanges en l'honneur de Carl Aage NORGAARD, Baden-Baden, Nomos, 1998, p. 309.

d'une victime réduite au silence par l'institution qui devait la protéger, il faut convenir que la seule évocation de cette image ne faisait pas honneur à un système de protection des droits de l'homme¹⁰⁶. Bien plus, en privant le requérant du pouvoir d'alléguer des arguments nouveaux, les organes de la Convention le dépouillaient nécessairement d'une partie du droit à la preuve.

137. Au plan des principes, le prolongement de ces aménagements se heurtaient à l'exigence de bonne administration de la justice. Les déséquilibres du procès avaient été seulement atténués sans être réellement corrigés. Bien qu'insuffisantes, les pratiques qui avaient vu le jour durant cette période ont préparé la communauté conventionnelle à franchir le pas de l'accès direct à la Cour par la suppression de la tutelle de la Commission.

B - Le requérant individuel émancipé de la Commission

138. A partir du règlement de 1982 (1), les institutions de la Convention vont soustraire la victime à l'autorité de la Commission en adoptant le protocole 9 (2), puis le protocole 11 (3).

1 - Le règlement du 24 novembre 1982

139. Entré en vigueur le 1^{er} janvier 1983, le règlement de procédure du 24 novembre 1982 a constitué une remarquable avancée au profit du requérant¹⁰⁷. Symboliquement, « *le requérant ne siège plus au côté des délégués de la Commission ; il a désormais son banc à lui dans la salle d'audience*¹⁰⁸ ». Juridiquement, c'est l'avènement d'une procédure pleinement contradictoire au cours de laquelle le requérant individuel noue des relations directes avec la Cour. S'il ne peut toujours pas saisir la juridiction internationale ; sur la base de ce règlement, il reçoit, au même titre que l'Etat mis en cause, la communication de tout acte introductif d'instance, ainsi que la copie du rapport de la Commission¹⁰⁹. Il est invité à participer à la procédure et à indiquer son ou ses représentants¹¹⁰. Le président de la Cour le consulte, entre

¹⁰⁶ Pour de plus amples informations sur ces critiques, voir en particulier V. BERGER – L'article 44, op. cit., p.763.

¹⁰⁷ Ses principaux commentaires se retrouvent dans les articles de P. MAHONEY – Developments in the procedure..., op. cit ; et M-A EISSEN – La Cour européenne des droits de l'homme, op. cit., 1552 - 1562, en particulier.

¹⁰⁸ M-A ESSEIN – L'avocat devant la Cour..., op. cit., p. 165.

¹⁰⁹ Article 33 § 1, 2, 3 d) du règlement. Ces dispositions ont entraîné logiquement l'abrogation de certains articles du règlement de la Commission et particulièrement de celui qui prévoyait la communication du rapport à la victime.

¹¹⁰ Article 30 § 1.

autres, sur la nécessité d'organiser une procédure écrite et sur la date d'ouverture de la procédure orale¹¹¹. Toutes les pièces de la procédure lui sont transmises¹¹² ; il peut déposer des observations¹¹³, comparaître à l'audience¹¹⁴ et solliciter le prononcé de mesures d'instruction¹¹⁵.

140. Toutefois, ce règlement laissait encore subsister quelques inégalités procédurales : le droit de demander la révision ou l'interprétation des arrêts qui le concernent faisait défaut au requérant, de même que lui manquait le droit de saisir la Cour. Ces prérogatives exercées au profit du requérant étaient encore entre les mains de la Commission jusqu'à l'adoption du protocole 9 à la Convention.

2 - Le protocole 9 de la Convention

141. Adopté le 6 novembre 1990, le protocole 9 à la Convention a ouvert au requérant individuel un accès direct à la Cour¹¹⁶. Cette consécration autorisait déjà à présenter le dispositif européen de protection des droits de l'homme comme le mécanisme le plus achevé puisque le système interaméricain de protection¹¹⁷ place encore le titulaire des droits sous le régime de la tutelle des représentants de la Commission interaméricaine des droits de l'homme¹¹⁸. La vie de ce protocole fut de courte durée puisqu'il entra en vigueur en 1994, quatre années avant le protocole 11 qui réforma complètement l'organisation du contrôle.

¹¹¹ Articles 37 § 1 et 38.

¹¹² Article 37 § 4.

¹¹³ Article 37 § 1 et 52 § 1 h).

¹¹⁴ Articles 39 et 46 § 1 et 2.

¹¹⁵ Article 40 § 1.

¹¹⁶ Articles 3 et 5 du protocole modifiant les articles 44 et 48 de la Convention. Voir, Protocole n°9 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, rapport explicatif, Editions du Conseil de l'Europe, historique p. 1 ; J-F FLAUSS –Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme. Le protocole 9 à la Convention européenne des droits de l'homme, *A.F.D.I.*, 1991, p. 509 ; G. JANSSEN-PEVTSCHIN – Le protocole additionnel n° 9 à la Convention européenne des droits de l'homme, *R.T.D.H* 1990, p. 199.

¹¹⁷ La comparaison peut également être faite avec des systèmes de protection non juridictionnelle, mais ils ne sont guère satisfaisants sur le plan de l'exercice du droit à la preuve. L'existence d'une juridiction est un élément déterminant pour l'effectivité de la garantie internationale des droits de l'homme. Voir cependant, L. HEFFERNAN – A comparative view of individual petition procedures under the European convention on human rights and the International covenant on civil and political rights, *Human Rights Quarterly* Vol. 19, 1997, p. 70.

¹¹⁸ La base juridique de cette participation indirecte se trouve aux paragraphes 1 et 2 de l'article 28 du règlement du 16 septembre 1996 (nouveau règlement). Voir, H. FAÚNDEZ LEDESMA – *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José, Instituto internacional de derechos humanos, 1999, p. 358 - 360 ; A. A. CANCELADO TRINDADE – The operation of the Inter-american court of human rights, in D. J. HARRIS and S. LIVINGSTONE (Ed.) – *The inter-american system of human rights*, Oxford, Clarendon press, 1998, p. 149 ; S. ALBANESE – Para una globalización de la eficacia de los derechos humanos : la etapa del mayor protagonismo de las personas en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos, *Revista I.I.D.H* vol. 22, 1995, p. 11. Certes on ne peut occulter le fait

3 - Le protocole 11 : le requérant sans la Commission

142. Célébrée avec une inégale ferveur, l'adoption du protocole 11 à la Convention européenne des droits de l'homme ne se pose pas comme un simple correctif mais comme une transformation totale destinée à satisfaire au mieux la protection européenne des droits¹¹⁹. En prolongeant le mouvement initié depuis l'arrêt *Lawless* - ou depuis la rédaction du premier règlement de la Cour - la Convention reconnaît le plein accès de la victime à la Cour en inscrivant dans le texte fondateur sa qualité de partie. Tout se passe comme si ce dernier seuil sanctionnait un autre niveau de maturité rendant alors inutile la survie de l'institution qui lui avait servi « *d'amica petentis* » selon le mot de Robert PELLOUX¹²⁰ tout le long de son ascension. La Commission n'est plus ; elle ne manquera pas à l'exercice du droit à la preuve, mais le renforcement de la position du requérant aura été son œuvre, tout autant que celle de la Cour.

§ 2 - L'avènement du *jus standi* du requérant individuel

143. En prévoyant la disparition des clauses facultatives à la Convention relatives à l'acceptation du droit de recours individuel et à la compétence obligatoire de la Cour, le protocole 11 consolide de manière définitive le droit de l'individu de dénoncer une violation de ses droits à la juridiction internationale. Le comité des trois juges du protocole 9 ne

que le nouveau règlement de procédure de la Cour interaméricaine des droits de l'homme entré en vigueur le 1^{er} juin 2001 permet aux victimes et à leur représentant de comparaître devant la cette juridiction sans la tutelle de la Commission interaméricaine, mais ce *locus standi* ne s'est pas encore transformé en *jus standi*.

¹¹⁹ Voir parmi les commentaires cités en bibliographie : R. ABRAHAM – La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme : le protocole 11 à la Convention, *A.F.D.I.* 1994, p. 619 ; J. MEYER-LADEWIG ; A. DRZEMCZEMSKI – Principales caractéristiques du nouveau mécanisme de contrôle établi par la CEDH suite au Protocole 11, *R.U.D.H* 1994, p. 81 ; H.G SCHERMERS – The eleventh protocol to the European convention on human rights, *E.L.R* vol. 19, n° 4, 1994, p. 367 ; G. JANSSEN-PEVTSCHIN – Le protocole 11 à la Convention européenne des droits de l'homme, *R.T.D.H.*, 1994, p ; 483 ; D. BRIBOSIA – Le protocole n° 11 à la Convention européenne des droits de l'homme : une révolution au palais de Strasbourg ? , *J.T.D.E* 1995, p ; 54. O. DE SCHUTTER – La nouvelle Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit* ; F. SUDRE – La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme : le Protocole 11 additionnel à la Convention, *JCP G.* 1995, I, 3849 ; Y. KLERK – Protocol n° 11 to the European convention for human rights : a drastic revision of the supervisory mechanism under the ECHR, *N.Q.H.R.*, vol. 14, n° 1, 1996, p. 35. Pour une présentation strictement procédurale N. FRICERO ; J-F RENUCCI – Le nouveau mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme, *Procédures* avril 1999, p. 4.

¹²⁰ R. PELLOUX – Les mécanismes de protection..., *op. cit.*, p. 685.

contrarie plus le prononcé d'un jugement au fond sur la requête individuelle¹²¹. La Convention permet la pleine jouissance de la qualité de partie à l'instance internationale.

144. L'évocation de la notion de partie renvoie immédiatement à une problématique théorique concernant les relations qu'elle entretient avec le droit à la preuve. L'histoire de la victime l'a montré, le statut des intervenants le confirme, le droit à la preuve peut s'exercer indépendamment de la qualité de partie. Aussi faut-il s'interroger sur la signification de cette prérogative pour une partie (B). Mais cette réflexion implique que l'on sache au préalable ce que recouvre la notion de partie devant la Cour. Les travaux de synthèse manquent sur ce point, tout au plus sait-on que l'Etat a toujours possédé la qualité de partie devant la Cour. Dès lors que la rénovation du statut de la victime élargit le domaine de la notion¹²², elle renouvelle nécessairement sa signification et impose une clarification (A).

A - La notion de partie devant la Cour européenne des droits de l'homme

145. Il y a au moins deux manières d'appréhender la notion de partie devant la Cour européenne des droits de l'homme. Ou bien l'on se réfère à la notion telle qu'elle résulte des sources du droit positif, ou bien l'on s'en écarte, soit par la stipulation d'une définition nouvelle, soit par la reprise d'une acception autre traditionnellement admise en droit processuel. D'un côté, l'inclination à demeurer fidèle à l'esprit positiviste, de l'autre la tentation de simplifier l'exposé de la structure du procès au nom d'une notion réelle de partie. Cette dernière démarche conduirait à considérer le requérant individuel comme une partie avant qu'une source du droit positif ne lui ait accordé cette qualité¹²³. Elle aurait d'ailleurs le

¹²¹ L'article 5 § 2 du protocole 9 à la Convention européenne des droits de l'homme prévoyait qu'une affaire déférée à la Cour dans le cadre du recours individuel devait d'abord être soumise à « *un comité composé de trois membres de la Cour* ». Cette formation pouvait décider que la requête ne serait pas examinée par la Cour si elle ne soulevait « *aucune question grave relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention* » et si elle ne justifiait pas « *pour d'autres raisons, un examen par la Cour* ». Elle était alors transmise au Comité des ministres. Le protocole 11 supprime le pouvoir de décision du Comité des ministres, et permet aux requêtes individuelles d'aboutir dans tous les cas à une décision juridictionnelle.

¹²² Les développements qui vont suivre tentent de systématiser la notion de partie dans la procédure de la Cour sans qu'il soit besoin de se référer à l'acception qui peut se dégager de sa jurisprudence. Sur ce point voir S. SOLER – note sous Slimane-Kaïd c. France in F. SUDRE et al. – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : affaires françaises (1998), *R.D.P* 1999, p. 877.

¹²³ Ce réalisme n'est pas sans rappeler celui qui a prévalu lorsque la doctrine a tenté de définir la notion de partie dans le cadre du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux administratif français. B. KORNPROBST – *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, Paris, L.G.D.J, 1959, p. 12 ; P. PACTET – *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, op. cit, p. 13 -14 ; J-P COLSON – *L'office du juge et la preuve...*, op. cit., p. 19.

Cette approche se retrouve notamment dans l'ouvrage de N. M. HUNNINGS – *European Courts*, London, Cartermill, 1996, p. 335. L'auteur suggère qu'en dépit de son statut le requérant peut être considéré dans l'histoire de la Convention comme une partie : « *however, and whoever is entitled to refer the case to the*

mérite de faire coïncider la jouissance du droit à la preuve et la qualité de partie ainsi définie, puisque la première est antérieure à la seconde. L'inconvénient est qu'elle substitue à la notion de partie telle qu'elle résulte du droit de la Convention, une autre notion de partie parée pour l'occasion d'une fictive unité. Il faudrait, par suite, en déduire que la Cour recevait dans son prétoire une partie sans le savoir, ou sans vouloir le reconnaître juridiquement. En somme, cette voie en apparence simple se révélerait plus délicate que la démarche naturelle de la description analytique du droit.

146. Il n'est pas nécessaire de l'adopter dès lors que l'on peut admettre la discordance historique de la jouissance du droit à la preuve et de la qualité de partie. Mieux vaut garder sauve l'intégrité de la notion de partie au procès au sens de la Convention en indiquant que, devant la Cour européenne des droits de l'homme, le titre et le statut de partie résultent en premier lieu de la qualification expresse de la Convention et du règlement de procédure. Garder sauve l'intégrité de la notion ne signifie pas pour autant qu'il faille postuler sa cohérence ; au contraire, il s'agit de la rechercher à travers l'analyse des usages linguistiques effectifs et déterminés du mot « partie » dans les textes organisant la procédure.

147. Si divers emplois peuvent être repérés il n'est pas pertinent de les conserver tous. Ainsi, faut-il écarter la référence à la « *partie lésée* » à laquelle la Cour accorde une satisfaction équitable en vertu de l'ancien article 50 et du nouvel article 41¹²⁴. Dénomination qui marque l'ironie du sort de la victime : la première fois que la Convention l'appelle partie, c'est pour lui accoler l'adjectif lésée, précisément dans une situation où elle vient de gagner le procès au fond. Le contexte spécifique du contentieux de la réparation écarte d'emblée cette signification de la recherche. En effet, ni les règlements de procédure, ni le texte de la Convention n'ont accompagné cet usage d'une quelconque prérogative dans le procès¹²⁵. A l'inverse, chaque fois que les textes renvoient aux « *parties contractantes demandereses ou défenderesses* » ou à la « *partie privée* », ils soulignent la position de l'Etat et du requérant dans l'instance. D'ailleurs, ces usages indiquent un ensemble de droits constitutifs du statut de

Court, the issues and the real parties are exactly the same. The core parties, whatever their formal status, are always, on the one hand, individuals or groups who have been victims of a breach of the Convention rights and, on the other hand, the Contracting States which have been responsible for such breaches ».

¹²⁴ Article 50 ancien, article 41 nouveau *in fine* : « *la décision de la Cour accorde, s'il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable* ».

¹²⁵ En revanche, le système interaméricain, qui ne reconnaît pas l'accès de l'individu à la Cour, a tiré des conséquences procédurales de la stipulation similaire à l'article 41 de la Convention. En effet, le nouveau règlement permet la participation des individus, représentants ou ayants droit à la procédure relative à l'attribution de la satisfaction équitable. Article 23 : « *en la etapa de reparaciones los representantes de las víctimas o de sus familiares podran presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autonoma* » ; Voir, V. M. RODRIGUEZ RESCIA – Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, *Revista I.I.D.H* vol. 23, 1996, p. 136-137.

partie qui délimitent les contours de la notion. Une garantie procédurale d'une haute portée symbolique pour le système de Strasbourg fournit un des traits distinctifs les plus certains de la notion : la jouissance du droit de recours (1). Ce critère formel ne suffit pourtant pas à rendre compte de l'originalité de la notion telle qu'entendue par la Convention. Aussi doit-il être complété par l'éclairage des rapports qui peuvent s'établir entre la notion de partie et la défense d'un droit subjectif (2).

1 – La jouissance du droit de recours

148. En premier lieu, la Convention reconnaît la qualité de partie à toute personne habilitée à engager l'instance internationale. Dès qu'il eût acquis ce droit détenu par l'Etat depuis l'entrée en vigueur de la Convention le requérant s'est vu également reconnaître la qualité correspondante. *A contrario*, les intervenants, quel que soit le régime dont ils relèvent ne peuvent prétendre au titre de partie.

149. La première qualification expresse de partie privée résulte du règlement B de la Cour¹²⁶. Elle correspond à l'enrichissement des prérogatives du requérant par le protocole 9 qui, curieusement, n'utilise pas ce vocable. Décrite comme l'aboutissement logique du système de protection de la Convention¹²⁷, la consécration du droit de la victime de déférer son affaire à la Cour représente sans conteste l'apport majeur de ce protocole éphémère. Il s'agissait d'un « *droit de saisine atténué*¹²⁸ », en ce sens que la requête individuelle ne garantissait nullement le prononcé d'une décision sur le fond. Un comité de trois juges devait décider de sa recevabilité et, le cas échéant, de sa transmission à une autre formation pour un jugement sur la violation alléguée¹²⁹. La distinction entre droit de saisine et droit de déférer, que l'on pourrait trouver délicate¹³⁰, montre que ce protocole était conçu comme une étape

¹²⁶ Le règlement B de procédure applicable aux affaires introduites sous l'empire du protocole 9 opère un remplacement quasi systématique du mot « *requérant* » par celui de « *partie privée* ». Voir par exemple, les articles 28 § 3, 31, 32 § 1, 34, 35 § 1 d) et § 3 d), 38 §§ 1 et 2, 40, 41, 42, 43 § 1, 47.

¹²⁷ J-F FLAUSS – Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme..., op. cit., p. 509 ; voir également le Rapport explicatif relatif au protocole n°9 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Strasbourg, Conseil de l'Europe, p. 8, § 12.

¹²⁸ O. DE SCHUTTER – Le droit pour le requérant individuel de déférer à la Cour européenne des droits de l'homme l'affaire le concernant : le protocole 9 à la Convention européenne des droits de l'homme, *J.T.D.E* 1995, p. 155, § 6.

¹²⁹ Article de la 48 § 2 ancien de la Convention.

¹³⁰ Rapport explicatif, op. cit., p. 10-11, § 21. Selon cette distinction, le droit de saisine devrait conduire obligatoirement à une décision sur le fond. Ainsi, le droit de déférer du protocole 9 n'est pas un droit de saisine. Le problème de cette conception est qu'elle fait coïncider le droit de recours avec le droit d'obtenir une décision sur le fond. Cette correspondance est théoriquement critiquable puisque la pouvoir d'un juge d'examiner la recevabilité d'une action ne nie pas l'existence du droit d'action. La mise en œuvre de ce dernier

transitoire dans le processus continu d'amélioration du statut de la victime devant la Cour. Il n'avait d'ailleurs, qu'un caractère facultatif dont la regrettable conséquence était d'ouvrir la qualité de partie aux seules victimes dénonçant les violations commises par des Etats qui l'avaient ratifié. Un cap décisif était néanmoins franchi. Il revenait alors au protocole 11 d'étendre le statut de partie à tous les requérants en unifiant le statut des Etats tout en supprimant les clauses facultatives susceptibles d'infléchir l'inéluctable ascension de la victime dans le contentieux européen des droits de l'homme. « *Cet alignement par le haut* » eut « *pour résultat symboliquement fort de dissiper l'ambiguïté de la situation de l'individu devant la Cour et de le mettre à égalité avec l'Etat dont il se plaint*¹³¹ ».

150. La qualité de partie est donc intimement liée au droit d'agir devant la Cour. De façon concomitante, la reconnaissance de ce droit s'est accompagnée du pouvoir conféré au requérant individuel de demander la révision et l'interprétation de l'arrêt statuant sur sa demande. Mais, il semble que ces éléments n'occupent pas une place déterminante dans la notion de partie dans la mesure où ils apparaissent comme l'accessoire du droit de recours. C'est du moins ce que suggère leur absence dans le texte du protocole 9. Ce dernier prévoyait l'institution du droit de recours, et non les questions relatives à la révision et à l'interprétation. Il semble donc que c'est l'octroi du droit de saisir la Cour qui a conféré *de jure* la qualité de partie au requérant individuel inscrite formellement au règlement de procédure.

151. Par opposition, le droit et la faculté d'intervenir ne peuvent en aucun cas conférer cette qualité. Même si l'on en venait à assimiler le droit d'intervenir à un droit de recours, le caractère accessoire de l'intervention interdit qu'elle donne accès à la qualité de partie. La cohérence de ce point de vue est d'ailleurs confirmée par le rapport explicatif au protocole 9 à la Convention.

152. L'enjeu de cette remarque est important compte tenu des charges et des droits qui forment le statut des parties. Dans la pratique, le problème de la qualité procédurale des intervenants ne s'est pas posé. Mais, le silence des textes ouvrait naguère le champ des hypothèses et pouvait autoriser des prises de positions divergentes en ce qui concerne l'intervention étatique¹³². Ainsi, dans le commentaire qu'il consacrait au règlement de procédure de 1982, le greffier MAHONEY estimait que la Partie contractante intervenant en

est traditionnellement, et même nécessairement, soumise à des conditions de forme, de procédure et de fond qui n'altèrent pas la signification - et donc le contenu - de ce droit.

¹³¹ J-P MARGUENAUD – La Cour européenne des droits de l'homme renouvelée, D. 1999, Chronique p. 224.

¹³² Le fait que la Convention refusait à la victime la qualité de partie exclut que l'on envisage l'hypothèse de l'attribution de la qualité de partie aux tiers non étatiques sous l'empire du règlement de 1982. Il faut dire que même après l'entrée en vigueur du protocole 9, en raison principalement du rôle limité reconnu aux *amici curiae*, l'idée qu'on puisse leur attribuer la qualité de partie ne paraît pas raisonnable.

vertu de l'article 33 § 3 b)¹³³ du règlement A devait être considérée comme partie au procès et soumise par conséquent au respect de la chose jugée¹³⁴.

153. Ni la Convention révisée, ni le nouveau règlement de procédure ne contiennent de clause venant lever l'incertitude. Il faut se reporter au rapport explicatif du protocole 11 qui précise, à la suite de l'explication de l'article 36 organisant la tierce intervention, que « *les Etats et les personnes qui prennent part à l'instance ne deviennent pas pour autant parties à la procédure*¹³⁵ ». Ce refus peut soulever certaines objections fondées sur le principe de garantie collective. Est-il conforme au principe de solidarité de dénier à un Etat Partie qui a manifesté la volonté de participer à une instance où il n'occupe ni la place de demandeur, ni la place de défendeur, le droit de solliciter l'interprétation de l'arrêt rendu ? La réponse à cette question est largement tributaire de l'autorité que la Cour reconnaîtra aux indications du rapport explicatif. Au reste, il convient de poursuivre l'étude de la notion de partie devant la Cour en relevant le lien qu'elle entretient avec la contestation ou la revendication d'un droit subjectif.

2 - La contestation ou la revendication judiciaire d'un droit de l'homme

154. Seules ont la qualité de partie les personnes qui, ayant le droit de recours, demandent ou contestent la reconnaissance judiciaire d'un droit¹³⁶. Que l'on ne s'y méprenne, le droit de la Convention ne lie pas la qualité de partie à la défense d'un droit subjectif propre. Au regard d'une acception classique¹³⁷, qui ferait de la défense d'un tel droit l'un des traits essentiels de la notion de partie, les règles applicables au palais des droits de l'homme ont d'ailleurs longtemps cultivé le goût du paradoxe. En effet, elles ont toujours reconnu cette qualité à l'Etat demandeur ou défendeur qui n'est titulaire d'aucun droit subjectif dans l'ordre juridique conventionnel, tandis qu'elles l'ont longtemps déniée à la victime, titulaire des droits garantis par la Convention.

155. Cette dissociation apparaît nécessaire s'agissant de la situation de l'Etat contractant. Lorsqu'il introduit une requête en vertu de l'article 33 de la Convention, il met en œuvre un droit procédural qui ne peut être rattaché à aucun droit substantiel. De même,

¹³³ Sur la question des sources juridiques de l'intervention, voir *infra*.

¹³⁴ P. MAHONEY – Developments of the procedure of the European Court of Human Rights..., op. cit., p. 179

¹³⁵ Protocole 11 à la Convention européenne des droits de l'homme et rapport explicatif, Doc. H(94)5, 1994, Conseil de l'Europe, p. 29, § 91.

¹³⁶ Il s'ensuit que l'Etat habilité à saisir la Cour en vertu de l'ancien article 48 b) de la Convention n'entre pas dans cette catégorie.

¹³⁷ P. CHEVALLIER – Parties à l'instance, Jcl procédure civile, Fasc. 105, p. 3.

lorsqu'un autre Etat contractant ou un requérant prétend qu'il a failli à ses obligations conventionnelles, il conserve la qualité de partie au procès. De toute évidence, la présentation d'observations et de preuves en vue de convaincre le juge qu'il n'y a pas eu d'ingérence dans l'exercice d'un droit garanti ou que l'ingérence constatée correspond aux exigences de la Convention ne peut être assimilée à la défense d'un droit subjectif.

156. Peut-être faut-il envisager que la Convention n'utilise pas une mais deux notions distinctes de partie dont l'une comprendrait la défense d'un droit subjectif, alors que l'autre s'en départirait. Cette hypothèse est plausible tant la situation du requérant est éloignée de celle de l'Etat, ce qui ne manque pas de donner au contentieux une coloration objective. Mais cette différence ne conduit pas nécessairement à affirmer qu'il existe deux notions séparées. Par contre, elle oblige à conclure au dédoublement de la notion. Rien ne s'oppose en effet à considérer que la notion de partie recouvre l'idée d'une demande en reconnaissance d'un droit subjectif - à l'initiative d'individus ou d'Etats - et l'idée d'une contestation de cette demande.

157. Il s'ensuit qu'une partie au sens de la Convention est celui qui réclame ou qui conteste la reconnaissance judiciaire d'un droit subjectif. Ainsi, la référence au droit subjectif conserve une place centrale sans pour autant englober totalement la notion de partie.

158. En conclusion, selon une définition réduite à ses traits les plus saillants, une partie au procès, au sens de la Convention, est une personne habilitée à saisir la Cour et qui réclame ou conteste la reconnaissance judiciaire d'un droit de l'homme en son nom propre. Au rang des prérogatives attachées à son statut figure notamment le droit à la preuve.

B - La signification du droit à la preuve pour une partie

159. Si les parties ont le droit de prouver c'est parce qu'elles ont le droit d'alléguer des faits au soutien de leurs prétentions. « *Secundum allegata et probata iudex judicare debet* » nous dit l'adage. L'allégation est première, la preuve n'en est que l'accessoire (1). Seconde par rapport au droit d'alléguer, le droit à la preuve est aussi un préalable à la charge de la preuve (2).

1 - Le droit à la preuve comme accessoire du droit d'alléguer

160. Si le droit à la preuve est un accessoire du droit d'alléguer, c'est parce que la preuve est l'accessoire de l'allégation. Si cette affirmation vaut également pour les allégations des parties et des intervenants, il faut remarquer que seules celles formulées par les premières tracent le cadre du litige. D'où la signification particulière de l'allégation des parties au cours du procès.

161. Toute stratégie contentieuse, avant d'élaborer un schéma pour la preuve, se construit sur la base des allégations susceptibles d'entraîner l'application d'une norme favorable à la cause qu'elle défend. La preuve a pour utilité première de convaincre le juge de la réalité d'une proposition avancée au cours du procès. En théorie, elle intervient après que cette proposition - l'allégation - ait été construite, voire formulée. Cependant, l'ordre de priorité logique est inversé dans la littérature juridique. Alors que des bibliothèques entières peuvent se remplir d'ouvrages et d'articles étudiant la preuve, elles peuvent se contenter de réserver un petit espace où ranger les recherches consacrées à l'allégation. Ce fait avait déjà étonné MOTULSKY qui dénonçait notamment l'hypertrophie relative du thème de la charge de la preuve qui en est la plus manifeste conséquence : « *cette dernière a quelque peu usurpé l'importance que, traditionnellement, on lui attribue. Elle n'est, en somme, qu'un prolongement de la charge de l'allégation, qui peut la rendre inutile : si, en effet, il résulte des propres indications d'une partie que celle-ci ne dispose pas des matériaux nécessaires à la construction de son droit il est sans intérêt de se préoccuper d'une contestation éventuelle sur l'existence de ces matériaux; autrement dit, la question de la preuve n'a pas lieu de se poser*¹³⁸ ».

162. Cette disproportion s'explique non seulement par le type d'approche que l'on a généralement de la procédure qui exclut l'étude de son aspect rhétorique mais aussi par la difficulté d'isoler de manière exacte l'allégation de la preuve dans les décisions de justice. Le manque de matériau justifie en grande partie la prééminence accordée à la preuve sur l'allégation¹³⁹. Dans la réalité contentieuse, les plaideurs allèguent et produisent conjointement des éléments de preuve, et le juge n'indique pas souvent qu'il arrête le contrôle des argumentations au stade de l'allégation sans investir celui de la preuve. Sans doute est-ce

¹³⁸ H. MOTULSKY – *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, réimpression 1991, p. 88, § 86.

¹³⁹ Si dans ces « principes » MOTULSKY, à la différence de ces prédécesseurs, a restitué à l'allégation sa valeur, c'est parce qu'il avait adopté une perspective accordant une place fondamentale à l'analyse logique de la réalisation judiciaire du droit. Les « principes » ont en effet une dimension théorique plus accusée dans le domaine de la recherche processuelle qui fait à la fois leur force et leur faiblesse.

pour cela que la charge de l'allégation que MOTULSKY définit comme « *la nécessité pour toute partie faisant valoir un droit subjectif en justice d'alléguer, sous peine d'être débouté de sa prétention, toutes les circonstances de fait répondant aux éléments générateurs de ce droit*¹⁴⁰ », n'a guère été reprise par la doctrine. Comme nous reviendrons plus longuement sur la notion de charge dans la deuxième partie de cette recherche, notons simplement qu'il n'est pas contestable qu'il existe une nécessité stratégique pour les parties de présenter tous les éléments de fait de nature à entraîner une décision qui leur est favorable. La jurisprudence accrédite cette idée lorsqu'elle s'appuie sur le défaut d'allégation pour rejeter une argumentation.

163. A l'instar d'autres juridictions, lorsque le plaideur n'invoque pas un fait que la Cour aurait pu juger décisif, elle ne manque pas de le faire remarquer comme pour montrer la maladresse ou le manque de pertinence de l'argumentation soutenue.

Ainsi, dans l'affaire *Grigoriades c. Grèce*, le gouvernement tentait de justifier l'ingérence dans la liberté d'expression d'un militaire en invoquant l'impact de la lettre vivement critique qu'il avait écrite à l'encontre de la vie militaire. La Cour conclut à la violation de l'article 10 de la Convention en se fondant notamment sur le fait que la lettre n'avait pas été publiée, ni diffusée auprès des tiers - un officier mis à part - et que « *nul n'a allégué que quiconque d'autre en ait eu connaissance*¹⁴¹ ». Le contrôle que le juge effectue sur la situation litigieuse n'a pas à se poursuivre sur le terrain de la preuve proprement dite. Du point de vue de l'argumentation, un tel usage de l'allégation découvre la faiblesse de la position défendue par l'Etat qui invoque l'impact d'une lettre pour justifier une ingérence dans la liberté d'expression sans alléguer - *a fortiori* prouver - qu'elle avait été portée à la connaissance de plus d'une personne.

164. Il peut également advenir que la Cour rejette la requête au motif que le requérant n'a pas allégué le fait pertinent de nature à justifier sa prétention sur un point donné. Dans l'affaire *El Boujaïdi c. France*, la Cour devait rechercher si le requérant pouvait se prévaloir d'une atteinte au respect de sa vie familiale. En examinant son argumentation la Cour va noter qu'il omet d'invoquer des faits qu'elle aurait estimé décisifs pour admettre l'existence d'une vie familiale au sens de sa jurisprudence : « *s'il affirme ne pas avoir de*

¹⁴⁰ H. MOTULSKY – *Principes d'une réalisation méthodique...*, op. cit, p. 87-88, § 85.

¹⁴¹ *Grigoriades c. Grèce*, 25 novembre 1997, Recueil 1997-VII, § 47, observations E. DECAUX, in E. DECAUX ; P. TAVERNIER et al. – *Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* (année 1997), *J.D.I* 1998, p. 231-233.

famille proche au Maroc, il ne prétend ni ignorer l'arabe ni ne jamais être retourné dans ce pays avant l'exécution de la mesure litigieuse d'interdiction du territoire¹⁴² ».

165. Le contrôle de l'allégation des parties est primordial puisqu'il détermine la recevabilité de la preuve. Lorsque l'allégation est rejetée, les preuves qui l'accompagnent subissent le même sort car elles n'ont plus d'objet. L'allégation est le minimum exigible pour qu'un juge soit attentif à la prétention dont il est saisi. Aucune étude du système probatoire ne peut l'ignorer. L'intimité de ces deux objets - allégation et preuve - est telle qu'il est parfois difficile de les dissocier. A cet égard, la confusion ne gêne pas nécessairement l'étude de la preuve telle que nous l'envisageons puisque le système probatoire englobe nécessairement l'allégation.

2 – Le droit à la preuve comme préalable à la charge de la preuve

166. Si les parties ne sont pas les seules titulaires du droit à la preuve, elles sont néanmoins les seules titulaires de la charge de la preuve, quel que soit le sens attribué à cette expression. D'un point de vue théorique, comme du point de vue pratique, seuls les titulaires du droit à la preuve peuvent être sanctionnés pour n'avoir pas produit d'éléments de nature à convaincre le juge d'un fait décisif pour l'application de la règle de droit. Or, de ces titulaires du droit à la preuve, seules les parties en supportent la charge. La raison de cette discrimination provient de la fonction de la charge de la preuve dans la solution du litige. Bien que ce thème fasse l'objet de la seconde partie de cette recherche, on peut d'ores et déjà indiquer, que le mécanisme de la charge de la preuve sert à déterminer laquelle de deux ou de plusieurs affirmations contradictoires doit être retenue si le juge n'est pas convaincu de la réalité du ou des faits qu'elles tendent à établir. Il s'agit donc d'une technique juridictionnelle qui permet d'indiquer quelle cause sera perdante pour n'avoir pas convaincu le juge. Dès lors, on comprend aisément que seules les titulaires du droit à la preuve qui peuvent être déclarés vainqueur ou perdant d'un procès, c'est-à-dire les parties, sont concernés de manière directe par la charge de la preuve.

167. Riche de prérogatives et de contraintes, la qualité de partie représente, pour l'individu le stade ultime de son ascension dans le contentieux international. Mais ce n'est qu'un pas vers l'effectivité du droit à la preuve, car pour qu'elle soit satisfaisante, l'égalité qui

¹⁴² El Boujaïdi c. France, 26 septembre 1997, Recueil 1997-VI, § 41, observations D. LECLERCQ-DELAPIERRE, in E. DECAUX ; P. TAVERNIER et al. – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 1997), *J.D.I* 1998, p. 169-171.

a rénové son statut sur le terrain de l'accès à la Cour doit trouver ses prolongements dans le déroulement de l'instance.

Sous-section 2 - L'affirmation de l'égalité des parties dans l'instance

168. Dans l'instance, il n'est pas toujours aisé de distinguer le principe de l'égalité des armes du principe du contradictoire (§ 1). Dès lors que l'on aura pris la mesure de la distinction, il conviendra de s'intéresser à l'application du premier principe dans le déroulement du procès (§ 2).

§ 1 - La distinction du principe de l'égalité des armes et du principe du contradictoire dans l'instance

169. Le principe de l'égalité des armes s'applique à des situations multiples qui concernent d'une part des inégalités de statuts au procès et d'autre part des déséquilibres ponctuels qui se révèlent au cours de l'instance. Dans cette seconde dimension, il n'est pas toujours distingué d'une autre pierre angulaire de l'équité de la procédure, le caractère contradictoire de l'instance¹⁴³. Les deux principes sont parfois confondus dans la jurisprudence qui sanctionne des faits similaires ou connexes en les utilisant de manière conjointe. Symbole de cette équivoque, les remarquables formules des arrêts Lamy c. Belgique et Toth c. Autriche dans lesquels la Cour déclare : « *faute d'avoir garanti l'égalité de traitement, la procédure ne fut pas réellement contradictoire* »¹⁴⁴. L'ambiguïté s'est prolongée à travers les hésitations de la jurisprudence relative à la conformité de la non-transmission des observations et pièces produites par les avocats généraux ou les procureurs

¹⁴³ En France, il est généralement reconnu que l'égalité entre les plaideurs est l'objectif du principe du contradictoire ; G. COUCHEZ – Le principe de la contradiction, Jcl. Procédure civile, Fasc. 114, p. 2, § 2 : « *on peut affirmer que l'exigence de la contradiction est la traduction d'une valeur essentielle : l'égalité de la situation des plaideurs n'est-elle pas en effet la condition première d'une justice digne de ce nom ?* ». Mais la distinction n'est pas ignorée ; après avoir énoncé que le caractère contradictoire de la procédure « *tend à assurer, puis à préserver l'équilibre entre les parties dans l'instance* », le professeur GOHIN ajoute : « *combinée avec le pouvoir inquisitorial du juge, la discussion contradictoire contribue donc à la mise en œuvre dans l'instance de l'égalité des citoyens devant la justice, sans que ces deux principes qui sont proches, ne se confondent cependant (...)* », O. GOHIN – La contradiction..., op. cit., p. 62. Dans l'ouvrage collectif rédigé par le professeur GUINCHARD et certains de ses collègues processualistes, la distinction de l'égalité des armes et du contradictoire n'apparaît pas. « *L'égalité des armes est essentiellement envisagée sous l'angle du droit à une procédure contradictoire* » ; « *le contradictoire, élément de l'égalité des armes et du procès équitable* » : GUINCHARD S. ; BANDRAC M. ; LAGARDE X. ; DOUCHY M. – *Droit processuel, droit commun du procès*, Paris, Dalloz, 2001, respectivement p. 546 et 535.

¹⁴⁴ Lamy c. Belgique, 30 mars 1989, série A n° 151, § 29 ; Toth c. Autriche, 12 décembre 1991, série A n° 224.

généraux au regard des règles du procès équitable¹⁴⁵. Selon l'arrêt Vermulen, l'impossibilité pour un requérant de répondre avant la clôture de l'audience aux conclusions d'un avocat général a « *méconnu son droit à une procédure contradictoire*¹⁴⁶ ». En effet, « *celui-ci implique en principe la faculté pour les parties à un procès, pénal ou civil, de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter* ». Mais dans l'arrêt Werner rendu l'année suivante, la Cour juge que « *le respect du principe de l'égalité des armes exigeait que M. Werner obtînt communication des observations du procureur général et qu'il eût la possibilité de les commenter. Tel n'ayant pas été le cas, l'intéressé s'est trouvé dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire*¹⁴⁷ ». Cette nouvelle formulation ne fait pas disparaître l'embarras de l'observateur de la jurisprudence de la Cour, puisque la jurisprudence n'a pas abandonné la formule de l'arrêt Vermulen qu'elle répète le 6 juin 2000 dans son arrêt Morel c. France¹⁴⁸. L'absence de communication des observations d'un procureur général ou d'un avocat général est-elle contraire au principe de l'égalité des armes ou au droit à une procédure contradictoire ? La réponse de la Cour varie sans que l'on puisse toujours isoler la variable qui détermine les fondements juridiques des violations qu'elle prononce.

170. Or, une saine compréhension de l'orientation *pro victima* de l'application du droit à la preuve ne peut pas faire l'économie d'une tentative de clarification si elle veut restituer à chaque principe son apport véritable. Cet exercice ne relève évidemment pas de la pure spéculation, il s'agit de proposer une lecture du droit positif qui met en lumière la conception à l'œuvre dans la jurisprudence récente de la Cour. Il importe de noter que l'équivoque trouve son siège dans le fait qu'une même obligation juridique formulée à l'adresse des juges de la Convention peut se voir sanctionner sur le fondement du droit à une

¹⁴⁵ Au sein d'une abondante littérature relative à ces questions, voir notamment S. SOLER – Observations sur Slimane-Kaïd et Reinhardt c. France, 31 mars 1998, *in* F. SUDRE et al. – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : affaires françaises (1998), *R.D.P.* 1999, p. 877 ; F. BENOIT-ROHMER – Observations sur C.J.C.E, Ordonnance du 4 février 2000, C-17/98, *L'Europe des libertés*, avril 2000, p. 4. Kress c. France, 7 juin 2001, Recueil 2001-VI, parmi les nombreux commentaires consacrés à cet arrêt, voir par exemple, J-L AUTIN. et F. SUDRE – Juridiquement fragile, stratégiquement correct (observations sur l'arrêt Kress), *R.F.D.A.* 2001, p. 1000 ; J-F FLAUSS – La double lecture de l'arrêt Kress c/ France, *L.P.A.* 3 octobre 2001, n°197, p. 17 ; L. SERMET – L'arrêt Kress c. la France : avancée, *statu quo* ou régression des droits fondamentaux du justiciable ? , *R.T.D.H.* 2002, p. 237.

¹⁴⁶ Vermeulen c. Belgique, 20 février 1996, Recueil 1996-I, § 33, observations P. BODEAU, *in* E. DECAUX ; P. TAVERNIER et al. – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 1996), *J.D.I.* 1997, p. 203 , Lobo Machado c. Portugal, 20 février 1996, Recueil 1996-I, § 31 observations M. POUTIERS *in* E. DECAUX ; P. TAVERNIER et al. – Chronique de jurisprudence..., *op. cit.*, p. 205 ; ces deux arrêts fond l'objet d'une note de F. BENOIT-ROHMER , *R.T.D.E.* 1997 p. 374 ; G. COHEN-JONATHAN ; J-F. FLAUSS – Commission et Cour européenne des droits de l'homme, *Justices*, 1997, p. 195.

¹⁴⁷ Werner c. Autriche, 24 novembre 1997, Recueil 1997-VII, § 67.

¹⁴⁸ Morel c. France, 6 juin 2000, § 27.

procédure contradictoire ou sur le principe de l'égalité des armes. En effet, en vertu du respect de l'équité de la procédure le juge doit communiquer aux adversaires les pièces du dossier de l'affaire afin qu'ils fassent valoir leurs observations. Cependant, l'application de cette norme peut donner lieu à deux situations différentes.

171. D'abord une situation dans laquelle le juge prive toutes les parties de leur droit à une information utile en s'abstenant de leur soumettre un ou plusieurs éléments versés par un tiers. A côté de ce cas de figure on peut distinguer une situation où une seule partie peut prendre connaissance d'un ou de plusieurs éléments du dossier au détriment de son adversaire. Dans la première hypothèse où le manquement du juge frappe les adversaires de manière égale, c'est-à-dire, lorsqu'aucune partie n'est informée, la Cour conclut à la violation du caractère contradictoire de l'instance. Dans la seconde hypothèse où le manquement du juge ne frappe qu'un seul des adversaires, c'est-à-dire lorsqu'une seule des parties est informée, la Cour constate une violation du principe de l'égalité des armes.

172. Pour illustrer cette analyse qui s'appuie sur une interprétation inaugurée par l'arrêt *Feldbrugge*¹⁴⁹, on peut citer l'affaire *Nideröst-Huber contre Suisse* dans laquelle le tribunal fédéral suisse refusa de transmettre au requérant les observations déposées par le tribunal cantonal de Schwyz au cours d'un procès où il était notamment question de la réformation d'un jugement rendu par cette juridiction cantonale. Comme l'adversaire de M. Nideröst-Huber était également demeuré dans l'ignorance de cette production, la Cour ne sanctionna pas un manquement au principe de l'égalité des armes. En revanche, elle jugea que, placé dans l'impossibilité de présenter une réponse aux observations du tribunal cantonal, le requérant avait subi une violation du droit à une procédure contradictoire¹⁵⁰. C'est le même raisonnement qui conduit à la solution de l'affaire *Krmáj and others v. The Czech Republic*¹⁵¹ dans laquelle les requérants se plaignaient du fait qu'ils n'avaient pas pu présenter leurs observations sur certaines preuves recueillies par la juridiction en cours d'instance. La Cour ne releva aucune atteinte à l'égalité des armes car ni les requérants, ni leur adversaire n'avaient reçu communication de ces éléments de preuve, mais elle conclut à la violation du droit à une procédure contradictoire.

¹⁴⁹ La première différenciation remonte à l'affaire *Feldbrugge c. Pays-Bas*, 26 mai 1986, série A n°99, p. 17 § 33. Dans cette affaire, le requérant se plaignait de la non communication des expertises qui ont servi de base à la décision d'un tribunal au sens de la Convention. La Cour ne relève pas de violation du principe de l'égalité des armes dans la mesure où l'adversaire n'a pas et n'aurait pas pu présenter des observations sur ces expertises. En revanche, elle retient la violation du caractère contradictoire du procès au motif que le tribunal n'a pas essayé de recueillir les observations du requérant et ne lui a pas permis de consulter ou de critiquer le dossier de l'affaire.

¹⁵⁰ *Nideröst huber c. Suisse*, op. cit., §§ 23 et 24.

¹⁵¹ *Krmáj and others v. the Czech Republic*, 3 mars 2000, §§ 39 - 41.

173. En résumé, on peut dire que, dès lors que par son action le juge provoque un déséquilibre entre les adversaires, c'est le principe de l'égalité des armes qui entre en jeu. Mais si le manquement à ses obligations dessert les deux adversaires, la Cour sanctionne la violation du droit à une procédure contradictoire. L'état actuel du droit semble ainsi délimiter les champs d'application respectifs de ces deux exigences de l'équité de la procédure au prix d'une réduction du droit à une procédure contradictoire. Ces conclusions seraient satisfaisantes si l'on pouvait faire abstraction de la vivacité des hésitations évoquées précédemment. Elles imposent l'adoption d'une position prudente, qui ne peut guère qu'indiquer que lorsque la Cour a voulu marquer la différence entre les deux exigences, elle a sanctionné le déséquilibre d'information sur la base du principe de l'égalité des armes, et la non-transmission égalitaire sur la base du droit à une procédure contradictoire¹⁵². C'est au bénéfice de cette clarification légère, qu'il faudra examiner la mise en œuvre concrète du principe de l'égalité des armes.

§ 2 - L'application du principe de l'égalité des armes au déroulement de l'instance

174. Au regard des enseignements de sa propre jurisprudence (A), il n'est pas certain que la pratique de la Cour respecte scrupuleusement les implications du principe de l'égalité des armes (B).

A - Les enseignements de la jurisprudence de la Cour

175. Qu'ils concernent l'organisation ou le fonctionnement de la justice, tous les actes accomplis en vue de résoudre le litige doivent respecter les éléments fondamentaux du procès équitable. Il est donc naturel que l'exercice du droit à la preuve entre dans le champ d'application du principe de l'égalité des armes. La jurisprudence européenne l'a rappelé à deux reprises, de manière non équivoque. A la suite de l'arrêt *Dombo Beheer B.V.*, l'arrêt *Ankerl* indique que ce principe « *implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité*

¹⁵² Il faut bien retenir que ce raisonnement ne vaut que pour les cas dans lesquels la Cour a entendu établir une distinction, car il lui arrive encore de se déprendre de cette subtilité qui n'est pas nécessaire à l'efficacité de son contrôle. A cet égard, on peut se reporter à son récent arrêt *Ilijkov vs Bulgaria*, 26 juin 2001, § 104 : « *In the present case, it is evident that the parties to the proceedings before the Supreme Court were not on equal footing. As a matter of domestic law and established practice - still in force - the prosecution authorities had the privilege of addressing the judges with arguments which were not communicated to the applicant. The proceedings were therefore not adversarial* ».

*raisonnable de présenter sa cause - y compris ses preuves - dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire*¹⁵³ ». Certes, la faible fréquence de cette précision pourrait faire douter de la portée de cette affirmation expresse. Mais, la Cour a parfois contrôlé si le juge national avait établi un juste équilibre entre les parties au regard des conditions de présentation des preuves sans répéter la formule de la jurisprudence *Dombo Beheer*. Bien plus, elle a fait de l'égalité des armes le « *but essentiel*¹⁵⁴ » du droit de convoquer et d'auditionner des témoins à charge et à décharge conféré par l'article 6 § 3 d), seule stipulation directement liée à la preuve. De cette manière, elle a précisé, certes au-delà du droit à la preuve¹⁵⁵, les incidences de l'égalité des armes sur les garanties procédurales du système probatoire.

176. La jurisprudence fournit en partie les directives à l'aune desquelles la procédure de la Cour devrait être appréciée. Or, transposés dans un contexte marqué principalement par la subsidiarité du mécanisme international de protection, ces enseignements sont difficiles à appliquer. Le caractère quasi complet du dossier de l'affaire tend à réduire considérablement les complexités du procès. De plus, le principe de l'appréciation globale de l'équité de la procédure rend l'exercice extrêmement délicat. S'agit-il de rappeler que les règles de procédure sont conformes au principe de l'égalité des armes ? Cet exercice théorique ne parviendra, au mieux, qu'à montrer que la Cour doit respecter le principe de l'égalité des armes sans rien enseigner de sa mise en œuvre concrète. Pourtant, il ne faut pas se résoudre au mutisme et il importe d'envisager tout de même, en gardant ces réserves à l'esprit, la pratique de la Cour au regard du principe.

177. L'égalité établie dans le domaine de l'action se prolonge dans le déroulement de l'instance. Dans un premier temps, le principe de l'égalité des armes affecte directement les droits accordés aux parties qui doivent bénéficier des mêmes prérogatives à l'instance. Par un mouvement dialectique, il fait naître pour le juge l'obligation de rechercher un équilibre dans le traitement qu'il réserve aux plaideurs. La jurisprudence a illustré ces exigences en diverses occasions, tantôt en utilisant le seul fondement de l'article 6 § 1, tantôt en le

¹⁵³ *Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas*, 27 octobre 1993, série A n° 274, p. 19, § 33 ; l'arrêt *Ankerl c. Suisse*, 23 octobre 1996, Recueil 1996-V, pp. 1565-1566, § 38, observations V. COUSSIRAT-COUSTERE – La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1996, *A.F.D.I.* 1996, p. 770.

¹⁵⁴ *Engel et autres c. Pays-Bas* du 8 juin 1976, série A n° 22, pp. 38-39, § 91, Voir également, *Bricmont c. Belgique*, 7 juillet 1989, série A n° 158, p. 31, § 89.

¹⁵⁵ La jurisprudence de la Cour ignore la distinction entre preuve et mesure d'instruction. Elle s'applique indifféremment à la production des preuves, qui est un droit, et aux témoignages dont une partie peut seulement solliciter la présentation. C'est pourtant à partir des enseignements de cette jurisprudence que l'on pourrait apprécier la pratique de la Cour.

combinant avec l'article 6 § 3 d). Il faut en effet rappeler qu'en vertu de l'article 6 § 3 d) de la Convention, « *tout accusé a droit notamment à...interroger et faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge* » et que, de jurisprudence constante, « *les exigences du paragraphe 3 de l'article 6 représentent des aspects particuliers du procès équitable garanti par le paragraphe 1*¹⁵⁶ ». Plus précisément, il est admis que l'article 6 § d) est une illustration du principe de l'égalité des armes contenu dans le paragraphe 1¹⁵⁷.

178. La Cour a consacré une extension continue des obligations résultant du principe de l'égalité des armes au regard du droit à la preuve. En vertu de ce principe, dès lors qu'une partie peut produire des éléments de preuve relatif à un fait donné, son adversaire doit se voir attribuer la possibilité de répliquer dans des conditions équivalentes. C'est un des enseignements de l'arrêt *Dombo* précité, par lequel la Cour européenne sanctionne l'application d'une loi néerlandaise interdisant à une personne d'être entendue comme témoin dans sa propre cause. Le déséquilibre provenait de ce que les juges nationaux avaient refusé que le représentant de la société requérante témoigne de l'existence d'un contrat verbal qui la liait à une banque alors que le représentant de la banque avait pu déposer à l'instance et qu'il était constant que seules ces deux personnes étaient présentes lors de la prétendue conclusion du contrat. C'est en application de la même directive que la Cour a jugé qu'un requérant ayant effectivement versé au dossier des éléments de preuves et des contre-arguments pour s'opposer aux changements d'argumentation de son adversaire ne peut valablement se

¹⁵⁶ *Jasper c. Royaume-Uni*, 16 février 2000, § 50 ; *Fitt c. Royaume-Uni* 16 février 2000, § 43 ; *Edwards c. Royaume-Uni*, 16 décembre 1992, série A n° 247-B, § 33 ; *T. c. Italie*, 12 octobre 1992, série A n° 245-C, p. 41, §. 25 ; *Artner c. Autriche*, 28 août 1992, série A n°242, p. 10, § 19 ; *Unterpertinger c. Autriche*, 24 novembre 1986, série A n° 110, p. 14, § 29 ; *Bönisch c. Autriche*, 6 mai 1985, série A n° 92, pp. 14-15, § 29 ; *Artico c. Italie*, 13 mai 1980, série A n° 37, p. 15, § 32.

¹⁵⁷ Dans le règlement de certains litiges la Cour ne juge pas utile de distinguer l'article 6 § 1 de l'article 6 § 3 d). Exemple peut être pris des arrêts *Brandstetter c. Autriche*, *Vacher c. France*, *Jasper c. Royaume-Uni* précité. Dans l'arrêt *Vidal*, alors que l'article 6 § d) est invoqué, la Cour privilégie une approche globale et statue sur la base de l'article 6. *Vidal c. Belgique*, 22 avril 1992, série A n° 235-B , § 35 ; *Bönish c. Autriche*, op. cit, p. 16, § 35.

Sur cette jurisprudence voir, M. VAN DE KERCHOVE – La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme, *R.S.C*, janv.-mars 1992, p. 1 ; F. GÖLCÜKLÜ – Le procès équitable et l'administration des preuves dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in *Mélanges offerts à J. VELU*, Présence du droit public et des droits de l'homme, tome III, p. 1361 ; J. J. L. ORTEGA – Prueba y proceso equitativo, aspectos actuales en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos, *Derechos y libertades*, Revista del Insituto Bartolome de Las Casas, octobre - marzo, n°2, 1994, p. 597 ; S. TRECHSEL – L'administration de la preuve. Quelques réflexions sur l'article 6, 3°, d) de la Convention européenne des droits de l'homme, in *Les droits de l'homme au seuil du 3ème millénaire, mélanges en hommage à P. LAMBERT*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 907 ; P. HENNION – *Preuve pénale et droits de l'homme*, Thèse, Nice, dact. 1998.

plaindre de la violation du principe de l'égalité des armes¹⁵⁸. Il s'ensuit que l'entrave faite à la production des preuves au détriment de la cause d'une partie engendre un déséquilibre contraire aux règles du procès équitable. Ainsi, pour sanctionner la procédure menée devant une juridiction d'appel française saisie de la contestation d'une préemption justifiée par l'insuffisance du prix de cession, la Cour retient que « *les juges du fond n'ont pas voulu permettre à la requérante d'établir que le prix convenu entre les parties correspondait à la valeur vénale réelle du bien*¹⁵⁹ ». Le volontarisme de la Cour ne s'est pas limité au droit de produire des preuves, il a également inclus les demandes de production de preuve dans le champ du principe.

B - Les incertitudes de la pratique de la Cour

179. Traduction positive des principes nécessaires à la bonne administration de la justice, le règlement de procédure de la Cour permet aux parties de présenter des preuves dans les mêmes conditions. Elles bénéficient ainsi de la liberté de la preuve qu'elles exercent au même stade de la procédure¹⁶⁰.

180. L'appréciation du respect effectif du principe de l'égalité des armes est cependant un exercice délicat. D'abord parce que le repérage des situations susceptibles d'être contraires à l'égalité des armes manque d'indicateurs précis. L'absence d'une voie de recours ouverte contre les jugements de la Cour prive les victimes potentielles ou réelles des déséquilibres de la procédure de la possibilité de les porter à la connaissance de tous. De plus, il est rare que les opinions dissidentes, qui pourraient trahir quelques dysfonctionnements du déroulement de l'instance, se prononcent sur la mise en œuvre des garanties procédurales devant la Cour. Par conséquent, l'observateur en est réduit à une recherche presque aléatoire de signes donnant prises à commentaires. La seconde raison tient dans le fait qu'il sera toujours possible de justifier certaines applications contestables par le caractère quasi complet du dossier dès son dépôt au greffe de la Cour. L'équité du procès s'apprécie en effet de manière globale, c'est-à-dire au regard de l'ensemble de la procédure, ce qui induit une

¹⁵⁸ Van de Hurk c. Pays-Bas, 19 avril 1994, série A n° 288, § 57.

¹⁵⁹ Hentrich c. France, 22 Avril 1994, série A n° 296-A, § 56, observations H. ASCENSIO, in E. DECAUX ; P. TAVERNIER et al. – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 1994), *J.D.I* 1995, p. 776-778.

¹⁶⁰ Se reporter au chapitre II du titre suivant.

incontestable souplesse dans le contrôle de ses exigences¹⁶¹. On ne saurait donc trop insister sur le fait qu'il est malaisé de poursuivre jusqu'à ces dernières limites l'examen de la pratique de la Cour au regard du principe de l'égalité des armes.

181. Pourtant, par le biais de la procédure de révision, M. Gustafsson a illustré la possibilité de contester, de manière implicite ou détournée, la qualité de l'instance devant la Cour¹⁶². Lors de l'instance principale, le requérant dénonçait une violation du droit à la liberté d'association que lui garantit l'article 11 de la Convention et du droit au respect de ses biens, consacré par l'article 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 17 de la Convention au motif que l'Etat ne l'avait pas protégé contre les mesures de rétorsion décrétées à l'encontre de son restaurant par le syndicat du personnel de l'hôtellerie et de la restauration (Hotell- och Restauranganställdas Förbund – « le HRF »)¹⁶³. Au cours de l'instance devant la Cour, il s'était vu refuser le droit de verser au dossier les déclarations de six personnes destinées à réfuter des allégations que le gouvernement avait formulées peu de temps avant l'audience de la Cour. Or, par ces éléments de preuve, il entendait prouver les faits qu'il invoque à l'appui de sa demande de révision.

182. Au regard des directives posées par sa propre jurisprudence la procédure suivie dans semblait porter atteinte au principe de l'égalité des armes puisque la Cour avait pris en compte des faits allégués par le gouvernement alors que le requérant n'avait pas disposé d'un délai suffisant pour préparer sa riposte et qu'il n'a pas été non plus admis à présenter des preuves à ce propos. Bien qu'il ne se réfère à aucun des arrêts repérés au paragraphe précédent, c'est en substance le sens de l'opinion dissidente du juge De Meyer sur la décision du comité de filtrage du 13 octobre 1997. « *Il est d'autant plus étonnant que la Cour ait pu dire, au paragraphe 53 de l'arrêt, que « le requérant n'a pas fourni de preuves à l'appui de*

¹⁶¹ Le principe de l'appréciation globale est constamment rappelé, Voir entre autres, Barberà, Messegué et Jabardo, op. cit., § 68 ; Brandstetter c. Autriche, 28 août 1991, op. cit., § 42. D'ailleurs, « *une stricte égalité entre les parties n'est a priori pas exigée ; un rapport raisonnable d'équilibre suffit pour que le procès soit conforme à l'article 6* ». L. SERMET – *Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif français*, Paris, Economica, 1996, p. 244.

¹⁶² La demande de révision de M. Pardo laisse entrevoir une dénonciation comparable, mais l'exemple est moins net que dans l'affaire Gustafsson, notamment en raison de l'opinion dissidente du juge MEYER dans cette dernière espèce. Dans ses observations sous la décision de recevabilité de la révision, le professeur E. Decaux reconnaît que « *la Cour a été quelque peu expéditive dans l'examen des preuves à sa disposition lors du procès initial* », E. DECAUX ; P. TAVERNIER – *Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* (année 1996), *J.D.I* 1997, Observations sur Pardo c. France (révision - recevabilité), 10 juillet 1996, Recueil 1996-III, p. 226-228 ; sur la même décision voir également G. COHEN-JONATHAN et J-F. FLAUSS – *Commission et Cour européenne des droits de l'homme*, *Justices* 1997, p. 179-182. Voir, par conséquent : Pardo c. France, 20 septembre 1990, série A n°261-B ; Pardo c. France (révision - recevabilité), 10 juillet 1996, Recueil 1996-III, Pardo c. France (révision - bien-fondé), 24 avril 1997, Recueil 1997-III, observations P. TAVERNIER, in E. DECAUX ; P. TAVERNIER et al. – *Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* (année 1997), *J.D.I* 1998, p. 191.

¹⁶³ Gustafsson c. Suède, 25 avril 1996, Recueil 1996-II.

sa thèse selon laquelle les conditions de travail dans son restaurant étaient meilleures que celles imposées par une convention collective », alors que, d'une part, ce fait avait déjà été explicitement constaté par la Commission au paragraphe 79 de son rapport et que, d'autre part, le requérant s'était vu refuser le droit d'encore produire à ce sujet des observations complémentaires qui ne lui avaient pas été demandées.

En effet, la déclaration des six personnes qui ont travaillé dans le restaurant de M. Gustafsson au cours de l'été de 1986, produite par lui à l'appui de sa demande de révision, fut déjà communiquée à la Cour avant le prononcé de l'arrêt, mais le président refusa de la verser au dossier ». « Il convient dès lors de rétablir l'équilibre rompu par la prise en compte des allégations in extremis du Gouvernement et de donner à la Cour l'occasion de réexaminer l'affaire sur la base d'un dossier plus complet¹⁶⁴ ».

183. Le dénouement de l'affaire Gustafsson importe moins que les questions qu'elle pose au système de protection internationale. La Grande chambre rejette finalement la requête par une décision 30 juillet 1998 au motif que « les éléments fournis par le requérant n'auraient pas eu une influence décisive sur l'arrêt rendu par la Cour le 25 avril 1996 en ce qui concerne le grief tiré par le requérant de l'article 11 de la Convention. Ils auraient également été dépourvus de pareil effet sur ses conclusions relatives aux griefs formulés au titre de l'article 1 du Protocole n° 1 ou des articles 6 et 13 de la Convention ». Selon elle, l'arrêt contesté n'aurait nullement accueilli les faits avancés par le gouvernement sur la base des preuves produites peu de temps avant l'audience¹⁶⁵.

184. Ce qu'il importe de retenir c'est que le recours en révision, rejeté au fond, n'a pas manqué de soulever le problème de la conformité de la procédure de la Cour au regard du principe de l'égalité des armes. Il rappelle que l'équilibre aménagé dans l'instance exige une attention constante car il bien fragile au regard des pouvoirs de la juridiction.

185. Le renforcement de la situation du titulaire des droits a été l'œuvre patiente de toutes les sources juridiques du droit de la Convention. Il rompt le déséquilibre des rapports ante-judiciaires et satisfait les espoirs légitimes que l'on peut placer dans tout mécanisme juridictionnel de protection des droits de l'homme. Bien qu'il doive trouver ses prolongements dans la mise en œuvre du droit matériel sous peine d'être réduit à néant, il constitue déjà un début de réponse à l'un des grands défis posés à la Convention.

¹⁶⁴ Gustafsson c. Suède, 13 octobre 1997, Recueil 1997-VI (décision du comité de filtrage).

¹⁶⁵ Gustafsson c. Suède, 30 juillet 1998, Recueil 1998-V, §§ 32 et 33. L'affaire connaîtra son épilogue par le rejet d'une autre demande de révision par le comité de filtrage. Gustafsson c. Suède (révision n° 2), 11 septembre 1998, Recueil 1998-VI.

186. Le droit à la preuve peut donc être exercé dans des conditions globalement satisfaisantes par les deux parties. Cette égalité des armes alimente l'effectivité du contrôle de la Cour sur le respect des engagements de l'Etat mis en cause. Or, l'office du juge ne se limite pas à la sanction de violations individuelles ni à l'adoption de normes applicables au seul Etat contrôlé. Il consiste à dire le droit pour l'ensemble de la communauté conventionnelle. Pour garantir cette union plus étroite mentionnée dans le préambule de la Convention, elle peut avoir recours à d'autres interlocuteurs que les parties au procès. Cette exigence structurelle est également prise en compte par la Convention, qui, pour parvenir à des solutions plus justes, autorise l'élargissement de la contradiction par l'accueil d'autres titulaires du droit à la preuve.

Section II - L'élargissement de la jouissance du droit à la preuve

187. Dès lors que l'on admet que les enjeux du procès s'étendent au-delà de l'examen d'une situation individuelle, il est naturel de rechercher de quelle manière la Convention permet d'élargir le face à face Etat requérant afin de compléter les renseignements, voire les arguments utiles à l'accomplissement de l'office du juge. L'ouverture du procès est concomitante d'une extension du droit à la preuve à de nouveaux sujets. En effet, quelle que soit la diversité des régimes dont il relève, la présentation d'observations et de pièces à l'appui constitue, pour tout intervenant, un droit.

188. L'intervention est une demande incidente qui vise à introduire un tiers dans une instance engagée¹⁶⁶. Elle est dite volontaire, lorsqu'elle est à l'initiative d'une personne qui désire se placer sous son régime, et forcée lorsqu'elle oblige un tiers à se joindre à l'instance en dépit de sa volonté. En droit international des droits de l'homme, comme en droit international public, le principe de souveraineté des Etats s'oppose à l'institution d'une intervention forcée devant les juridictions internationales, fussent-elles gardiennes d'un traité de garantie collective¹⁶⁷. Aujourd'hui la seule option viable est encore celle de l'intervention volontaire.

¹⁶⁶ O. GOHIN – *Contentieux administratif*, 2^{ème} édition, Paris, Litec, 1999, p. 211 ; J. VINCENT ; S. GUINCHARD – *Procédure civile*, Paris, Dalloz, Précis, 26^{ème} édition, 2001, p. 800.

¹⁶⁷ E. DECAUX – L'intervention, in S.F.D.I – *La juridiction internationale permanente*, Paris, Pédone, 1987, p. 219. Il est vrai que les sujets du droit de la Convention et du système de contrôle qu'elle établit ne sont pas tous des Etats. Mais la structure des obligations qu'impose une convention internationale de protection des droits de l'homme rend tout à fait improbable l'utilité d'une intervention forcée concernant une autre personne que l'Etat.

189. On mesure sans mal le bénéfice que la sauvegarde européenne des droits de l'homme peut tirer de l'intervention. D'origine étatique, elle traduirait l'idéal de garantie collective qui domine la Convention en élargissant l'instance aux composantes de cette « *union plus étroite* » mentionnée dans le préambule¹⁶⁸. A l'initiative de membres de la société civile, qu'il s'agisse d'organisations non gouvernementales ou de toute autre entité non étatique impliquées dans la défense des droits de l'homme, elle est de nature à favoriser l'adoption d'un jugement plus éclairé de la cause, enrichi par le contact privilégié que ces acteurs entretiennent avec l'application quotidienne et concrète des normes protectrices.

190. Or, les rédacteurs de la Convention avaient omis d'aménager un cadre précis pour l'intervention. C'est donc la pratique qui fera naître et grandir la conscience des enjeux de cette procédure pour la garantie des droits de l'homme. Son renforcement, qui est synonyme de l'accroissement de son importance dans l'ordre conventionnelle, se fera de manière progressive. La Cour accueille d'abord les premières interventions en se fondant sur ses pouvoirs d'instruction, ensuite l'article 37 § 2 du règlement de procédure entré en vigueur le 1^{er} janvier 1983¹⁶⁹ lui fournira une base juridique spécifique. Aujourd'hui, grâce au protocole 11, l'intervention est prévue par une source juridique de droit primaire.

Aux termes de l'article 36 de la Convention européenne des droits de l'homme :

« 1. *Dans toute affaire devant une chambre ou la grande chambre, une Haute Partie Contractante dont un ressortissant est requérant a le droit de présenter des observations écrites et de prendre part aux audiences.*

2. *Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le président de la Cour peut inviter toute Haute Partie Contractante qui n'est pas partie à l'instance ou toute personne intéressée autre que le requérant à présenter des observations écrites et à prendre part aux audiences ».*

191. Bien qu'il porte le titre générique de tierce intervention, cet article institue plusieurs régimes d'intervention. Ils peuvent être regroupés en deux catégories au sein

¹⁶⁸ Curieusement, les auteurs ne rattachent l'intervention des Etats contractants au principe de garantie collective, mais seulement à la portée élargie des arrêts de la Cour : A. LESTER – *Amici curiae : third-party interventions before the European Court of Human Rights*, in F. MATSCHER et H. PETZOLD (Ed.) – *La protection internationale des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de G. WIARDA*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 1988, p. 342.

¹⁶⁹ Article 37 § 2 du règlement A : « *Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le président peut inviter ou autoriser tout Etat contractant non partie en cause à présenter des observations écrites dans le délai et sur les points qu'il détermine. Il peut également y inviter ou autoriser toute personne intéressée autre que le requérant* ». Il fut repris par l'article 39 § 2 du règlement B.

desquelles on distingue d'une part l'intervention de droit, puis l'intervention soumise à acceptation de la Cour. La ligne de démarcation est tracée par la structure même de l'article qui consacre en son paragraphe premier le droit d'intervenir au profit de certains Etats alors que le second paragraphe soumet à la discrétion du juge l'admission au procès des autres intervenants - généralement appelés en doctrine *amici curiae*. La lettre du texte fournit un autre critère de classification en précisant que l'intervention peut être admise dans le but de protéger le ressortissant de l'Etat qui l'utilise ou afin d'assurer une bonne administration de la justice. Mais cette distinction coïncide parfaitement avec la première en séparant de manière différente l'intervention de droit de l'intervention soumise à autorisation.

192. Quitte à surprendre, il faut relever que cette dichotomie apparemment simple n'est qu'une cohérence de façade. Elle fragmente, au détriment de la mise en œuvre du principe de la garantie collective, la situation procédurale des Etats contractants tiers à l'instance. Alors que ce principe postule que toutes les Parties à la Convention ont un intérêt toujours suffisant à participer à la sauvegarde des droits de l'homme, elle accorde le privilège de l'intervention de droit à une catégorie d'Etat (Sous-section 1). Par suite, elle réunit sous le régime de l'intervention soumise à autorisation, les autres Etats contractants et les personnes intéressées. Le régime dual mis en place mêle de manière contestable le statut de l'*amicus curiae* étatique et de l'*amicus curiae* représentant de la société civile (Sous-section 2).

Sous-section 1 - L'intervention de droit : le privilège de certains Etats contractants

193. Lorsque qu'une Partie contractante utilise l'article 36 § 1, elle devient un sujet de droit du droit à la preuve. Elle accède à l'instance en adressant sa demande au président de la Cour qui fixe la procédure à suivre dans ces circonstances.

194. Le droit d'intervention reconnu à l'Etat partie dont un ressortissant est requérant n'est pas une création du protocole 11. Si ce fait est communément admis, l'identification de la source exacte de cette procédure sous l'empire du droit antérieur n'est pas chose évidente. L'hésitation est permise quant à l'origine de ce droit ; résultait-il de la Convention ou du règlement de procédure de la Cour (§ 1) ? Plus grande encore est l'incertitude qui règne quant au devenir de cette intervention au régime originale (§ 2) dont la pratique antérieure laisse présager qu'elle ne sera guère utilisée (§ 3).

§ 1 - L'origine de l'intervention de droit

195. Certains auteurs s'accordaient à désigner le droit de saisine de la Cour ouvert à l'Etat dont la victime est un ressortissant en vertu de l'ancien article 48 b) de la Convention de procédure d'intervention¹⁷⁰. Cependant, l'usage de ce terme dans ces conditions ne correspond pas à la signification usuelle du droit processuel. En effet, il manque au droit institué par l'article 48 b) un trait essentiel à l'intervention : le caractère de procédure accessoire par rapport à une demande principale introduite par une partie originaire. A défaut de cette caractéristique, et quelle que fût la pratique, la procédure de l'article 48 b) ne réunissait pas les critères nécessaires de l'intervention. Pour s'en convaincre, il faut relever que la mise en œuvre de cette compétence n'était pas subordonnée à la saisine de la Cour par une autre personne. Même si cette hypothèse ne s'est pas réalisée, la Cour aurait pu être saisie par l'Etat national de la victime, sans que les autres saisissants potentiels ne se soient manifestés. C'est ainsi que la pratique a masqué la vraie nature du droit procédural de l'article 48 b). Il s'agissait d'un droit de saisine qui avait notamment pour objectif de suppléer à l'impossibilité pour la victime de saisir la Cour. Si l'Etat visé à l'article 48 b) était demeuré absent du déroulement de la procédure devant la Commission, cela ne justifie pas qu'on le qualifie de tiers par rapport à l'instance devant la Cour. La saisine de la Cour ouvrait une instance nouvelle, juridiquement distincte de la phase d'examen de la requête par la Commission (qui ne peut donc pas être considéré comme une action principale). Dès lors, ce n'est qu'au prix d'une distorsion de la notion classique d'intervention que l'on a pu qualifier le droit de saisine de l'article 48 b) d'intervention¹⁷¹. Il faut reconnaître que le champ lexical du droit processuel n'offre pas de désignation spécifique pour ce cas de figure. Cependant, ce n'est pas exactement dans cette stipulation que l'intervention de droit puise ses origines.

¹⁷⁰ Par exemple, I. C. BARRETO – Article 48, in L-E. PETTITI, E. DECAUX, P-H. IMBERT (Ed.) – *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 796. Ces conceptions peuvent se recommander de la pratique de la Cour elle-même qui, lorsqu'elle invite l'Etat dont le ressortissant est victime, elle vise l'article 48 b) et la disposition qui s'y rapporte dans le règlement de procédure.

¹⁷¹ D'où l'extrême prudence de certains auteurs qui se refusaient à utiliser le terme d'intervention sans marquer son caractère spécifique au regard de l'acception classique, quitte à lui donner un sens qui n'est pas strictement procédural. Voir P. MAHONEY notait à propos de l'article 48 b) de la Convention et l'article 33 § 3 b) du règlement de procédure : « *Both this provisions grant a kind of right of intervention for a Contracting State in the specific circumstance where the Convention rights of one of its citizen is at stake* », in – Developments in the procedure of the European Court of Human Rights, the revised rules of the court, op. cit., p. 148 ; M-A EISSEIN – La Cour Européenne des Droits de l'Homme, *R.D.P* 1986, p. 1546, et – La procédure de la Cour européenne des droits de l'homme, in *Introduire un recours à Strasbourg*, Bruxelles, Némésis, 1986, p. 44 ; R. ABRAHAM – Le point de vue de l'Etat défendeur, *Cahiers de l'I.D.E.D.H* 1992, n°1, p. 20.

196. Il semble plus juste de situer la source juridique de l'intervention dans le règlement de procédure de la Cour¹⁷². Dès l'adoption de son premier règlement de procédure, la Cour institue l'obligation de communiquer la demande ou la requête « à toute *Partie Contractante désignée à l'article 48 de la Convention et dont n'émane pas la requête*¹⁷³ ». Cette volonté d'association de l'Etat dont la victime est national va se préciser au fil des modifications du règlement jusqu'aux articles 33 § 3 b) du règlement A et 35 § 3 b) du règlement B, qui indiquent qu'en procédant à la communication, le greffier invite « *toute Partie Contractante qui paraît qualifiée, aux termes de l'article 48 de la Convention pour saisir la Cour et qui n'a pas usé de cette faculté, à lui faire savoir dans les quatre semaines si elle désire participer à la procédure (...)* »¹⁷⁴. A la différence de la procédure de l'article 48 b) de la Convention, il s'agit sans aucun doute d'une participation incidente à un procès introduit par d'autres saisissants. La logique juridique invitait à offrir à celui qui n'a pas exercé son droit de saisine, un droit de moindre importance, le droit d'intervenir¹⁷⁵. Ce dernier, compte tenu du renvoi qu'il opérerait à la stipulation conventionnelle, peut apparaître comme une conséquence du premier. Mais ils avaient des bases juridiques distinctes même s'ils procédaient d'une même conception du rôle de l'Etat dans la surveillance des droits accordés à ses ressortissants.

197. Au bénéfice de ces observations, il n'est pas difficile de percevoir un lien de filiation entre le droit d'agir de l'article 48 b) et l'actuel droit d'intervenir de l'article 36 § 1. Le droit de saisine, rendu inutile par l'actuel statut du requérant, a laissé place au droit d'intervenir original, transposé et réaménagé d'une source secondaire à une source primaire du droit de la Convention.

¹⁷² Cette source juridique est généralement ignorée par les écrits relatifs à l'intervention. Voir néanmoins, P. MAHONEY – *Developments in the procedure of the European Court...*, op. cit, p. 148 et N. M. HUNNINGS – *The european courts*, London, Cartermill, 1996, p. 318.

¹⁷³ Article 32 du premier règlement de procédure.

¹⁷⁴ Si la question n'a plus d'intérêt pratique en raison du changement de l'état du droit, il semble que le droit de présenter des observations pourrait trouver sa source dans le règlement de procédure de 1959 car on ne voit guère l'utilité de communiquer la requête à un Etat pour simple information. D'ailleurs, le renvoi à l'article 48 b) de la Convention atteste de la logique de cette conception.

¹⁷⁵ Voir l'article de O. DE SCHUTTER – Sur l'émergence de la société civile en droit international : le rôle des associations devant la Cour européenne des droits de l'homme, *J.E.D.I.*, 1996, vol 7, p. 377. En toute logique juridique : « *qui peut le plus peut le moins* ».

§ 2 - L'originalité de l'intervention de droit

198. A la différence des régimes généralement en vigueur dans le contentieux international, l'intervention de droit devant la Cour dispense ses bénéficiaires de la preuve d'un intérêt à l'instance. Ainsi, l'originalité de l'article 36 § 1 réside dans la nature du régime qu'il instaure (A). Pourtant, cette procédure avantageuse n'attirera peut-être pas beaucoup de candidat (B).

A – Le régime juridique de l'intervention de droit

199. A la différence des régimes d'intervention établis devant les juridictions internationales, l'article 36 § 1 de la Convention introduit un véritable droit d'intervention. L'exercice du droit d'intervention, qui signifie qu'un tiers peut se joindre à la procédure sans avoir à justifier d'un intérêt au litige, distingue la Cour de Strasbourg d'autres juridictions.

200. Devant la Cour internationale de justice, l'intervention n'est pas un droit mais une faculté soumise à la preuve d'un intérêt suffisant à la solution du litige¹⁷⁶. Dans le mécanisme de contrôle institué par la Convention américaine des droits de l'homme, ni ce traité, ni le règlement de procédure ne prévoient expressément le droit d'intervention au profit d'une catégorie d'Etats. Mais il faut souligner que le règlement de la Cour prévoit que tous les Etats parties à cet instrument sont informés de l'introduction d'une requête devant la cour, ce qui laisse penser qu'ils pourraient faire valoir leurs observations au cours de la procédure¹⁷⁷.

201. Une place à part doit être réservée au système juridique de l'Union européenne qui consacre un droit d'intervention au profit des Etats membres et des institutions. En vertu de l'articles 37 du protocole sur le statut de la Cour de justice prévu à l'article 188 du traité C.E.E et de l'article 38 du protocole sur le statut de la Cour de justice prévu à l'article 160 du traité C.E.E.A, les institutions et les Etats membres n'ont pas à justifier d'un intérêt pour intervenir au litige soumis à la Cour de Luxembourg¹⁷⁸. Ce droit ne vaut qu'à l'égard des

¹⁷⁶ Sur le régime de l'intervention en droit international, S. TORRES BERNARDEZ – L'intervention dans la procédure de la Cour internationale de justice, *R.C.A.D.I.*, Tome 256, 1995, p. 193.

¹⁷⁷ Reprenant la substance de l'ancien article 28 § 2, l'article 35 § 2 du nouveau règlement de procédure : « *El secretario de la Corte informara sobre la presentacion de la demanda a los otros Estados Partes y al Secretario General de la OEA* ».

¹⁷⁸ Voir B. MONGIN – L'intervention de tiers dans les litiges pendants, *in* V. CHRISTIANOS (Ed.) – *Evolution récente du droit judiciaire communautaire*, Maastricht, E.I.P.U, vol II, 1994, p. 17 ; G. VANDERSEN – Le recours en intervention devant la Cour de justice des communautés européennes, *R.T.D.E* 1969, p. 1 ; J.

procédures contentieuses¹⁷⁹, et ne saurait s'appliquer dans le cadre du renvoi préjudiciel¹⁸⁰. Le contentieux communautaire, excluant l'intervention volontaire agressive, précise que l'intervenant ne peut participer à l'instance qu'au soutien des conclusions de l'une des parties.

202. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, ni la Convention, ni le règlement de procédure ne viennent encadrer le contenu des observations déposées par l'intervenant. Cette lacune peut faire naître dans la pratique un curieux paradoxe. A l'évidence, les rédacteurs ont entendu augmenter la protection des droits en consacrant le droit d'intervenir en faveur de l'Etat national de la victime. Paraphrasant les propos de M-A EISSEN qui commentait l'article 48 b) de la Convention, on peut soutenir que se prévaloir de l'article 36 § 1 « *pour voler au secours d'un Etat défendeur méconnaîtrait sans doute l'esprit sinon la lettre de la Convention*¹⁸¹ ». Autrement dit, cette procédure n'a pas vocation à être utilisée à l'encontre du requérant. Pourtant, la pratique montre que la participation d'Etats tiers à la procédure de la Cour n'a pas pour objectif exclusif de défendre la victime¹⁸². Aussi n'est-il pas exclu qu'un Etat intervienne sur le fondement de l'article 36 § 1 sans soutenir la cause de son ressortissant ; par exemple afin de prémunir son ordre juridique d'une jurisprudence dont les implications lui déplairaient. Cette stipulation destinée à protéger la victime pourrait bien être utilisée à des fins différentes, voire même contre ses intérêts. Mais, à l'aune de la pratique antérieure, le danger n'est guère important, dans la mesure où tout porte à prédire la sous-utilisation du droit d'intervenir.

B - Le destin de l'intervention de droit

203. Au regard de la pratique peu encourageante de l'article 48 b) et de l'article 35 § 3 b) du règlement B, il convient de marquer le pessimisme qui règne quant au devenir de ce régime d'intervention.

BOULOUIS ; M. DARMON ; J-G. HUGLO – *Contentieux communautaire*, Paris, Dalloz, Précis, 2^{ème} édition 2001, p. 216.

¹⁷⁹ Non seulement elle est possible dans les recours en indemnité, en annulation et en carence, mais également en matière de référé : C.J.C.E, Ordonnance du 14 octobre 1974, Fruit en Groentenimporthandel/Commission, 71/74, Rec. p. 1031 ; et ainsi que l'indique l'article 123 du règlement de procédure, à l'occasion d'un pourvoi contre une décision du Tribunal de Première Instance. Voir, B. MONGIN – L'intervention de tiers..., op. cit., p. 26.

¹⁸⁰ M-C BERGERES – *Contentieux communautaire*, Paris, P.U.F, coll. Droit fondamental, 2^{ème} édition, 1994, p. 104 ss. ; G. VANDERSEN – Le recours en intervention..., op. cit., p. 21-22. Voir C.J.C.E, Ordonnance du 3 juin 1964, Costa/ENEL, 6/64, Rec. p. 1197.

¹⁸¹ M-A EISSEN – La Cour européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 1546.

¹⁸² Ruiz Mateos c. Espagne, 23 juin 1993, série A, n°262.

Il faut souligner qu'en pratique, les Etats n'ont pas manifesté leur enthousiasme à l'égard de la capacité qui leur était offerte par le règlement de procédure. Peut-être faut-il établir un parallèle entre le peu de succès de cette intervention et l'infortune des recours étatiques¹⁸³. Leur utilisation semble correspondre à une logique similaire, à savoir la vigilance des Etats dans la surveillance des obligations conventionnelles. Mais cette vigilance ne semble pas prévaloir au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe. Au demeurant, l'utilité de la tierce intervention semble se réduire à la volonté d'ajouter à la tension politique du procès de la défense des droits de l'homme et manifester l'intérêt qu'un gouvernement peut porter à la question des droits de l'homme dès lors qu'elle concerne un de ses nationaux. Pourtant la portée de ces motifs est si faible dans la pratique qu'elle conduit à jeter le doute sur l'intérêt même de l'inscription de ce régime procédural au sein de la Convention.

204. A l'inverse, on peut nourrir sans trop d'hésitation l'espoir de voir se développer encore davantage l'intervention soumise à autorisation.

Sous-section 2 - L'intervention soumise à autorisation : La dualité du régime de l'amicus curiae

205. Il relève du pouvoir discrétionnaire du président de la Cour d'admettre ou de refuser toute demande d'intervention fondée sur l'article 36 § 2 de la Convention. Il ne suffit pas seulement au candidat au statut d'*amicus curiae* de démontrer son intérêt à participer au procès, il faut également que le président estime son accueil utile à une bonne administration de la justice. C'est une marque supplémentaire de l'originalité de la Convention au regard des enseignements du droit processuel qui précisent que la démonstration d'un intérêt suffisant à intervenir est la règle la plus répandue.

206. Le terme *amicus curiae* n'apparaît pas dans la Convention, ni dans le règlement de procédure, mais il est couramment utilisé en doctrine pour désigner l'association des Etats contractants ou des personnes intéressées au procès. Institution ancienne, elle est fréquemment utilisée dans les procédures anglo-saxonnes où elle désigne, selon une traduction littérale, « *l'ami de la Cour* »¹⁸⁴. Il s'agit d'un tiers dont la présence au procès a pour seule fin d'aider le juge à maîtriser de manière plus satisfaisante les éléments nécessaires

¹⁸³ Il faut tout de même souligner que quelques grands arrêts ont été rendus sur la base de ce type de recours : Soering c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, série A n° 161 ; Ruiz Mateos c. Espagne, 23 juin 1993, série A, n°262 ; Loizidou c. Turquie, 18 décembre 1996, Recueil 1996 - VI, p. 2216.

¹⁸⁴ D. SHELTON – The participation of nongovernmental organisations in international judicial proceedings, *A.J.I.L.*, vol. 88, 1994, p. 611 ; Y. LAURIN – L'*Amicus curiae*, *JCP G.*, 1992, I, 3603.

à la solution du litige. A cet égard, la Convention élargit la notion d'intervention à des participants qui sont plus proches de l'expert que de l'intervenant classique cherchant à protéger un intérêt propre. Mais l'*amicus curiae* diffère de l'expert - tout au moins dans la Convention - pour autant que la dimension d'intérêt ne disparaît pas complètement de son action. En effet, les personnes entendues à ce titre par la Cour, ne le sont pas en raison de leur qualification professionnelle, mais en raison de la connaissance empirique qu'ils ont des sujets débattus. Cette connaissance est soit le fruit d'une implication dans la lutte pour la promotion ou la protection des droits de l'homme soit de la pratique d'un dispositif juridique auquel la Cour s'intéresse pour résoudre le litige et fixer les standards jurisprudentiels de la sauvegarde des droits.

207. Ce type d'intervention n'est pas le propre de la Convention européenne des droits de l'homme, puisqu'il existe sous des formes diverses devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme, devant la Cour de justice de l'Union européenne et devant la Cour internationale de justice. Mais, l'entrée en vigueur du protocole 11, en l'inscrivant dans la Convention lui confère une dignité inégalée dans l'ordre international.

208. L'article 36 § 2 de la Convention permet à la Cour d'accueillir au procès les Etats contractants ou toute personne intéressée afin qu'ils soumettent des observations écrites et le cas échéant participent aux audiences¹⁸⁵. Héritière d'une pratique naguère codifiée par le règlement du 24 novembre 1982, cette participation est admise en fonction de deux critères formant un couple singulier. D'un côté, le président invite ou autorise l'admission « *dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice* », d'un autre, l'intervention est ouverte « *à toute personne intéressée* ». Cette stipulation régit de manière uniforme l'intervention des Etats contractants dont la victime n'est pas ressortissante et des personnes intéressées - ou la société civile. Si l'on garde à l'esprit que la Convention est un traité de garantie collective, il est surprenant que le règlement de procédure impose à l'Etat comme aux autres personnes de motiver leur demande d'intervention. L'Etat Partie n'a-t-il pas toujours un intérêt suffisant à participer à un procès relatif à l'application de la Convention ? Même si la recherche devait aboutir à une réponse négative, il convient d'accorder des développements séparés à l'intervention de l'Etat contractant (§ 1) et à l'intervention des membres de la société civile (§ 2).

¹⁸⁵ Notons que la Convention, ni le règlement de procédure ne prévoient l'intervention d'Etats étrangers au Conseil de l'Europe ; voir *infra*.

§ 1 - L'intervention des Etats contractants

209. L'histoire de l'intervention des Etats contractants commence dès la seconde demande de participation devant la Cour. Le Royaume-Uni voulait participer à l'audience dans l'affaire Winterwep c. Pays-Bas¹⁸⁶. La demande était motivée par le fait que plusieurs affaires pendantes contre le Royaume-Uni soulevaient le même problème d'interprétation posé par l'article 5 § 4 et qu'il ne partageait pas les points de vue adoptés par la Commission et les Pays-Bas. L'agent du gouvernement proposait de fonder cette participation sur l'article 38 § 1 du règlement de procédure qui permettait à la Cour d'entendre toute personne de son choix au titre des mesures d'instruction¹⁸⁷. Combinant un argument tiré de son organisation et de la nécessité de respecter les délais préalablement fixés pour la tenue de l'audience, la Cour refuse au Royaume-Uni la possibilité de présenter des observations orales, et lui permet de déposer des conclusions écrites sous l'autorité de la Commission¹⁸⁸. Ce régime récemment valorisé par l'entrée en vigueur du protocole 11 est aménagé par le nouveau règlement de procédure de la Cour.

210. L'article 61 § 3 de ce texte précise que les demandes d'autorisation¹⁸⁹ des intervenants « *doivent être dûment motivées et soumises dans l'une des langues officielles, dans un délai raisonnable après la fixation de la procédure écrite* »¹⁹⁰. Si cette obligation de motivation va de soi s'agissant de la participation des « *personnes intéressées* », elle ne semble pas pertinente appliquée à l'Etat contractant. La garantie collective des engagements conventionnels postule l'existence d'un intérêt suffisant de tout Etat partie à la protection effective des droits de l'homme. Sans doute en raison du faible nombre d'interventions admises à ce titre la doctrine ne s'y est pas intéressée. Cependant, P. MAHONEY estime que les Etats pourraient fonder la légitimité de leur participation sur l'effet potentiel des arrêts de

¹⁸⁶ Winterwep c. Pays-Bas, 24 octobre 1979, série A n° 32.

¹⁸⁷ Winterwep c. Pays-Bas, série B, vol. 31, lettre de l'agent du gouvernement en date 1^{er} novembre 1978, p. 65.

¹⁸⁸ Selon le président de la Cour, la requête du Royaume-Uni soulevait des questions graves concernant l'application et l'interprétation de la Convention et de son règlement de procédure. Par conséquent, il avait estimé qu'elle devait faire l'objet d'un examen devant la Cour plénière. Or, après consultation de l'agent du gouvernement des Pays-Bas et des délégués de la Commission, le président a décidé de ne pas repousser la date de l'audience. Tout au plus, a-t-il prononcé une suspension clôturé provisoire des débats du 28 novembre 1978 en accordant deux semaines à la Commission pour produire une déclaration écrite du Royaume-Uni. Voir échange de lettres, entre l'agent du gouvernement et le greffe de la Cour, série B, vol. 31, p. 65 - 70.

¹⁸⁹ Si l'article 36 § 2 de la Convention stipule que le président peut « *inviter* », l'intervention peut aussi résulter, c'est d'ailleurs le cas le plus fréquent, de l'initiative de l'intervenant. Cette lacune est réparée par le règlement de procédure qui prévoit en son article 61 § 3 que le président « *peut inviter ou autoriser* ».

¹⁹⁰ Article 61 § 3 du règlement de procédure.

la Cour au sein de leur ordre juridique¹⁹¹. Cet argument, difficilement contestable, peut être considéré comme subsidiaire par rapport à celui qui s'appuie sur la garantie collective. En somme, il ne s'agit que d'une astuce procédurale à l'effet de pallier l'absence de reconnaissance du droit d'intervention de tout Etat partie à la Convention. Il vaut mieux en revenir au principe fondateur plutôt que d'imposer aux Etats d'avancer des justifications évidentes¹⁹².

211. Il s'ensuit que la justification d'un intérêt à se joindre à la procédure équivaut à une simple formalité, sauf à vouloir remettre en cause l'un des principes fondateurs de la protection internationale des droits issus de la Convention. Tout porte à croire que cette précision est un des inconvénients liés à la volonté de réunir dans un paragraphe unique des situations différentes. Pourtant, les disparités se font jour de manière non équivoque si l'on poursuit le raisonnement.

212. Dès lors que l'on écarte comme non pertinente l'obligation pour un Etat contractant de justifier d'un intérêt à intervenir, on est logiquement conduit à se demander s'il était opportun d'isoler une catégorie d'Etat, à savoir ceux dont un ressortissant est requérant, pour leur accorder un droit d'intervention, lors même qu'en pratique, la Cour peut difficilement s'opposer à l'intervention d'aucun des Etats contractants. Certes, les régimes sont distincts en ce qu'ils n'imposent la communication de la requête recevable qu'aux Parties contractantes relevant de la première catégorie¹⁹³. Ils diffèrent également par le fait que le président de la chambre fixe la procédure à suivre pour les Etats relevant de l'article 36 § 1 tandis que les règles qui régissent l'intervention des autres Etats contractants sont inscrites à l'article 61¹⁹⁴. Mais, il ne s'agit que de contrastes induits par le choix de différenciation effectué *a priori*, auxquels on ne saurait attribuer un caractère fondamental. Ces distinctions accessoires n'influent en rien sur le fait que toute Partie contractante possède toujours un

¹⁹¹ P. MAHONEY – Developments in the procedure of the European Courts of Human Rights..., op. cit, p. 146 - 147 : « *The Contracting states can be said to have a legitimate interest in all the Court's judgments merely by reason of being Parties to the Convention and its Protocols. The Court's judgements are not binding, in strictly legal terms, on non-Party Contracting States, but any interpretation of the Convention by the Court will affect, to a degree depending upon the scope of its general character going beyond the confines of the particular case, how the Convention should be secured within their domestic legal orders* » ; A. LESTER – Amici curiae : third-party interventions..., op. cit., p. 342 ; O. De SCHUTTER – L'émergence de la société civile..., op. cit., p. 380.

¹⁹² Alors que dans le système interaméricain des droits de l'homme, l'intervention n'est pas formellement prévue, c'est à la nature des obligations générées par les traités protecteurs des droits de l'homme que certains auteurs se réfèrent pour envisager l'hypothèse pratique de cette procédure incidente. H. GROS ESPIELL – El procedimiento contencioso ante la Corte interamericana de derechos humanos, in – *La corte interamericana, estudios y documentos*, San José, Instituto internacional de derechos humanos, 1986, p. 88 ; J. G. QUINTANA A. – Los procedimientos incidentales ante la Corte interamericana de derechos humanos, *Revista I.I.D.H.*, vol. 21, 1995, p. 124.

¹⁹³ Article 61 § 1 du règlement de procédure.

¹⁹⁴ Article 61 § 2 du règlement de procédure.

intérêt suffisant à intervenir au procès engagé devant la Cour. Dès lors, le régime aménagé à l'article 36 § 2 de la Convention, sans en porter le nom, pourrait bien s'appliquer comme un droit d'intervention au profit de tout Etat partie à la Convention¹⁹⁵. Voilà qui contraste fortement avec le sort réservé aux interventions issues de représentants de la société civile.

§ 2 - L'intervention de membres de la société civile

213. Avant d'indiquer les critiques suscitées par les conditions d'intervention des membres de la société civile devant la Cour (B), il paraît nécessaire d'en indiquer brièvement les sources (B).

A - Les sources de l'intervention des membres de la société civile

214. La première demande de participation à l'instance a lieu au cours du procès *Tyrer c. Royaume-Uni* dans lequel la Cour devait examiner la conformité de châtiments corporels infligés sur l'île de Man à l'article 3 de la Convention¹⁹⁶. Elle émanait du National Council for Civil Liberties qui voulait être entendu à l'audience compte tenu de l'importance de cette question pour l'île de Man et fort du rôle qu'il prétendait avoir joué dans la présentation de cette affaire¹⁹⁷. Elle n'obtint pas de suite favorable à la Cour qui faisait savoir que, dans l'éventualité d'une visite des lieux, elle ne manquerait pas d'entendre un de ses représentants¹⁹⁸. La première participation d'un tiers à l'instance devant la Cour sera inaugurée par une organisation non étatique accueillie sur le fondement de l'article 38 du premier règlement de procédure à titre de mesure d'instruction. Dans l'affaire *Young James et Webster c. Royaume-Uni*¹⁹⁹, mettant en cause la compatibilité d'un système d'affiliation obligatoire à un syndicat par les employés d'une entreprise déterminée à la liberté

¹⁹⁵ *Contra* M-A EISSEIN, commentant l'article 37 § 2 du règlement de 1982 auquel l'article 36 § 2 de la Convention n'a rien ajouté s'agissant de la situation des Etats, notait néanmoins : « *il ne s'agit pas là, soulignons-le nettement d'un droit subjectif d'intervention reconnu aux Etats contractants, comme tels, et qu'ils exerceraient à leur guise* ». M-A EISSEIN – La Cour européenne des droits de l'homme, op. cit, p. 1556. Cependant, le savant greffier n'indiquait pas le raisonnement qui fondait son affirmation. Il ajoutait simplement que l'instauration d'un tel droit devait résulter de la Convention et non du règlement de procédure, et qu'elle ne se ferait pas sans poser des problèmes d'opportunité.

¹⁹⁶ *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, série A n° 26.

¹⁹⁷ *Tyrer c. Royaume-Uni*, série B, vol. 24, Annexe I de la lettre envoyée par le représentant du National Council for Civil Liberties, p. 45.

¹⁹⁸ *Tyrer c. Royaume-Uni*, série B, vol. 24, lettre du greffier au représentant du National Council for Civil Liberties, 21 décembre 1977, p. 51.

¹⁹⁹ , *Young James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, série A n° 44.

d'association, la confédération syndicale Trade Union Congress, put soumettre ses observations sur les points de fait indiqués par la Cour²⁰⁰.

215. Aujourd'hui c'est le texte de la Convention qui autorise toute personne intéressée à participer à l'instance sous réserve de son acceptation par le président. En se référant au nombre de demandes déposées devant la Cour depuis l'affaire young james et Webster, on s'aperçoit que cet élargissement de la procédure à des membres de la société civile a connu une remarquable fortune au sein de la Convention. Les organisations non gouvernementales²⁰¹, par la connaissance qu'elles ont du milieu social, des données concrètes relatives à la protection des droits de l'homme fournissent à la Cour des renseignements précieux sur les situations litigieuses. Cependant, pour ces sujets du droit à la preuve, on peut penser que la Convention a provoqué une distorsion et de la notion classique d'intervention et de celle d'*amicus curiae*. L'intervention se rapporte en général à la défense de droits propres à l'intervenant tandis que l'*amicus curiae* se borne en principe à donner un avis à la juridiction sur un point de droit ou de fait (c'est le cas le plus fréquent devant la Cour).

B - Les conditions de l'intervention des membres de la société civile

216. Les conditions de la participation des personnes intéressées ont fait l'objet de critiques assez vives au motif qu'elles manquent de clarté et donne lieu à une pratique jugée complexe. En effet, si la Convention prévoit que la participation de l'*amicus curiae* en vue de garantir une « *bonne administration de la justice* », elle s'applique à « *toute personne intéressée* ». D'un côté, l'aide à la Cour, de l'autre, la défense d'un intérêt : voilà qui appelle une application équivoque qui mêle deux critères difficilement compatibles. Cette ambiguïté remonte aux premières interventions acceptées par la Cour. Selon M. DE SCHUTTER, « *il en résulte, encore à l'heure actuelle, un régime hybride de l'intervention, dépourvu de critères clairs, et où ne sont distinguées ni les diverses fonctions (..), ni la perspective - restreinte au cas d'espèce porté devant la cour ou élargie au développement de la Convention*²⁰² » que l'intervenant choisit d'adopter.

217. En théorie, on peut y voir une contradiction ou tout au moins un paradoxe entre le caractère objectif du premier critère et le caractère subjectif du second. Mais dans la

²⁰⁰ Young James et Webster, série B, n° 39, lettre du greffe de la Cour aux avocats de la confédération, p. 161.

²⁰¹ M. A. NOWICKI – NGO's before the European commission and the Court of human rights, *N.Q.H.R.*, 1996, vol. 14, n° 3, p. 289 ; O. DE SCHUTTER ; L-E. PETTITI – Le rôle des associations dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, *J.T.D.E.* 1996, p. 145.

²⁰² O. DE SCHUTTER – Sur l'émergence de la société civile..., op. cit., p. 379-380.

pratique, l'incertitude s'estompe puisque la Cour fait primer la bonne administration de la justice sur le critère tiré de l'intérêt. C'est pourquoi la Cour, par l'intermédiaire de son greffier, demande au conseil de l'ordre des avocats de Rome admis dans l'affaire Capuano de « *ne pas se prononcer en faveur de tel ou tel des comparants, car cela ne cadrerait pas avec l'esprit de l'article 37 § 2 et la requérante, le gouvernement italien et la Commission auront encore toute latitude pour défendre eux-mêmes leur thèses respectives*²⁰³ ». La même préoccupation apparaît dans l'organisation de la procédure qui aboutit à l'arrêt Lingens²⁰⁴. Il est rappelé à International Press Institute, que l'objet de l'article 37 § 2 n'est pas la défense d'intérêt propre, mais la bonne administration de la justice²⁰⁵. La Cour va même jusqu'à inviter les personnes intéressées à engager un action si elles sont affectées directement dans la jouissance de leurs droits²⁰⁶.

218. Si des contradictions continuent d'apparaître, c'est parce que l'analyse est menée à partir de la situation des personnes intéressées. M. DE SCHUTTER, s'intéressant à la défense des intérêts collectif, se demande dans quelle mesure les associations peuvent accéder à la Cour, et quels sont les buts qu'elles peuvent poursuivre²⁰⁷. Les critiques qu'il adresse à l'aménagement juridique ne valent plus dès lors que l'on s'intéresse aux raisons pour lesquelles ces associations sont effectivement admises. M-A EISSEN l'avait fort bien exprimé, « *c'est pour mieux éclairer sa religion, grâce à une vision plus complète des choses qu'elle [la Cour], recueille sur un point déterminé par elle, les observations écrites et le cas échéant orales des tiers*²⁰⁸ ».

219. Cette conception rend plus étroite les possibilités d'accès à la Cour. Cette impression de réticence donnée par la juridiction trouvera sans doute un fondement supplémentaire dans le fait que son règlement de procédure semble vouloir encadrer strictement la participation des *amici curiae* à l'instance²⁰⁹. Il est possible de plaider pour un

²⁰³ Capuano, série B, vol. 102-A, communication du greffier de la Cour à trois associations qui avaient sollicité l'autorisation de formuler des observations écrites en application de l'article 37 § 2 du règlement de la Cour, 2 décembre 1986, p. 56.

²⁰⁴ Lingens, série B, vol 26, lettre du greffe de la Cour au international press institute, 6 juin 1985, p. 45.

²⁰⁵ « *As you are aware, the sole purpose of the association of « third parties » in the court's proceedings is to serve the interest of the proper administration of justice* ». Série B, vol 86, lettre du greffier en date du 6 juin 1985, p. 45.

²⁰⁶ Glasenapp, lettre du greffier au représentants des la Prisoner's officer's association, 25 janvier 1985, série B, vol. 87, p. 70.

²⁰⁷ La discussion s'établit avec M. DE SCHUTTER, mais il s'agit là d'une conception très répandue. Monsieur O'BOYLE, membre du greffe de la Cour, définit l'*amicus brief* comme un « *mémoire d'un tiers admis à faire valoir dans un procès l'intérêt public ou l'intérêt d'un groupe social important* », M. O'BOYLE – La procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme, *R.U.D.H* 1992, p. 397.

²⁰⁸ M-A EISSEN – La Cour européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 1556.

²⁰⁹ C'est du moins l'impression que laisse la codification d'un luxe de détail dont l'utilité n'est pas évidente. Bien que la Cour soit maître de l'organisation de sa procédure, cette dernière devrait être la matérialisation de

renversement de perspectives en mettant davantage l'accent sur l'intérêt des associations ou des autres entités non étatiques à intervenir au procès. Mais il ne s'agit que d'une question d'opportunité juridique difficile à fonder sur un principe ou une règle de droit. Même si l'on en venait à soutenir que l'idée que l'on se fait de la garantie collective des droits de l'homme n'implique plus seulement les Etats, ce qui relèverait d'une conception datée de la société internationale, mais également les organisations non gouvernementales, il s'agirait encore d'arguments de politique juridique qui n'appèleraient pas une modification de la réglementation applicable. Car, si leur intervention est souhaitable, à trop vouloir leur ouvrir le prétoire de la Cour, on risque d'alourdir inutilement une procédure qui requiert de la souplesse et de la rapidité.

220. Conscient de ses dangers, le greffier EISSEN préconisait l'adoption une attitude modérée face à ces participations qui ne devraient être utilisées que « *dans les seules causes où [la Cour] les estimera nécessaires à la recherche de la vérité* ». Cette terminologie de la preuve montre combien la participation des *amici curiae* revêt une grande importance dans le contentieux international des droits de l'homme.

221. L'*amicus curiae* est assez répandu dans les procédures internationales²¹⁰. La Cour interaméricaine des droits de l'homme s'est montrée extrêmement favorable au développement de cette institution²¹¹, qu'elle a d'ailleurs admise dès sa première saisine en matière consultative²¹². Il importe de souligner qu'à cette époque, le règlement de procédure ne comportait aucune disposition susceptible de fonder cette pratique en matière consultative. C'est lors de la révision de sa procédure en 1991 que la Cour de San José a permis de manière expresse à son président d'inviter toute personne intéressée à soumettre des observations écrites sur l'objet de la consultation²¹³. En matière contentieuse, la participation d'un *amicus curiae* se fonde sur l'article 44 § 1 du règlement de procédure - quasiment identique à l'article 43 du règlement B de la Cour de Strasbourg - qui permet à la Cour d'entendre, soit à la

la volonté exprimée par les Etats lors de la ratification unanime du protocole 11. Or, l'inscription de l'intervention dans le corps de la Convention manifeste l'attention particulière que les Etats ont voulu accordé à cette institution. Toute pratique restrictive pourrait encourir le reproche d'être infidèle à la volonté souveraine des Etats contractants.

²¹⁰ D. SHELTON – The participation of nongovernmental organisations in international judicial proceedings, *A.J.I.L.*, vol. 88, 1994, p. 611.

²¹¹ Voir T. BUERGENTHAL et D. SHELTON – *Protecting Human Rights in the Americas, cases and materials*, Strasbourg, Institut international des droits de l'homme, N.P Engel, 4ème édition, 1995, p. 265 ; C. MOYER – The rôle of *amicus curiae* in the inter-american court of human-rights, in *La corte interamericana, estudios y documentos*, San José, Instituto Internationale de Derechos Humanos, 1986, p. 103.

²¹² Cour IADH, Other treaties subject to the consultative jurisdiction of the Court, 24 septembre 1982, série A n°1.

²¹³ Article 54 § 3, devenu article 62 § 3 du nouveau règlement.

demande d'une partie, soit d'office, comme expert, témoin ou à un autre titre, toute personne dont les éléments de preuve, dires ou déclarations paraissent utiles à l'accomplissement de sa tâche²¹⁴.

222. A cet égard, il faut rappeler que les premières demandes d'intervention portées devant la Cour s'appuyaient également sur son pouvoir d'instruction. En outre, il faut remarquer que ce dernier pourrait encore servir pour admettre à la procédure d'autres *amici curiae*, par exemple un Etat étranger au Conseil de l'Europe. Cette hypothèse pourrait se révéler utile notamment dans le cadre des affaires relatives aux effets externes de l'article 3. En l'absence de règles spécifiques, la Cour pourrait s'appuyer sur ses pouvoirs d'instruction qui l'autorise à entendre toute personne de son choix. Ainsi, l'appréciation indirecte qu'elle porterait sur la situation d'un Etat non membre du Conseil de l'Europe pourrait se fonder sur des preuves véritables et moins modestes que par le passé²¹⁵.

223. Quoiqu'il en soit, il faut reconnaître que l'émancipation continue du statut de l'*amicus curiae* d'une base juridique non spécifique à un aménagement approprié, du règlement de procédure à l'article 36 § 2 de la Convention montre à la fois le souci d'entériner les acquis procéduraux de la pratique et d'améliorer progressivement les cadres du débat contentieux.

224. Au terme de cet exposé rapide du statut de ces bénéficiaires du droit à la preuve, deux remarques s'imposent.

En premier lieu, il faut convenir que l'organisation de l'intervention s'est faite au mépris des conséquences logiques du principe de garantie collective. Alors que la consécration du droit d'intervenir en faveur de tout Etat partie à la Convention en eût été une simple traduction, la fragmentation du régime des Etats contractants réalise le curieux paradoxe de privilégier une certaine catégorie d'Etats. Elle peut être résumée par un tableau qui peut prendre la forme suivante :

²¹⁴ H. FAÚNDEZ LEDESMA – *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, op. cit, p. 463. Le nouveau règlement de procédure de cette juridiction, entré en vigueur le 1^{er} juin 2001, n'a pas modifié cet article.

²¹⁵ Il est difficile de savoir la qualité des preuves sur lesquelles la Cour s'est fondée pour décider que dans l'île de Saint-Kitts, le requérant D. auraient encouru un traitement inhumain et dégradant en raison du dispositif de santé publique, D. Royaume-Uni, 2 mai 1997, Recueil 1997-III, p. 777. De même, si la Cour avait pu avoir accès à des informations satisfaisantes sur la situation en Colombie, peut-être n'aurait-elle pas demandé à H.L.R de prouver que la police colombienne n'était pas en mesure d'assurer sa sécurité (ce qui est une preuve bien difficile à rapporter). Il est peut-être souhaitable que la Cour se donne les moyens procéduraux de mieux connaître les situations dont elle débat. H.L.R c. France, 29 avril 1997, Recueil 1997-III, p. 745.

Le régime de l'intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme

	Relation avec la victime	Nature juridique	Type de l'intervention
article 36 § 1	Etats contractants dont le requérant est le ressortissant	Intervention de droit	Sollicitée par la Cour
article 36 § 2	Autres Etats contractants non mis en cause	Intervention soumise à autorisation de la Cour	Non sollicitée par la Cour

225. Le tableau ci-dessus montre que la structure de l'intervention fait dépendre sa nature juridique (droit ou possibilité sous réserve d'acceptation) de la relation que l'Etat contractant entretient avec la victime. Or, au nom du principe de garantie collective tous les Etats sont responsables du respect de la Convention.

226. Cette inégalité de traitement est d'autant moins compréhensible que le droit d'intervenir accordé à la première catégorie souffre d'une sous-utilisation qui ne va pas s'améliorant. Mais on ne peut s'empêcher de penser que ce mépris de la garantie collective participe de la recherche d'une meilleure protection. Il suggère l'existence d'une certaine méfiance à l'égard des Etats contractants. En effet, soumettre les interventions à autorisation revient à offrir à la Cour la compétence de sélectionner les demandes qui tendent à la défense des droits au détriment de celles qui dérivent d'une volonté de se prémunir d'un jugement « embarrassant ». Peut-être qu'il faut également rattacher cette discrimination à la volonté de faire primer sur toute autre chose une souplesse du procès favorable à la bonne administration de la justice. C'est d'ailleurs cette hiérarchie qui subordonne la représentation des intérêts collectifs des membres de la société civile à un principe d'utilité à la cause.

227. En second lieu, c'est clairement à cette recherche d'un « mieux jugé » que la Cour subordonne la représentation d'intérêt collectif par l'intermédiaire du statut d'*amicus curiae*. L'ambivalence qui peut résulter des textes actuelles pourra sans doute servir d'instrument pour concilier cette primauté de principe avec les nécessités ponctuelles du règlement des différends ou encore avec l'évolution des mentalités.

228. Considéré globalement, le statut des intervenants montre d'ores et déjà que leur participation ne s'intéresse pas à leurs intérêts propres ; elle est au service d'une meilleure appréhension des enjeux du procès et de la volonté de se procurer des informations complémentaires, fiables voire même impartiales afin que la Cour puisse parvenir à une vraisemblance raisonnable des faits de la cause.

Conclusion du chapitre I

229. Les réponses que la Convention a apportées aux défis posés à la protection internationale des droits de l'homme reflètent à la fois sa dimension communautaire et la vigueur de son dispositif de protection. Par l'infléchissement de la conception réductrice du contentieux international et par la tentative de limiter les conséquences du principe de la garantie collective au plan de l'intervention, les institutions de la Convention témoignent de leur volonté d'instaurer le primat des droits sur les dogmes de la souveraineté étatique. C'est ainsi qu'à travers la confection du statut des sujets du droit à la preuve, elles posent les premières pierres de la contribution du système probatoire à l'effectivité des droits de l'homme.

230. Le renforcement de la position du requérant face à l'Etat ainsi que l'enrichissement de la contradiction grâce au régime de l'intervention permettent au juge de se procurer dans des conditions satisfaisantes les informations nécessaires au prononcé d'un jugement conforme à l'idée de justice. Mais chacun sait que l'on ne peut atteindre la justice sans le respect des exigences générales du procès équitable, seules garanties véritables de la qualité du débat judiciaire et dont la décision du juge n'est que le reflet.

Chapitre II - L'adéquation des conditions d'exercice du droit à la preuve aux exigences du procès équitable

231. Une fois résolue la question préalable du statut des titulaires du droit à la preuve, surgissent immédiatement de multiples interrogations qui concernent ses conditions de mise en œuvre. A quel moment et dans quels délais les pièces sont-elles versées au dossier ? Cette production obéit-elle aux règles de la contradiction et de la publicité ? Quelles sont les droits des justiciables et quelles sont les obligations du juge ? Parce qu'il intéresse le contenu des règles qui gouvernent l'usage du droit à la preuve durant l'instance, ce jeu de questions, dans son extension la plus complète, pose le problème fondamental de l'effectivité du droit à la preuve.

232. Les réponses que le système probatoire lui apporte sont dominées par deux enjeux principaux. D'un côté, assurer une information optimale de la juridiction sur les données de l'affaire, de l'autre, permettre un débat loyal et susceptible de dissiper le doute qui naît des versions discordantes. Pour confectionner un encadrement juridique à la mesure de ces exigences, les autorités normatives de la Convention, et singulièrement la Cour dans l'exercice de sa compétence procédurale, pouvaient s'inspirer tant de l'expérience des Etats contractants que de celle des juridictions internationales en dosant à leur gré la part empruntée à chaque modèle. Elles pouvaient également tenter de réaliser une œuvre originale par la recherche de solutions nouvelles d'autant plus indiquées que la Cour est la première juridiction internationale chargée de protéger spécifiquement les droits de l'homme. Entre ces deux options théoriquement concevables, une approche qui concilie globalement les deux conceptions s'est imposée au fil des années.

233. Elaborées à partir du moule des principes du procès équitable posés par l'article 6 de la Convention, les conditions d'exercice du droit à la preuve ne sont ni le fruit du mariage des traditions nationales²¹⁶, ni le résultat de l'ajustement des règles du contentieux international. Cela ne signifie pas qu'elles ne partagent pas certains traits caractéristiques des contentieux nationaux ou internationaux, mais, à l'évidence, ces influences ne sont pas déterminantes²¹⁷. Les points communs relevés résultent moins de la tentative consciente de

²¹⁶ Contra, D. A. LEONARDI – The strasbourg system of human rights protection : “ europeanisation ” of the law through the confluence of the western legal tradition, *R.E.D.P.*, vol. 8, n° 4, 1996, p. 1141.

²¹⁷ On sait en effet que les règles applicables devant la Cour internationale de Justice ont fortement inspiré les concepteurs du premier règlement de la Cour. Voir, M-A EISSEN – La Cour européenne des droits de l'homme, de la Convention au règlement, *A.F.D.I.* 1959, p. 618.

s'approprier les vertus de tel modèle éprouvé que du souci d'apporter la meilleure réponse aux obstacles posés à la défense internationale des droits de l'homme²¹⁸.

234. Ainsi, les principes du procès équitable, dont le contenu actuel doit beaucoup aux interprétations volontaristes de la Cour, forment la base des conditions d'exercice du droit à la preuve. Mais avant d'en indiquer les implications concrètes, il faut tenir compte de deux remarques.

235. D'abord, certaines exigences du procès équitable n'affectent pas de manière directe la mise en œuvre du droit à la preuve devant la Cour. Ainsi en est-il par exemple de l'exigence d'indépendance du tribunal ou de son impartialité²¹⁹. Il en va de même pour les garanties spécifiquement applicables aux contentieux relevant de la « matière pénale »²²⁰. L'attention doit alors se porter sur deux séries de garanties intimement liées au pouvoir de présenter des preuves. D'une part, le droit d'être entendu équitablement, qui influence dans une large mesure le processus de production des preuves. Et d'autre part, le droit à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve, garantie dérivée du droit à un tribunal qui domine l'attitude de la juridiction.

236. Ensuite, il importe de relever que ces garanties ne jouissent pas du même statut dans la procédure de la Cour. Si la première série trouve ses fondements dans les stipulations

A l'inverse, le procès des juridictions pénales internationales est largement inspiré du système accusatoire anglo-saxon. Sur ces questions : H. ASCENSIO – Les tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, in, H. ASCENSIO ; E. DECAUX ; A. PELLET (Ed.) – *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, p. 731 ; et l'ensemble des chapitres de cet ouvrage collectif consacré au procès et en particulier A-M. LA ROSA – La preuve, p. 770-773. Sur les questions de problèmes de preuve posées à ce type de juridiction : Y. NOUVEL – La preuve devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *R.G.D.I.P* 1997, p. 905 ; du même auteur – Précisions sur le pouvoir du tribunal pour l'ex-Yougoslavie d'ordonner la production des preuves et la comparution des témoins : l'arrêt de la chambre d'appel du 29 octobre 1997 dans l'affaire Blaskic, *R.G.D.I.P* 1998, p. 157 ; A-M LA ROSA – Réflexions sur l'apport du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie au droit à un procès équitable, *R.G.D.I.P* 1997, p. 945.

²¹⁸ Par exemple, on peut considérer que si le principe de la « *cross examination* », trait caractéristique du droit de la preuve anglo-saxon, n'a pas cours devant le juge de Strasbourg, c'est moins parce qu'il n'est pas le système le plus répandu en Europe que parce qu'il est adapté à une procédure essentiellement orale se déroulant devant un jury et parce qu'il ne favorise pas l'économie de la procédure. Sur le système anglo-saxon voir : GINOSSAR – Eléments du système anglais de la preuve judiciaire, in C. PERELMAN ; P. FORIERS (Ed.) – *La preuve en droit*, op. cit., p. 111 et R. CROSS ; C. TAPPER – *On evidence*, London, eighth edition by C. TAPPER, Butterworths, 1995, p. 318 ss ; 428. Bien que cette mise à l'écart coïncide avec la faible représentativité du modèle anglo-saxon au Conseil de l'Europe, il faut convenir que si son implantation s'était révélée nécessaire, elle aurait pu être introduite à de multiples reprises, au cours des amendements et des révisions du règlement de procédure.

²¹⁹ Dans une étude récente, le professeur FRISON-ROCHE a établi un lien étroit entre l'impartialité et la preuve. En définissant l'impartialité comme une « *règle de preuve fondamentale qui donne sens au procès* », elle explique que cette garantie procédurale est « *le principe pour une juridiction ou pour un juge de donner pertinence aux faits, aux arguments et aux interprétations qu'on va développer devant eux* ». M-A FRISON-ROCHE – L'impartialité du juge, *D.* 1999, Chronique, p. 54. Ce spécialiste du droit processuel met en exergue une relation incontestable, mais elle ne peut être retenue dans ce titre puisque le problème de la pertinence est une question de fond au regard du système probatoire.

²²⁰ Article 6 § 2 et § 3 de la Convention. J-C. SOYER et M. DE SALVIA – Article 6, in L-E. PETTITI ; E. DECAUX ; P-H. IMBERT (Ed.) – *La Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., p. 269.

de la Convention et dans les dispositions du règlement de procédure²²¹, aucune source du droit ne consacre clairement le droit à un tribunal devant la Cour, et a fortiori, le droit à un examen effectif des offres de preuve.

237. Dès lors, si globalement la mise en adéquation des conditions d'exercice du droit à la preuve avec les exigences du procès équitable est une réalité de la pratique de la Cour, il demeure que les questions de l'équité de la production des preuves (Section I) et de l'examen effectif des offres de preuve (Section II) doivent faire l'objet de développements séparés.

Section I - L'équité de la production des preuves

238. Les parties exercent le droit à la preuve par l'intermédiaire de leurs représentants. En quelque sorte, le droit à la représentation est la première garantie procédurale du droit à la preuve²²². Cependant, elle appelle peu de remarques puisqu'elle n'est pas une source spécifique de conflits, de critiques ou de débats. Pour envisager l'équité de la production des preuves il est préférable de considérer les enjeux de manière globale.

239. L'organisation du débat sur les preuves produites doit respecter les règles élémentaires du procès équitable si l'on veut garantir à la fois la qualité des échanges et la confiance des justiciables dans le mécanisme de protection. Progressivement, la Convention et le règlement de procédure, consacreront l'applicabilité pure et simple des exigences de la bonne administration de la justice à l'instance internationale.

²²¹ P. MAHONEY – Bref commentaire sur le règlement de la Cour : quelques uns des points essentiels, *R.U.D.H* 1998, p. 355 ; M. DE SALVIA – La nuova Corte europea dei diritti dell'uomo tra continuità e riforma, *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 3 anno XII, settembre-dicembre, 1999, p. 704 ; L. CLEMENTS – Striking the right balance : the new rules of procedure for the European court of human rights, *E.H.R.L.R.*, 1999, n° 3, p. 266 ; D. SPIELMANN – La réforme du mécanisme protecteur européen des droits de l'homme et le recours individuel, bref commentaire de la Convention amendée et du règlement de procédure de la Cour unique et permanente, *Pasicrisie luxembourgeoise*, 1999, p. 29.

²²² L'article 36 du nouveau règlement de procédure institue la représentation obligatoire par un conseil pour le requérant dans la phase postérieure à l'examen de la recevabilité. Le choix du représentant est légèrement encadré par cet article et, sous réserve de l'acceptation du président, le requérant peut assurer seul sa défense. P. MAHONEY – Brefs commentaires..., op. cit., p. 356 ; P. LAMBERT – Le règlement de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme, *J.T.D.E* 1999, p. 162. Pour mesurer l'évolution au regard de l'ancien régime voir en particulier M-A EISSEN – L'avocat devant la Cour européenne des droits de l'homme, *in* mélanges Wiarda, op. cit., p. 159. Quant au Etats, l'article 35 prévoit « qu'ils sont représentés par des agents, qui peuvent se faire assister par des conseils ou conseillers ». Cette dernière règle est ancienne. Des travaux menés sous l'égide du Conseil de l'Europe montrent la diversité ainsi que l'importance du rôle du représentant de l'Etat dans la constitution du dossier. Conseil de l'Europe – Les agents du gouvernement devant les organes de la Convention européenne des droits de l'homme, Prague, 31 octobre et 1^{er} novembre 1995, H(96)10.

240. Devant la Cour, la procédure revêt un caractère inquisitorial. Le juge est le garant du respect de la bonne marche de l'instance et du respect des droits des justiciables. Au-delà de ces données générales, dresser le panorama des conditions d'administration de la preuve est une tentative aussi nécessaire que délicate. On échouerait à tenter d'établir une relation systématique entre chaque exigence du procès équitable et le droit à la preuve sans parvenir à illustrer le principe de l'application *pro victima* de cette garantie procédurale. Sans renoncer à l'étude du cadre général de la mise en œuvre du droit à la preuve, il convient d'affiner l'angle d'analyse à partir de deux idées simples. L'usage de cette prérogative doit tout d'abord être situé dans le temps (Sous-section 1). Ensuite, il doit être envisagé sous un angle synchronique. Il s'agira alors de montrer que les preuves sont discutées contradictoirement et publiquement (Sous-section 2).

Sous-section 1 - La fixation du temps de la preuve

241. Les règles procédurales précisent à quel moment et dans quels délais les parties et les intervenants peuvent exercer leur droit à la preuve. La question du moment revient à rechercher à quelles étapes de la procédure la production de preuves peut avoir lieu, tandis que la question des délais consiste à se demander de combien de temps les parties et intervenants disposent à chaque étape pour présenter des éléments de preuve. Les deux problématiques sont indissociables et seront conjointement traitées sous le thème de la fixation du temps de la preuve.

242. La recherche de la célérité est le fil conducteur de l'aménagement de la présentation de la preuve dans le temps. Certes, il n'en a pas toujours été ainsi, puisque l'engouement des justiciables pour le mécanisme de contrôle institué par la Convention est un phénomène récent²²³. Mais il demeure qu'en raison de la place centrale que la preuve occupe au sein de l'instance, son statut actuel est la traduction des préoccupations générales qui ont guidé la confection des nouvelles règles de procédure. A cet égard, il faut rappeler que l'un des motifs de la réforme du mécanisme de contrôle international de l'application de la Convention, est d'instaurer une procédure plus apte à gérer le flot continu de dénonciation

²²³ C. TOMUSCHAT – Quo vadis, argentoratum ? The success story of the European convention on human rights - and a few dark stains, *H.R.L.J* 1992, p. 401. Se reporter aux statistiques de l'Institut de Droit Européen des droits de l'Homme, accompagnant la revue de jurisprudence publié à la *R.U.D.H* 1992, p. 1 ; 1993, p. 1, 217, 377 ; 1994 p. 257. Dans l'ensemble, la durée moyenne de traitement des affaires s'étale sur un intervalle de 4 à 6 ans.

dont il est saisi. L'enjeu de la fixation du temps de la preuve est dès lors de favoriser la résolution des litiges dans un délai raisonnable.

243. Devant la cour, les normes procédurales attribuent aux juges la fixation des délais (§ 1) et la détermination des moments de production de preuve (§ 2).

§ 1 - La Cour fixe les délais de production des preuves

244. L'exercice du droit à la preuve peut affecter la durée de la procédure et faire obstacle au prononcé d'une décision dans un délai raisonnable (A). D'où l'intérêt de confier à la Cour le soin de fixer les délais de preuve (B).

A - La liaison du délai de preuve et du délai raisonnable de jugement

245. Comme elle est le temps de réunion de tous les éléments nécessaires à la solution du litige, la phase d'instruction constitue le moment le plus long du procès. Parfois, la lenteur excessive reprochée à la justice trouve son origine dans une instruction hésitante ou négligée en raison de problèmes d'organisation des systèmes judiciaires. Le comportement des plaideurs qui tardent à faire leurs offres de preuve peut également peser sur la durée du procès. Ainsi, d'un point de vue pratique, l'encadrement des délais de mise en œuvre du droit à la preuve intéresse directement la célérité de la justice.

246. Partagée entre le souci de garantir au mieux le droit à un procès jugé dans un délai raisonnable et le choix de ne pas dicter aux Etats les remèdes efficaces et définitifs pour satisfaire à leurs obligations conventionnelles, la Cour n'hésite pas à sanctionner le manque de dynamisme de l'instruction en exigeant que les juges nationaux exercent pleinement les prérogatives dont ils disposent afin d'accélérer la résolution des litiges²²⁴. Par ailleurs,

²²⁴ Voir par exemple, l'affaire *Allet de Ribemont c. France*, 10 février 1995, série A n° 308, § 57 : « les retards accumulés résultent pour l'essentiel de l'attitude des autorités nationales, notamment de leur refus d'accéder aux demandes de M. Allet de Ribemont tendant à la production de l'élément de preuve essentiel ». Depuis l'arrêt *König*, elle admet que la multiplication des offres de preuve par le justiciable peut influencer sur la durée de la procédure en atténuant la responsabilité de l'Etat. *König c. Allemagne*, 28 juin 1976, série A n° 27, § 103. Voir l'arrêt *Jacque et Ledun c. France*, 28 mars 2000, § 22. La Cour « observe également que les requérantes, par leur comportement, ont contribué dans une certaine mesure à l'allongement de la procédure puisqu'elles ont déposé un nouveau mémoire devant la cour administrative d'appel presque deux ans après le début de l'instance ». Même si les requérants contestent systématiquement les expertises relatives au litige et que la Cour en tient compte, elle statue en défaveur du gouvernement car : « il incombe aux États contractants d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent garantir à chacun le droit d'obtenir une décision définitive sur les contestations relatives à ses droits et obligations de caractère civil dans un délai raisonnable » *Boudier c. France*, 21 mars 2000, § 35. Voir M-A EISSEN – La durée des

l'exercice du droit à la preuve entre également en ligne de compte pour apprécier si certaines lenteurs sont imputables aux requérants. La Cour a retenu par exemple qu'un délai supplémentaire de quatre mois était imputable à une requérante dans la mesure où son avocat sollicita une suspension pour pouvoir présenter ses offres de preuve puis, une expertise sans indiquer les questions à poser à l'expert²²⁵. Dans une autre affaire, la Cour fit remarquer que la victime prolongea le procès en demandant que fussent entendus des témoins qu'elle avait cités²²⁶. C'est dire combien la gestion du temps de la preuve pèse sur l'office du juge de la Convention.

B - L'aménagement du délai de preuve devant la Cour

247. Si les dispositions du règlement de procédure n'encadrent pas strictement les délais de preuve, elles confient au président de la formation juridictionnelle en charge de l'affaire la mission d'impartir les délais. Il s'agit d'une des manifestations les plus usuelles du caractère inquisitoire de la procédure.

248. Les amendements, modifications et révisions qui ont jalonné l'évolution des règles procédurales de la Cour n'ont pas altéré l'absolue domination des présidents de chambre sur la fixation du délai de dépôt des mémoires²²⁷. Cependant, à mesure que le stock d'affaires de la Cour s'agrandissait, la nécessité de délimiter de manière plus énergique le temps de production des preuves s'était faite sentir. Aussi, un amendement de janvier 1989, inspiré de la pratique²²⁸, enrichit l'article 37 § 1 d'un alinéa précisant qu'un « *mémoire ou autre document ne peut être déposé que pendant ce délai (...) sauf autorisation du président ou demande de celui-ci ou de la chambre*²²⁹ ». C'est d'ailleurs en application de cette disposition que dans l'affaire Chahal la Cour a refusé deux attestations sous serment produites

procédures civiles ressortant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Gazette du palais*, 23-25 octobre 1988, Doctrine, p. 5 ; J-C. SOYER et M. DE SALVIA – Article 6, in L-E. PETTITI ; E. DECAUX ; P-H. IMBERT (Ed.) – *La Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., p. 267.

²²⁵ Capuano c. Italie, 25 juin 1987, série A n° 119-A, § 28.

²²⁶ Buchholz c. Allemagne, 6 mai 1981, série A n° 42, § 57. Mais le fait que le retard des expertises sollicitées allongent la durée du procès ne conduit pas automatiquement à une violation de l'article 6. Grisez c. Belgique, 26 septembre 2002, § 52-54.

²²⁷ L'acquis de cette révision se retrouve aux articles 37 §1 du règlement A et 39 § 1 du règlement B.

²²⁸ A plusieurs reprises la Cour avait prononcé des prorogations de délais. Pour quelques exemples, Glasenap c. Allemagne, 28 août 1986, série A n° 104 ; Aschingdane c. Royaume-Uni, 28 mai 1985, série A n° 93, Malone c. Royaume-Uni, 2 août 1984, série A n° 82 ; Affaire linguistique belge, 23 juillet 1968, série A n° 6, § 4 ; Feldbrugge c. Pays-Bas, 29 mai 1986, série A n° 99, p. 6 § 5 ; Engel et autres c. Pays-Bas, 8 juillet 1976, série A n° 23, § 4.

²²⁹ Pour d'autres exemples de prorogation de délai : Selçuk et Asker c. Turquie, 24 avril 1998, Recueil 1998-II, § 4 ; Tekin c. Turquie, 9 juin 1998, Recueil 1998-IV, § 4.

par le requérant 4 jours avant l'audience et que M. Ankerl a pu obtenir que des pièces produites tardivement par le gouvernement suisse soient écartées du dossier²³⁰.

249. L'article 38 § 1 du nouveau règlement est le fruit de cette évolution qui prévoit qu'il « *ne peut être déposé d'observations écrites ou d'autres documents que dans le délai fixé par le président de la chambre ou par le juge rapporteur, selon le cas, conformément au présent règlement. Les observations écrites ou autres documents déposés en dehors de ce délai ou en méconnaissance d'une instruction pratique édictée au titre de l'article 32 du présent règlement ne peuvent être versés au dossier, sauf décision du président de la chambre* »^{231 232}.

250. Cette option est loin de constituer une spécificité du système probatoire de la Cour de Strasbourg. Bien plus, l'évolution décrite ci-dessus est comparable à celle qu'a connue la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Devant cette juridiction lorsque la demande est introduite, le défendeur a quatre mois pour y répondre. L'article 38 du règlement de 1996, en vue d'accélérer la procédure, prévoit qu'après cette réponse, aucun acte ne peut être versé au dossier sans l'approbation du président de la juridiction qui, le cas échéant, fixe les délais. Par une résolution du 2 février 1996, la Cour de San José a adopté une mesure, devenue article 43 du règlement précité, indiquant que seules les preuves mentionnées dans la demande, sa réponse, l'écrit soulevant les exceptions préliminaires et sa contestation seront admis par la Cour. A moins que les intéressés n'invoquent un cas de force majeure, un événement grave ou des faits survenus avant ceux signalés²³³. Le nouveau règlement de cette juridiction, s'il n'a pas touché aux règles a tout de même changé leur numérotation. Ainsi, la disposition relative aux preuves accompagnant la demande est devenue l'article 43 § 1 tandis que celle concernant le cas de force majeure est aujourd'hui l'article 43 § 3.

251. Le caractère classique de la maîtrise juridictionnelle des délais de production s'explique par l'utilité qu'elle présente pour l'accélération du traitement des affaires. En lui donnant l'impulsion nécessaire le juge assure le bon déroulement de l'instance. Le cadre

²³⁰ Ankerl c. Suisse, 23 octobre 1996, op. cit., § 8 ; Chahal c. Royaume Uni, 15 novembre 1996, Recueil 1996-V, p. 1831, § 8 ; T.W c. Malte, 29 avril 1999, Recueil 1999-III, § 5.

²³¹ Cette instruction pratique n'a pas encore été adoptée.

²³² Pour un exemple de l'application de l'article 38 § 1 voir Athanassoglou et autres c. Suisse, 6 avril 2000. Dans cette affaire, la présidente de la grande chambre a décidé de verser au dossier des pièces soumises par les requérants de leur propre chef concernant la livraison par une société britannique de combustible nucléaire à une centrale. Voir également Erdogdu c. Turquie, 15 juin 2000, § 6 ; Khan c. RU, 12 mai 2000, § 4.

²³³ Voir H. FAÚNDEZ LEDESMA – *El sistema interamericano...*, op. cit, p. 477 - 478 et A. A. CANCADO TRINDADE – *The operation of the Court, 1979, 1996*, in D. HARRIS and S. LIVINGSTON (Ed.) – *The interamerican system of human rights*, Oxford, Clarendon press, 1998, p. 147-148.

temporel n'est ni fixe, ni libre, c'est le juge qui tient le chronomètre et qui indique à quel moment la production commence.

§ 2 - La Cour détermine les moments de production des preuves

252. Afin d'économiser les actes de procédure en engageant au plus vite l'exposé des termes du litige, la production des éléments de preuve débute dès l'introduction de l'instance. Pour le reste du procès, depuis l'adoption du règlement de 1959, l'instance est généralement rythmée par l'organisation d'une procédure écrite, puis d'une procédure orale pouvant chacune donnée lieu à la mise en œuvre du droit à la preuve²³⁴. Dans l'ancien mécanisme de protection, les adversaires (le requérant n'était pas encore une partie au sens propre du terme), avaient droit à l'organisation d'une procédure écrite ainsi qu'à la tenue d'une audience²³⁵. Ils pouvaient donc présenter en deux temps les supports de leurs argumentations, d'abord durant la phase écrite et ensuite durant la phase orale²³⁶. Cependant, la disparition de la Commission a considérablement transformé l'instance devant la Cour qui doit désormais assurer entièrement l'examen de la recevabilité des affaires. Bien plus, la volonté d'accélérer le traitement des requêtes individuelles a fait de la réduction du nombre de procédures écrites et d'audiences un de ces vecteurs privilégiés (A). Mais, si l'on considère la pratique antérieure, le succès de cette tentative suscite quelques réserves (B).

²³⁴ *Mutatis mutandis*, il en est de même pour la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Voir les articles 32 et 39 du règlement du 16 septembre 1996, respectivement pour la procédure écrite et la procédure orale.

²³⁵ Voir les articles 37 § 1 et 38 du règlement A et les articles 39 § 1 et 40 du règlement B.

²³⁶ Si les parties participent à l'organisation de la procédure, il n'en est pas de même pour les intervenants. En principe, ils sont associés à la phase écrite de l'instance. Cependant, le règlement de procédure leur permet de participer à l'audience. Dans les affaires V. Royaume-Uni et T c. Royaume-Uni qui concernaient un procès relatif à un meurtre perpétré par des enfants, le président a « *autorisé les parents de la victime à assister à l'audience et à présenter des observations orales à la Cour* » sur le fondement de l'article 61 § 3 du nouveau règlement de procédure. V c. Royaume-Uni, 16 décembre 1999, Recueil 1999-IX § 4 ; T c. Royaume-Uni, 16 décembre 1999, Recueil 1999-IX, § 4.

A - La réduction du nombre de procédures écrites et d'audiences

253. Jusqu'à l'adoption du règlement de procédure de la nouvelle Cour, il était aisé pour la victime, comme pour l'Etat d'obtenir du juge l'organisation d'un échange de mémoires tandis que la tenue d'une audience était reconnue comme un droit. A cet égard, il convient d'indiquer que le droit à une audience publique fera l'objet d'une attention plus minutieuse lors de l'examen de la mise en œuvre du principe de publicité au paragraphe suivant. Néanmoins il importe de souligner que le nouveau règlement de procédure lui accorde une moindre valeur que ses prédécesseurs.

1 – La procédure écrite

254. La phase écrite précède logiquement la phase orale. Elle a pour objet de mettre l'affaire en état et de garantir l'information la plus complète des parties et du juge avant la tenue de l'audience. Aussi faut-il reconnaître qu'elle est le moment le plus propice à la mise en œuvre du droit à la preuve. Pourtant, son statut a varié au fil de l'aménagement des règles procédurales de la Cour. Le premier règlement de procédure de la Cour prévoyait en effet que l'organisation d'une procédure écrite était obligatoire²³⁷. Mais, à l'usage, il était apparu que le travail accompli par la Commission en réduisait considérablement l'utilité²³⁸, la transmission de son rapport et le cas échéant des pièces produites devant elle pouvait suffire²³⁹. C'est ainsi qu'un amendement adopté en 1969 rendit cette phase facultative²⁴⁰.

Mais, la décision d'exclure des dépôts de mémoires n'appartenait pas au juge seul, qui devait nécessairement obtenir l'accord des intéressés²⁴¹. L'institution de cette procédure de

²³⁷ Le texte adopté le 18 septembre 1959 disposait : « *Après avoir recueilli leur opinion au sujet de la procédure à suivre, il indique dans quel ordre et dans quels délais seront déposés les mémoires, contre-mémoires ou autres documents* ».

²³⁸ H. PETZOLD – Le règlement de la Cour européenne des droits de l'homme, amendements et compléments depuis son adoption en 1959, *Annales de droit*, Tome XXXIV 1-2/1974, p. 176 : « *Etant donné que toute affaire portée devant la Cour est auparavant examinée longuement par la Commission, et compte tenu de son expérience dans les affaires introduites devant elle, le Cour a estimé qu'elle pourrait parfois se contenter d'une procédure orale* ».

²³⁹ D'ailleurs en 1972 la Cour a supprimé les mots « *mémoires* » et « *contre-mémoires* » de l'article 35 afin d'indiquer qu'un seul mémoire était amplement suffisant. Voir H. PETZOLD – Le règlement de la Cour..., op. cit., p. 176.

²⁴⁰ L'amendement ajoute que le président décide « *si et éventuellement dans quel ordre et dans quels délais des mémoires, contre-mémoires ou autres documents seront déposés* ».

²⁴¹ A dire vrai, les choses sont moins simples. Si la consultation des adversaires était toujours nécessaire, la co-décision ne devient une exigence du règlement de procédure qu'à compter de la révision de 1991. Voir J-F FLAUSS – Les modifications récentes du règlement de la Cour européenne des droits de l'homme, *R.T.D.H* 1995, p. 3.

co-décision impliquait que la victime et l'Etat avaient la possibilité de provoquer l'échange écrit, en dépit de la volonté du président. Au reste, déposer des observations ne constituait pas une obligation mais un droit auquel les intéressés pouvaient renoncer indépendamment de l'attitude de leurs adversaires²⁴².

255. La volonté de raccourcir le temps de la preuve va entraîner le nouveau règlement de procédure à dévaloriser ce droit tardivement reconnu. Cette réforme prévoit en effet que la phase écrite n'est pas un droit à toutes les étapes du procès.

Rappelons brièvement que lorsque la requête individuelle est introduite devant la Cour, le juge rapporteur s'enquiert des données du litige et, à cet effet, peut solliciter des parties la production de preuves. Ensuite, il décide de transmettre la requête à un comité ou à une chambre²⁴³ ainsi que le rapport qu'il a établi²⁴⁴. Dans la première hypothèse, le comité peut, soit déclarer la requête irrecevable, soit la rayer du rôle. S'il l'estime recevable, il la transmet à la chambre qui peut la déclarer « *sur-le-champ* » irrecevable ou la rayer du rôle de la Cour²⁴⁵.

256. Devant le comité, l'organisation d'une procédure écrite est exclue. Il en est de même devant la chambre lorsqu'elle déclare l'irrecevabilité ou la radiation du rôle selon la procédure sommaire. Dans le cas contraire, la requête est communiquée à l'Etat défendeur et s'ouvre alors un échange écrit qui peut donner lieu à la production d'éléments de preuve limitée aux questions de recevabilité.

257. S'agissant de l'examen de l'affaire au fond, la procédure écrite n'est pas un droit, mais « *la chambre peut inviter les parties à lui soumettre d'autres éléments de preuve et des observations écrites* »²⁴⁶. Il s'agit donc d'une simple faculté offerte au juge. Il faut tout de

²⁴² Voir pour un exemple antérieur au règlement A, l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, série A n° 24, p. 6, § 4 ; *De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas*, 22 mai 1984, série A n° 77, p. 7 § 6 dans laquelle le gouvernement refuse de déposer un mémoire ; l'affaire *Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe c. Pays-Bas*, 22 mai 1984, série A n° 78, dans laquelle les requérants refusent de déposer un mémoire tandis que le gouvernement se contente de soulever des exceptions préliminaires et renonce à présenter des observations sur le fond, §§ 5 et 6. Pour des occurrences plus récentes où le gouvernement a renoncé au dépôt de mémoire : *Bulut c. Autriche*, 22 février 1996, Recueil 1996-II, § 4 ; *Herczgfalvy c. Autriche*, 24 septembre 1992, série A n° 244, § 5 ; *Efstratiou c. Grèce*, 18 décembre 1996, Recueil 1996-VI, § 5 ; *Ferrantelli et Santangelo c. Italie*, 7 août 1996, Recueil 1996-III, p. 941 § 7 (exemple sous le régime du règlement B). Parfois la victime a elle aussi refusé de déposer. Dans l'affaire *Keus c. Pays-Bas*, 25 octobre 1990, série A n° 185-C, le représentant du requérant a refusé de déposer un mémoire. Naturellement, toutes ces renonciations ont lieu devant la nouvelle Cour ; voir par exemple, *Thurin c. France*, 28 novembre 2000, § 7 (le gouvernement refuse de déposer un mémoire sur le fond de l'affaire) ; *Buyukag c. Turquie*, 21 décembre 2000, § 7.

²⁴³ Il faut rappeler que le président de la section peut ordonner que l'affaire soit soumise à une chambre en vertu de l'article 49 § 2 b).

²⁴⁴ Articles 49 § 3 et 49 § 4. Le rapport communiqué au comité en vertu de l'article 49 § 3 est moins étayé que celui transmis à la chambre sur le fondement de l'article 49 § 4.

²⁴⁵ Article 54 § 2.

²⁴⁶ Article 59 § 1.

même noter que les intervenants, également sujets du droit à la preuve, font leur apparition à cette étape du procès et qu'ils exercent pleinement leur droit à la preuve dans les délais fixés par le président de la chambre et sur les points qu'il a déterminés²⁴⁷. Dans ce cas de figure, les parties sont amenées à soumettre leurs observations sur les éléments qu'ils déposent. Mais il faut remarquer que le débat est alors circonscrit à la discussion des arguments et éléments de preuve versés par ces nouveaux venus au procès.

258. Il reste que le nouveau règlement prévoit que le droit à une procédure écrite au fond n'existe pas tout en renforçant les prérogatives de la Cour. Cette volonté de restreindre s'est également exercée à l'égard du statut de l'audience²⁴⁸.

2 – L'audience

259. A la différence de la procédure écrite, l'audience a toujours été obligatoire devant la Cour²⁴⁹. D'où l'idée selon laquelle cette instance se caractérisait notamment par son caractère oral²⁵⁰. Sa date était fixée par le président de la formation juridictionnelle en charge du dossier. Il pouvait advenir qu'au cours de la demi-journée (ou de la journée) consacrée à la tenue de l'audience les plaideurs produisent des éléments de preuve écrits ou des preuves orales. Cette situation ne heurte pas le principe du caractère contradictoire de l'instance dès lors que la partie adverse a la possibilité de faire valoir ses observations sur les preuves produites pendant²⁵¹ ou après l'audience²⁵². Au demeurant, il faut souligner que, dans cette

²⁴⁷ Voir article 36 de la Convention et l'article 61 § 4 du règlement de procédure.

²⁴⁸ M. DE SALVIA – La nuova Corte europea dei diritti dell'uomo tra continuità e riforma, *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 3 anno XII, settembre-dicembre, 1999, p. 714.

²⁴⁹ Voir les articles 36 du règlement de 1959, 38 du règlement A, 40 du règlement B. M-A EISSEN – La cour européenne des droits ; op. cit., p. 1558 ; M. O'BOYLE – La procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 397.

²⁵⁰ M-A EISSEN – La Cour européenne..., op. cit., p. 1558 : « la procédure de la Cour est également orale pour l'essentiel ».

²⁵¹ La production de documents à l'audience est fréquente et ancienne devant la Cour : B c. Autriche, 28 mars 1990, série A n° 175 § 6 ; B c. Royaume-Uni, 8 juillet 1987, série A n° 121 § 7 ; Baranoa c. Portugal, 8 juillet 1987, série A n° 122, § 7 ; Croissant c. Allemagne, 25 septembre 1992, série A n° 237-B § 5 ; Baggetta c. Italie, 25 juin 1987, série A n° 119, § 6 ; Efstratiou c. Grèce, 18 décembre 1996, Recueil 1996-VI, § 6 ; Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni, 30 août 1990, série A n° série A n° 182, § 7 ; Guincho c. Portugal, 10 juillet 1984, série A n°81, § 7 ; H c. Belgique, 30 novembre 1987, série A n° 127-B, § 7 ; Irlande c. Royaume-Uni, 18 janvier 1978, série A n° 25, § 10 ; Labita c. Italie, 6 avril 2000, Recueil 2000-IV, § 9 ; Oerlemans c. Pays-Bas, 27 novembre 1991, série A n° 219, § 6 ; Pardo c. France, 20 septembre 1993, série A n°261-B, § 7 ; Pfeifer et plank c. Autriche, 25 février 1992, série A n° 227, § 5 ; Torri c. Italie, 1^{er} juillet 1997, Recueil 1997-, § 28 ; Unterpertinger c. Autriche, 24 novembre 1986, n° 110, § 7 ; Valsamis c. Grèce, 18 décembre 1996, Recueil 1996-IV, § 5.

Il importe également de souligner que la Cour accorde une grande importance aux éléments produits à l'instance : Dans l'affaire Labita, l'argument tiré de l'absence de preuve médicale soulevé à l'audience par le gouvernement italien joue un rôle décisif dans le rejet de la requête en violation de l'article 3 de la Convention. Labita c. Italie, 6 avril 2000, op. cit., § 115.

dernière hypothèse, les nouveaux échanges ne constituaient pas une réouverture totale de la procédure écrite puisque les observations, communiquées dans un délai assez bref, avaient pour seul objet la discussion des preuves²⁵³.

260. Le nouveau règlement de procédure retient qu'il n'y aura pas d'audience devant les comités et que la chambre peut, au stade d'examen de la recevabilité comme de l'examen au fond, décider d'office d'en tenir une²⁵⁴. Pour le reste, il instaure la règle de la présomption négative²⁵⁵. Ainsi, en vertu de l'article 54 § 4 du règlement, au stade de la recevabilité, si la requête est communiquée à l'Etat défendeur, une audience aura lieu si les parties en font la demande. Dans ce cas elles seront invitées à aborder également les questions de fond soulevées par le litige. Dans la phase postérieure à l'examen de la recevabilité, la même présomption négative est établie par l'article 59 § 2. Mais les parties ne peuvent faire valoir leur droit à une audience que si aucune ne s'est tenue au stade de la recevabilité. En outre, la chambre peut réduire ce droit à néant pour autant qu'elle estime l'audience injustifiée.

²⁵² « *Les éléments de preuve doivent normalement être produits devant l'accusé en audience publique, en vue d'un débat contradictoire* ». Kostovski c. Pays-Bas, 20 novembre 1989, série A n° 166, p. 20, § 41 ; Delta c. France, 19 décembre 1990, série A n° 191-A, § 36.

²⁵³ Pour quelques illustrations de la pratique, ancienne et déclinante, d'acceptation de documents après l'audience (ces exemples se rapportent au droit à la preuve et excluent les affaires où la production fait suite à la demande de la Cour). De Cubber c. Belgique, 27 mars 1984, série A n° 86, § 6 ; Bönisch c. Autriche, 6 mai 1985, série A n° 92, § 6 ; Englert c. Allemagne, 25 août 1987, série A n° 123, § 10 ; Glasenapp c. Allemagne, 28 août 1986, 28 août 1986, série A n° 104, § 11 ; W. c. Royaume-Uni, 8 août 1987, série A n° 121, § 7 ; Powell et Rayner c. Royaume-Uni, 21 février 1990, série A n° 172, § 7 ; Zumtobel c. Autriche, 21 septembre 1993, série A n° 268-A, § 4 ; De micheli c. Italie, 26 février 1993, série A n° 257-D, § 6 ; Johansen c. Norvège, 7 août 1996, Recueil 1996-III, § 8 ; Waite et Kennedy c. Allemagne, 18 février 1999, Recueil 1999-I, § 9. Parfois, l'acceptation de documents après l'audience n'est pas nécessairement citée dans les arrêts. Ainsi, le juge PETTITI, dans son opinion dissidente dans l'affaire Le Calvez c. France, cite un arrêt produit comme preuve postérieurement à l'audience. La difficulté réside en ce qu'aucun élément de l'arrêt ne permet de savoir qu'il y a eu production après l'instance. Le Calvez c. France, 29 juillet 1998, Recueil 1998-V.

Quelques exemples de refus de dépôt après l'audience : Agosi c. Royaume-Uni, 24 octobre 1986, série A n° 108, § 10 ; Kamasinski c. Autriche, 19 décembre 1989, série A n° 168 ; Aquilina c. Malte, 29 avril 1999, Recueil 1999-III, § 5.

²⁵⁴ J-N. CLEMENT – L'audience de plaidoirie, l'arrêt de la chambre et la saisine de la grande chambre, in V. BERGER et al. – *La procédure devant la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme après le protocole n° 11*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 83.

²⁵⁵ Durant la gestation du nouveau règlement de procédure, plusieurs projets étaient en concurrence relativement aux possibilités de limiter le nombre d'audience. Certains experts, avançant que la procédure devant la Cour s'apparente à une procédure constitutionnelle échappant aux exigences strictes de l'article 6, proposaient de rendre l'audience facultative dans la mesure où les requérants auraient déjà bénéficié d'audiences publiques devant les juges nationaux. D'autres estimaient qu'il fallait autant que possible offrir à la Cour la possibilité de tenir des audiences sur la recevabilité et sur le fond. L'idée féconde de présomption fit son apparition. On pouvait établir des règles de présomption : soit une « *présomption négative* » : l'audience n'a lieu que si l'une des parties en fait la demande et justifie sa nécessité, soit une « *présomption positive* » : l'audience aura lieu, sauf si une partie s'y oppose et/ou si la nouvelle Cour estime que l'audience n'est manifestement pas nécessaire. Ces règles de présomption pourraient être adaptées selon les phases d'examen de l'affaire. En outre, la Cour pourrait conserver le droit d'ordonner la tenue d'une audience en dépit de la renonciation des parties. Voir, Comité d'experts pour l'amélioration des procédures de protection des droits de l'homme - Résumé des discussions et échanges de vue sur le règlement intérieure de la nouvelle cour unique, Document non publié, DH-PR (97) 5, p. 33, a) ; b) ; c) ; d) ; e).

261. On peut se demander si le droit à la preuve peut être mis en œuvre devant la grande chambre. Rappelons que cette dernière peut se trouver en charge du dossier lorsqu'une chambre se dessaisit à son profit et lorsqu'une partie demande le renvoi de « son » affaire sur le fondement de l'article 43 nouveau de la convention²⁵⁶. *A priori* aucun obstacle juridique ne s'oppose à l'exercice du droit à la preuve devant cette formation. L'article 71 du règlement prévoit en effet que « *les dispositions régissant la procédure devant les chambres s'appliquent, mutatis mutandis, à celle devant la Grande Chambre* ». Ainsi, dans les mêmes conditions que les chambres, la Grande chambre pourrait ouvrir à nouveau une procédure écrite au cours de laquelle les parties pourraient librement exercer leur droit. Mais l'organisation de cette procédure n'est pas obligatoire. De même, à moins qu'elle ne s'y oppose, les parties peuvent demander le respect de leur droit à l'audience par référence à l'article 59 § 2. Mais, en pratique, sauf circonstance exceptionnelle où la chambre se dessaisirait alors que l'affaire n'est pas en état, la plus haute formation de jugement de la Cour devrait toujours bénéficier d'un dossier suffisamment étayé pour ne pas recourir aux dispositions susdites.

262. En somme, de manière corrélative, le rétrécissement des droits procéduraux des parties provoque une augmentation de la responsabilité du juge dans la conduite de l'instance et singulièrement dans la fixation du moment de mise en œuvre du droit à la preuve. Ce nouvel équilibre, justifié par la recherche de la célérité, devrait donc conduire à la réduction du nombre d'audience et de procédures écrites. Pourtant, en dépit de ces avantages apparents, cette conception peut susciter des réserves.

²⁵⁶ Article 43 § 1 de la Convention : « *Dans un délai de trois mois à compter de la date de l'arrêt d'une Chambre, toute partie à l'affaire peut, dans des cas exceptionnels, demander le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre* ». Article 43 § 2 de la Convention : « *Un collège de cinq juges de la Grande Chambre accepte la demande si l'affaire soulève une question grave relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention ou de ses protocoles, ou encore une question grave de caractère général* ».

B - Une tentative suscitant quelques réserves

263. D'un point de vue pratique, deux éléments relatifs au régime de la preuve pourraient amenuiser la portée de cette tentative de réduction du nombre de procédures écrites et d'audiences. D'abord la faculté d'admettre la présentation de preuves nouvelles non soumises au juge rapporteur, et l'hypothèse de la survenance de faits nouveaux.

264. Dans l'ancien système, le mécanisme de la Convention entendait clore la discussion probatoire à l'issue de la procédure menée devant la Commission. Or, la Cour ne s'est pas systématiquement opposée à la présentation de nouveaux éléments de preuve au cours de l'instance se déroulant devant elle. D'abord parce que, suivant une pratique bien établie devant les juridictions nationales et internationales, elle admettait qu'on la saisisse de faits nouveaux, c'est-à-dire d'évènements survenus après l'adoption du rapport de la Commission²⁵⁷. Ce principe présentait l'avantage d'éviter aux plaideurs d'engager une nouvelle procédure devant la Commission et pouvait aboutir à la production de nouvelles preuves. Pour appliquer cette théorie des faits nouveaux, les juges MARTENS et MATSCHER soutiennent qu'il a lieu de distinguer selon que les faits nouveaux complètent ou précisent ceux établis pour la Commission et selon qu'ils contredisent ceux que celle-ci a établis. Dans le premier cas, les offres de preuve seraient recevables, tandis que dans le second ils ne le seraient pas. Encore faut-il ajouter que la seconde situation est assortie d'exceptions. Si les faits sont inconnus des parties et de la Commission à la date où celle-ci a établi son rapport ou s'ils sont survenus après cette date, ils sont recevables. *A contrario*, seraient « *irrecevables les faits qui auraient pu être connus de la partie qui les avance si elle avait fait preuve d'une diligence et d'un soin raisonnables*²⁵⁸ ». Une jurisprudence constante porte le témoignage de la justesse de leur point de vue²⁵⁹. Ainsi en est-il de l'affaire Hood dans laquelle le requérant contestait avoir été traduit le 24 novembre 1994 devant son chef de corps dans le cadre d'une procédure diligentée contre lui, alors qu'il ne l'avait pas fait devant la Commission. Le rapport de celle-ci indiquait seulement que ce point n'était pas contesté par le requérant. La Cour ne fut pas convaincue par l'affirmation du requérant. Elle nota qu'il

²⁵⁷ Neumeister c. Allemagne, 27 juin 1968, série A n° 8, p. 38 § 7 ; Stogmuller c. Allemagne, 10 novembre 1969, série A n° 9, § 7 ; Matznetter c. Allemagne, 10 novembre 1969, série A n° 10, § 5.

²⁵⁸ Gustafsson c. Suède, 25 avril 1996, Recueil 1996-II, voir opinion dissidente § 2.

²⁵⁹ Outre les arrêts cités dans les notes précédentes, voir en particulier, Mc Michael c. Royaume-Uni, 24 février 1995, série A n° 307-B, § 73, Gustafsson c. Suède, 25 avril 1996, Recueil 1996-II, § 51, Loizidou c. Turquie, 18 décembre 1996, Recueil 1996-VI, § 39 ; Cruz Varas et autres c. Suède, 20 mars 1992, série A n° 201, § 76 ; Yaşa c. Turquie, 2 août 1998, Recueil 1998-VI § 94 : « *Si la Cour doit se référer par priorité aux circonstances existant au moment des faits dénoncés, cela n'empêche pas de tenir compte de renseignements ultérieurs* ».

aurait pu soulever cette question devant la Commission et qu'il ne l'avait pas non plus fait devant le juge national. C'est pourquoi elle a décidé d'admettre purement et simplement le fait établi par la Commission²⁶⁰. Cependant, l'on aurait tort de croire que la Cour n'a pas reçu des preuves nouvelles en dehors des rares applications de la théorie des faits nouveaux.

265. Parfois cette attitude était justifiée par une situation exceptionnelle où par exemple, le gouvernement décidait de produire devant elle des documents qui étaient couverts par le secret défense durant la procédure devant la Commission²⁶¹. Mais dans des hypothèses moins inhabituelles, elle a également reçu de nouveaux éléments. Ainsi, dans l'affaire Pardo mettant en cause le caractère contradictoire d'un procès devant une cour d'appel française, le requérant a produit pour la première fois devant la Cour le plumeitif de l'audience litigieuse²⁶². De même, alors qu'un requérant reprochait à l'Etat polonais de ne pas lui avoir fourni les soins psychiatriques adéquats durant sa détention sur une période donnée, la Cour rejeta son allégation de traitement inhumain et dégradant en se fondant sur des documents médicaux non soumis à la Commission qui démontraient qu'au cours de la période litigieuse, le requérant avait, à plusieurs reprises, sollicité et reçu une assistance psychiatrique²⁶³.

266. De nouveaux éléments de preuve non versés au stade de la recevabilité pourraient surgir après cette phase. D'ailleurs, l'application du règlement de 1998 montre combien il a été artificiel de structurer l'instance en séparant l'examen de la recevabilité et le règlement du litige au fond. En utilisant la faculté offerte par le règlement d'inviter les parties à aborder le fond au stade de la recevabilité, la Cour a souvent réglé en une fois les affaires qu'elle aurait pu examiner en deux temps. Cette pratique a pour effet d'empêcher l'introduction des demandes d'intervention qui, en vertu du règlement, ne peuvent être déposées qu'après la décision de recevabilité. La solution de ce problème et plus largement l'application des enseignements de ces pratiques constituent un des enjeux du toilettage annoncé de ces nouvelles dispositions procédurales.

267. D'un point de vue théorique, on peut contester les choix du nouveau règlement de procédure. En accentuant le rôle du juge, il fait prévaloir ce que l'on peut appeler à la suite

²⁶⁰ Hood c. Royaume-Uni, 18 février 1999, Recueil 1999-I.

²⁶¹ Kalaç c. Turquie, 1 juillet 1997, Recueil 1997-IV, § 26.

²⁶² Pardo c. France, 20 septembre 1993, série A n° 261-B ; voir également L.C.B c. Royaume-Uni, 9 juin 1998, Recueil 1998-III, § 14, observations E. DECAUX, *in* E. DECAUX ; P. TAVERNIER et al. – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 1998), *J.D.I* 1999, p. 245-246 ; Yaşa c. Turquie, 2 août 1998, Recueil 1998-VI, §§ 58, 83, observations M. POUTIERS, *in* observations P. TAVERNIER, *in* E. DECAUX ; P. TAVERNIER et al. – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 1998), *op. cit.*, p. 223.

²⁶³ Kudła c. Pologne, 26 octobre 2000, Recueil 2000-XI § 96, voir également Bilgin c. Turquie, 16 novembre 2000, § 71 et § 94.

d'un éminent processualiste le « *droit au temps*²⁶⁴ » sur d'autres droits qui, sans relever des exigences du procès équitable, contribuaient à la richesse du débat sur les faits devant la Cour. Dans une certaine mesure, le nouveau règlement de procédure heurte l'idée que les parties savent mieux que leur juge quels sont les éléments de preuve susceptibles d'étayer leurs allégations, nonobstant le contrôle juridictionnel de la pertinence. Ce dernier décidera de l'opportunité de la procédure écrite au fond et de l'utilité de l'audience. Tout se passe comme si, à chaque étape, les parties devraient le convaincre de se conformer au principe du découpage de l'instance en deux temps. Situation paradoxale pour la victime qui, alors qu'elle devient enfin partie au procès en vertu des stipulations du protocole 11, perd en partie l'influence qu'elle avait sur l'organisation générale de la procédure. Cette évolution peut d'ailleurs être illustrée par le tableau suivant :

L'évolution des droits des parties au regard de l'organisation du procès

Phases de la procédure	Statuts pour les parties	
	Ancienne procédure	Nouvelle procédure
Procédure écrite	La procédure écrite est un droit	La Procédure écrite est facultative
Audience	L'audience est un droit	Le droit à une audience est assorti d'une présomption négative

268. Mais, à bien y regarder, ces réserves ne discréditent pas complètement le bénéfice de cette réforme. Son grand avantage est de permettre une meilleure modulation de la durée de la procédure en fonction de l'objet du litige. Ainsi, tout porte à croire que le contentieux du délai raisonnable, qui représente le plus important volume dans le stock d'affaires à traiter par la Cour, pourra être réglé dans des délais plus brefs grâce au

²⁶⁴ M-A FRISON-ROCHE – Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure, *in* J-M COULON et M-A FRISON-ROCHE – Le temps dans la procédure, Paris, Dalloz, 1996, p. 11.

renforcement des pouvoirs du juge²⁶⁵. Pour les autres affaires, la réussite dépendra tant de la qualité du rapport du juge rapporteur que de l'attitude de chaque chambre dans la gestion des affaires.

269. Au total, le droit à la preuve est affaibli par le nouveau mécanisme de contrôle international de la Convention. C'est singulièrement le contentieux individuel qui subit de plein fouet les contrecoups de la tentative d'accélérer le rythme judiciaire. Car, ainsi que l'a simplement résumé le greffier M. MAHONEY dans le premier commentaire du nouveau règlement : « *pour les affaires interétatiques, le règlement prévoit une procédure écrite et le droit des parties à une audience aux stades de la recevabilité comme du fond*²⁶⁶ ». Mais cette réduction du temps d'exercice du droit à la preuve n'est pas nécessairement contraire à la recherche d'une protection plus effective des droits de l'homme. La diminution des garanties procédurales devrait être, en partie, compensée par le caractère inquisitorial de la procédure car la constitution du dossier est, plus qu'avant, l'affaire du juge. Sur ces bases, on peut comprendre que les concepteurs du règlement de procédure aient voulu raccourcir de manière raisonnable le temps du droit à la preuve. A l'inverse, la recherche de la célérité n'a pas diminué les autres garanties procédurales qui forment le régime de la présentation de la preuve.

Sous-section 2 - La discussion des preuves

270. Signe incontestable du renforcement du caractère équitable de la procédure, et partant, des conditions d'exercice du droit à la preuve, la Convention, précisée par le règlement de procédure, imprime à l'instance un caractère contradictoire²⁶⁷ (§ 1) et public²⁶⁸ (§ 2).

²⁶⁵ Henra c. France, 29 avril 1998, Recueil 1998-II, § 6 ; B. Leterme c. France, 29 avril 1998, Recueil 1998-III, § 6.

²⁶⁶ Articles 51 et 58. Voir P. MAHONEY – Brefs commentaires sur le règlement de la Cour : quelques-uns des points essentiels, op. cit., p. 356.

²⁶⁷ N. FRICERO ; J-F. RENUCCI – Le nouveau mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme, *Procédures*, avril 1999, p. 5.

²⁶⁸ M. DE SALVIA – La nuova Corte europea dei diritti dell'uomo tra continuità e riforma, *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 3 anno XII, settembre-dicembre, 1999, p. 710.

§ 1 - Un procès contradictoire

271. Le droit à une procédure contradictoire est étroitement lié au droit à la preuve²⁶⁹. Il requiert que les pièces produites par tout participant au procès soient soumises à l'observation des parties²⁷⁰. La mise en œuvre de ses implications concerne aussi bien le domaine de l'action et de l'instance que jugement, si bien qu'elle irrigue l'ensemble des obligations procédurales²⁷¹.

272. C'est en application de ce principe que la Cour a constaté une violation de l'article 6 § 1 par l'Autriche au détriment de M. Kamasinski. En l'espèce, le requérant soutenait qu'il n'avait pas été averti d'une enquête diligentée par la Cour suprême afin d'obtenir des renseignements relatifs à l'interprétation retenue par un tribunal ayant statué antérieurement sur sa cause en matière pénale. L'argumentation du gouvernement consistait à s'abriter derrière le fait que les résultats de cette enquête ne revêtaient pas « *une importance essentielle* ». Néanmoins, la Cour jugea que le respect du principe du contradictoire impliquait que fut offerte au justiciable « *la possibilité de discuter les preuves recueillies sur des faits contestés, même relatifs à un aspect de la procédure et non à l'infraction incriminée en tant que telle*²⁷² ».

273. Il importe de rappeler que devant la Cour, le procès est devenu progressivement contradictoire à mesure que la pratique et les textes ont permis l'accès de la victime à l'instance dans les mêmes conditions que l'Etat²⁷³. Cette tardive reconnaissance a longtemps gardé la Cour hors du champ d'application des exigences qu'elle imposait aux systèmes judiciaires nationaux. Aujourd'hui, la contradiction trouve ses bases juridiques dans la Convention et dans le nouveau règlement de procédure. La première consacre le principe. En vertu de l'article 38 a) de la Convention si la Cour déclare une requête recevable, elle poursuit l'examen contradictoire de l'affaire avec les représentants des parties. Le second en fixe les modalités d'exercice.

²⁶⁹ Rappelons pour mémoire que ce droit peut-être perçu comme le fondement du droit à la preuve. Se reporter à l'introduction de cette première partie.

²⁷⁰ Il n'y a pas lieu de distinguer entre l'origine des pièces, elles peuvent provenir des parties ou des juges. Le droit à une procédure contradictoire « *implique en principe le droit pour les parties à un procès de se voir communiquer et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge, fût-ce par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision* » Vermeulen c. Belgique, 20 février 1996, Recueil 1996-I, p. 234, § 33, et Van Orshoven c. Belgique, 25 juin 1997, 1997-III, p. 1050, § 41 ; J.J. c. Pays-Bas, 27 mars 1998, Recueil 1998-II, p. 613, § 43 ; Voisine c. France, 8 février 2000.

²⁷¹ I. ZAKINE – L'exigence du contradictoire, in COUR DE CASSATION ET UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN DE STRASBOURG (Ed.) – *Les nouveaux développements du procès équitable...*, op.cit., p. 67.

²⁷² Cour EDH, Kamasinski c. Autriche, 19 décembre 1989, op. cit, p. 43, § 102

²⁷³ Se reporter à la section 1 du chapitre précédent.

Fidèle à la tradition inquisitoriale de la Cour, il dispose que tous les documents - les observations et les moyens de preuve - sont communiqués au greffe²⁷⁴ qui en assure la transmission aux intéressés²⁷⁵. L'inquisitoire est ainsi au service du contradictoire²⁷⁶. Cette solution, classique dans le contentieux international, garantit que les communications seront complètes, régulières et réalisées dans des délais dont les lenteurs éventuelles ne seront pas imputables aux parties.

274. A l'évidence, les intervenants soumis à l'article 36 § 2 de la Convention ont le droit de produire tout document tendant à prouver les éléments spécifiés expressément ou implicitement par le président de la Cour. Mais peut-on dire qu'ils ont droit à la contradiction, c'est à dire le droit de prendre connaissance et de discuter les observations produites à l'instance ?

275. A la lecture du règlement de procédure, une réponse négative s'impose d'emblée. Si le greffe est tenu de transmettre aux parties les observations écrites des intervenants qui sont admis à les discuter²⁷⁷, il ne prévoit pas que les intervenants pourraient en retour préciser ou modifier lesdites observations. Ainsi apparaît la volonté de limiter le temps et le champ de la contradiction au détriment des intervenants. Cette conception restrictive du champ de la contradiction achève de faire des intervenants des sujets de second rang des garanties procédurales en général et du droit à la preuve en particulier. Mais le jour où le besoin se fera sentir, c'est sans peine que la Cour trouvera une base légale à la communication des réponses des parties aux intervenants au titre de la contradiction puisque l'article 37 § 2 envisage sans précision excessive l'hypothèse de communications, notifications et citations « *à des personnes autres que les agents ou conseils des parties* ». Certes, il n'est pas évident que la Cour ait entendu inclure les intervenants dans cette catégorie mais il ne faudrait pas beaucoup d'audace pour indiquer qu'elle n'a pas non plus entendu les exclure de cette hypothèse. Pour l'heure, c'est le principe de publicité de la

²⁷⁴ Article 38 § 2 ; voir également les fonctions du greffier précisées notamment à l'article 17 § 2 du nouveau règlement.

²⁷⁵ Article 37 § 1.

²⁷⁶ Dans le contentieux administratif français, il a été avancé que pour qu'une procédure soit réellement contradictoire, il fallait qu'elle ait un caractère inquisitorial : V. HAIM – L'écrit et le principe du contradictoire dans la procédure administrative contentieuse, *A.J.D.A.*, 1996, p. 715.

²⁷⁷ Article 61 § 5. Il faut remarquer que la tendance générale est de ne pas produire d'observations écrites sur les *amicus brief*. Voir cependant les affaires Brannigan et Mac bride c. Royaume-Uni, 26 mai 1993, série A n°258-B, § 8 : « *Avant l'audience, le président avait autorisé le Gouvernement à déposer des commentaires sur certains aspects des observations des amici curiae. Les requérants y ont répondu par écrit le 18 décembre 1992. Les réflexions du Gouvernement sur les demandes des intéressés au titre de l'article 50 (art. 50) de la Convention sont parvenues le 17 janvier 1993* » ; et Mc Cann dans laquelle le Gouvernement soumet un exposé portant sur différentes questions soulevées par les requérants et les *amici curiae* dans leurs mémoires ; Mac Cann et autres c. Royaume-Uni, 27 septembre 1995, série A n° 324, § 7.

procédure qui assure aux intervenants l'accès aux commentaires des parties sur les productions qu'ils soumettent à la Cour.

276. Il reste qu'une fois ce pallier franchi, il conviendra alors d'ajuster les conditions de délai fixées par le président de la chambre afin qu'une nouvelle production d'éléments de preuve ne se voit pas opposer la tardiveté, car dans une large mesure, le temps joue toujours contre l'intervenant. Ces inconvénients sont de toute manière facile à pallier puisque la Cour ne peut abdiquer son pouvoir de demander aux intervenants toute précision utile, que les interrogations ou contestations sérieuses proviennent des parties en cause ou d'un ou de plusieurs de ses membres.

§ 2 - Une discussion publique

277. « *La publicité des débats constitue un principe fondamental consacré par l'article 6 § 1 de la Convention*²⁷⁸ ». Elle est à la source de diverses garanties comme le droit à une audience publique²⁷⁹ et le droit à la comparution personnelle²⁸⁰ de l'intéressé aux débats concernant son affaire. Elle signifie que l'instance, dans son déroulement, comme dans sa solution, est offerte au regard des parties, des tiers, et de tous ceux qui souhaitent lui accorder de l'attention. Cependant, les parties peuvent y renoncer²⁸¹, et dans certaines conditions énumérées à l'article 6, les juridictions peuvent y déroger.

278. Il faut reconnaître que les relations qu'elle entretient avec le droit à la preuve ne sont pas évidentes. Or, il ressort de l'examen de la jurisprudence de la Cour (A) et de l'application de ses règles procédurales (B) que le respect du principe de publicité renforce l'effectivité du droit à la preuve.

²⁷⁸ Werner c. Autriche, 24 novembre 1997, Recueil 1997-VII, § 45. Guisset c. France, 26 septembre 2000, § 72.

²⁷⁹ Fredin c. Suède (n°2), 23 février 1992, série A n°283-A, p. 10, § 21 ; Fischer c. Autriche, 26 avril 1995, série A n°212, p. 21, § 44.

²⁸⁰ G. CLOSSET-MARCHAL – Le droit à la comparution personnelle, et son applicabilité en cas de pluralité de degrés de juridiction, *R.T.D.H* 1992, p. 396-398.

²⁸¹ Le Compte, Van Leuven et De Meyere, 23 juin 1981, série A n° 43, p. 25, §. 59, et H. contre Belgique, 30 novembre 1987, série A n° 127, p. 36, § 54 ; Håkansson et Sturesson c. Suède, 21 février 1990, série A n° 171-A, p. 20, § 66.

A - Publicité et droit à la preuve dans la jurisprudence de la Cour

279. Le principe de publicité poursuit une double finalité. La première est de préserver la confiance des justiciables dans les mécanismes judiciaires *lato sensu*. La Cour l'a rappelé à maintes reprises ; « *la publicité protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public ; elle constitue aussi l'un des moyens de contribuer à préserver la confiance dans les cours et tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à atteindre le but de l'article 6 § 1 : le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes de toute société démocratique au sens de la Convention*²⁸² ». La seconde est de contribuer à une meilleure appréhension des faits de la cause par la participation des parties à un débat public.

280. Par l'arrêt *Belziuk c. Pologne* du 25 mars 1998 la Cour a d'ailleurs rappelé combien le droit de comparaître à l'audience publique contribue à l'effectivité du droit à la preuve. En l'espèce, elle note que « *le requérant, qui ne fut pas autorisé à comparaître à l'audience d'appel, se proposait d'y contester sa condamnation et d'apporter des preuves à l'appui (...). S'il avait comparu à l'audience d'appel, il aurait eu la possibilité de contester sa condamnation et les conclusions du procureur, ainsi que de produire des preuves à l'appui de ses moyens d'appel (...)* ». « *Aux termes de l'article 6 §§ 1 et 3 c) combinés, il avait dans ces conditions le droit de comparaître en appel et d'assurer lui-même sa défense. Il en découle qu'il y a eu violation du droit du requérant à une audience en sa présence*²⁸³ ». Il importe donc d'indiquer les principes qui régissent les liens des questions de fait et le principe de la publicité.

281. La tenue de débats publics permettant la participation des parties est exigée dans la mesure où ils se posent des questions de fait. Mais en raison de l'appréciation globale du caractère équitable du procès, la Cour admet que le respect de la publicité n'est pas nécessaire à tous les stades de l'examen de l'affaire. La Cour a ainsi décidé dans son arrêt *Bulut* qu'« *à condition qu'il y ait eu audience publique en première instance, les circonstances propres à la procédure litigieuse peuvent justifier l'absence de « débat public » en deuxième ou troisième instance. Dès lors, une requête en autorisation d'appel ou une procédure ne comportant que des points de droit et non de fait peut satisfaire aux exigences de l'article 6 (art. 6), même si l'appelant ne s'est pas vu offrir la possibilité de comparaître*

²⁸² *Szücs c. Autriche*, 24 novembre 1997, Recueil 1997-VII, § 42 ; *Diennet c. France*, 26 septembre 1995, série A n 325-A, pp. 14-15, § 33.

²⁸³ *Belziuk c. Pologne*, 25 mars 1998, Recueil 1998-II, § 38.

*personnellement devant la cour d'appel ou de cassation*²⁸⁴ ». Aussi faut-il considérer comme logique la solution de l'arrêt Kremzow contre Autriche en ce qu'elle retient que dès lors que la Cour suprême d'Autriche peut rechercher « *si une offre de preuve a été repoussée à bon droit par le juge du fond et si les faits écartés auraient pu influencer sur le verdict du jury* » elle doit, à moins que le justiciable y renonce, lui permettre d'assister à l'audience consacrée à son recours en cassation²⁸⁵. C'est la même logique qui prévaut dans l'arrêt Fedje c. Suède qui décide que dans la mesure où « *le recours ne soulevait (donc) aucune question de fait ou de droit qui ne pût se résoudre de manière adéquate sur la base du dossier* », une Cour d'appel pouvait se passer d'audience. Il faut toutefois souligner que cette solution a été rendue au vu de « *l'ensemble de la procédure devant les juridictions suédoises et la nature des questions soumises à la cour d'appel* », qui permit à la Cour de constater l'existence « *de particularités capables de justifier le refus au requérant de débats publics*²⁸⁶ ».

282. La liaison du principe de publicité avec les questions de fait manifeste à nouveau l'enrichissement que tout système probatoire tire de la solidarité des garanties procédurales. Ce bénéfice vérifiable au plan national peut également être constaté dans le contentieux européen des droits de l'homme.

B - Publicité et droit à la preuve devant la Cour

283. Le caractère public de l'audience et de la procédure écrite résulte de l'article 40 de la Convention. Reprenant les termes mêmes de l'article 18 du premier règlement de procédure son paragraphe premier précise que « *l'audience est publique à moins que la Cour n'en décide autrement en raison de circonstances exceptionnelles* ». De même, le paragraphe 2 répète *mutatis mutandis* l'article 52 de ce même règlement qui prévoyait déjà que les documents déposés au greffe seraient accessibles au public²⁸⁷. Ces stipulations sont enrichies et précisées par les dispositions du règlement de procédure. Au demeurant, deux points essentiels illustrent les liens qui unissent droit à la preuve à cette exigence fondamentale du procès équitable au palais des droits de l'homme.

284. Rompant avec les règles applicables devant la Commission durant la phase de recevabilité, le protocole 11 instaure la publicité de cette phase devant la nouvelle Cour

²⁸⁴ Monnell et Morris c. Royaume-Uni, 2 mars 1987, série A n° 115, p. 22, § 58 ; Sutter c. Suisse, 22 février 1984, série A n° 74, p. 13, § 30.

²⁸⁵ Kremzow c. Autriche, 21 septembre 1993, série A n°268-B, § 63.

²⁸⁶ Håkansson et Sturesson c. Suède, 21 février 1990, op. cit., § 29

²⁸⁷ M-A EISSEN – La cour européenne..., op. cit, p. 1561.

européenne des droits de l'homme. Hormis les documents soumis dans le cadre des négociations menées en vue de parvenir à un règlement amiable de l'affaire, tous les documents transmis au greffe sont accessibles au public. Des dérogations sont admises à la demande des parties ou de toute autre personne intéressée à l'instance²⁸⁸ ou encore si les conditions relatives au huis clos sont réunies²⁸⁹.

285. En second lieu, l'article 33 § 1 du règlement de procédure précise que, devant la Cour, l'audience est publique. Mais, il assortit ce principe des limitations opposables aux juridictions nationales en vertu de l'article 6 de la Convention²⁹⁰.

A l'inverse de la procédure écrite, l'audience a toujours été obligatoire devant la Cour. Elle offre aux adversaires la possibilité de dissiper les doutes qui subsistent à l'échange des observations écrites, en explicitant leurs points de vues, en répondant aux contre-arguments et apportant des preuves orales. Elle ne serait guère utile si elle se contentait de provoquer la répétition des raisonnements préalablement exposés au cours de la phase antérieure²⁹¹. Au contraire elle enrichit la connaissance de la Cour sur les faits de la cause dans la mesure où elle peut apprécier la solidité des supports des argumentations par la rencontre directe des plaideurs qu'elle peut, le cas échéant, interroger²⁹² et se livrer à un examen effectif des offres de preuve.

²⁸⁸ Article 33 § 3.

²⁸⁹ Dans l'affaire V c. Royaume-Uni, 16 décembre 1999, Recueil 1999-IX, § 3, la Cour réserve un accès partiel des documents au public.

²⁹⁰ Article 33 § 2 : « *l'accès de la salle peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie de l'audience, dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par la chambre, lorsque, dans des circonstances spéciales, la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice* ». P. MAHONEY – Bref commentaire sur le règlement de la Cour..., op. cit., p. 356. Par le passé, la Cour a dérogé au principe de publicité à plusieurs reprises. Dans plusieurs affaires concernant le placement d'enfants mineurs jugées en 1987 ; O, H, W, et R c. Royaume-Uni, 8 juillet 1987, série A n°120-121. Pour des raisons comparables, la Cour en a décidé de même dans les affaires T. c. Royaume-Uni, 16 décembre 1999, Recueil 1999-IX, § 3 ; V c. Royaume-Uni, 16 décembre 1999, Recueil 1999-IX, § 3 et dans l'affaire Scozzari et Giunta c. Italie, 13 juillet 2000, § 9. Voir également, Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, 21 décembre 1999, Recueil 1999-IX, § 6 ; Johansen c. Norvège, 7 août 1996, Recueil 1996-III, § 7 ; l'arrêt Müller c. Suisse dans lequel la présentation d'un tableau présentant des figures obscènes s'est déroulée à huis clos devant la Cour, en présence de la victime et de l'Etat. Müller c. Suisse, 24 mai 1988, série A n°133, p.7, § 6 ; pour un cas de projection d'un film à huis clos, Otto-Preminger-Institut c. Autriche, 20 août 1994, série A n° 295-A, § 7.

²⁹¹ J. CALLEWAERT – La Cour européenne des droits de l'homme, un an après le protocole n°11, *J.T.D.E* 1999, p. 205.

²⁹² Les études comparatives ne manquent pas de souligner combien la possibilité de tenir une audience est un atout supplémentaire du juste établissement des faits. A ce titre, elle est un signe de perfectionnement supplémentaire du mécanisme judiciaire de la Convention par rapport au système international de contrôle du pacte international des droits civils et politiques. Voir en particulier : L. R. HELFER ; A-M. SLAUGHTER – Towards a theory of effective supranational adjudication, *The yale law journal*, 1997, vol. 107, p. 273 ; L. HEFFERNAN – A comparative view..., op. cit., p. 108.

Devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme, l'audience revêt une signification particulière puisqu'elle permet en outre aux victimes de participer à la procédure en assistant les délégués de la Commission interaméricaine des droits de l'homme. Articles 22 du règlement de 1996.

Section II - L'examen effectif des offres de preuve

286. « *Condition de l'effectivité des règles juridiques et fer de lance du droit au droit*²⁹³ », le droit au juge constitue l'autre face de la dimension procédurale du droit à la preuve. En effet, l'utilité de la production des preuves dépend de l'attention que le juge porte aux offres qui lui sont présentées. Ainsi, c'est dans le contrôle du juge que l'effectivité des garanties procédurales du droit à la preuve trouvera sa limite ou son aboutissement. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en a tenu compte en précisant que les règles du procès équitable mettent « *à la charge du « tribunal » l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence, pour la décision à rendre*²⁹⁴ ».

287. Depuis sa consécration par l'arrêt *Golder*²⁹⁵, la Cour s'est attachée à décliner les implications concrètes du respect du droit à un tribunal. Sans aucun doute, son effectivité dépend notamment de la manière dont le juge remplit son office. Il ne doit pas se borner à rendre une décision suivant une procédure dont les étapes sont inscrites dans un règlement de procédure, mais il doit parvenir à une connaissance suffisamment claire du dossier de l'affaire afin de la résoudre conformément au droit. « *La Convention ne vise pas à garantir des droits théoriques ou illusoires mais des droits concrets et effectifs*²⁹⁶. *Il en résulte que le droit de présenter des observations garanti aux parties par l'article 6 par. 1 (art.6-1) de la Convention ne peut passer pour effectif que si ces observations sont vraiment « entendues », c'est-à-dire dûment examinées par le tribunal saisi*²⁹⁷ ». Ce raisonnement téléologique qui découvre clairement le lien qui unit le droit à la preuve (compris dans « *le droit de présenter ces observations* ») et le contenu du droit à un tribunal, exprime à la fois la justification et la définition du droit à l'examen effectif des offres de preuve.

288. Cependant, on peut douter de l'applicabilité de cette exigence au plan international car, à l'inverse des autres garanties procédurales étudiées précédemment, aucune norme de la Convention, ni du règlement de procédure ne viennent consacrer l'équivalent de

²⁹³ J. RIDEAU – Le droit au juge : conquête et instrument de l'Etat de droit, in J. RIDEAU (Ed.) – *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 3 ; J. DUTHEIL DE LA ROCHERE – Droit au juge, accès à la justice européenne, *Pouvoirs*, n°96, 2001, p. 123.

²⁹⁴ *Kraska c. Suisse*, 19 avril 1993, série A n° 254-B, p. 49 § 50 ; *Van de Hurk c. Pays-Bas*, 19 avril 1994, série A n° 288, p. 19 § 59. Rappelons cette phrase déjà citée de G. GOUBEAUX : Dès lors que le juge est en charge de trancher le litige, « *l'obliger à examiner les preuves proposées par les parties n'est pas attenter à sa liberté ; c'est simplement la conséquence normale de sa mission* ». G. GOUBEAUX – Le droit à la preuve, op. cit, p. 293.

²⁹⁵ *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, série A n° 18, § 36.

²⁹⁶ *Artico c. Italie*, 13 mai 1980, série A n° 37, p. 16, § 33.

²⁹⁷ Voir l'arrêt *Dulaurans c. France*, 21 mars 1994, § 33 ; *Quadrelli c. Italie*, 11 janvier 2000, § 34.

ce droit devant la Cour. Aucune référence n'est faite aux exigences du droit à un tribunal²⁹⁸ - garantie dont il découle - au plan international²⁹⁹. En outre, tel que défini par la jurisprudence, le droit à un examen effectif des offres de preuve implique d'une part, l'obligation de prise en compte des preuves présentées par les parties et d'autre part, l'obligation de manifester cette prise en compte par une motivation adéquate. Or, contrôler le respect de ces implications est une entreprise si délicate que l'on en vient à douter de son effectivité. En somme, un regard attentif de la jurisprudence dévoile que le droit à un examen effectif des offres de preuve est une garantie aux fondements incertains (sous-section 1) et à l'effectivité problématique (sous-section 2).

Sous-section 1 - Un droit aux fondements incertains

289. En dehors des textes qui régissent sa procédure, la Cour doit-elle se soumettre aux exigences du droit à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve ? Question difficile à résoudre puisque la littérature n'enseigne rien sur cette partie de la réflexion. L'ambiguïté du mot « doit » révèle que la question présente une double dimension qui permet d'envisager deux types de réponse. D'une part une démarche descriptive selon laquelle on pourrait constater qu'il existe, une ou plusieurs règles de droit, applicables à la Cour, lui faisant obligation de suivre ce principe. D'autre part, une démarche prescriptive qui consiste à requérir de la Cour l'adoption de certaines attitudes parce qu'on les estime opportunes. Dans le premier cas, c'est le droit qui impose, dans le second, c'est l'utilité.

290. Envisager l'approche de l'utilité c'est se situer à un niveau de réflexion postérieure à l'observation critique du droit positif. Elle relève du *de lege ferenda*, et apporte bien peu dès lors qu'elle n'aboutit qu'à réaffirmer que le respect des règles du procès équitable est indispensable à l'effectivité du droit à la preuve. Elle laisserait entière la

²⁹⁸ Il n'est pas inutile de rappeler qu'au sens de la Convention, un tribunal a pour mission de « *trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence* », et qu'il est difficile de contester cette qualité à la Cour. Voir, entre autres, l'arrêt *Belilos c. Suisse*, 9 avril 1988, série A n° 132, p. 29, § 64. J-F. RENUCCI – *Le droit au juge dans la Convention européenne des droits de l'homme*, in J. RIDEAU (Ed.) – *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 140 L. SERMET – *Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif français*, op. cit., 22 ; G. COHEN-JONATHAN – *Convention européenne des droits de l'homme et procédure civile*, op. cit., p. 9, § 73.

²⁹⁹ La doctrine rapporte que certaines clauses procédurales, notamment dans le cadre des arbitrages internationaux, obligent l'arbitre à l'examen des preuves. Voir, G. NIYUNGEKO – *La preuve devant les juridictions internationales*, Université libre de Bruxelles, Thèse, dact., 1988, p. 237 ; D. V. SANDIFER – *Evidence before international tribunals...*, op. cit., p. 190 : « *it is generally provided in arbitral agreements that the tribunals shall be bound to receive and consider all evidences submitted to it by, or on behalf of, the government parties of the proceedings* ».

question première et fondamentale de savoir si le droit exige de la Cour le respect du droit à un examen effectif des offres de preuve.

291. Paradoxalement, la dimension descriptive est positiviste par sa méthode³⁰⁰ et spéculative par ses résultats. En effet, la recherche de la base juridique de l'obligation prétendument applicable à la Cour, se heurte à un obstacle difficile à surmonter : l'absence de consécration formelle par la Convention ou par la Cour de cette soumission. Aussi peut-on former l'hypothèse que le droit à un examen effectif des offres de preuves relève de sources juridiques non écrites. Mais cette recherche est nécessairement aléatoire et l'on ne peut en tirer que des résultats qu'il faut considérer avec prudence. Par suite, une autre idée peut être avancée, selon laquelle, si les sources juridiques sont hypothétiques, l'existence de cette garantie peut découler de certains principes juridiques clairement affirmés par la Cour.

292. En conséquence, le droit à un examen effectif des offres de preuve peut apparaître comme un droit non écrit (§ 1) et comme une exigence impliquée par la compétence de pleine juridiction de la Cour (§ 2).

§ 1 - Un droit non écrit

293. L'absence de texte ouvre le champ des hypothèses. Au moins deux d'entre elles peuvent être retenues, toutes deux utilisant la notion de principes généraux du droit, chacune rattachée à un trait spécifique de la Cour. La première d'entre elles s'appuie sur la qualité de juridiction internationale de la Cour. Elle conduit à rechercher si les principes généraux du droit international applicables en matière contentieuse (A) peuvent fournir une base juridique au principe de l'examen effectif des offres de preuve. La seconde est liée à l'appartenance de la Cour à un ordre juridique régional. Dans ce cas, c'est à partir des principes généraux du droit de la Convention que la recherche sera effectuée (B).

A - L'hypothèse des principes généraux du droit international

³⁰⁰ Le positivisme désigne notamment une approche qui constitue la science du droit comme discours ayant pour objet de décrire le droit positif. Voir par exemple, N. BOBBIO – Sur le positivisme juridique, in N. BOBBIO – *Essais de théorie du droit*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1998, p. 24 - 25 ; C. GRZEGORCZYK ; F. MICHAUT ; M. TROPER – *Le positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J., p. 257-272. ; H. KELSEN – *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 95.

294. Le recours aux principes généraux du droit international ne doit pas surprendre dès lors que la Cour s’y réfère pour exercer sa juridiction³⁰¹. Certes, aucune stipulation comparable à l’article 38 (1) c) du statut de la Cour internationale de justice ne lui prescrit d’appliquer « *les principes généraux du droit reconnues par les nations civilisées* », mais certaines clauses normatives de la Convention l’y invitent de manière expresse³⁰², et elle les utilise parfois dans des situations non prévues par les textes³⁰³. Cette pratique ne vaut pas seulement pour les stipulations de fond de la Convention, elle sert également à préciser le sens et le régime de certaines clauses procédurales³⁰⁴.

295. En cette matière le recours aux principes généraux du droit international a servi à justifier certaines décisions. C’est cette démarche que la Cour a retenu afin de délimiter sa compétence *rationae temporis*³⁰⁵. Parfois l’usage des principes généraux du droit international est implicite. Ainsi en est-il lorsqu’elle affirme « *qu’il est conforme à la pratique nationale et internationale qu’une juridiction s’estime habilitée à connaître de faits survenus en cours d’instance et constituant de simples prolongements de ceux qui lui étaient dénoncés à l’époque*³⁰⁶ ». Tantôt, c’est l’absence, l’imprécision ou l’inadéquation des principes généraux qui sont invoquées pour légitimer certains choix. C’est cette argumentation qui accompagne l’adoption du régime libéral de la preuve dans l’arrêt *Irlande contre Royaume-Uni*³⁰⁷. De même, elle constate que ces principes ne lui sont d’aucun secours pour déterminer la force

³⁰¹ Dans l’arrêt *Golder*, la Cour déclare qu’elle applique les principes généraux du droit international et s’appuie sur les travaux préparatoires de la Convention à la fois pour le justifier et pour expliquer pourquoi cette possibilité n’est pas inscrite dans le texte de la Convention : « *la Commission juridique de l’Assemblée consultative du Conseil de l’Europe a d’ailleurs prévu, en août 1950* », « *que la Commission et la Cour (devraient) nécessairement appliquer de tels principes* » dans l’accomplissement de leurs tâches; en conséquence, elle a « *jugé inutile* » de le spécifier par une clause de la Convention (*Assemblée consultative, document de séance de la session de 1950, tome III, n° 93, p. 982, par. 5*) ». *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, série A n° 18, § 35. Voir les développements de J. G. MERRILLS – *The development of international law ...*, op. cit., p. 178.

³⁰² Article 35 § 1 ; article 1 du protocole 1.

³⁰³ Voir, P. TAVERNIER – La Cour européenne des droits de l’homme, applique-t-elle le droit international ou un droit de type interne ? in P. TAVERNIER (Ed.) – *Quelle Europe pour les droits de l’homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d’une « union plus étroite »*. 35 années de jurisprudence : 1959 - 1994, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 21-29. Par exemple, « *Les Etats ont, en vertu d’un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités y compris l’article 3 de la Convention (art. 3), le droit de contrôler l’entrée, le séjour et l’éloignement des non-nationaux* » ; *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, 30 octobre 1991, série A n° 215, p. 34, § 102.

³⁰⁴ Voir, en particulier G. COHEN-JONATHAN – Le rôle des principes généraux du droit dans l’interprétation et l’application de la Convention européenne des droits de l’homme, in *Mélanges en hommage à L. E. PETTITI*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 169-173.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 171.

³⁰⁶ *Stogmuller c. Allemagne*, 10 novembre 1969, série A n°9, § 7 ; *Matznetter c. Allemagne*, 10 novembre 1969, série A n° 10, § 5 ; *Neumeister c. Allemagne*, 27 juin 1968, série A n° 8, p. 38 § 7.

³⁰⁷ *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, série A n° 25, p. 79-80.

juridique des mesures provisoires prononcées par la Commission³⁰⁸. Dans toutes ces occasions, la Cour a fait des principes généraux du droit international une source de ses droits et obligations.

296. La jurisprudence de la Cour internationale de justice a consacré plusieurs principes généraux du droit international applicable en matière contentieuse comme, le principe *audi alteram partem*³⁰⁹ ou le principe de l'égalité entre les parties au procès³¹⁰. Cependant, c'est en vain que l'on chercherait une consécration aussi précise que le droit à un examen effectif des offres de preuve. A moins de considérer qu'il s'agit d'un principe implicitement compris dans l'interdiction du déni de justice. Mais l'on pourrait nous objecter d'étendre au-delà du raisonnable la signification de cette interdiction.

297. Pourtant, la pratique internationale invite à penser que cette règle existe en tant que principe. La Cour interaméricaine des droits de l'homme, *mutatis mutandis*, en est une bonne illustration puisqu'elle accepte de manière quasi-systématique de reconsidérer les faits tels qu'établis par la Commission interaméricaine des droits de l'homme³¹¹.

298. Ces éléments forment les bases nécessaires à la reconnaissance d'un principe général du droit international exigeant que toute juridiction internationale se livre à un examen effectif des offres de preuve formulées devant elle.

³⁰⁸ Cruz Varas et autres c. Suède, 20 mars 1997, série A n° 201, § 101 : « *les principes généraux du droit international n'offrent ici aucun secours : comme le souligne la Commission, la question de la force obligatoire des mesures provisoires indiquées par les juridictions internationales prête à controverse et il n'existe pas de règle juridique uniforme* » .

³⁰⁹ C.I.J., Essais nucléaires (Australie c. France), 20 décembre 1974, Recueil 1974, p. 265, § 33 ; Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), 20 décembre 1974, Recueil 1974, p. 469, § 34.

³¹⁰ C.I.J., Activités militaires et para-militaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats Unis d'Amérique), Fond, Rec. 1986, p. 26, § 37. Pour quelques exemples supplémentaires, voir N. QUOC DINH, P. DAILLIER, A. PELLET – *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 6^{ème} édition, 1999, p. 345.

³¹¹ Voir entre autres T. BUERGENTHAL ; D. CASSELL – The future of the inter-american human rights system, in Instituto interamericano de derechos humanos – *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, 1998 p. 566 ; A. CASCADO TRINDADE – Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, in Instituto interamericano de derechos humanos – *El futuro del sistema...*, op. cit., 579 – 580. Cependant, il en résulte un allongement de la procédure devant la juridiction qui a motivé les aménagements prévus dans son nouveau règlement de procédure. Se reporter à l'article 43 de ce texte entré en vigueur en juin 2001 et qui s'invite la Cour à faire preuve d'une réserve comparable à celle que la Cour européenne des droits de l'homme observait à l'égard des faits établis par la Commission européenne des droits de l'homme. Voir, CASCADO TRINDADE A. A – Rapport adressé à la Commission des questions juridiques et politiques du conseil permanent de l'Organisation des Etats Américains, in COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME – *El sistema de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Tome II, (annexe 10) p. 453, § 35.

B - Un principe général de l'ordre juridique conventionnel

299. On peut former l'hypothèse que l'obligation faite à la Cour de se livrer à un examen effectif des offres de preuve se fonde sur un principe général du droit de la Convention. L'idée directrice est que les garanties procédurales qui résultent de l'interprétation de la Cour peuvent se voir accorder la valeur de principes applicables à tout procès impliquant la Convention, qu'il se tienne devant le juge interne ou international. Par un processus d'auto-référence, chaque interprétation nouvelle de l'article 6 de la Convention, en ajoutant à leurs obligations, enrichirait par la même, celles du juge international.

300. Il y a là un curieux jeu de miroirs qui voudrait contraindre la Cour à remplir son office à la lueur des règles qu'elle impose aux juges nationaux. Mais cette singularité ne signifie pas que l'hypothèse manque d'attaches avec le droit positif. Cette notion de principe général du droit de la Convention (1), suggérée par l'arrêt *Lawless* (2), tire son originalité du mécanisme d'auto-référence sur lequel elle est édifiée (3).

1 - La notion de principe général de l'ordre juridique conventionnel

301. L'expression principe général du droit de la Convention est née de la nécessité de désigner une norme issue du droit non écrit opposable à toutes les juridictions qui appliquent la Convention européenne des droits de l'homme. Son applicabilité générale rompt la distinction droit interne - droit international et semble faire écho à la notion fondamentale d'ordre public européen.

302. Le retentissement de l'affirmation de l'existence d'un ordre public européen ne s'est pas accompagné de l'énumération, même sommaire, de son contenu³¹². La jurisprudence s'y est référée, il appartient à la recherche juridique de trouver le sens caché ou le contenu qu'elle implique. Il se peut que la découverte d'un principe général opposable à la Cour et aux juridictions nationales donne corps à cette idée. Toutefois, l'exploitation complète de la fécondité possible de ce rapprochement excède sans aucun doute ce que l'on peut attendre d'une thèse portant sur la preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme. Cette limite raisonnable autorise néanmoins la formulation de quelques remarques.

³¹² *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, 23 mars 1995, série A n° 310, § 75 ; G. COHEN-JONATHAN – L'affaire *Loizidou* devant la Cour européenne des droits de l'homme. Quelques observations, *R.G.D.I.P* 1998-1, p. 123 ; F. SUDRE – Existe-t-il un ordre public européen, in P. TAVERNIER (Ed.) – *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 39.

303. Il faut d'abord indiquer que la notion de principe général du droit de la Convention ne vise pas à rendre compte de l'origine du droit à un examen effectif de sa cause. Elle revêt une signification différente de celle de « principe général du droit européen » telle que construite par B. MAURER dans sa thèse sur « le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme ». Dans cet ouvrage, l'auteur utilise cette qualification afin de montrer que le principe de respect de la dignité humaine est reconnu dans plusieurs systèmes juridiques européens³¹³. A la différence des principes généraux du droit international³¹⁴, ou de certains principes généraux du droit communautaire qui sont parfois dégagés par comparaison du droit des Etats, le principe général du droit de la Convention renvoie directement à un syncrétisme des origines matérielles³¹⁵ où se mêlent incontestablement le patrimoine commun qui sert de socle à l'édification d'un ordre juridique européen des droits de l'homme, et le fruit de la jurisprudence dynamique de la Cour qui développe les fondements communs.

304. En conséquence, le seul élément qui importe est l'applicabilité générale du droit à l'examen effectif à tout procès tenu dans l'espace de la Convention, qu'il ait lieu devant la Cour européenne des droits de l'homme ou devant une juridiction nationale. Ce large domaine d'application revêt un caractère exceptionnel puisqu'il enracine profondément l'idée d'un ordre public européen. Tout se passe comme si la réclamation de la reconnaissance judiciaire d'un droit protégé par la Convention emporte automatiquement le bénéfice de certaines garanties procédurales qui ne seraient pas altérées après l'épuisement des voies de recours internes. C'est pour exprimer ce phénomène de *continuum juris* que l'on fait appel à la notion de principe général de la Convention. En dépit des apparences, l'hypothèse n'est pas une pure vue de l'esprit puisqu'elle est suggérée par un raisonnement tenu par la Cour dans sa première décision.

2 - Une hypothèse suggérée par l'arrêt Lawless

305. C'est la lecture du premier arrêt de la Cour qui suggère l'existence d'une communauté de principes applicables aussi bien à la Cour qu'au juge national. Appelée à légitimer sa permission de laisser l'individu participer à l'instance qui se déroule devant lui, le

³¹³ B. MAURER – *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, La documentation française, Monde européen et international, 1999, p. 88.

³¹⁴ N. QUOC DINH, P. DAILLIER, A. PELLET – *Droit international public*, Paris, L.G.D.J, 6^{ème} édition, 1999, p. 343-344.

³¹⁵ Selon la belle expression du professeur D. SIMON, D. SIMON – Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ?, *Droits* 1991, p. 76.

juge international indique certains principes juridiques qui gouvernent sa procédure : « *Considérant que, dès que l'affaire a été soumise à la Cour conformément aux dispositions de l'article 48 (art. 48) de la Convention, la procédure acquiert un caractère judiciaire; que, dans toute société démocratique au sens du Préambule et des autres dispositions de la Convention, la procédure devant un organe judiciaire doit avoir un caractère contradictoire et public; que ce principe fondamental se trouve consacré, en ce qui concerne les juridictions nationales de caractère civil et pénal, par l'article 6 (art. 6) de la Convention*³¹⁶ ». En remettant les propositions du syllogisme à leurs places habituelles, la suggestion apparaît clairement dans la majeure. Dans toute société démocratique, au sens du préambule et des autres dispositions de la Convention, la procédure devant un organe judiciaire doit avoir un caractère contradictoire et public. Dès que l'affaire est soumise à la Cour, la procédure acquiert un caractère judiciaire. Par conséquent, la procédure de la Cour doit respecter le principe de la publicité et le contradictoire. Le rappel de l'article 6 n'est qu'une incidente ; toutefois elle conforte l'idée d'une applicabilité générale de ces principes dans le champ de la Convention tout en rappelant qu'ils sont inscrits dans le texte de la Convention pour ce qui est des juges nationaux, alors qu'ils sont non écrits pour la Cour.

306. On peut tenter de réduire la portée du raisonnement de la Cour en jugeant inopportune la transposition de la notion de société démocratique au plan international, ou en considérant qu'il ne vaut que pour le principe du contradictoire ou de la publicité. Mais il est difficile de nier qu'il vient donner de la pertinence à l'hypothèse proposée, puisqu'elle est implicitement affirmée par le considérant. Certes, cette jurisprudence est ancienne, et la Cour ne l'a pas reprise, de sorte qu'elle peut sembler isolée, voire dénuée de signification. Mais, il convient de remarquer que si la Cour ne l'a pas réaffirmée dans ses arrêts, elle l'a fait par les retouches et les révisions de son règlement de procédure. D'ailleurs, certaines opinions séparées des juges montrent qu'ils estiment la Cour liée par les règles du procès équitable puisqu'ils s'en servent pour apprécier la manière dont elle remplit son office. Si ces opinions n'ont pas de valeur contraignante, elles suggèrent qu'il y a, au palais des droits de l'homme, une acceptation de ces règles comme normes positives régissant le procès³¹⁷.

307. En conséquence, l'arrêt *Lawless* encourage à penser, qu'en matière contentieuse, certains principes du procès équitable, voire tous, seraient applicables, même

³¹⁶ *Lawless*, op. cit., § p. 10-12.

³¹⁷ *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, Recueil 1996-V, p. 1831, § ; *Loizidou c. Turquie*, 18 décembre 1996, Recueil 1996 - VI, p. 2216, opinion du juge JAMBREK ; *Gustafsson* opinion du juge DE MEYER. Dans l'arrêt *Gustafsson c. Suède* du 25 avril 1996, Recueil 1996-II, Opinion dissidente de M. le juge MARTENS, à laquelle se rallie M. le juge MATSCHER ; Opinion dissidente de Matscher dans l'arrêt *Fischer ; Fischer c. Autriche*, 26 avril 1995, série A n° 312.

sans texte, à la Cour. Le droit à un examen effectif des offres de preuve, découlant du droit à un tribunal, pourrait bien bénéficier de ce statut si on le qualifiait de principe général du droit de la Convention. Rien ne s'y oppose, sauf à attribuer une valeur différente aux obligations de publicité et de contradiction d'une part, et à celles dérivées du droit à un tribunal, d'autre part. Or, le caractère prétorien du second ne le dote pas d'un statut différent des autres garanties procédurales du procès équitable. Les interprétations que la Cour donne à la Convention ont une égale valeur juridique ; elles s'intègrent aux normes fondatrices et font corps avec elles. Dès lors, aucun critère ne paraît devoir exclure le droit à un examen effectif des offres de preuve du champ des principes généraux du droit de la Convention.

3 - Une hypothèse fondée sur le phénomène de l'auto-référence

308. D'un point de vue théorique, le principe général du droit de la Convention peut surprendre dans la mesure où il s'appuie sur un phénomène récursif. La Cour serait à la fois le producteur et le destinataire de ses interprétations de l'article 6. Ces interactions appellent plusieurs remarques nécessaires à la compréhension.

309. Le considérant de l'arrêt *Lawless* se réfère à la notion de société démocratique au sens du préambule et des autres dispositions de la Convention. Ce serait aller bien au-delà d'une recherche sur la preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme que de discuter la conception, d'ailleurs non précisée dans cet arrêt³¹⁸, à laquelle cette motivation renvoie. On peut, au moins, souligner qu'elle a pour trait caractéristique de s'appuyer sur un idée commune aux Etats parties à la Convention. Le préambule précise d'ailleurs que la défense des droits est mise en place à partir du « *patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques de respect de la liberté et de prééminence du droit* » des nations européennes.

310. Si le patrimoine commun est au fondement même de la Convention, il en résulte que toute norme, tout acte qui entre dans son champ d'application, de manière directe ou indirecte, se doit de respecter cette « *conception commune* » rappelée au préambule. C'est la Cour qui sauvegarde, décline et approfondie ce patrimoine au fil de sa jurisprudence. Or, ce dernier contient des principes qui modèlent le procès qui se déroule devant le juge national. Mais ces principes sont également applicables à la Cour parce qu'ils font partie du patrimoine commun des Etats membres du Conseil de l'Europe, *ab initio* ou par la volonté de la Cour - peu importe la conception à laquelle on adhère. Il reste que leur application en fonction des

³¹⁸ L'arrêt suppose d'ailleurs un contenu sans doute riche mais encore méconnu puisqu'aucun arrêt n'avait encore pu le développer.

particularités de la procédure qui les reçoit peut s'accompagner d'infléchissement voire se révéler impossible. Mais, c'est un postulat de la recherche processuelle de considérer que tout procès est dominé par des principes fondamentaux quelle que soit la juridiction devant laquelle il a lieu. La jurisprudence de la Cour, tout en reconnaissant la spécificité du procès pénal, s'est d'ailleurs attachée à soumettre les procédures juridictionnelles administratives, civiles et pénales à des exigences sensiblement identiques. La participation de l'Etat, personne internationale partie au procès, n'est pas de nature à exclure l'application de principe de ces exigences au cours de débats judiciaires qui, en raison de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, devraient déjà avoir été engagés devant les juridictions internes.

311. Au demeurant, la Cour semble bien prise au piège de l'auto-référence. Ce phénomène peut accréditer la thèse de l'existence d'un ordre juridique conventionnel. La théorie du droit a en effet relevé, spécialement à travers les approfondissements de G. TEUBNER et N. LUHMAN³¹⁹ que la propriété récursive est une caractéristique des systèmes juridiques³²⁰. Il évoque au moins la pérennité de l'adage, *patere legem quam fecisti* susceptible de fournir au droit à un examen effectif des offres de preuve, le fondement dont il a besoin pour figurer au rang des principes applicables à la Cour européenne des droits de l'homme.

312. Pour séduisantes qu'elles soient, ces hypothèses présentent une grave faiblesse. Comme elles concernent des sources juridiques non écrites, elles ne sont pas vérifiables. Ainsi, on ne peut prétendre, *a priori*, qu'elles ont plus de valeur que d'autres spéculations non examinées dans cette réflexion. Elles permettent seulement de justifier certaines attitudes effectives par des raisonnements construits à partir d'interprétations du droit positif. Il est donc difficile de conclure de manière définitive sur les sources juridiques de l'obligation de se livrer à un examen effectif des offres de preuve au plan international, mais on peut en revanche montrer que la Cour respecte d'autres principes qui lui sont étroitement liés et, passant de la question des sources à la nature de cette garantie, tenter de montrer qu'il s'agit d'un droit dérivé.

³¹⁹ Voir par exemple, G. TEUBNER – *Le droit, un système autopiétique*, Paris, P.U.F, Les voies du droit, 1993 ; N. LUHMANN – *La légitimation par la procédure*, Traduction L. SOSOE et S. BOUCHARD, Laval, Presses Universitaires de Laval, collection diké, 2001.

³²⁰ Pour une approche simplifiée des thèses complexes des deux auteurs précités, voir en particulier F. OST – Le droit comme pur système, in P. BOURETZ (Ed.) – *La force du droit*, Paris, éditions esprit, 1991, p. 139 ; H. W. MACLAUHLAN – Le caractère intransigent du principe de légalité, in C-A MORAND (Ed.) – *Figures de la légalité*, Paris, Publisud, 1992, p. 104-106.

§ 2 - Une exigence impliquée par la compétence de pleine juridiction de la Cour

313. Si les sources juridiques du droit à un examen effectif des offres de preuve ont un caractère hypothétique, il est possible de déduire l'existence de cette garantie procédurale du principe de la plénitude de juridiction de la Cour. Mais encore faut-il que l'on soit convaincu de l'étroitesse du lien qui les unit.

314. On oublie souvent que la Cour a introduit l'idée de la plénitude de juridiction en cherchant à caractériser l'étendue de sa compétence³²¹ avant de l'imposer aux juridictions nationales³²². L'effectivité du droit à un tribunal commande en principe que la juridiction saisie puisse « *exercer un contrôle complet de la légalité*³²³ » impliquant au minimum un pouvoir de vérification des faits³²⁴.

315. L'offre de preuve tend à établir l'existence de certains faits au soutien des prétentions des parties. Il s'ensuit que l'examen effectif des offres de preuve ne peut avoir lieu que devant un juge habilité à établir les faits. Bien plus, l'exercice de cette compétence suppose que le juge accorde une attention suffisante aux arguments des parties et aux pièces qui les accompagnent. Car en pratique, même lorsque le juge se saisit d'office de la question des faits, le contrôle de l'exactitude matérielle des versions présentées par les parties se réalise à partir des offres de preuve qu'elles formulent. L'examen effectif des offres de preuve est donc la condition nécessaire à la mise en œuvre du pouvoir d'établir les faits. C'est pourquoi, dans la logique de la Convention, le droit à un examen effectif est complémentaire au droit à un tribunal.

316. Une fois la corrélation établie, il convient d'illustrer l'affirmation de la pleine juridiction de la Cour. Force est de remarquer qu'elle s'affirme de manière dissemblable selon que l'on considère la période antérieure (A) ou postérieure (B) à la disparition de la Commission

³²¹ De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, 18 Juin 1971, série A n° 12, p. 29 § 48-49.

³²² Albert et Lecompte c. Belgique, 10 février 1983, série A n° 58, § 37 ; Obermeier c. Autriche, 28 juin 1990, série A n° 179, § 70 ; Zumtobel c. Autriche, 21 septembre 1993, série A n° 268-A, § 32.

³²³ F. SUDRE – *Droit international et européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 231.

³²⁴ Sur la notion de compétence de pleine juridiction voir parmi une riche littérature l'article fondateur de M. MELCHIOR – La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à J. VELU*, op. cit., Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 1345 ; voir également L. SERMET – *Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif français*, op. cit., p. 180 ; M. ELVINGER – Le contentieux de l'annulation des actes administratifs face à l'exigence du recours de pleine juridiction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, *Bulletin des droits de l'homme*, 1996, p. 79.

A - L'affirmation de la compétence de la Cour avant le protocole 11

317. L'aménagement institutionnel prévu par la Convention, en confiant à la Commission le soin d'établir les faits³²⁵, ne pouvait qu'amoindrir la fréquence des contestations de fait devant la Cour. Ces faits étant de toute manière établis par la Commission, l'intervention du juge international allait même jusqu'à paraître superflue. A tel point qu'en 1968, Sture PETREN, soucieux de l'efficacité du dispositif, estime que la soumission à la Cour des affaires « où il n'est question que de l'existence ou de la non-existence de certains faits ne paraît pas indiquée³²⁶ ». Or, une saine compréhension des circonstances de fait du litige est nécessaire à une juste application du droit. Aussi, dès la confection de son premier règlement de procédure, la Cour s'était nantie du pouvoir de prononcer un ensemble de mesures d'instruction lui permettant de s'enquérir de la réalité des faits de la cause.

318. En 1971³²⁷, elle saisit l'occasion d'indiquer qu'elle détenait le pouvoir de se saisir de toute question relative aux faits en vertu de l'article 45 de la Convention de 1950 qui précise que sa compétence « s'étend à toutes les affaires concernant l'interprétation et l'application de la Convention³²⁸ ». L'étude de son exercice concret ne sera pas envisagée dès à présent. Elle relève d'une autre problématique liée à la répartition de la charge de l'administration de la preuve. Il s'agit seulement de montrer de quelle manière la Cour affirme sa compétence dans le domaine des faits.

319. Pour ce faire, elle use de deux formules différentes. Elles ont chacune une fonction particulière attestée par le fait qu'elles interviennent dans des contextes différents. Il

³²⁵ Article 28 § 1 a) de la Convention de 1950 en vertu duquel, lorsque la Commission retient une requête, « afin d'établir les faits, elle procède à un examen contradictoire de la requête avec les représentants des Parties et, s'il y a lieu, à une enquête pour la conduite efficace de la quelle les Etats intéressés fourniront toutes facilités nécessaires, après échange de vues avec la Commission ».

³²⁶ S. PETREN – La saisine de la Cour européenne par la Commission européenne des droits de l'homme, in *Mélanges offerts à Polys MODINOS*, Problèmes des droits de l'homme et de l'unification de l'Europe, Paris, Pédone, 1968, p. 238-239.

³²⁷ De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, 18 Juin 1971, série A n° 12, p. 29 § 48-49.

³²⁸ M-A EISSEN – La Cour européenne des droits de l'homme, op. cit., 1566 ; J. CALLEWAERT – Article 45, in L-E PETTITI ; E. DECAUX ; P-H IMBERT (Ed.) – *La Convention européenne des droits de l'homme*, commentaire article par article, op. cit., p. 767-768. Une clause similaire définit la compétence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme : article 63 § 3 du Pacte de San José « La Cour est habilitée à connaître de tout différend relatif à l'interprétation et à l'application des dispositions de la présente Convention. ». Comme pour la Cour de Strasbourg, il est admis que le caractère vague de cette clause générale de compétence permet de fonder la plénitude de juridiction de la Cour de San José. Voir en particulier, T. BUERGENTHAL – Judicial fact-finding : Interamerican human rights Court, in R. B. LILLICH (Ed.) – *Fact-finding before international tribunals*, Eleventh Sokol colloquium, Ardskey-on-Hudson, New York, 1992, p. 265.

est arrivé qu'elles soient mêlées³²⁹, mais ce double emploi fut si éphémère qu'il confirme que la Cour a cherché à séparer soigneusement la signification de chaque formule.

320. La plus ancienne remonte à la décision *De wilde, ooms et versyp*, qui précise qu'une fois régulièrement saisie du dossier, la Cour jouit de la « *la plénitude de juridiction et peut donc connaître de toutes les questions de droit et de fait qui se poseront au cours de l'examen de l'affaire* »³³⁰. Elle est mobilisée lorsque la Cour doit faire face à une tentative d'élargir le litige au-delà du cadre délimité par la Commission. C'est donc moins la matérialité des faits qui est en cause que leur pertinence au regard du débat judiciaire. En d'autres termes, le problème à résoudre n'est pas de savoir si certains faits se sont produits, mais de savoir si les faits constatés ne mettent pas en cause des griefs autres que ceux examinés par la Commission³³¹. D'ailleurs, c'est une formule que la Cour utilise *in limine*, afin de clarifier l'étendue de sa compétence *rationae materiae*. Elle trouve donc sa place naturelle dans le cadre de l'examen des exceptions préliminaires.

321. La formule la plus récente date du début des années 90. Depuis deux arrêts rendus en mars 1991, la Cour a recours à une déclaration de principe dont elle varie de temps en temps, et sans raison apparente, les termes : « *la Cour rappelle que le système de la Convention confie en premier lieu à la Commission l'établissement et la vérification des faits (...). Aussi n'use-t-elle de ses propres pouvoirs en la matière que dans des circonstances exceptionnelles. Toutefois, elle n'est pas liée par les constatations du rapport et demeure libre*

³²⁹ *Kraska c. Suisse*, 19 Avril 1993, série A n°. 254-B, p. 47, § 22 ; *Kampanis c. Grèce*, 13 juillet 95, série A n° 318-B, § 44. Dans la première affaire, le requérant contestait la compétence de la Cour pour connaître de points de faits soulevés par le gouvernement. Selon lui, l'établissement des faits était du ressort exclusif de la Commission. La Cour écarte cette argumentation en se fondant sur l'ancien article 45 de la Convention et en relevant qu'elle ne s'accorde pas non plus avec l'article 41 de son règlement de procédure. En renvoyant à les arrêts *De Wilde et Cruz varas* (voir notes suivantes), elle rappelle que la plénitude de juridiction dont elle est investie lui permet de régler les questions de faits, même si elle ne le fait que de manière exceptionnelle. L'affaire *Kampanis* était très différente. Elle mettait en cause la compatibilité de la détention du requérant au regard de l'article 5 § 4 de la Convention. La Commission avait déclaré la requête recevable en prenant en compte des procédures ayant pris fin à la date du 7 septembre 1990. Devant la Cour, le requérant souhaitait la prise en compte d'une demande d'élargissement postérieure à cette date. La Cour rappelle et sa plénitude de juridiction et sa compétence à l'égard des faits. Ensuite elle écarte le moyen du requérant en indiquant que, « *dans sa requête à la Commission, M. Kampanis se plaignait de l'ensemble des procédures le concernant en termes généraux sans les désigner une par une. Du reste, il ne ressort pas du dossier devant la Cour qu'il a accompagné sa demande d'élargissement du 18 septembre 1990 d'une demande de comparution personnelle* ».

³³⁰ *De wilde, Ooms et versyp c. Belgique*, op. cit ; *Erdagöz c. Turquie*, 22 octobre 1997, Recueil 1997-IV, §§ 31-36 ; *Iatridis c. Grèce*, 25 mars 1999, Recueil 1999-II, § 69 ; *T.W c. Malte*, 26 avril 1999, Recueil 1999-III, § 52.

³³¹ Dans l'affaire *Iatridis* précité, le requérant souhaitait l'élargissement du contrôle de la Cour à des griefs fondés sur les articles 6 et 8 de la Convention, alors que le litige ne concernait que des prétentions relatives à l'article 1 du protocole 1 et l'article 13 de la Convention.

*d'apprécier les faits elle-même, à la lumière de tous les éléments qu'elle possède*³³² ». Cette formule répond, en règle générale, à une contestation de la matérialité des faits. Fréquemment utilisée dans les litiges liés à l'intégrité physique, elle apparaît plus rarement dans ceux qui concernent la protection de la vie privée³³³, ou du procès équitable³³⁴, ou du droit à la liberté et à la sûreté³³⁵. On aurait tort de réduire à la quarantaine d'arrêts qui l'utilise l'ensemble des affaires où le désaccord porte sur les faits³³⁶. A la fois parce que la Cour a commencé à régler ce type de problème bien avant les années 90³³⁷, et parce que le rappel de sa compétence n'est pas systématique. Ainsi, dans certaines affaires comme celles qui ont donné lieu aux arrêts Pardo³³⁸ ou Quadrelli³³⁹ aucune expression stéréotypée ne vient prévenir le lecteur d'une difficulté liée à la matérialité des faits.

322. Au reste, en attribuant à l'exercice de sa compétence un caractère exceptionnel, la Cour concilie la logique de la séparation des fonctions sous-jacentes dans la Convention, et les implications de sa nature judiciaire. Il convient d'ores et déjà de signaler qu'elle a adopté

³³² Cruz Varas c. Suède, 20 mars 1991, série A n° 25, § 74 ; Stocké c. Allemagne, 19 mars 1991, série A n° 199-A, § 53 ; Loizidou c. Turquie, 18 décembre 1996, op. cit., § 55.

³³³ Messina c. Italie, 26 février 1993, p. 104, § 31 ; Halford c. Royaume-Uni, 25 juin 1997, Recueil 1997-III, § 58.

³³⁴ Kraska c. Suisse, *ibidem* ; Kampanis, *ibidem*. Il s'agissait de savoir s'il fallait relever d'office un aspect de l'affaire non examiné par la Commission mais demeurant sous le contrôle de l'article 5 § 4.

³³⁵ Stocké c. Allemagne, op. cit., § 53.

³³⁶ Il s'agit bien entendu d'une approximation, au 10 mai 2001 la liste s'élevait déjà à 42 arrêts : Ahmed c. Autriche, 17 décembre 1996, Recueil 1996-VI, § 44 ; Akdivar et autres c. Turquie, 16 septembre 1996, Recueil 1996-IV, p. 1214, § 78 ; Akkoc vs. Tukey, 10 octobre 2000, § 106 ; Aksoy c. Turquie, 18 décembre 1996, Recueil 1996-VI, p. 2272, § 38 ; Aydin c. Turquie du 25 septembre 1997, Recueil 1997-VI, pp. 1888-1889, § 70 ; Bilgin c. Turquie, 16 novembre 2000, § 89 ; Cruz Varas et autres c. Suède du 20 mars 1991, op. cit., p. 29, § 74 ; Cakici c. Turquie, 8 juillet 1999, Recueil 1999-IV, § 72 ; Chahal c. Royaume-Uni du 15 novembre 1996, Recueil 1996-V, § 95 ; Chypre c. Turquie, 10 mai 2001, § 117 ; Dikme c. Turquie, 11 juillet 2000, § 73 ; Egmez vs. Cyprus, 21 décembre 2000, § 54 ; Erdagöz c. Turquie, 22 septembre 1997, Recueil 1997-VI, § 40 ; Ergi c. Turquie du 28 juillet 1998, Recueil 1998-IV, § 64 ; Güleç c. Turquie du 27 juillet 1998, Recueil 1998-IV, § 69 ; Ertak c. Turquie, 9 mai 2000, § 111 ; Gündem c. Turquie, 25 mai 1998, Recueil 1998-III ; Halford c. Royaume-Uni, 25 juin 1997, op. cit., § 58 ; H.L.R c. France, 29 avril 1997, Recueil 1997-III, § 36 ; Ilhan c. Turquie, 27 juin 2000, § 47 ; Kaya c. Turquie, 19 février 1998, Recueil 1998-I, p. 321, § 75 ; Kilic c. Turquie, 28 mars 2000, § 49 ; Klaas c. Allemagne, 22 septembre 1993, série A n° 269, p. 17, § 29 ; Kraska c. Suisse, 19 Avril 1993, op. cit., p. 47, § 22 ; Kampanis c. Grèce, 13 juillet 1995, op. cit., § 44 ; Kurt c. Turquie, 25 avril 1998, Recueil 1998-III, § 98 ; Loizidou c. Turquie, 18 décembre 1996, op. cit., § 55 ; Mac Cann et autres c. Royaume-Uni du 27 septembre 1995, série A n° 324, p. 50, § 168 ; Mahmut kaya c. Turquie, 28 mars 2000, § 75 ; Mentis et autres c. Turquie, 28 novembre 1997, Recueil 1997-VIII, § 66 ; Messina c. Italie 26 février 1993, op. cit., p. 104 ; Ogur c. Turquie, 20 mai 1999, Recueil 1998-III, § 76 ; Osman c. Royaume-Uni, 28 octobre 1998, Recueil 1998-VIII, § 114 ; Rehbock vs. Slovenia, 28 novembre 2000, § 69 ; Ribitsch c. Autriche, 4 décembre 1995, série A n° 336, § 32 ; Salman c. Turquie, 27 juin 2000, § 89 ; Selçuk et Asker c. Turquie du 24 avril 1998, Recueil 1998-II, pp. 904-905, § 53 ; Selmouni c. France, 28 juillet 1999, Recueil 1999-V, § 86 ; Stocké c. Allemagne, 19 mars 1991, op. cit., p. 18, § 53 ; Tanrikulu c. Turquie, 8 juillet 1999, Recueil 1999-IV, § 67 ; Tekin c. Turquie, 9 juin 1998, Recueil 1998-IV, § 38 ; Timurtas c. Turquie, 13 juin 2000, § 63 ; Yaşa c. Turquie, 2 septembre 1998, Recueil 1998-VI, § 93.

³³⁷ Colak c. Allemagne, 6 décembre 1988, série A n° 147, § 30.

³³⁸ Pardo c. France, 20 septembre 1993, série A n° 261-B, p. 31, § 28.

³³⁹ Quadrelli c. Italie, 11 janvier 2000, § 33. « *La Cour note d'abord que devant elle, pour la première fois pendant l'examen du présent recours, le Gouvernement indique qu'il ne ressortirait pas du dossier de la Cour de cassation que le requérant avait déposé un mémoire* ».

une conception stricte des conditions de mise en œuvre de son pouvoir d'établir les faits, tout au moins dans les affaires où les plaideurs ont contesté les constats de la Commission. En substituant une affirmation plus modeste de sa compétence à la formule absolutiste de 1971, la Cour a donné une vision plus juste de la réalité contentieuse. Dans la majorité des litiges réglés avec l'aide de la Commission, la Cour n'a guère fait que confirmer les versions retenues par cet organe de la procédure. La Commission n'est plus, la réserve à l'égard du travail qu'elle accomplissait disparaît *ipso jure*. Les prérogatives de la Cour s'enrichissent de celles appartenant naguère à sa compagne du Palais des droits de l'homme. La plénitude de juridiction se révèle alors sous un autre jour, à partir de l'entrée en vigueur du protocole 11.

B - L'affirmation de la compétence de la Cour par le protocole 11

323. Définissant le champ de compétence de la Cour dans les mêmes termes que l'ancien article 45 de la Convention, c'est aujourd'hui le paragraphe 1 de l'article 32 qui assoie la pleine compétence de la juridiction sur les questions de fait. A l'article 28 de la Convention qui fondait la compétence de la Commission, le protocole 11 a substitué l'article 38 § 1 a) ³⁴⁰ qui précise que lorsque la requête est déclarée recevable, la Cour « *poursuit l'examen contradictoire de l'affaire avec les représentants des parties et, s'il y a lieu, procède à une enquête pour la conduite efficace de laquelle les Etats intéressés fourniront toutes facilités nécessaires*³⁴¹ ». La pleine juridiction de la Cour prend dès lors une autre dimension. Le contrôle de la réalité des faits n'est plus facultatif, il relève des missions inévitables qui lui incombent sur la base des normes de la Convention. Mais il pourrait advenir que dans le cadre de la transmission d'une affaire d'une chambre à la Grande chambre³⁴², l'affirmation de la compétence de la dernière se fasse dans des termes semblables à celle de la Cour au temps de l'existence de la Commission.

324. Le droit à un examen effectif des offres de preuve a donc des fondements incertains, que l'on considère ses sources ou que l'on veuille le déduire du principe de pleine

³⁴⁰ Voir, N. BRATZA et M. O'BOYLE – Opinion : the legacy of the Commission to the new Court under the eleventh protocol, *E.H.R.L.R.*, 1997, n° 3, p. 218-220 ; L. CLEMENTS – Striking the right balance : the new rules of procedure for the European court of human rights, *E.H.R.L.R.*, 1999, n° 3, p. 266 ; Deuxième partie Titre I chapitre I de cette étude.

³⁴¹ Les textes des deux articles sont, à peu de choses près, identiques. Comparer avec l'article 28 § 1 a) cité en renvoi au début de ce A). Voir également le rapport explicatif du protocole 11, op. cit., p 29, § 11 et , p. 25, § 10, pt. 72-73.

³⁴² Articles précitées 30 et 43 du nouveau règlement de procédure. Voir par exemple P. MAHONEY – Bref commentaire sur le règlement de la Cour..., op. cit., p. 357.

juridiction de la Cour. Cependant, la pratique de cette juridiction semble offrir plusieurs exemples de réception de ces exigences. Certes, la transposition de cette garantie procédurale opposable aux juges nationaux est imparfaite, puisque que la Cour les infléchit en se référant à la différence des contextes dans lesquels ils évoluent. Ainsi il faut constater, quitte à en faire la critique, que son contenu est limité.

Sous-section 2 - Une effectivité problématique

325. C'est la Cour qui, dans son arrêt *Kraska contre Suisse*, a précisé qu'il appartient notamment aux tribunaux de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence pour la décision à rendre³⁴³. Cette exigence n'a guère suscité l'attention de la doctrine³⁴⁴ ni celle des justiciables qui ne l'ont guère invoquée devant la Cour. Par conséquent, la détermination de son contenu doit s'appuyer sur une matière jurisprudentielle peu abondante qui servira de critère à l'appréciation de la pratique de la Cour.

326. L'analyse doit tenir compte de deux remarques préalables. D'abord, il importe de souligner que la jurisprudence de la Cour se rapporte à l'ensemble des supports des argumentations des parties, et non aux offres de preuve en particulier. Cette vision globale sera suivie pour autant qu'elle ne nie pas la spécificité des offres de preuve au sein des conclusions des parties. D'autre part, il faut tenir compte d'une difficulté d'ordre méthodologique dans la mesure où la vérification du respect du droit à un examen effectif doit se réaliser sans que l'on substitue à l'appréciation juridictionnelle des circonstances de la cause une nouvelle évaluation à la fois moins documentée et moins légitime.

327. A l'intérieur de cette délimitation, il demeure possible d'établir que l'effectivité du droit à l'examen effectif des offres de preuve ne se laisse pas aisément saisir.

³⁴³ *Kraska c. Suisse* du 19 avril 1993, série A n° 254-B, p. 49, § 30. Cet arrêt fournit la première formulation non équivoque, mais on peut penser que cette garantie était suggérée dans la jurisprudence antérieure. Selon l'arrêt *Monnell et Morris* rendu sept ans auparavant, l'article 6 impose que les requérants jouissent « d'une procédure équitable leur fournissant l'occasion d'exposer de manière efficace et suffisante leurs moyens » ; *Monnell et Morris c. Royaume-Uni*, 2 mars 1987, série A n° 115, § 61.

³⁴⁴ Les analyses synthétiques du procès équitable ne s'y réfèrent généralement pas. A titre d'exemple de cette constante : J-F. RENUCCI – Le droit au juge dans la Convention européenne des droits de l'homme, in J. RIDEAU (Ed.) – *Le droit au juge...*, op. cit., p. 140 ; L. SERMET qui consacre des développements importants au droit à un recours juridictionnel effectif et au droit à une décision juridictionnel ne s'y réfère pas ; L. SERMET – *Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., p. 133 ss. ; J-C. SOYER et M. DE SALVIA – Article 6, in L-E. PETTITI ; E. DECAUX ; P-H. IMBERT (Ed.) – *La Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., p. 239. Néanmoins F. SUDRE – L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, in *Les droits de l'homme au seuil du 3ème millénaire, mélanges en hommage à P. LAMBERT*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 839.

Sous l'influence de la jurisprudence récente, il se compose aujourd'hui d'une double exigence (§1). Mais cette évolution qui le renforce ne peut venir à bout des limites qu'il connaît presque par nature (§ 2).

§ 1 - Le dédoublement du contenu

328. Pour tout juge, dans l'espace de la Convention européenne des droits de l'homme, le droit à un examen effectif est d'abord l'obligation de tenir compte de la production des parties (A). Ensuite, il appartient aux juridictions de manifester cette prise en compte dans la motivation de leurs décisions (B).

A - L'obligation de prendre en compte les productions des parties

329. Dans son rapport rendu sur l'affaire Fouquet contre France³⁴⁵ Commission affirmait, « que le droit de présenter des observations garanti aux parties par l'article 6 paragraphe 1 de la Convention ne peut passer pour effectif que si ces observations sont vraiment « entendues », c'est-à-dire dûment examinées par le tribunal saisi ». Autrement dit, la recherche de l'effectivité impose au juge d'utiliser la matière offerte par les parties pour remplir son office. Au-delà de cette approche tautologique et de la rigueur qu'elle suggère, il y a lieu de remarquer que la jurisprudence de l'ancienne Cour s'est principalement articulée autour de deux arrêts. Du premier, il ressort que le droit à un examen effectif n'implique pas l'obligation pour tous les membres d'une juridiction de connaître parfaitement le contenu et la portée de toutes les pièces de l'affaire (1). Quant au second, il enseigne que cette garantie procédurale n'exige pas la prise en compte de toutes les offres de preuve versées au dossier (2).

1 - Prise en compte des observations et connaissance effective des données de l'affaire

330. Dans l'arrêt Kraska contre Suisse précité, le requérant se plaignait d'une violation des exigences du procès équitable au motif que l'un des magistrats de la formation de jugement du tribunal fédéral n'avait pas pu compiler à loisirs toutes les pièces du dossier.

³⁴⁵ Commission EDH, Fouquet c. France, 12 octobre 1994, req. 20398/92.

Le juge avait déclaré, au cours du délibéré public, qu'ayant reçu le mémoire introductif du recours la veille, il avait disposé d'un délai trop court pour connaître à fond plus de la moitié de cette pièce. La Cour devait donc rechercher si la connaissance partielle du dossier par l'un des membres de la juridiction était de nature à entraîner une violation du droit à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve.

331. En se référant à l'arrêt *Hauschildt contre Danemark*³⁴⁶ la Cour commence par rappeler « *l'importance des apparences en matière d'administration de la justice, mais non sans préciser que l'optique des intéressés ne joue pas à elle seule un rôle décisif: il faut de surcroît que les appréhensions des justiciables, par exemple quant au caractère équitable de la procédure, puissent passer pour objectivement justifiées* ».

332. Pour conclure à l'absence de violation de l'article 6 § 1 de la Convention, l'arrêt retient que le juge « *prit une part active au délibéré; il alla jusqu'à proposer une solution contraire à celle que préconisait le rapporteur et montra qu'il possédait les données du litige* ». D'ailleurs « *pour finir, le Tribunal fédéral n'adopta aucun des deux avis exprimés de la sorte: il emprunta une troisième voie, suggérée par l'un des trois autres magistrats. Au total, rien ne montre que ses membres n'aient pas examiné avec soin le recours avant de statuer* ». Enfin, la Cour relève un élément qu'elle juge « *significatif* » : ni le juge, ni ses collègues « *ne demandèrent l'ajournement du délibéré alors qu'ils en auraient eu la possibilité, d'après la pratique du Tribunal fédéral, s'ils avaient éprouvé le besoin de se familiariser davantage avec le dossier*³⁴⁷ ».

333. Cet arrêt enseigne peu sur le contenu de l'obligation faite au juge sur le terrain du droit à un examen effectif des argumentations des parties car le requérant se heurte à un problème de preuve. S'il n'était pas contesté qu'un magistrat n'avait qu'une connaissance partielle d'une pièce essentielle du dossier - le mémoire introductif d'instance -, il n'a été pas établi « *qu'il ne possédait pas les données du litige* ». Cette appréciation *in concreto* des circonstances de la cause dévoile que l'ancienne Cour n'avait pas une conception rigoureuse de cette obligation. La maîtrise de toutes les pièces des dossiers n'est pas exigée ni, *a fortiori* leur lecture complète, dès lors que le juge connaît suffisamment les données de l'affaire. Hélas, les signes extérieurs de cette connaissance suffisante peuvent être différemment appréciées selon l'observateur. L'arrêt *Kraska* laisse donc indéterminée la question des modalités concrètes de la mise œuvre de l'obligation faite au juge sur le terrain de cette garantie procédurale.

³⁴⁶ *Hauschildt c. Danemark*, 24 mai 1989, série A n° 154, p. 21, § 48.

³⁴⁷ *Kraska c. Suisse*, op. cit., § 32.

334. S'agissant de la pratique internationale, il est assez difficile de soutenir que la Cour n'apporte pas d'attention suffisante aux éléments déposés par les parties. Si l'on peut indiquer qu'aucune norme n'oblige tous les membres de la formation de jugement à visionner les preuves audiovisuelles, cette liberté n'est pas contraire aux exigences posées par l'arrêt *Kraska*, dès lors que chacun d'eux dispose d'une connaissance suffisante des données de l'affaire. Au regard d'une telle acception, l'obligation de prise en compte des observations des parties est extrêmement facile à satisfaire.

335. La même souplesse se fait jour si l'on considère l'arrêt *Van de Hurk*³⁴⁸, relatif à la production tardive des offres de preuve.

2 - Prise en compte des observations et production tardives des offres de preuve

336. Dans l'affaire *Van de Hurk*, un producteur laitier qui s'était vu refuser certains avantages fiscaux, reprochait à une juridiction d'appel d'avoir rendu sa décision sans considérer le prix du mètre carré qu'il avait fourni à l'audience et qui permettait d'évaluer le montant total de ses charges. En relevant que l'offre de preuve avait été déposée lors de la phase orale, ultime étape du procès, la Cour décida qu'il n'y avait pas violation du droit à un examen effectif des offres de preuve³⁴⁹. Cet arrêt ne fait guère peser de contrainte sur les tribunaux qui pourraient bien s'en recommander pour ignorer les offres de preuve qui, sans être tardives, sont présentées à l'audience. Il étonne d'autant plus que la présentation d'offres de preuve à l'audience n'est pas nécessairement tardive, et qu'il appartient à la juridiction de faire jouer la contradiction à leur égard.

337. Pour ce qui est du système probatoire de la Cour, il y a lieu de rappeler qu'il admet que les plaideurs présentent des preuves à l'audience, et que sous réserve du respect de la contradiction, ces actes de procédure peuvent se poursuivre après l'audience. Si les délais impartis par la Cour ne sont pas respectés, les preuves peuvent être écartées conformément au règlement de procédure. Il faut avouer que la jurisprudence *Van de Hurk* définit les exigences du droit à un examen effectif de manière si restrictive qu'elles apparaissent très en deçà des règles procédurales qui régissent l'instance devant la Cour³⁵⁰.

³⁴⁸ *Van de Hurk* c. Pays-Bas 19 avril 1994, série A n° 288, observations P. TAVERNIER, in E. DECAUX ; P. TAVERNIER et al. – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 1994), *J.D.I* 1995, p. 759-760.

³⁴⁹ *Van de Hurk* c. Pays-Bas, op. cit., § 60.

³⁵⁰ Se reporter à la section précédente, n° 238 et suivants.

338. Dès la fin de l'année 1994, en adoptant son rapport sur l'affaire Fouquet contre France précité, la Commission reviendra sur cette conception mesurée. Mais ce différend donna lieu à un règlement amiable devant la Cour en 1996³⁵¹ ; il fallut attendre l'arrêt Quadrelli de la nouvelle Cour pour que vienne le temps de la revalorisation.

B - L'obligation de manifester la prise en compte dans la motivation

339. L'année 2000 est le théâtre d'un glissement des implications du droit à un examen effectif qui le rapproche du droit à la motivation des jugements. Par les arrêts Quadrelli³⁵² et Dulaurans³⁵³ rendus à propos d'affaires tranchées respectivement par les Cours de cassation italienne et française, la juridiction internationale va enrichir cette garantie procédurale en imposant aux tribunaux de répondre aux arguments essentiels des parties dans la motivation de leurs jugements (1). Il apparaît dès lors que le droit à un examen effectif tend à se confondre avec le droit à une motivation adéquate des décisions de justice (2).

1 - Une évolution récente

340. Dans la première affaire, la Cour a jugé que dans la mesure où elle ne se référait pas au mémoire déposé par le requérant, la motivation d'un arrêt de cassation révélait une violation du droit à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve. En rendant une ordonnance de rejet du pourvoi de M. Quadrelli, la Cour de cassation italienne n'a fait aucune référence au mémoire qu'il prétend avoir déposé en vertu de l'article 975 du code de procédure civile italien, à l'encontre des conclusions d'irrecevabilité du ministère public.

341. Il n'est pas utile de s'attarder, à cette étape de la recherche, sur le fait que le gouvernement contestait que M. Quadrelli avait effectivement déposé un mémoire devant la juridiction nationale et que le requérant n'était pas en mesure de rapporter la preuve de cette production. Il importe toutefois d'indiquer que selon le gouvernement, à supposer que le requérant eût versé cette pièce au dossier, la Cour de cassation aurait seulement omis de s'y référer en motivant son ordonnance.

³⁵¹ Fouquet c. France, 31 janvier 1996, Recueil 1996-I.

³⁵² Quadrelli c. Italie, 11 janvier 2000.

³⁵³ Dulaurans c. France, 21 mars 2000.

342. La Cour relève que le gouvernement ne fournit aucun élément qui permette d'arriver à une telle conclusion, et retient que « *l'existence en droit italien d'un principe général selon lequel, toute « demande qui n'est pas examinée est à considérer comme rejetée » ne saurait satisfaire aux exigences de l'article 6, car celui-ci « implique notamment, à la charge du « tribunal », l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence pour la décision à rendre³⁵⁴ ».*

343. Quant à l'affaire Dulaurans, elle concerne l'absence de prise en compte d'un moyen devant la Cour de cassation française au motif erroné qu'il n'avait pas été soulevé en appel. En relevant que la juridiction française avait commis une erreur manifeste d'appréciation, et en se référant à la motivation de l'arrêt, la Cour dévoile une violation du droit à un examen effectif moyens, arguments et offres de preuve³⁵⁵. Cette évolution invite à repenser la conception de cette garantie procédurale en prenant acte de sa confusion avec le droit à une motivation adéquate.

2 - Le droit à une motivation adéquate

344. De jurisprudence constante, la Cour affirme qu'afin d'assurer une bonne administration de la justice, « *les décisions judiciaires doivent indiquer de manière suffisante les motifs sur lesquels elles se fondent. L'étendue de ce devoir peut varier selon la nature de la décision et doit s'analyser à la lumière des circonstances de chaque espèce³⁵⁶ ».* En effet, « *si l'article 6 § 1 oblige les tribunaux à motiver leurs décisions, cette obligation ne peut se comprendre comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument³⁵⁷ ».* Ainsi, « *la question de savoir si un tribunal a manqué à son obligation de motiver découlant de l'article 6 de la Convention ne peut s'analyser qu'à la lumière des circonstances de l'espèce³⁵⁸ ».* En cette matière, ainsi qu'elle l'a reconnu dans son arrêt Hadjianastassiou c. Grèce du 16 décembre 1992, « *les Etats contractants jouissent d'une grande liberté dans le choix des*

³⁵⁴ Kraska c. Suisse, op. cit., § 34.

³⁵⁵ N. FRICERO – Note sur l'arrêt Dulaurans, *Procédures*, Août-Septembre 2000, p. 18.

³⁵⁶ Garcia Ruiz c. Espagne, 21 janvier 1999, Recueil 1999-I, § 26 ; Higgins et autres c. France , 19 février 1998, Recueil 1998-I, p. 60, § 42

³⁵⁷ Van de Hurk c. Pays-Bas, op. cit., p. 20, § 61

³⁵⁸ Ruiz torija c. Espagne, 9 décembre 1994, série A n° 303-A, § 29 ; Hiro Balani c. Espagne, 9 décembre 1994, série A n° 303-B, § 27. ; Georgiadis c. Grèce, 29 mai 1997, Recueil 1997-III, § 42 ; G. COHEN-JONATHAN – Convention européenne des droits de l'homme et procédure civile, op. cit., p. 16, § 134 ; L. SERMET – *Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 249.

moyens propres à permettre à leur système judiciaire de respecter les impératifs de l'article 6³⁵⁹ ».

345. Néanmoins, l'application de ces principes a parfois conduit la juridiction internationale à manifester une rigueur qui confine parfois au contrôle de l'opportunité des motifs des jugements et arrêts nationaux. A cet égard, les arrêts Quadrelli et Dulaurans font écho aux arrêts Ruiz Torija et Hiro Balani³⁶⁰ rendus contre l'Espagne selon lesquelles certains arguments ou moyens des parties exigent des juridictions « *une réponse spécifique et explicite*³⁶¹ ». Plus largement, l'évolution jurisprudentielle que l'on croit déceler estompe la ligne de démarcation que l'on pouvait naguère tracer entre le droit à l'examen effectif de la cause et le droit à la motivation des jugements. Cette impression prend un certain relief lorsque l'on compare les solutions des affaires Higgins et Quadrelli.

346. La première décision, plus ancienne, fut rendue contre la France sur le fondement de l'obligation de motiver les jugements. Dans le cadre d'un contentieux successoral complexe, la Cour de cassation française, face à deux requêtes en dessaisissement de la cour d'appel de Papeete portant sur trois procédures étroitement liées, ordonna le renvoi de deux d'entre elles sans évoquer la troisième dans son dispositif, bien qu'elle fut explicitement visée au début de l'arrêt. La juridiction internationale, après avoir posé l'obligation de motiver résultant de l'article 6 § 1 de la Convention en prémisse majeure, relève que l'arrêt de la Cour de cassation « *ne fournit aucune indication de nature à éclairer la Cour sur le sort différent accordé* » à la troisième procédure. Faute d'avoir apporté une « *réponse explicite et spécifique* » sur les conséquences qui devraient découler de sa décision, il est impossible de savoir si « *la Cour de cassation a simplement négligé d'évoquer la*

³⁵⁹ Hadjianastassiou c. Grèce, 16 décembre 1992, série A n° 252, §. 33

³⁶⁰ Ruiz torija c. Espagne, 9 décembre 1994, série A n° 303-A, § 30 ; Hiro Balani c. Espagne, 9 décembre 1994, série A n° 303-B, § 28.

³⁶¹ Voir les remarques des professeurs H. LABAYLE et F. SUDRE dans leur Chronique, H. LABAYLE ; F. SUDRE – Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme, *R.F.D.A* 1995, p. 1174. Bien que les arrêts précités consacrent de manière claire et incontestable l'obligation pour les tribunaux d'apporter une réponse spécifique à certains arguments des parties, la jurisprudence antérieure recèle les traces du contrôle de cette exigence. Dans l'affaire H c. Belgique, un avocat qui demandait sa réinscription au barreau devant le conseil de l'ordre devait notamment faire la preuve d'une condition légale que la Cour jugea particulièrement difficile à établir. En effet, le requérant devait prouver qu'il existait des « *circonstances exceptionnelles* » de nature à justifier sa réinscription. Pour juger que la procédure n'a pas revêtu un caractère équitable, la Cour releva que « *cette imprécision même appelait une motivation adéquate des (...) décisions litigieuses sur le point considéré. Or, elles se sont bornées à constater l'absence de pareilles circonstances, sans expliquer en quoi celles qu'invoquait l'intéressé ne possédaient pas un caractère exceptionnel* ». H c. Belgique, 30 novembre 1987, série A n° 127-B, § 53. Voir, G. COHEN-JONATHAN – Convention européenne des droits de l'homme et procédure civile, op. cit., p. 16, § 134.

troisième affaire ou bien n'a pas voulu en ordonner le renvoi et, dans cette dernière hypothèse, pour quelles raisons »³⁶², aussi conclut-elle à la violation de l'article 6 § 1.

347. Cette décision n'est guère différente de celle rendue dans l'affaire Quadrelli qui concerne l'absence de référence au mémoire déposé par le requérant dans la motivation d'une ordonnance de la Cour de cassation italienne. Au-delà de la singularité naturelle des faits, dans les deux cas, la Cour stigmatise l'indifférence de la motivation des arrêts de cassation à l'égard d'un élément essentiel du procès, qu'elle concerne le sort d'une procédure (arrêt Higgins) ou le mémoire d'un plaideur (arrêt Quadrelli). Il est extrêmement difficile d'expliquer pourquoi, à deux années d'intervalle, le juge international a fait appel à deux fondements juridiques différents pour résoudre les litiges. Comment justifier que dans l'affaire Higgins, c'est l'obligation de motiver qui est violée, alors que dans l'affaire Quadrelli, l'Italie est condamnée pour avoir enfreint le droit à un examen effectif des arguments, moyens et offres de preuve ? La jurisprudence récente ne livre pas de réponse explicite et adéquate à cette interrogation ; bien plus, elle laisse ouverte la question de savoir s'il vaut mieux de parler de chevauchement ou de simple rapprochement de ces deux exigences du procès équitable. Le phénomène est encore trop jeune pour que l'on mette au jour ses ressorts et ses prolongements les plus intéressants. Il autorise toutefois à soutenir que les deux normes de référence sont équivalentes pour résoudre les différends qui mettent en cause les lacunes de la motivation des décisions de justice. Paradoxalement, ce dédoublement des fondements, tout en entraînant un manque de clarté qui ne sied guère à la mission délicate de protection internationale des droits de l'homme, est l'expression d'une plus grande fermeté de la Cour qui, quitte à les multiplier plus qu'il n'est utile, affûte les armes de son contrôle.

348. Dans son article fondateur, Marc André EISSEN avait démontré que la Cour n'avait pas pour habitude de répondre à tous les arguments des plaideurs dans la motivation de ses arrêts³⁶³. Elle obéit ainsi à un principe d'économie qui est commun à toutes les juridictions. Toute la difficulté de l'analyse résulte dans l'impossibilité de refaire l'appréciation de la Cour dans chacun de ses arrêts afin de rechercher si elle était obligée au regard de sa nouvelle jurisprudence et, au vu des circonstances de l'affaire, d'apporter une réponse explicite à des arguments ou offres de preuve déterminés. C'est ainsi qu'apparaît

³⁶² Higgins c. France, 19 février 1998, Recueil 1998-I, § 43, observations C. HUGON, in F. SUDRE et al. – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : affaires françaises (1998), *R.D.P.* 1999, p. 875-877.

³⁶³ M-A EISSEN – La présentation de la preuve dans la jurisprudence et la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit, annexe IX, p. 208.

l'une des limites les plus brutales du droit à un examen effectif, dans la mesure où son contrôle doit être effectué avec tact et mesure.

§ 2 - Des exigences limitées

349. Il y a lieu de considérer d'une part les limites du champ d'application de la garantie (A) et d'autre part, les limites du contrôle (B).

A - Les limites du champ d'application

350. Le champ d'application du droit à un examen effectif des offres de preuve s'analyse d'abord *rationae personae* (1), puis *rationae materiae* (2).

1 - Une garantie profitant aux parties au litige

351. A s'en tenir à la lettre de l'arrêt Kraska, le droit à un examen effectif ne profite qu'aux observations produites par les parties. Il s'ensuit que devant la Cour, les intervenants, sujets du droit à la preuve, ne peuvent réclamer que la Cour tiennent compte des éléments qu'ils présentent. Cette réduction du champ *rationae personae* s'explique par le fait que le litige est « *la chose des parties*³⁶⁴ ». On pourrait objecter que l'obligation faite aux juges vise, à côté des moyens et arguments, les offres de preuve. Il est vrai que cette formulation générique concerne les supports des prétentions en général, alors que devant la Cour, certains sujets du droit à la preuve ne présentent aucun moyen ni aucun argument destiné à convaincre le juge du bien fondé d'une prétention. D'où la possibilité d'envisager qu'une *lex specialis* justifierait une extension de cette obligation à l'égard des offres présentées par les intervenants. D'ailleurs, quel serait l'intérêt d'autoriser la participation d'intervenants à l'instance tout en ignorant les pièces qu'elles soumettent à la sagacité de la Cour ? Pourtant, cette exclusion des intervenants est dans la logique de l'aménagement de leur régime

³⁶⁴ Au nombre des principes directeurs du procès dégagés par le droit processuel figure le principe dispositif selon lequel la définition de la matière litigieuse appartient aux parties au litige. Voir, G. BOLARD – Les principes directeurs du procès civil : Le droit positif depuis Henri Motulsky, *JCP G.* 1983-I-3693, p. 329 ; H. MOTULSKY – Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits, *in Ecrits*, Tome I, Etudes et notes de procédure civile réunies par G. CORNU et J. FOYER, Paris, Dalloz, 1973, p. 42 ; R. CHAPUS – De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile, E.D.C.E 1977-1978, p. 51 ; J. VINCENT ; S. GUINCHARD – *Procédure civile*, Paris, Dalloz, Précis, 26^{ème} édition, 2001, p. 478.

juridique qui ne leur reconnaît pas le bénéfice des garanties fondamentales de la procédure³⁶⁵. Leur association à la procédure ne fait naître aucun droit à leur profit quelle que soit la pertinence de leurs observations.

2 - Une garantie relative aux seuls éléments pertinents des argumentations

352. La seconde limite est tracée par la nécessité pour le juge de faire œuvre utile lorsqu'il accorde de l'attention aux éléments du dossier. Une offre de preuve, un moyen, un argument ne présente d'intérêt que s'il a un rapport suffisant avec la règle de droit applicable au litige. C'est le sens de l'exigence de la pertinence qui signifie que l'office du juge ne peut en aucun cas être retardé par des pièces inutiles à la solution du différend en instance³⁶⁶.

353. La pertinence est une exigence de fond qui fera l'objet de développements plus étendus dans le titre suivant. Néanmoins, on peut légitimement se demander si le contrôle de la pertinence d'une offre de preuve ne devrait pas être considéré comme partie intégrante de l'examen effectif. Car, pour une offre de preuve, l'appréciation de la pertinence s'effectue en même temps que l'examen effectif. La ligne de démarcation est bien difficile à établir. Il n'y a pas un temps pour la considération de la pièce, puis un autre pour l'évaluation de son utilité. En faisant de la pertinence une condition de mise en œuvre de l'examen effectif, la Cour a adopté une conception limitée car strictement procédural de cette garantie. Partant, lorsqu'elle observe une réserve à l'égard de l'appréciation nationale des preuves, elle ne contrevient pas au respect de cette exigence. Quoique le principe de cette réserve soit discutable, il se justifie par le fait que l'appréciation de la pertinence est de l'essence même de l'acte de juger. Elle comporte une part de pouvoir discrétionnaire telle qu'elle ne peut faire l'objet que d'un contrôle limité.

³⁶⁵ Se reporter à la section précédente sur l'équité de la production des preuves, n° 238 et suivants.

³⁶⁶ J. CHEVALLIER – Le contrôle de la Cour de cassation sur la pertinence de l'offre de preuve, *D.* 1956, Chronique, p. 37.

B - Les limites du contrôle

354. Pour déterminer quels sont les éléments essentiels à la solution du litige, les tribunaux disposent d'un pouvoir par essence discrétionnaire, sans lequel l'activité de juger ne serait guère possible. C'est précisément le respect de cette marge qui rend le contrôle difficile. Dire qu'une juridiction n'a pas apporté une réponse suffisante à un argument pertinent ou à une offre de preuve essentielle, c'est nécessairement recommencer l'examen du dossier, évaluer chacun de ses éléments, et estimer que la juridiction s'est livrée à une appréciation inexacte.

355. L'exercice de ce contrôle n'est donc pas procédural par nature, il relève du droit substantiel dans la mesure où il porte sur le rapport qui existe entre les arguments des parties et l'appréciation du juge au regard de la règle de droit applicable au litige. D'où la difficulté d'évaluer la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme (2). Cet embarras est d'autant plus compréhensible qu'il est illustré par l'étendue du contrôle que la juridiction internationale exerce sur les pratiques nationales dans ce domaine (1).

1 – Le contrôle de la Cour sur les pratiques nationales

356. Dans son arrêt Saïdi contre France : « *la Cour rappelle que l'administration des preuves relève au premier chef du droit interne et qu'il revient en principe aux juridictions nationales d'apprécier les éléments recueillis par elles. La tâche que lui attribue la Convention consiste à rechercher si la procédure examinée, dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve revêtit un caractère équitable* ». « *Il ne lui appartient pas de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne, sauf si et dans la mesure où elles pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention*³⁶⁷ ».

³⁶⁷ Saïdi c. France, 20 septembre 1993, série A n° 261-C, § 43 ; Schenk c. Suisse, 12 juillet 1988, série A n° 140, p. 29, §§ 45-46. Voir au sein d'une abondante jurisprudence, Edwards c. Royaume-Uni, 16 décembre 1992, série A n°247-B, pp. 34-35 § 34 ; Garcia Ruiz c. Espagne, op. cit., § 28.

Il faut remarquer que cette réserve est également affirmée dans le cadre de litige n'impliquant pas l'article 6. La Cour l'a rappelé à l'occasion de l'application de l'article 5 § 1. Le requérant prétendait que la prolongation de son internement dans un hôpital psychiatrique n'aurait pas été prononcée dans le respect des voies légales. Plus précisément, il reprochait à la juridiction nationale de n'avoir pas établi qu'il présentait pour lui-même ou pour l'ordre public un danger immédiat au sens de la loi nationale. La Cour répondit que s'agissant de la question du « danger » au sens des dispositions internes « *il incombe au premier chef aux autorités nationales, lorsqu'elles se prononcent sur l'internement d'un individu comme « aliéné », d'apprécier les preuves produites devant elles ; la tâche de la Cour consiste à contrôler leurs décisions sous l'angle de la Convention* ». Wassink

357. Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est l'expression de la réserve de la Cour dans le contrôle qu'elle effectue depuis l'arrêt Quadrelli sur le respect du droit à l'examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve. Introduite par la Commission dans son rapport sur l'affaire Fouquet³⁶⁸, elle est directement empruntée aux techniques de contrôle du pouvoir discrétionnaire dans le contentieux administratif³⁶⁹. L'erreur manifeste est une méprise « évidente, c'est-à-dire grave, grossière, éclatante au point qu'elle soit visible même pour un non juriste³⁷⁰ ». Paraphrasant le conseiller GENEVOIS alors commissaire du gouvernement pour les affaires Vinoley et Cheval, on peut dire que « la marge d'appréciation discrétionnaire laissée à l'autorité responsable sera réduite mais non supprimée. La notion d'erreur manifeste d'appréciation est suffisamment ample pour permettre d'exercer [le] contrôle avec « tact et mesure »³⁷¹ ». La Cour, en faisant sienne la technique du contrôle restreint signifie qu'elle entend resserrer l'étau de ce contrôle afin de garantir une meilleure protection des droits. Mais on peut se demander si cet emprunt explicite n'est pas une simple astuce rhétorique destinée à rassurer les juridictions nationales sur la portée de sa compétence. Car, à l'aune des arrêts rendus relativement au droit à une motivation adéquate, il apparaît que la Cour a excédé ce niveau de contrôle pour atteindre celui de l'opportunité de la justification officielle des décisions de justice.

2 – Une difficulté d'évaluer la pratique de la Cour

358. Plusieurs éléments donnent à penser que la Cour n'examine pas de manière approfondie les offres de preuve. D'abord, elle admettait toujours la version des faits retenue par la Commission. Si, dans quelques cas isolés, elle tranche le litige à partir d'une version différente des faits, c'est en raison de la production de preuves nouvelles que la première n'avait pu examiner. Rejoignant les affaires Kalac, Gustafsson, et Kudla³⁷², la récente affaire

c. Pays-Bas, 27 juillet 1990, série A n° 185-A, p. 11, § 25. Voir également, Winterwep c. Pays-Bas, 24 octobre 1979, série A n° 33, p. 18, § 40 et Luberti c. Italie, 23 février 1984, série A n° 74, p. 12, § 27.

³⁶⁸ Commission EDH, Fouquet c. France, op. cit., § 38 : « La Commission est d'avis qu'un plaideur n'est pas effectivement entendu lorsqu'un moyen de défense essentiel est méconnu. Elle considère qu'en se basant sur une constatation manifestement inexacte, relative à la position prise par le requérant, la Cour de cassation ne lui a pas assuré son droit à un procès équitable au sens de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention ». Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation semble être appelé à également utiliser pour d'autres droits que ceux du procès équitable. Voir, Podkolzina c. Lettonie, 9 avril 2002, § 36.

³⁶⁹ J.-M. AUBY, R. DRAGO – *Traité des recours en matière administrative*, Paris, Litec 1992, p. 513 - 518.

³⁷⁰ J.-M. AUBY, R. DRAGO – *Traité des recours en matière administrative*, op. cit., p. 517 ; G. BRAIBANT – Conclusions sur C.E., Ass., Société Anonyme « Librairie François Maspéro », rec. 611, *JCP*, 1974, II, 17642.

³⁷¹ M. GENEVOIS – Conclusions sur les arrêts Vinoley et Cheval ; C.E., 28 juillet 1978, *A.J.D.A* 1978, p. 575.

³⁷² Kalac c. Turquie, 1er juillet 1997-VI, observations P. TAVERNIER, in E. DECAUX ; P. TAVERNIER et al. – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 1998), *J.D.I* 1999, p. 204-

Bilgin c. Turquie³⁷³ vient enrichir le groupe très réduit des situations ayant conduit la Cour à fonder son jugement sur des faits différents de ceux établis par la Commission. Le requérant alléguait que des gendarmes agissant sous le commandement des autorités turques avaient détruit ses biens et mis le feu à sa maison. Après avoir procédé à l'audition de témoins, la Commission avait constaté que les gendarmes avaient reçu l'aide d'autres membres des forces de sécurité turques. Or, la main courante du poste de gendarmerie produite par le gouvernement devant la Cour, attestait du contraire. Ainsi, la juridiction internationale fût conduite à juger à partir de faits légèrement différents de ceux considérés par la Commission. Mais les situations de ce type étaient rarissimes, et la Cour se contentait des indications fournies par la Commission.

359. En outre, il est possible de relever quelques décisions qui, de manière ponctuelle discréditent l'attitude réservée de la Cour à l'égard de l'appréciation nationale des preuves. Par exemple, elle a jugé, dans l'affaire Doorson, que l'utilisation des déclarations de témoins demeurés anonymes en vue de condamner un trafiquant de stupéfiants n'avait pas enfreint l'article 6 § 3 de la Convention puisque la préservation des témoins dans cette affaire constituait un motif suffisant. En effet, même si le requérant, M. Doorson, niait avoir intimidé les témoins, la Cour retient le fait, « *établi par les juridictions internes et non contesté par M. Doorson, que les trafiquants de drogue recourent fréquemment aux menaces ou à la violence effective à l'endroit des personnes témoignant contre eux* ». « *De surcroît, les déclarations faites au juge d'instruction par les témoins en cause montrent que l'un d'eux avait, semble-t-il, subi par le passé des violences de la part d'un trafiquant de drogue contre lequel il avait témoigné, tandis que l'autre avait été menacé*³⁷⁴ ». Or, les faits mentionnés dans cet argument *a fortiori* résultent de déclarations qui n'ont pas été vérifiées. Le renvoi que la Cour opère au paragraphe 25 de l'établissement des faits ne fournit d'ailleurs pas plus de renseignements sur les violences prétendument subies par le témoin. Est-il bien conforme au principe du contrôle

205 : (pour mémoire) dans cette affaire, le gouvernement produit devant la Cour des documents qui étaient couverts par le secret défense durant la procédure devant la Commission. Gustafsson c. Suède, 25 avril 1996, Recueil 1996-II, observations E. DECAUX, *in* E. DECAUX ; P. TAVERNIER et al. – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 1996), *J.D.I* 1997, p. 217-219. Kudla c. Pologne, 26 octobre 2000, *op. cit.*, § 96 : rappelons pour mémoire que dans cette affaire le gouvernement produit des rapports médicaux devant la Cour, non présentés durant l'examen la procédure devant la Commission, démontrant que, contrairement à ses affirmations, le requérant avait bénéficié d'un suivi médical durant sa détention. Cette information fut décisive pour rejeter la requête qui prétendait une violation de l'article 3 de la Convention.

³⁷³ Bilgin c. Turquie, 16 novembre 2000, § 71 et § 94.

³⁷⁴ Doorson c. Pays-Bas, 26 mars 1996, Rec. 1996-II, p. 471, § 71, observations H. ASCENSIO, *in* E. DECAUX ; P. TAVERNIER et al. – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 1996), *J.D.I* 1997, p. 211-212.

juridictionnel effectif d'appuyer la motivation par la reprise de faits que les juges internes ont déclaré incertains³⁷⁵ ?

360. Dans l'affaire *Ferantelli et Santangelo c. Italie*, les requérants prétendent que des aveux leur ont été extorqués à force de pressions physiques et psychologiques. Or, la Cour européenne des droits de l'homme relève que le supplément d'instruction ordonné par la Cour d'assises n'a pas retenu que les requérants avaient été victimes de mauvais traitements imputables aux forces de l'ordre. Au demeurant, même si des doutes pouvaient subsister sur l'attitude des carabinieri au cours des interrogatoires des requérants, « *les éléments de preuve apportés ne fournissent pas une base suffisante pour que la Cour puisse s'écarter de l'analyse faite par le magistrat chargé de l'instruction*³⁷⁶ ». Pourtant, la Commission avait retenu l'existence de pressions physiques et psychologiques en notant que « *les expertises effectuées pendant l'instruction, attestent de la présence, à l'époque où les requérants ont été interrogés, de lésions ayant entraîné une incapacité de dix jours*³⁷⁷ ». De plus, la Commission relevait qu'un des avocats présents durant une partie des interrogatoires affirmait avoir trouvé M. Ferrantelli attaché avec une chaîne au radiateur de la pièce où il était interrogé. Si l'incertitude semble régner sur le point de savoir si les chaînes ont été détachées avant le début de l'interrogatoire, la Commission estima qu'elle était en présence « *d'éléments assez sérieux* » pour conclure que les requérants avaient subi des pressions physiques et psychologiques.

361. La décision de la Cour, à la lumière de ces observations, donne l'impression qu'en face d'une contradiction entre deux versions résultant des travaux des juges nationaux d'une part, et de l'examen de la Commission d'autre part, la juridiction internationale a opéré le choix de la subsidiarité au détriment de la victime. La conclusion des juges nationaux l'emporte sur celle de la Commission sans que la motivation de l'arrêt ne fournisse des justifications solides à ce choix embarrassant. Cette solution ne sied guère aux attentes légitimes des victimes auxquelles l'arrêt ne fournit aucune clé de compréhension. En l'espèce, l'arbitrage opéré par la Cour confine à l'arbitraire et ne correspond pas aux exigences qu'elle impose juridictions nationales.

³⁷⁵ Pour la poursuite de cette critique, se reporter au chapitre II du titre suivant, relatif à l'établissement de la conviction de la Cour.

³⁷⁶ *Ferrantelli et Santangelo c. Italie*, 7 août 1996, Recueil 1996-III, § 50, observations H. ASCENSIO, in E. DECAUX ; P. TAVERNIER et al. – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 1996), *J.D.I* 1997, p. 229-230.

³⁷⁷ Avis de la Commission sur l'affaire *Ferrantelli et Santangelo*, § 45,

362. L'attitude reprochée à la Cour ne dessert pas toujours la cause du requérant, et dans l'affaire Quadrelli, elle a abouti à la condamnation de l'Etat italien sur la base de faits incertains. En rendant une ordonnance de rejet du pourvoi de M. Quadrelli, la Cour de cassation n'a fait aucune référence au mémoire qu'il prétend avoir déposé à l'encontre des conclusions d'irrecevabilité du ministère public. Selon le requérant, l'absence de prise en compte de son mémoire était contraire aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention. Avant de se prononcer sur la justesse des prétentions du requérant, la Cour devait d'abord trancher une contestation relative aux faits de la cause. Alors qu'il ne l'avait pas fait devant la Commission, le gouvernement contestait la réalité du dépôt de mémoire du requérant. En s'appuyant sur l'avis de la Commission, la Cour retient que le mémoire a été effectivement déposé par le requérant. Toutefois, le raisonnement tenu par la juridiction internationale ne manque pas de surprendre : « *la Cour constate que le Gouvernement a indiqué qu'il n'y a pas de trace du mémoire litigieux dans le dossier de la Cour de cassation. Dans ces circonstances, la Cour conçoit mal que le mémoire ait été pris en considération par la Cour de cassation. Par conséquent, [elle] arrive à la conclusion que le mémoire du requérant n'a pas été pris en considération et que par conséquent, l'on n'est pas en présence d'une omission de citation*³⁷⁸ »

363. On peut noter le paradoxe de la motivation qui se fonde sur les affirmations du gouvernement selon lesquelles il n'y a pas de trace du mémoire dans le dossier de la juridiction interne pour affirmer que ledit mémoire n'a pas été pris en considération. Que le mémoire du requérant n'ait pas été pris en considération est un fait indiscutable. Mais pour prononcer la violation d'une exigence du procès équitable à ce propos, encore faut-il être certain que ce mémoire existe et qu'il a été déposé devant la juridiction nationale. Si l'on peut déduire l'absence de prise en compte du mémoire de son absence du dossier, quel indice nous permet d'inférer que ce mémoire existe ? Cette question est logiquement la première à résoudre. Or, la preuve du dépôt n'ayant pas été rapportée, comment la Cour peut-elle poursuivre plus en avant l'examen de la cause ? Certes, elle se replie derrière les constatations de la Commission, mais ces dernières sont loin d'être convaincantes. Il semble d'ailleurs, que la réalité des faits préoccupe peu la Cour. Au paragraphe 33 de l'arrêt elle indique que si le gouvernement conteste le dépôt du mémoire, il ne conteste pas la pratique suivie par la Cour de Cassation italienne en matière de dépôt de mémoire. Par delà les circonstances de l'affaire, elle veut avant tout sanctionner une pratique. Elle aurait pu le faire par un *obiter dictum* au

³⁷⁸ Quadrelli c. Italie, 11 janvier 2000, n° 28168/95.

lieu de rendre un arrêt en faveur du requérant sur une motivation qui semble manquer de rigueur.

364. Quoiqu'elles fournissent des indications sur l'application limitée du droit à un examen effectif des offres de preuve, ces observations appellent néanmoins quelques réserves. Si les autorités normatives peuvent se livrer à ce type d'examen, il n'est pas certain qu'il relève de la science du droit de rechercher dans chaque arrêt des motivations malheureuses dont la qualification nécessairement subjective varierait en fonction de la personnalité ou des objectifs de l'observateur. La recherche de la « mauvaise justification » n'a guère de sens de ce point de vue, non pas que les arrêts de la Cour ne puisse prêter à critique sur ce point, mais il est fort difficile de repérer et de systématiser de manière scientifique les erreurs manifestes d'appréciation, voire l'absence d'opportunité des motifs choisis par une juridiction. Ainsi, la limite du contrôle n'est plus juridique, mais heuristique. Même si elle témoigne d'un parti pris sur l'observation scientifique du droit, elle doit être perçue comme la volonté de mener une analyse juste, aboutissant à des affirmations convaincantes et susceptibles d'être vérifiées par tous. Or, poursuivre dans la voie du réexamen du dossier, c'est courir le risque d'enliser la réflexion dans des appréciations beaucoup trop subjectives. Pour autant, cette réserve n'empêche pas de prendre acte de l'incertitude qui caractérise le droit à un examen effectif devant la Cour. Déjà peu assurée dans ses fondements, cette garantie procédurale ne semble pas bénéficiée d'une application qui convienne à la bonne administration de la justice. Dans le processus d'ajustement des garanties procédurales du droit à la preuve, elle apparaît comme le maillon faible de la chaîne et introduit l'idée qu'il peut exister des fissures dans le bel édifice construit au cours d'une constante recherche de l'effectivité des droits de l'homme.

Conclusion du chapitre II

365. Le respect des principes du procès équitable est au fondement de l'aménagement des conditions d'exercice du droit à la preuve. Il s'est construit progressivement, par l'enrichissement des textes de procédure, par la stabilité de la pratique et par la consécration de certaines exigences au plus haut de la hiérarchie des normes de l'ordre juridique conventionnel. Certes, devant la réduction de l'emprise des parties sur l'organisation de l'instance au nom de la célérité du procès, devant le statut de second rang ménagé sans nuance aux intervenants, on incline à penser que certains arbitrages qui ont présidé à

l'élaboration du nouveau règlement de procédure peuvent susciter des critiques et pourraient être repensés. De même, le système probatoire ne fournit pas au droit à un examen effectif des offres de preuve des bases juridiques claires et incontestables. D'ailleurs, l'acception purement procédurale de cette composante du droit à la preuve brouille la perception exacte de son effectivité devant la Cour.

366. Néanmoins, l'appréciation globale ne peut manquer de souligner que l'encadrement juridique de la mise en œuvre du droit à la preuve, fort de son caractère libéral, de la souplesse des principes qu'il établit et du respect des exigences du procès équitable, est adapté au besoin de la protection européenne des droits de l'homme.

Conclusion du titre I

367. Un mouvement d'ensemble, une dynamique irrésistible ressort des développements qui précèdent : la recherche constante des aménagements procéduraux les plus appropriés à la défense internationale des droits de l'homme.

368. Elle se manifeste en premier lieu par la volonté de hisser le titulaire des droits de l'homme au même niveau que l'Etat au sein du procès international. C'est le sens des amendements et des révisions du règlement de procédure de la Cour. C'est aussi le dessein de la restructuration du mécanisme de protection de la Convention réalisée par le protocole 11 qui, en faisant notamment disparaître la Commission, confie à la seule Cour de Strasbourg la charge de contrôler l'application de la Convention et confère sans réserve le statut de partie au titulaire des droits de l'homme.

369. Elle se poursuit par l'élargissement de la jouissance du droit à la preuve à d'autres sujets que les parties afin que le procès soit le lieu d'un débat plus riche sur l'état de la protection des droits au sein du Conseil de l'Europe. Cependant, le régime de l'intervention n'est pas exempt de tout reproche, notamment en ce qu'il n'assume pas pleinement les implications du principe de garantie collective en refusant d'instituer purement et simplement un régime d'intervention de droit au profit des Etats contractants, quels que soient leurs liens avec la victime prétendue de la violation.

370. L'adaptation du système probatoire continue sur le terrain des conditions d'exercice du droit à la preuve. En cette matière, le régime des garanties procédurales du droit à la preuve est édifié à partir du moule des exigences du procès équitable prévues par l'article 6 de la Convention. La Cour européenne des droits de l'homme, en *dominus litis*, veille à l'équité de la production des preuves en maîtrisant l'impulsion processuelle et en assurant le respect des caractères contradictoire et public de l'instance que le protocole 11 inscrit dans le texte de la Convention. Hormis les réserves que peuvent appeler une réduction de l'emprise des parties sur le déroulement du procès au nom de la recherche de la célérité, il serait exagéré d'évoquer la parabole de paille et de la poutre pour décrire l'état de la procédure devant la Cour³⁷⁹. Toutefois, une grande incertitude règne à l'égard du droit à un examen effectif des

³⁷⁹ Souvent implicite, cette figure rhétorique a parfois été reprise de manière explicite pour illustrer le décalage entre les conduites que la Cour impose aux des juridictions nationales et celles qu'elle applique dans sa pratique procédurale. Pour des usages précis, voir en particulier (en des circonstances qui ne concernent pas nécessairement les conclusions de ce titre), J-F. FLAUSS – Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme. Le protocole 9 à la Convention européenne des droits de l'homme, *A.F.D.I* 1991, p. 509; G. COHEN-JONATHAN ; J-F. FLAUSS – Commission et Cour européenne des droits de l'homme, *Justices*, 1997, p. 180.

offres de preuve. Cet ultime rouage du droit à la preuve n'est pas consacré de manière claire par la Convention ou par le règlement de procédure, et il n'est pas certain que la pratique de la Cour se conforme à ses exigences. Sans vouloir minimiser l'impact de ces déficiences, la réflexion menée sous l'angle procédural ne peut dire si elle ruine totalement l'idée d'une application *pro victima* du droit à la preuve.

371. En somme, l'histoire du contentieux européen des droits de l'homme est celle d'un ajustement des règles de forme relatives à la production spontanée des preuves aux besoins d'une protection effective des droits de l'homme. Animé par le mouvement dialectique de la pratique bienveillante de la Cour et de l'adaptation continue des textes régissant la procédure, le système probatoire a ainsi accompli un incontestable « *travail d'orthopédie juridique*³⁸⁰ » en vue de corriger les infirmités d'un modèle de justice internationale défavorable à l'individu dans le procès. Il aboutit de ce fait à établir l'égalité entre l'Etat et la victime à la fois dans la jouissance et dans l'exercice du droit à la preuve. Mais s'il convient de saluer les bénéfices de cette amélioration, encore faut-il en saisir l'exacte portée.

372. Presque par nature, l'équilibre est l'horizon indépassable de l'action procédurale, et c'est pourquoi l'ajustement que l'on vient de décrire ne suffit pas à donner un avantage au requérant individuel sur l'Etat dans la confrontation judiciaire. Elle ne constitue qu'un premier degré dans l'application *pro victima* de cette prérogative. C'est aux principes de fond qu'il revient de donner la pleine mesure de l'orientation du système probatoire en facilitant de manière raisonnable la preuve de la violation des droits au détriment de la preuve de l'absence de leur violation.

³⁸⁰ Selon l'expression évocatrice du président ODENT citée in C. DEBBASCH – L'interprétation par le juge administratif de la demande des parties, *JCP G*, 1982, I, 3085.

Titre II – La dynamique des principes de fond du droit à la preuve

373. Le régime juridique du droit à la preuve n'est pas seulement un assemblage plus ou moins cohérent de règles de forme destinées à assurer l'éthique du débat qui prépare le jugement. Il se nourrit également d'exigences de fond qui forment un trait d'union entre l'usage d'une prérogative procédurale (le droit de produire des preuves) et le contenu des normes applicables à la situation litigieuse. C'est ce rôle de liaison qui caractérise en premier lieu les principes de fond du droit à la preuve. Ils signifient que la production de preuve, tournée vers le succès d'une cause, n'est utile que si elle aboutit à convaincre le juge de la réalité d'un élément décisif pour l'application du droit substantiel dans le sens désiré. Dès lors, on comprend aisément que les problèmes relatifs au contenu des normes applicables, à la délimitation de l'étendue du litige ou à la définition des pouvoirs du juge sont autant d'éléments qui pèsent sur l'exercice du droit à la preuve.

374. Le dénombrement de ces principes peut susciter la controverse, et quand bien même l'on s'accorderait sur une liste, la perception de leur influence pourrait encore faire apparaître des hésitations et des divergences. Il faut dire qu'en cette matière, malheureusement délaissée par la doctrine, il n'est guère de guide sûr qui conduise la réflexion dans des voies incontestables. D'où le choix de porter l'attention sur les mécanismes qui participent directement de l'application *pro victima* du droit à la preuve, quitte à accorder une place marginale à d'autres qui, au regard d'une théorie générale de la preuve, occuperaient le devant de la scène. Plus précisément, il convient de s'intéresser aux principes qui peuvent rendre l'effort de preuve facile ou difficile ou, pour employer les termes techniques de la théorie de la preuve, alléger ou alourdir la charge effective de la preuve.

375. Il faut relever que cette charge effective de la preuve, qui désigne l'effort que doit fournir une partie pour établir un fait nécessaire au succès de sa prétention, se distingue de la charge juridique de la preuve qui décide lequel des plaideurs doit administrer la preuve des faits pertinents et lequel doit profiter du doute qui peut subsister à sa présentation.

376. La première dépend étroitement du choix de l'objet de la preuve, c'est-à-dire de ce qu'il faut prouver (*fact probandum*), et de l'exigence dont le juge peut faire preuve pour s'estimer convaincu de la réalité des faits contestés. Or, chacun de ces facteurs est conditionné par l'application d'un principe de fond. Le principe du contrôle de la pertinence des faits offerts en preuve (ou offres de preuve) pour le premier, et le principe de la libre appréciation des preuves pour le second. C'est à travers l'application de ces principes que le juge évalue la

production des parties, et c'est également à travers eux qu'il aboutit à la solution des questions de faits qui surviennent en cours d'instance.

377. En vue de venir en aide à la victime des droits de l'homme, la Cour va adopter une stratégie sensiblement différente de celle qui a prévalu dans le domaine des garanties procédurales. Alors que, d'un côté elle proclame l'égalité des armes et chasse au fil des amendements et des révisions de son règlement de procédure tous les signes qui la contrarient, elle ne peut se satisfaire d'une égalité procédurale parfaite au risque de trahir les exigences de fond qui forment l'armature de la défense des droits de l'homme. Ainsi, par un usage astucieux des principes de fond, elle va promouvoir un usage différencié du droit à la preuve de manière à avantager la partie qu'elle estime la plus faible.

378. L'action du juge va d'abord se déployer dans le cadre de la pertinence du contrôle des offres de preuve. Dans un procès, « *on ne peut prouver des faits sans intérêt juridique au litige, des faits qui - établis ou non - ne seraient pas de nature à exercer une quelconque influence sur la solution du litige*³⁸¹ ». En un mot, on ne peut prouver que des faits pertinents. C'est d'ailleurs par métonymie que l'on parle couramment de preuves pertinentes pour désigner des éléments de preuve qui tendent à établir des faits pertinents. Comme tous les éléments apportés par les contradicteurs ne sont pas utiles à la solution du litige, il faut donc que le juge sélectionne ceux qui lui permettent de bâtir son raisonnement. C'est cette fonction de tri que remplit le principe de pertinence. Il assure l'élimination des arguments inutiles autant qu'il préserve des arguments utiles. Or, les faits pertinents sont ceux qui sont susceptibles d'entraîner l'application de la règle de droit. Leur identification est l'affaire du juge seul qui les détermine par l'interprétation du texte de la Convention. Dès lors, en désignant quels faits méritent l'attention, la Cour peut varier de manière raisonnable le poids de la charge effective de la preuve.

379. Son action se poursuit dans le domaine de l'établissement de sa conviction. Elle peut se montrer exigeante lorsqu'il s'agit de prouver des faits qui justifient la restriction à l'exercice d'un droit, ou au contraire, libérale lorsqu'elle veut faciliter l'accès des victimes à son prétoire ou favoriser le constat de violation de certains droits.

380. Dans cette perspective, il s'agira de montrer qu'en dépit de quelques imperfections, l'application *pro victima* du droit à la preuve est portée par la dynamique du contrôle de la pertinence (chapitre I) et par la dynamique de la libre appréciation de la preuve (chapitre II).

³⁸¹ J-C. WITENBERG – La théorie des preuves..., op. cit., p. 24.

Chapitre I – La dynamique du contrôle de la pertinence des offres de preuve

381. En édifiant leur théorie de la pertinence D. SPERBER et D. WILSON observent que « *la notion d'effet contextuel est essentielle à la définition de la pertinence*³⁸² ». Ainsi, dans son acception la plus usuelle, « *la pertinence peut être définie comme une relation entre les proférations et les contextes : un propos proféré en contexte est pertinent par rapport à ce contexte s'il peut constituer avec tout ou partie de ce contexte un argument dont soit dérivable quelque conclusion non triviale*³⁸³ ». Or, dans l'univers du procès, c'est le droit applicable au litige qui fait figure de contexte. La pertinence se pose ainsi comme le rapport de convenance qui s'établit entre l'objet de la preuve et la règle de droit. Certes, en doctrine cette notion a fait l'objet de différentes approches. Par exemple, MOTULSKY distingue les faits concluants ou relevants, des faits pertinents. Pour l'éminent processualiste, alors que « *les faits concluants (...) sont indispensables, les faits pertinents ne sont qu'utiles*³⁸⁴ ». Mais la jurisprudence européenne ne fait pas montre d'un tel raffinement, et son étude n'appelle pas davantage la reprise d'une telle distinction³⁸⁵.

382. D'ailleurs, dans la langue de la Cour, un argument est dépourvu de pertinence quand il n'a aucune conséquence juridique de sorte que le mot pertinence est toujours synonyme d' « utile » ou de « digne d'intérêt »³⁸⁶. La même signification se retrouve dans le règlement de procédure lorsqu'il commande aux requérants étatiques ou individuels de produire les documents nécessaires à l'examen de la cause³⁸⁷, et lorsqu'il délimite

³⁸² D. SPERBER, D. WILSON – *La pertinence, communication et cognition*, Paris, Les éditions de minuit, 1989, p. 182.

³⁸³ F. ARMENGAUD – *La pertinence : réflexion juridique et conception dialogique*, A.P.D, Tome 29, 1984, p. 156.

³⁸⁴ H. MOTULSKY – *Principes d'une réalisation méthodique...*, p. 86, note 3.

³⁸⁵ Une autre distinction a été systématisée sous la plume de T. LE BARS qui sépare « *la question de la pertinence du fait invoqué de celle de la pertinence de l'offre de preuve. Cette seconde expression recouvre les demandes adressées au juge par une partie et tendant à la constitution d'un élément probatoire dont elle ne dispose pas encore* ». T. LE BARS – *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, L.G.D.J, 1997, p. 289. Elle n'est pas répandue, et ne remplit pas une fonction heuristique satisfaisante pour la poursuite du raisonnement menée dans ce chapitre.

³⁸⁶ Voir parmi de nombreux arrêts : Matznetter c. Autriche, 10 novembre 1969, série A n°10, § 7 ; Ringeisen c. Autriche, 16 juillet 1971, série A n°13, § 97 ; Artico c. Italie, 13 mai 1980, série A n°37, § 33 ; Castanheira Barros c. Portugal, 26 octobre 2000, § 45.

³⁸⁷ Requête étatique article 46 g) : « *La ou les Parties contractantes qui désirent introduire une requête devant la Cour en vertu de l'article 33 de la Convention en déposent le texte au greffe en donnant : f) les nom et adresse de la ou des personnes désignées comme agents ; et en l'assortissant : g) des copies de tous documents pertinents et en particulier des décisions, judiciaires ou autres, concernant l'objet de la requête* ». Pour la requête individuelle article 47 6) : « *Toute requête déposée en vertu de l'article 34 de la Convention est présentée sur le formulaire fourni par le greffe, sauf si le président de la section concernée en décide autrement. Le formulaire indique : concernant l'objet de la requête. 6. Le requérant doit informer la Cour de tout changement d'adresse et de tout fait pertinent pour l'examen de sa requête* ».

l'intervention du juge rapporteur³⁸⁸ et de la chambre³⁸⁹ dans la conduite de l'instance. Aussi retiendrons-nous qu'une preuve pertinente est celle qui offre d'établir un fait utile à la solution du litige.

383. « *La Cour, maîtresse de sa propre procédure et de son propre règlement, apprécie en pleine liberté la recevabilité et la pertinence (...) de chaque élément du dossier*³⁹⁰ ». Si elle a le mérite de préciser la compétence de la Cour, cette formule extraite de l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, semble établir un lien de causalité contestable entre la maîtrise de la procédure et l'appréciation de la pertinence des offres de preuve. Il y a d'un côté une compétence qui concerne la marche de l'instance et de l'autre une opération intellectuelle qui consiste à évaluer la production des parties. Il faut dire que la relation établie fait sens dans le contexte de l'affaire qui appelait notamment l'affirmation de la domination de la Cour sur tous les éléments de l'instance. Au reste, les juges de Strasbourg savaient sûrement que la fonction juridictionnelle est, par essence, indissociable du pouvoir de se prononcer sur la pertinence des offres de preuve.

384. On ne peut manquer de relever qu'en exerçant cette compétence le juge n'opère pas un simple rapprochement entre deux éléments qui lui sont étrangers puisqu'il est amené à vérifier la compatibilité de la production des parties à une norme qu'il a lui-même dégagé du texte de la Convention. Aussi ne faut-il pas s'étonner de ce qu'il opère la sélection des offres de preuve au regard de leur compatibilité avec la norme qui résulte de son travail d'interprétation. Par suite, l'emprise de l'interprétation sur la pertinence transforme ce contrôle en un véritable miroir des orientations de fond de la Cour. En désignant ce qu'il faut prouver aux parties, la haute juridiction peut décider de donner l'avantage à un des plaideurs en lui proposant d'administrer la preuve d'un fait facile à rapporter tout en conservant intacte la charge effective de son adversaire, ou en l'alourdissant par l'exigence de la preuve d'un fait difficile à établir.

³⁸⁸ Article 49 § 2 a) : « 2. *Au cours de son examen, le juge rapporteur : a) peut demander aux parties de soumettre, dans un délai donné, tous renseignements relatifs aux faits, tous documents ou tous autres éléments qu'il juge pertinents* ». Article 49 § 3 a) : « 3. *Lorsqu'une affaire est examinée par un comité en vertu de l'article 28 de la Convention, le rapport du juge rapporteur doit contenir : a) un bref exposé des faits pertinents* ». Article 49 § 4 a) : « 4. *Lorsqu'une affaire est examinée par une chambre en vertu de l'article 29 § 1 de la Convention, le rapport du juge rapporteur contient : a) un exposé des faits pertinents, y compris tous renseignements obtenus en vertu du paragraphe 2 du présent article* ».

³⁸⁹ Si la chambre déclare la requête recevable elle peut, en vertu de l'article 54 § 3 a) « *demander aux parties de soumettre tous renseignements relatifs aux faits, tous documents ou tous autres éléments qu'elle juge pertinents* ».

³⁹⁰ *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, Série A n°25, § 210.

385. C'est ainsi que le contrôle de la pertinence, fondé sur le contenu du droit applicable au litige (section I), peut traduire les politiques jurisprudentielles de la Cour (section II).

Section I – Un contrôle fondé sur le contenu du droit applicable au litige

386. Avant toute chose, il faut dissiper une ambiguïté qui marque la nature du contrôle de la pertinence. Fréquemment, l'exigence de pertinence est présentée comme un critère de la recevabilité des preuves, ce qui laisse accroire qu'une preuve non pertinente ne peut être versée au dossier, comme s'il existait un examen préalable de la pertinence *in limine litis*. Cette présentation ne reflète pas la réalité du droit appliqué au palais des droits de l'homme. La jouissance du droit à la preuve permet à ses sujets de produire des éléments devant la Cour, ainsi la préséance logique du contrôle de la pertinence d'autres actes de la procédure n'apparaît pas dans les faits. En pratique, ce contrôle s'effectue tout le long des débats, à mesure que la religion de la Cour se fait sur la solution à donner au litige. Le défaut de pertinence d'une preuve, loin de la rejeter matériellement hors du dossier, l'empêchera tout simplement d'entrer en ligne de compte dans la solution du litige³⁹¹. Dès lors, l'on ne retiendra pas l'idée que la pertinence est une condition de recevabilité des preuves à moins que l'on signifie par là que la recevabilité est synonyme d'aptitude à être retenu par le juge pour fonder sa décision.

387. Pour autant, le rapport de pertinence s'apprécie à travers une évaluation dont les termes sont simples en apparence : d'un côté, les allégations de fait constituent l'objet du contrôle (sous-section 1), de l'autre, les normes applicables au litige forment l'instrument du contrôle (sous-section 2).

Sous-section 1 – L'objet du contrôle de pertinence : les allégations de fait

388. Dans la présentation qu'il a faite des règles de preuve de la Commission, S. TRECHSEL fait remarquer qu'« *en premier lieu, ce sont évidemment les allégations de la*

³⁹¹ Sur ce débat voir, J-C. WITENBERG – La théorie des preuves..., op. cit., p. 24 ; J. SALMON – Le fait dans l'application du droit international, *R.C.A.D.I.*, 1982-II, p. 310 ; G. NIYUNGEKO – *La preuve devant les juridictions internationales*, op. cit., p. 56.

*partie requérante qui délimitent l'objet de la preuve*³⁹² ». On peut transposer cette citation à la procédure en vigueur devant la Cour européenne des droits de l'homme, mais encore faut-il lui répliquer que l'égalité des armes, ainsi que la réalité du débat contradictoire, s'opposent sans appel à la prééminence des allégations d'une partie sur celles de son adversaire. S'il existe une hiérarchie, elle s'établit entre celles des parties et des intervenants qui ne sont que des sujets secondaires du droit à la preuve. Il demeure néanmoins que c'est la requête introductive d'instance qui fixe la première les limites du débat et les objets de la preuve.

389. Dans ce contexte, il importe de procéder à l'analyse de l'objet du contrôle de la pertinence en précisant d'une part, la valeur juridique de ces allégations des parties (§ 1) et d'autre part, la signification de la notion de fait dans le procès (§ 2).

§ 1 – La valeur juridique des allégations des parties

390. Le principe de la délimitation de l'étendue du litige par les allégations des parties domine la matière (A). S'il semble appliqué avec rigueur dans le contentieux européen des droits de l'homme, il importe de relever qu'il peut faire l'objet de quelques tempéraments (B).

A – Le principe de la délimitation de l'étendue du litige par les allégations des parties

391. Les allégations des parties circonscrivent le cadre du litige. Maîtresses de leurs droits, ces dernières définissent le champ d'intervention du juge dans les différends qui les opposent. Cette règle, qui traverse l'ensemble des dispositions procédurales du droit français³⁹³, constitue également un principe directeur du contentieux européen des droits de l'homme³⁹⁴. Les articles 46 et 47 du règlement de procédure prévoient ainsi que les requêtes

³⁹² S. TRECHSEL – L'établissement des preuves devant la Commission européenne des droits de l'homme, *in La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles, 3ème colloque du département des droits de l'homme de l'Université Catholique de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 124.

³⁹³ C. DEBBASCH – L'interprétation par le juge administratif de la demande des parties, *Dalloz* 1982, *Chronique* 2085, p. 37 ; G. BOLARD – Les principes directeurs du procès civil : Le droit positif depuis Henri MOTULSKY, *JCP G.* 1983, I, 3693, p. 329 ; H. MOTULSKY – Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits, *in Ecrits*, Tome I, op. cit., p. 42 ; R. CHAPUS – De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile, *E.D.C.E* 1977-1978, p. 51 ; O. GOHIN – Contentieux administratif, Paris, Litec, 2^{ème} édition, 1999, p. 214 - 217.

³⁹⁴ Selon l'arrêt Loizidou rendu sur les exceptions préliminaires : « *la Convention et le règlement permettent une saisine partielle en vertu de l'article 48 (art. 48)* ». *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, série A n°310, § 54 ; *Nsona c. Pays-Bas*, 28 novembre 1996, Recueil 1996-V, § 115. Dans l'affaire Erdagöz, la Cour a refusé la limitation de la saisine à l'article 5 § 1 en indiquant que, contrairement aux deux

étatiques et individuelles doivent notamment comporter « *un exposé - succinct pour les requêtes individuelles - de la ou des violations alléguées de la Convention et des arguments pertinents* ³⁹⁵ », et « *des copies de tous documents pertinents et en particulier des décisions, judiciaires ou autres, concernant l'objet de la requête* ³⁹⁶ ».

392. Tenu de statuer *secundum petita*, le juge ne peut enfreindre les limites fixées par les parties et se référer à des faits qu'elles n'ont pas allégués. Défense lui est faite d'accomplir sa mission à l'égard de faits qu'il aurait lui-même introduit dans le procès. Certes, cette implication est tempérée par des aménagements classiques. Lorsque la juridiction soulève un moyen d'office, elle entraîne de manière presque inévitable la prise en compte de certains éléments de faits qui n'étaient pas en débat jusqu'alors. La Cour européenne des droits de l'homme se reconnaît d'ailleurs le pouvoir de soulever d'office toute violation non dénoncée par la requête dont elle est saisie. Il en est de même lorsque, usant de ses pouvoirs ordinaires d'instruction, elle pose des questions aux parties sur des circonstances de faits qui lui paraissent obscures.

B – Les tempéraments du principe

393. La Cour semble avoir scrupuleusement respecté la primauté des parties dans la délimitation de l'étendue du litige tant dans l'exercice de son pouvoir de relever d'office des violations non dénoncées dans les requêtes (1), que dans la mise en œuvre de son pouvoir de poser des questions de fait aux comparants (2).

1 – Le pouvoir de relever d'office une violation non dénoncée par les requêtes

394. Sous l'empire du système dual de protection, la Cour a reconnu aux organes internationaux de contrôle de la Convention le pouvoir de porter leur attention sur des violations non dénoncées par les requêtes introductives. Dans une formule ferme et sans équivoque, l'arrêt Guzzardi pose qu'« *il incombe à la Commission et à la Cour d'étudier au*

affaires précités, il n'y avait pas d'accord entre les parties à ce sujet. Erdagöz c. Turquie, 22 octobre 1997, Recueil 1997-VI, § 35, voir également sur cette question l'opinion concordante des juges GOLCUKLU, MATSCHER, PETTITI sur cet arrêt.

³⁹⁵ Articles 46 c) et 47 § 1 e).

³⁹⁶ Articles 46 g) et 47 § 1 h).

regard de l'ensemble de la Convention la situation incriminée par un requérant³⁹⁷ ». Dans l'arrêt Foti, elle déclare que « dans l'accomplissement de leur tâche, il leur est notamment loisible de donner aux faits de la cause, tels qu'ils les considèrent comme établis par les divers éléments en leur possession, une qualification juridique différente de celle que leur attribue l'intéressé ou, au besoin, de les envisager sous un autre angle; de plus, il leur faut prendre en compte non seulement la requête primitive, mais aussi les écrits complémentaires destinés à la parachever en éliminant des lacunes ou obscurités initiales³⁹⁸ ».

395. Cette ouverture du champ du contrôle juridictionnel s'appuie sur la notion de grief dont la conception extensive permet d'embrasser les notions de moyens ou d'arguments généralement usitées dans les procédures nationales. Au sens de la jurisprudence, « un grief se caractérise par les faits qu'il dénonce et non par les simples moyens ou arguments de droit invoqués³⁹⁹ ». L'interprétation des conclusions des parties assure ainsi l'élargissement de la compétence *ratione materiae* de la Cour qui reconnaît avoir étudié « d'office plus d'un grief sous l'angle d'un article ou paragraphe que n'avaient pas invoqué les comparants, et même d'une clause au regard de laquelle la Commission l'avait déclaré irrecevable tout en le retenant sur le terrain d'une autre⁴⁰⁰ ». Sans surprise la doctrine n'hésite pas à rattacher cette compétence au caractère d'ordre public de la Convention⁴⁰¹ qui apparaît ainsi comme la traduction d'une exigence fondamentale de la Convention sur le terrain de la procédure. Naturellement, la nouvelle donne créée par la disparition de la Commission n'a pas altéré ce

³⁹⁷ Guzzardi c. Italie, 6 novembre 1980, série A n°39, § 58-63 ; Lawless c. Irlande, 1^{er} juillet 1961, série A n° 3, p. 59, § 38 ; Neumeister c. Allemagne, 27 juin 1968, série A n° 8, p. 41, § 16 ; De wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, 18 juin 1971, série A n°12, § 93 ; Engel et autres c. Pays-Bas, 8 juin 1976, série A n°22, § 89 ; Handyside c. Royaume-Uni, 7 décembre 1976, série A n°24, § 41. N SANSONETIS – Article 19, in E. DECAUX et al. – *La Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., p. 531 ; F. MATSCHER – Quarante ans d'activités de la Cour européenne des droits de l'homme, *R.C.A.D.I.*, Tome 270, 1997, p. 386.

³⁹⁸ Foti et autres c. Italie, 10 décembre 1982, série A n°56, § 44 ; Guzzardi précité, série A n° 39, §§ 62-63, Neumeister c. Allemagne, 27 juin 1968, série A n° 8, p. 41, § 16 , Ringeisen c. Allemagne, 16 juillet 1971, série A n° 13, § 98, à rapprocher de la p. 34, § 79, et des pp. 39-40, §§ 96-97 ; Irlande contre Royaume-Uni, 18 janvier 1978, série A n° 25, p. 64, § 160 ; Guerra et autres c. Italie du 19 février 1998, Recueil 1998-I, §§ 44 et 45, p. 223 ; Buyukdag c. Turquie, 21 décembre 2000, § 60.

³⁹⁹ Schiesser c. Suisse, 4 décembre 1979, série A n°34, § 41 ; Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique, 23 juin 1981, série A n°43, § 38 ; Campbell et Cosans c. Royaume-Uni, 25 février 1982, série A n°48, § 40 ; Barthold c. Allemagne, 25 mars 1985, série A n°90, § 61 ; James et autres c. Royaume-Uni, 21 février 1986, série A n°98, § 80 ; Contrada c. Italie, 24 août 1998, Recueil 1998-V, § 48.

⁴⁰⁰ Contrada c. Italie, 24 août 1998, Recueil 1998-V, § 48. M-A. EISSEN – La Cour européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 1568 ; N SANSONETIS – Article 19, in E. DECAUX ; P-H. IMBERT ; L-E. PETTITI (Ed.) – *La Convention européenne...*, op. cit., p. 531 ; J. CALLEWAERT – Article 45, *ibidem*, p. 770

⁴⁰¹ Par exemple, W.J. G. VAN DER MEERSH – La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne une valeur d'ordre public ?, in *2ème colloque du Conseil de l'Europe sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Vienne, 1965, P.U.B., 1968, p. 217. A cette même page, l'éminent spécialiste citait une phrase d'Henri ROLIN qui partageait la même analyse : « La Cour a estimé qu'ayant la responsabilité d'assurer le respect des droits de l'homme, elle devait, une fois qu'elle était saisie d'un cas de violation de la Convention, faire la lumière ; que la plainte émanât d'un individu ou d'un Etat, la plainte lui appartenait ».

pouvoir de la juridiction internationale qui a notamment eu l'occasion de le rappeler par sa décision *Berktoy c. Turquie* du 1^{er} mars 2001⁴⁰².

396. La mise en œuvre de cette faculté est de nature entraîner l'introduction de nouveaux faits dans le débat judiciaire dans la mesure où les comparants pourraient être amenés à apporter des éclairages sur des circonstances qui seraient jusqu'alors présentées comme secondaires. Mais, comme pour prévenir la mutation complète des éléments de l'instance, la jurisprudence a encadré cette modification en posant une limite. Ainsi, la Cour tente de ne pas trop s'éloigner du cadre tracé par les comparants. Elle ne manque pas de le faire remarquer lorsqu'elle se réfère à « *l'essence des griefs*⁴⁰³ » qui lui sont présentés comme pour rappeler que l'élargissement du domaine du procès peut être rattaché au dessein du requérant⁴⁰⁴. Il ne s'agit pas d'une rhétorique d'apaisement, mais de la manifestation d'une prudence qui concilie la mission de protection des droits et la réserve d'impartialité inhérente à la fonction juridictionnelle. En résumé, le pouvoir d'étudier d'office un grief sous un angle non indiqué par les plaideurs, n'a pas clairement conduit à l'introduction de faits nouveaux dans le débat mais à l'appréhension globale d'une situation litigieuse au regard des stipulations conventionnelles. La base légale existe, mais la pratique n'a pas épuisé ses potentialités. Le même usage raisonnable prévaut s'agissant du pouvoir de poser des questions d'office.

2 – Le pouvoir de poser des questions de faits aux comparants

397. Au titre de ces pouvoirs ordinaires d'instruction, la Cour pose souvent des questions aux comparants⁴⁰⁵. Elles peuvent porter sur les faits qui ont entouré la survenance du litige. Mais, quelle que soit l'importance pratique des questions et nonobstant leur fréquence, les arrêts ne témoignent nullement de l'introduction de faits non allégués par les parties à la suite des interrogations des juges du palais des droits de l'homme. Certes, elles consacrent, une fois de plus, l'immixtion de la Cour dans le domaine des faits, mais cette dernière semble avoir user de ce pouvoir avec tact et mesure.

⁴⁰² *Berktoy c. Turquie*, 1^{er} mars 2001, § 179.

⁴⁰³ *Buyukdag c. Turquie*, 21 décembre 2000, § 59.

⁴⁰⁴ Parfois la Cour a tout de même fait preuve d'audace en la matière : *Guerra et autres c. Italie*, 19 février 1998, Recueil 1998-I, § 56. Alors que la Commission avait déclaré recevable l'allégation de violation de l'article 10 (droit à l'information), la Cour estime cet article inapplicable mais elle parvient à un constat de violation de l'article 8 dans la mesure où ce dernier contient une obligation d'information de la population de la part de l'Etat. Voir F. MATSCHER – Quarante ans..., op. cit., p. 385 note de bas de page n°434.

⁴⁰⁵ Se reporter au Titre premier de la deuxième partie qui étudie l'intervention du juge dans l'administration de la preuve.

§ 2 – La notion de fait devant la Cour européenne des droits de l'homme

398. Le contrôle de la pertinence des allégations se réalise au rythme de la progression du juge dans l'examen de la cause. Il coïncide ainsi avec les cadres du contrôle juridictionnel qui varient lorsque la Cour porte son attention sur les faits en débat *stricto sensu* – c'est-à-dire une tranche de réalité effectivement vécue par les parties - (A) et lorsqu'elle vérifie s'il existe une base légale justifiant une attitude litigieuse (B).

A – La preuve des faits stricto sensu

399. La littérature juridique a coutume de distinguer les opérations de preuve des opérations de qualification juridique. Si les premières visent à établir la matérialité de faits incertains, les secondes consistent à subsumer les faits prouvés sous des catégories juridiques. La preuve ne vise que les faits bruts alors que la qualification réalise la liaison du fait et de la règle applicable au litige, elle est « *une opération juridique consistant dans la traduction d'un objet de connaissance par un concept juridique*⁴⁰⁶ ». Cette distinction apparaît clairement dans la conception syllogistique que l'on a généralement du jugement. La majeure serait constituée par la règle de droit, la mineure par le fait, et la conclusion serait la solution du litige. Cette mineure, en matière juridique est complexe car elle renvoie à deux opérations différentes : d'une part, l'établissement d'un fait, et d'autre part, sa qualification juridique qui permet de constater que cette donnée particulière coïncide avec la majeure du raisonnement⁴⁰⁷.

400. Dès lors, si la controverse sur la matérialité des faits constitue le contexte privilégié de la détermination de l'objet de la preuve (1), la lecture des arrêts de la Cour donne à penser que la qualification juridique des faits peut également être un objet de la preuve (2).

⁴⁰⁶ H. MOTULSKY – *Droit processuel*, Paris, Montchrestien, 1973, p. 197. Voir H. CROZE – *Recherche sur la qualification en droit processuel français*, Thèse dact. Lyon III, 1981, p. 1 - 10.

⁴⁰⁷ C. PERELMAN – La distinction du fait et du droit, le point de vue du logicien, op. cit., p. 684 ; S. D. JACKSON – *Law, fact and narrative coherence*, Deborah Charles publications, 1988, p. 37 ; G. VEDEL – *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, Paris, Sirey, 1934, p. 17 ; P. PACTET – *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, op. cit., p. 118.

1 - La controverse sur la matérialité des faits

401. Le débat judiciaire peut provoquer tant de controverses sur la matérialité des faits que vouloir les énumérer toutes est une entreprise vouée à l'échec. Faute de pouvoir enclore cette réalité contentieuse dans une classification exhaustive, il convient d'opérer un regroupement en vue de montrer, dès à présent, que certains types de faits posent des difficultés spécifiques au plaideur qui entend les prouver. Dans cette perspective, il est classique d'opposer les faits objectifs aux faits subjectifs (a) et les faits positifs aux faits négatifs (b). A ces distinctions s'ajoutent une autre, moins connue, mais utile à l'étude du système probatoire de la Cour, qui oppose les faits constitutionnels aux faits ordinaires (c).

a) Faits subjectifs et faits objectifs

402. Le droit attache parfois de l'importance à certains faits de la conscience qui guident la conduite des sujets. Certains mobiles, certains préjugés, lorsqu'ils ont poussé à accomplir certains actes juridiques peuvent les entacher d'une ou de plusieurs irrégularités. Phénomènes purement intellectuels, ces faits sont dits subjectifs par opposition aux événements matériels qui sont qualifiés de faits objectifs⁴⁰⁸. Comme il est malaisé de recueillir les indices de leur réalité, presque par nature, la preuve des faits subjectifs est plus difficile à rapporter que celle des faits objectifs.

403. Le contentieux européen des droits de l'homme ne méconnaît pas cette distinction qui pèse sur la charge effective de la preuve. La preuve d'un fait subjectif est fréquemment requise lorsque les victimes allèguent le défaut d'impartialité subjective des membres d'une juridiction nationale. Selon la Cour, « *l'impartialité au sens de l'article 6 § 1 s'apprécie selon une double démarche : la première consiste à essayer de déterminer la conviction personnelle de tel ou tel juge en telle occasion ; la seconde amène à s'assurer qu'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime*⁴⁰⁹ ». La première démarche conduit donc à s'assurer qu'aucun membre de la juridiction en charge du dossier « *ne manifeste de parti pris ou de préjugé personnel*⁴¹⁰ », en « *essayant de déterminer ce que*

⁴⁰⁸ J-P. COLSON – *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif français*, op. cit., p. 55 ; Y. WEBER – La preuve du détournement de pouvoir devant la Cour de justice des Communautés européennes, *R.T.D.E* 1967, p. 514.

⁴⁰⁹ Gautrin et autres c. France, 20 mai 1998, Recueil 1998-III, § 58 ; Morel c. France, 6 juin 2000, § 40 ; De haan c. Pays-bas, 26 août 1997, § 49 ; Tierce c. Saint-Marin, 25 juillet 2000, § 75 ; Incal c. Turquie, 9 juin 1998, Recueil 1998-IV, § 65 ; Padovani c. Italie, 26 février 1993, série A n° 257-B, p. 20, § 25.

⁴¹⁰ Commission EDH, Ciracler c. Turquie, 20 mai 1996, req. 19601/92, § 41.

*tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance*⁴¹¹ » à l'égard d'un ou de plusieurs des justiciables ou des causes qu'ils soutiennent. La preuve de la violation de cette exigence du procès équitable est d'ailleurs rendue plus ardue par l'institution d'une présomption d'impartialité subjective de tout juge de la Convention⁴¹².

404. La référence à un fait subjectif se retrouve également dans les litiges relatifs à la détention arbitraire par renvoi au but de la détention. En vertu de l'article 5 § 1 c) de la Convention « *nul ne peut être privé de sa liberté sauf (...) s'il a été arrêté en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente (...)* ». Alléguer la violation de cette stipulation implique la démonstration d'un détournement de procédure qui consiste en l'utilisation de la détention à des fins non autorisées par la Convention. L'exigence de la preuve du but apparaît clairement dans la motivation de l'arrêt Quinn lorsque la Cour déclare n'apercevoir en l'espèce « *aucun élément donnant à penser que la détention à titre extraditionnel ait poursuivi un but différent de celui pour lequel elle fut imposée et qu'elle ait revêtu le caractère d'une détention provisoire déguisée*⁴¹³ ». Il en est de même lorsque le juge doit rechercher si le maintien en détention est justifié par la nécessité d'empêcher la fuite de l'individu soupçonné d'avoir commis des actes répréhensibles. Dans ce cas, les parties peuvent être également appelées à établir la preuve de l'intention de fuite d'un prévenu. « *les pièces du dossier ne révèlent pas que M. Colozza ait (...) l'intention de se soustraire à la justice*⁴¹⁴ ».

405. Si d'ordinaire les plaideurs tentent d'échapper à un objet de preuve subjectif, il faut signaler que dans l'affaire Tyrer qui mettait en cause la légalité de l'application de châtiments corporels sur l'île de Man au regard de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants posés par l'article 3, c'est une véritable subjectivisation qui était recherchée par l'Etat défendeur. Une des questions posées à la Cour était de savoir s'il existait des nécessités

⁴¹¹ Piersak c. Belgique, 1^{er} octobre 1982, série A n° 53, § 30.

⁴¹² Selon la Cour, « *l'impartialité personnelle d'un magistrat se présume jusqu'à preuve du contraire* ». Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique, 23 juin 1981, série A n° 43, § 58 ; Hauschildt c. Danemark, 24 mai 1989, série A n° 154, § 47 ; Padovani c. Italie du 26 février 1993, série A n° 257-B, § 26 ; Campbell et Fell c. Royaume-Uni, 26 juin 1984, série A n° 80, § 84 ; Thorgeir Thorgeirson c. Islande, 25 juin 1992, série A n° 239, § 50.

⁴¹³ Quinn c. France, 22 mars 1995, série A n° 311, § 47. Il importe de rappeler qu'en la matière, l'affaire la plus marquante de l'extradition déguisée a donné lieu à une condamnation de la France par l'arrêt Bozano. Si la question de la nature subjective de la preuve apparaît moins c'est parce que la Cour forme sa conviction « *en adoptant une démarche globale et en se fondant sur un faisceau d'éléments concordants* » pour établir qu'il s'agissait « *en réalité d'une mesure d'extradition déguisée, destinée à tourner l'avis défavorable que la chambre d'accusation de la cour d'appel de Limoges avait exprimé (...), et non d'une « détention » nécessaire dans le cadre normal d'une procédure d'expulsion* » ; Bozano c. France, 18 décembre 1986, série A n° 111, § 60. G. COHEN-JONATHAN – La France et la Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt Bozano c. France (18 décembre 1986), *R.T.D.E* 1987, p. 255 ; F. SUDRE – La première affaire française devant la Cour européenne des droits de l'homme, *R.G.D.I.P* 1986, p. 533.

⁴¹⁴ Colozza c. Italie, 12 février 1985, série A n° 89, § 28.

locales au sens de l'ancien article 63 § 3 de la Convention telles que, malgré son caractère dégradant, la peine corporelle n'enfreindrait pas l'article 3. Pour rapporter cette preuve, le Royaume-Uni, à travers l'Attorney-General de l'île de Man, entendait établir que « *les châtiments judiciaires corporels passent dans l'île pour un moyen nécessaire de dissuasion et de défense de l'ordre* ». La Cour rejeta l'exception tirée de l'existence de nécessités locales en estimant que « *les convictions et l'opinion publique locale* » ne pouvaient servir de preuve en la matière⁴¹⁵.

406. Hormis ce cas exceptionnel, la recherche d'une « objectivation » de l'approche des faits controversés est constante chez les sujets du droit à la preuve. Face à un fait de nature subjective, le juge va généralement chercher à déplacer l'objet de la preuve afin d'offrir aux plaideurs la possibilité d'établir un fait plus aisé à démontrer. La distinction des faits subjectifs et objectifs est donc importante pour l'évaluation de la charge effective de la preuve et pour l'appréciation de l'attitude du juge face à certaines offres de preuve. Pour des raisons comparables, la distinction des faits positifs et négatifs doit également retenir l'attention.

b) Faits positifs et faits négatifs

407. La théorie de la preuve a depuis longtemps systématisé l'opposition des faits positifs et des faits négatifs⁴¹⁶. Un plaideur est face à un fait négatif toutes les fois qu'il doit rapporter la preuve qu'il n'a pas accompli une action donnée, ou qu'il n'était pas présent en lieu donné. Ce type de fait se distingue des faits positifs qui se sont réellement produits. Cette distinction importe pour autant qu'il est plus facile de rapporter la preuve d'un fait positif que d'un fait négatif.

408. La survenance d'une proposition négative dans le procès peut être résolue par un renversement de la charge de la preuve. La Cour peut choisir d'imposer à une partie la charge d'une preuve négative. La présomption mettant à la charge de l'Etat la preuve que les autorités nationales n'ont pas causé les atteintes à l'intégrité physique à ceux qui établissent à l'aide de témoignages et de certificats médicaux qu'ils ont été victimes de traitements

⁴¹⁵ Tyrer c. Royaume-Uni, 25 avril 1978, série A n°26, § 38.

⁴¹⁶ J. LARGUIER – La preuve d'un fait négatif, *R.T.D.C.* 1953, p. 1.

apparemment contraires à l'article 3, montre que la Cour entend clairement désavantagé l'Etat défendeur en lui attribuant la charge d'une preuve négative⁴¹⁷.

409. Par ailleurs, la Cour en ce domaine agit de manière raisonnable en refusant d'imposer systématiquement aux Etats des preuves négatives lorsqu'elle est convaincue qu'il y a eu ingérence dans l'exercice d'un droit. Elle pourrait en effet estimer qu'une fois l'ingérence prouvée, la preuve de la justification repose entièrement sur l'Etat défendeur⁴¹⁸.

410. Lorsqu'un fait négatif survient dans le débat judiciaire, il appartient à la Cour de moduler le fardeau de la preuve en proposant aux parties de démontrer des faits connexes ou en se montrant peu exigeante pour établir sa conviction. Ce type d'arbitrage est classique dans le droit de la preuve, d'autant qu'il peut s'appliquer à d'autres catégories de faits.

c) Faits constitutionnels et faits ordinaires

411. La distinction des faits constitutionnels et ordinaires est empruntée à la littérature juridique anglo-saxonne⁴¹⁹. Elle vise à opposer les situations qui affectent l'ensemble des individus sur un territoire donné à celles qui ne concernent qu'un individu déterminé. Le terme constitutionnel est synonyme de général, et exprime l'idée que le fait en débat déborde le cas d'espèce par son ampleur. On peut ranger dans cette catégorie la situation de violation systématique des droits de l'homme⁴²⁰ ou l'existence d'un « *cas de guerre* » ou « *d'autre danger public menaçant la vie de la nation* » justifiant une dérogation à

⁴¹⁷ Par exemple, Ribitsch c. Autriche, 4 décembre 1995, série A n°336, § 34 : « *De l'ensemble des éléments soumis à son appréciation, la Cour conclut que le Gouvernement n'a pas établi de manière satisfaisante que les blessures du requérant eussent été causées autrement que - exclusivement, principalement ou partiellement - par les traitements subis pendant la garde à vue* ».

⁴¹⁸ M-A EISSEN – La présentation de la preuve dans la jurisprudence et la pratique de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, in *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles, 3ème colloque du département des droits de l'homme de l'Université Catholique de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 153.

⁴¹⁹ A. SHERLOCK – Facts, evidence and opinion in constitutional litigation : the experience of Ireland, *I.C.L.Q.* 1991, vol. 4, p. 425. Présentant la notion de « constitutional facts » elle déclare : « *They relate not to the particular parties to the litigation but to general social and economics developments* », p. 427.

⁴²⁰ G. COHEN-JONATHAN – *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 127-129 ; M. T. KAMMINGA – Is the European convention on human rights sufficiently equipped to cope with gross and systematic violations ?, *N.Q.H.R.*, vol. 12, 1994, p. 153 ; A. REIDY ; F. HAMPSON ; K. BOYLE – Gross violation of human rights : invoking the European convention on human rights in the case of Turkey, *N.Q.H.R.*, vol. 15, 1997, p. 161 ; J-F FLAUSS – La Cour de Strasbourg face aux violations systématiques des droits de l'homme, in *Pouvoirs et liberté, Les droits de l'homme au seuil du 3ème millénaire, mélanges en hommage à P. LAMBERT*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 342 ; E. WYLER – *L'illicite et la condition des personnes privées, la responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 1995, p. 62.

la Convention sur la base de l'article 15 § 1⁴²¹. On peut également y inclure la preuve de la réglementation nationale applicable ou de l'état de la protection des droits de l'homme dans un ou plusieurs Etats qu'ils soient membres du Conseil de l'Europe⁴²² ou non⁴²³.

412. La distinction opérée est d'une grande importance car la victime de la violation des droits de l'homme peut manquer du pouvoir d'expertise nécessaire à la réunion des éléments décisifs qui établissent la survenance de ces événements. Pour pallier ce déficit, la Cour peut autoriser la participation des *amici curiae*, principalement pour présenter le contexte juridique dans un Etat partie sur une question donnée ou pour l'aborder à travers une démarche comparative. Cette distinction affecte le choix des moyens de preuve présentés au juge puisqu'elle invite, s'agissant des faits constitutionnels, à faire appel à des rapports émis par des organisations internationales parce qu'ils sont une source d'informations fiable et neutre.

2 - La controverse sur la qualification juridique des faits

413. Lorsque la jurisprudence fait de la qualification un objet de la preuve, ce n'est que par élision d'une étape préalable de preuve. La qualification devient l'objet apparent de la preuve (a) lors même que le fait demeure son objet immédiat (b).

a) La qualification juridique des faits, objet apparent de la preuve

414. L'œuvre de la Cour montre qu'en divers aspects, la sémantique de la preuve est appliquée à la qualification juridique, tantôt en considérant la qualification juridique dans sa globalité, tantôt en accolant au fait matériel un certain caractère qui serait objet de la preuve.

415. Parmi les décisions relevant de la première catégorie, la qualification juridique prise comme objet apparent de la preuve, résulte parfois des termes de la Convention. Témoin

⁴²¹ Lawless c. Irlande, 1^{er} juillet 1961, série A n°3, § 23-30 ; Irlande c. Royaume-Uni, 18 janvier 1978, série A n° 25, § 205 ; K. ROGGE – Fact-finding, in R. S. J. MACDONALD et al. – *The European system for the protection of human rights*, Kluwer Academics Publishers, 1993, p. 679 ; J. VELU – Le contrôle des organes prévus par la Convention européenne des droits de l'homme sur le but, le motif et l'objet des mesures d'exception dérogeant à cette convention, in *Mélanges H. ROLIN, Problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, p. 462 et spécialement les pages 475-476.

⁴²² Ainsi en est-il de la preuve de l'existence d'une communauté de principes au sein des Etats contractants, voir *infra*.

⁴²³ Dans les contentieux relatifs aux risques de traitements contraires à l'article 3 encourus par des personnes expulsées, la Cour tient compte de l'état de la protection des droits de l'homme dans le pays vers lequel la victime est expulsée. Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni, 30 octobre 1991, série A n° 215, § 103 ; Cruz Varas et autres c. Suède, 20 mars 1991, série A n° 201, §69-70 ; Chahal c. Royaume-Uni, 15 novembre 1996, Recueil 1996-V, § 97 ; Soering c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, série A n° 161.

de cette affirmation, cet emploi de la sémantique de la preuve dans le cadre de l'article 1 du Protocole n°1 : « *le gouvernement consacre l'essentiel de son argumentation à prouver que les intéressées ne disposaient d'aucun « bien » au sens de l'article 1 du protocole n°1*⁴²⁴ ». De même, la Convention renvoie souvent à des conditions juridiques formulées de façon évaluative. Les plaideurs sont ainsi appelés à administrer la preuve de l'existence de nécessités locales⁴²⁵ de nature à justifier l'ingérence dans l'exercice d'un droit, celle de l'état d'urgence⁴²⁶, du caractère effectif d'un recours ou du caractère raisonnable de la durée d'un procès⁴²⁷.

416. La seconde série d'hypothèses résulte le plus souvent de précisions jurisprudentielles. Le caractère peut être exigé de manière constante. Ainsi, dans le cadre de l'examen de l'exception de non-épuisement des voies de recours internes, le juge exige de l'Etat qu'il établisse le caractère effectif du recours que le requérant n'a pas utilisé⁴²⁸. De même, lorsqu'elle contrôle l'existence d'une discrimination dans la jouissance d'un droit, la Cour requiert la preuve d'une justification objective et raisonnable. C'est ce qui ressort de l'arrêt *Stubbings et autres c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1996, qui précise que « *toute différence de traitement n'emporte toutefois pas automatiquement violation de cet article. Il faut établir que des personnes placées dans des situations analogues ou comparables en la matière jouissent d'un traitement préférentiel et que cette distinction ne trouve aucune justification objective ou raisonnable*⁴²⁹ ». Parfois, le caractère demandé dépend des aléas de l'affaire. Ainsi, l'arrêt *Deumeland* met à la charge de l'Etat la preuve du caractère passager de l'encombrement du rôle de la juridiction nationale⁴³⁰. Dans l'affaire *Mehemi c. France* du 26 septembre 1998, la Cour met à la charge de l'Etat la preuve le caractère insurmontable de certains obstacles juridiques : « *en raison notamment du passé pénal du requérant, l'entrée et*

⁴²⁴ *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis*, 9 décembre 1994, série A n°301-B, p. 84, § 58.

⁴²⁵ Article 56 § 3.

⁴²⁶ Article 15 de la Convention.

⁴²⁷ Respectivement, articles 13 et 6 § 1 de la Convention.

⁴²⁸ *Dalia c. France*, 19 février 1998, Recueil 1998-I, § 38 ; *Vernillo c. France*, 20 février 1991, série A n° 198, pp. 11-12, § 27. La même manière de procéder peut-être constatée devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme ; *Velásquez Rodríguez*, exceptions préliminaires, 26 juin 1987, série C n° 1, § 88 ; *Fairén Garbi y solis Corrales*, exceptions préliminaires, 26 juin 1987, série C n° 2, § 87 ; *Neira Alegria y otros*, exceptions préliminaires, 11 décembre 1991, série C n° 13, § 30, *Cantoral Benavides*, exceptions préliminaires, 3 septembre 1998, Informe annual, 1998, annexe XXVI, § 31. D. DE BRUYN et al. – *Les exceptions préliminaires dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 68 ; E. PICARD – L'article 26, in L.E. PETTITI, E. DECAUX, P-H. IMBERT – *La Convention européenne des droits de l'homme*, commentaire article par article, op. cit., p. 603-610.

⁴²⁹ *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1996, § 72 ; *Fredin c. Suède* (n° 1), 18 février 1991, série A n°192, p. 19, § 60.

⁴³⁰ *Deumeland c. Allemagne*, 29 mai 1986, série A n° 100, p. 28, § 82. H. c. France, 24 octobre 1989, série A n°162-A, § 56.

l'installation de celui-ci sur le territoire de cet Etat se heurteraient sans nul doute à des obstacles juridiques dont le Gouvernement n'a pas démontré qu'ils fussent surmontables ⁴³¹».

417. On pourrait en conclure que la mission des parties s'étend au-delà de la preuve de faits matériels et vise à l'établissement de la qualification et qu'à l'instar du droit administratif français, la Convention requiert, dans son application à des cas concrets, la dissociation de l'objet de la preuve en deux éléments, l'un matériel, l'autre « *juridique* ». Cette séparation entraînerait alors un dédoublement de l'effort de preuve de nature à désavantager celui qui en supporte la charge.

418. Pour que ces observations soient considérées comme justes, il faut préciser qu'elles rendent compte de la face la plus apparente de la pratique judiciaire. La qualification est l'objet ultime des arguments avancés dans le débat judiciaire, mais elle n'est pas de manière directe l'objet de la preuve. Le cheminement à effectuer pour passer de l'établissement des faits à la déclaration de leur valeur juridique est si rapide que le juge peut en taire l'existence, au risque de brouiller les divisions sereinement établies par la science du droit. Mais cela n'équivaut pas à un renversement de perspective niant que le fait est l'objet immédiat de la preuve.

b) Le fait, objet immédiat de la preuve

419. Dans toutes les situations où la rhétorique de la preuve se rapporte à un élément de qualification, la juridiction occulte son pouvoir discrétionnaire d'attribuer certains caractères juridiques à des faits. En réalité, certaines opérations de qualification se réalisent à partir de critères précis. Chacun d'eux peut constituer un objet de la preuve, mais il appartient au juge seul de conclure à la qualification juridique. A cela s'ajoute le fait qu'il peut ne pas s'estimer lié par lesdits critères. Ainsi, dans toutes ces situations, la qualification juridique n'est pas l'objet immédiat de la preuve, le fait demeure la cible directe de la preuve.

420. Dire d'un délai qu'il n'est pas raisonnable c'est apprécier une période et lui appliquer une certaine qualification juridique. Mais, cette opération de qualification se décline en diverses opérations qui impliquent la mise en œuvre d'un processus probatoire. Selon la Cour, elle apprécie le caractère raisonnable en fonction de la complexité de l'affaire, et du rôle joué par les parties. Chacun de ces critères peut faire l'objet d'une opération de preuve de

⁴³¹ Mehemi c. France, 26 septembre 1997, Recueil 1997-VI, § 36.

sorte qu'une opération de qualification est constituée en partie par plusieurs opérations de preuve.

421. L'article 5 § 4 de la Convention oblige l'Etat à garantir qu'une juridiction statue sur la légalité des motifs d'une détention dans un bref délai. Cette exigence n'est pas satisfaite si, dès lors que la Cour a relevé l'existence d'un délai exagéré, le gouvernement ne parvient pas à justifier par des motifs exceptionnels la durée litigieuse. S'agissant de l'internement psychiatrique d'un de ses ressortissants, le gouvernement polonais n'a pas réussi à démontrer la présence de tels motifs pour justifier un intervalle trop long relatif à la production d'un rapport d'expertise. Il se serait acquitté de sa charge s'il avait notamment établi qu'il y avait en l'espèce « *un lien de causalité entre, d'une part, la complexité des questions médicales ayant valablement pu être prises en considération pour évaluer l'état de santé du requérant et, d'autre part, le retard intervenu dans la préparation du rapport d'expertise*⁴³² ». Il en est de même pour la preuve du caractère effectif du recours qui peut être prouvé par la production de décisions juridictionnelles rendues dans des situations comparables et qui correspondent aux exigences de la Convention. C'est pourquoi la Cour constate l'absence d'accessibilité et d'efficacité exigée par l'article 5 § 4 de la Convention à propos d'un recours prévu par la Constitution turque. En effet, le dossier de l'affaire Sakik ne contenait aucune décision montrant qu'une personne en garde à vue avait utilisée cette voie de recours et obtenu un jugement sur la légalité de sa détention ou sa libération⁴³³. C'est pour le même motif que la Cour rejette l'exception préliminaire du gouvernement grecque dans l'affaire Stamoulakatos. Le gouvernement s'opposait à la recevabilité de la requête en s'appuyant sur le fait que le requérant aurait pu récuser le juge qu'il estimait partial et que s'il ne l'avait pas fait, c'était en raison d'une interprétation erronée de son conseil. Selon la Cour « *le gouvernement n'avance aucun élément contrôlable, par exemple la jurisprudence ou la doctrine, qui aurait dû inciter ledit avocat à s'interroger sur l'exactitude de sa lecture de la loi*⁴³⁴ ».

⁴³² Musial c. Pologne, 25 mars 1999, Recueil 1999-II, § 47.

⁴³³ Sakik et autres c. Turquie, 26 novembre 1997, Recueil 1997-VII, § 53.

⁴³⁴ Stamoulakatos c. Grèce, 26 novembre 1997, Recueil 1997-VII, § 26 ; Hautschildt c. Danemark, 26 mai 1989, série A n°154, § 44 ; De Jong, Baljet et Van Den Brink c. Pays-Bas, 22 mai 1984, série A n°77, p. 19, § 39.

B – La preuve de l'existence d'une base légale

422. A l'instar des autres juridictions internationales, la Cour considère le droit national comme un fait⁴³⁵. Il surgit comme objet de la preuve dès lors que le terme « loi » employée par le texte de la Convention implique que la Cour recherche s'il existe une base légale de nature à justifier des actes prétendument contraires aux obligations internationale des Etats contractants. Comme elle le rappelle dans l'affaire Kopp c. Suisse, « elle a toujours entendu le terme « loi » dans son acception « matérielle » et non « formelle » ; elle y a notamment inclus le « droit non écrit »⁴³⁶. Ainsi, dans l'affaire Valenzuela Contreras c. Espagne, 30 juillet 1998, l'article 18, paragraphe 3 de la constitution espagnole est considérée comme une loi⁴³⁷ et dans l'affaire Silver elle accepte comme loi un règlement pénitentiaire en estimant qu'il avait une force juridique suffisante⁴³⁸.

423. La mise en cause d'une responsabilité étatique devant la Cour peut donner lieu à deux types de situation comportant l'établissement d'une base légale⁴³⁹. En effet, il n'est pas rare que le droit de la Convention fasse de l'existence d'une base légale une condition de validité de certains actes imputables aux Etats. A cette activité probatoire quasi quotidienne au palais des droits de l'homme s'ajoute une autre, moins fréquente, dans laquelle c'est l'existence même d'une base légale qui est constitutive de la violation. En quelque sorte, la réalité contentieuse oppose la preuve de la violation par défaut de loi (1) à la preuve de la violation par excès (2).

1 - La preuve de la violation pour défaut de « loi »

424. Le cas le plus fréquent est la démonstration de l'existence d'une base légale susceptible de fonder l'ingérence dans l'exercice d'un droit. Le régime juridique des droits conditionnels est édifié à partir d'une structure simple et stéréotypée. Certains droits, comme le droit au respect de la vie privée, le droit à la liberté de conscience, le droit à la liberté

⁴³⁵ K. ROGGE – Fact-finding, in R. S. J. MACDONALD et al. – *The European system...*, op. cit., p. 680-682.

⁴³⁶ Kopp c. Suisse, 25 mars 1998, Recueil 1998-II ; Kruslin et Huvig c. France du 24 avril 1990, série A n° 176-A, § 29, et n° 176-B, § 28 ; V. COUSSIRAT-COUSTERE – Article 8 § 2 ; in P-H IMBERT ; E. DECAUX ; L-E PETTITI – *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, 2^{ème} édition, Paris, Economica, 1999, p. 334 ; G. COHEN-JONATHAN – Article 10, *ibidem*, p. 390.

⁴³⁷ Valenzuela Contreras c. Espagne, 30 juillet 1998, Recueil 1998-V,

⁴³⁸ Silver et autres c. Royaume-Uni, 25 mars 1983, série A n° 61, § 86.

⁴³⁹ Sur la conception de la « loi » dans la Convention voir en particulier : E. KASTANAS – *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 27.

d'expression, le droit à la liberté d'association, peuvent faire l'objet d'une ingérence dont l'Etat assume la responsabilité internationale⁴⁴⁰. Cette ingérence n'est compatible avec les obligations conventionnelles que si elle est prévue par une loi, si elle poursuit un but légitime et si elle est nécessaire dans une société démocratique. C'est donc le texte de la Convention qui détermine, dans la mesure où la justification d'une ingérence est nécessaire, la démonstration de l'existence d'une loi.

425. La Convention pourrait également requérir la preuve d'une loi lorsqu'elle estime que seul un tribunal établi par la loi peut satisfaire aux exigences du procès équitable⁴⁴¹. Elle fait encore appelle à cette preuve dans le cadre de l'application de l'article 7 de la Convention qu'elle intitule « *pas de peine sans loi* ». Dans toutes ces hypothèses, si la loi, au sens de la jurisprudence européenne, vient à manquer, la Cour conclut à la violation des droits de l'homme. Mais, la Cour a déjà eu l'occasion de prononcer des violations parce qu'elle estimait que certaines lois étaient contraires à la Convention.

2 - La preuve de la violation fondée sur l'existence de « loi »

426. Les parties peuvent être amenées à établir qu'une loi constitue par sa seule existence une violation de la Convention. Selon l'arrêt Johnson, l'article 25 (art. 25) habilite les particuliers à soutenir qu'une loi viole leurs droits par elle-même, en l'absence d'acte individuel d'exécution, s'ils risquent d'en subir directement les effets⁴⁴². Dès l'affaire Klass et autres, la juridiction internationale avait en effet admis que les requérants dénoncent une violation des articles 8 et 6 de la Convention dans la mesure où la législation en vigueur en Allemagne habilitait les autorités à surveiller secrètement les correspondances et les communications téléphoniques alors qu'ils n'avaient fait l'objet d'aucune mesure de surveillance. Cette jurisprudence, qui élargit considérablement la notion de victime, permet notamment de dénoncer des législations incriminant les relations homosexuelles entre adultes consentants⁴⁴³, et de mettre en cause de la situation légale faite en Belgique aux enfants nés hors mariage⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ Cette énumération est celle des droits consacrés des articles 8 à 11 de la Convention. Sur la restriction aux droits de l'homme voir F. SUDRE – *Droit international et européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 148.

⁴⁴¹ Article 6 § 1 : « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) par un tribunal (...) établi par la loi ».

⁴⁴² Johnson c. Royaume-Uni, 24 octobre 1997, Recueil 1997-VII, § 42 ; Marckx, 13 juin 1979, série A n° 31, § 27.

⁴⁴³ Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, série A n° 45 ; Modinos c. Chypre, 22 avril 1993, série A n° 259.

⁴⁴⁴ Marckx c. Belgique, 13 juin 1979, op. cit.

427. Considérées sous l'angle de la charge effective de la preuve, les situations dans lesquelles surgit l'exigence de la preuve d'une base légale appellent peu d'observations. En effet, ce type de preuve est généralement facile à établir dans la mesure où elle peut résulter de la simple présentation d'un texte ou de décisions de justice attestant l'existence de la norme en question. La facilité est augmentée par l'interprétation extensive de la notion de « loi » au sens de la Convention. C'est dire l'emprise de l'interprétation sur les conditions de succès de l'effort de preuve et rappeler que c'est la norme applicable au litige qui est l'outil de contrôle de la pertinence des offres de preuve.

Sous-section 2 – L'instrument du contrôle de pertinence : les normes applicables au litige

428. On sait que la pertinence est le rapport de convenance qui unit les allégations de fait à la règle de droit. Or, la règle de droit est dégagée par le juge au moyen de l'interprétation. Par conséquent, lorsqu'elle réalise son contrôle de pertinence, la Cour est comparable à l'ouvrier qui tente d'emboîter les divers éléments nécessaires à la construction d'un édifice. Cette entreprise d'autant plus délicate qu'elle est concomitante de la recherche de la norme adéquate à la solution du litige. La pertinence est ainsi davantage le résultat d'une décision que d'une simple comparaison entre la règle et les offres de preuve présentées.

429. De manière synthétique, on peut distinguer deux niveaux différents de contrôle de pertinence. Le premier niveau fait appel à la notion de pertinence normative (§ 1) tandis que le second mérite la qualification de pertinence empirique (§ 2).

§ 1 – Le premier niveau du contrôle de pertinence : la pertinence normative

430. Les textes de la Convention ne prévoient pas l'infinie variété des faits contingents qui s'offrent à leur application⁴⁴⁵. Pour résoudre le litige, le juge européen est ainsi appelé à décider si un acte particulier imputable à un Etat partie est prohibé par la Convention ou si au contraire il est compatible avec elle. Par exemple, alors que les stipulations de la Convention ne concernent pas de manière explicite les écoutes téléphoniques, elle doit dégager de l'article 8 une norme (ou une série de normes) qui détermine dans quelles conditions ce type d'écoute doit être considéré comme attentatoire au

⁴⁴⁵ O. DE SCHUTTER – L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme : un essai en démolition, *R.D.S.D.P* 1992, p. 84.

respect de la vie privée au sein de la communauté conventionnelle⁴⁴⁶. Afin d'illustrer ce raisonnement, considérons une espèce simple qui semble apparemment fort éloigné des problèmes de preuve.

431. L'arrêt *Hornsby* consacre le droit à l'exécution des décisions de justice comme partie intégrante du droit à un procès équitable⁴⁴⁷. La norme peut être formulée de la manière suivante : les autorités nationales doivent s'assurer de l'exécution des jugements prononcés dans leur espace souverain. La violation de cette norme est sanctionnée par le constat de la responsabilité de l'Etat sur le fondement de l'article 6 de la Convention de sorte que la formulation précédente peut être complétée en indiquant que si une décision de justice demeure sans suite, alors l'Etat doit être condamné sur la base de l'article 6 de la Convention. Il apparaît ainsi que l'interprétation de la Cour attribue une certaine valeur juridique à l'inexécution des jugements. C'est cette valeur juridique, cette force opératoire (puisqu'elle permet la mise en œuvre de la règle de droit), qui est la substance de la pertinence normative. Autrement dit, il est pertinent de prouver qu'un jugement n'est pas appliqué pour entraîner l'application de la règle du procès équitable.

432. Cette réalité du jugement appelle plusieurs observations au plan théorique. Tout d'abord, il y a lieu de noter que la découverte de la pertinence d'un fait entre dans le processus d'individualisation de la règle de droit⁴⁴⁸. Elle consiste en l'attribution d'une certaine valeur juridique à des faits concrets réputés appartenir à l'hypothèse de la règle de droit. Or, l'attribution de cette valeur est un acte de volonté du juge. Elle ne préexiste pas au jugement, c'est lui qui inscrit un nouveau fait à l'intérieur du champ d'application de la norme.

433. Sur le plan méthodologique, il apparaît que l'étude de la preuve implique un déplacement de l'angle d'observation de l'interprétation. Il ne s'agit plus de partir de la règle de droit interprétée en vue d'une application aux faits, mais de considérer la dialectique qui, partant des faits, suscite l'application d'une règle qui n'aura d'effectivité qu'à travers son individualisation. Tout l'intérêt de cette perspective est de rappeler que la volonté de l'interprète authentique du droit se manifeste en premier lieu par le choix des faits qui entrent

⁴⁴⁶ *Kruslin c. France*, 24 avril 1990, série A n°176-A ; *Huvig c. France*, 24 avril 1990, série A n°176-B.

⁴⁴⁷ *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, Recueil 1997-II, note O. DUGRIP et F. SUDRE, *JCP G.* 1997, II, 22948.

⁴⁴⁸ H. KELSEN – *La théorie pure du droit*, op. cit., p. 310 : « pour pouvoir être appliquées, les normes générales qui attachent à un fait déterminé, défini de façon abstraite, une conséquence déterminée, également définie de façon abstraite, ont besoin d'être individualisées. Il faut nécessairement qu'il soit établi si un fait que la norme générale définit in abstracto est donné in concreto et il faut nécessairement que soit réalisé pour ce cas concret, c'est-à-dire que soit d'abord ordonné et ensuite exécuté un acte de contrainte concret – prévu lui aussi in abstracto par une norme générale. Par conséquent, l'application d'une norme générale à un cas concret consiste à créer une norme individuelle, à individualiser, ou concrétiser la norme générale ».

dans le champ d'application de la norme, et que, par conséquent, le contrôle de la pertinence est un élément fondamental de la concrétisation des droits de l'homme.

434. En outre, il importe de souligner que ce pouvoir discrétionnaire du juge s'exerce dans le cadre d'une controverse dans laquelle s'exprime des intérêts opposés. Ainsi, la décision qui clôt un choix entre différents possibles, est souvent la consécration d'une ou de plusieurs thèses soutenues par les plaideurs au cours du procès. C'est en ce sens qu'il est possible d'affirmer qu'en dépit des apparences, ce que les parties entendent prouver c'est l'opportunité d'énoncer une certaine norme juridique concrète (ou individuelle), comprise dans le texte de portée générale qu'ils invoquent devant le juge. Paradoxalement, offrir un fait en preuve, c'est le proposer comme apte à déclencher l'application d'une certaine règle, et de ce fait, proposer au juge de consacrer une norme nouvelle⁴⁴⁹. De cette manière, il apparaît que le contrôle de la pertinence fait intervenir un va-et-vient continu entre la prescription juridique abstraite et les données empiriques.

§ 2 – Le deuxième niveau du contrôle de pertinence : la pertinence empirique

435. La notion de pertinence empirique n'exclut évidemment pas toute dimension juridique car le fait empiriquement pertinent n'aura d'existence qu'à travers sa reconnaissance par le juge. Ce qui doit retenir l'attention c'est que l'appréhension de ce type de fait implique la mise en œuvre de raisonnements purement logiques. Cela se comprend aisément dès lors que l'on sait que la pertinence normative vise le rapport entre un fait et une prescription juridique, tandis que la pertinence empirique vise des relations établies entre plusieurs faits. Puisqu'elle n'est pas usuelle en droit français, la notion de pertinence empirique appelle quelques précisions (A). Et pour se convaincre de l'emprise de la logique classique sur les raisonnements qu'elle implique, il paraît utile de présenter brièvement sa modélisation mathématique (B).

⁴⁴⁹ Voir N. BOBBIO – Considérations introductives sur le raisonnement des juristes, *Revue internationale de philosophie*, 1954, fascicule 1-2, n° 27, 28, Théorie de la preuve, colloque international de logique. Dans cet article, le savant auteur soutient que ce que le juriste tente de prouver, c'est la validité d'une norme. Mais, par juriste, il entendait seulement les observateurs du droit positif. Cependant, il apparaît que c'est également l'objectif poursuivi par les plaideurs, dans des conditions différentes, mais comparables.

A - La notion de pertinence empirique

436. Les faits normativement pertinents sont décidés par le juge, mais pour parvenir à les établir, on peut faire appel à d'autres faits qui sont des indices de la réalisation des premiers. Ces faits sont déterminés à partir des règles de la logique aléthique et renvoient au calcul de probabilité. Avant de considérer un exemple tiré de la jurisprudence de la Cour, considérons une expérience de la vie courante. Supposons que le droit attache une importance au fait de fumer dans un ascenseur, le fait qu'une personne pénétrant dans cet appareil sentent une odeur de cigare lui permet d'inférer que quelqu'un a fumé dans cet ascenseur. Simple calcul de probabilité. Ce type de raisonnement est évidemment mené au palais des droits de l'homme.

437. Dans l'affaire *Modinos*, le requérant se plaignait de la criminalisation des relations homosexuelles sur l'île de Chypre. En effet, le code pénal chypriote comprenait une loi qui interdisait les actes homosexuels en privé, et menaçait de poursuites judiciaires les personnes soupçonnées d'avoir contrevenu à cette prescription. Or, le gouvernement chypriote soutenait que cette loi, demeurée inappliquée depuis 17 ans, n'était plus en vigueur. La solution du litige dépendait donc de la question de savoir si cette loi était encore en vigueur ou non.

438. La Cour conclut que le maintien de cette loi caractérisait une atteinte au respect de la vie privée proclamé par l'article 8 de la Convention. Selon le juge de Strasbourg, la non application continue de la loi attaquée « *ne garantit pourtant point, bien entendu, qu'un futur Attorney-General ne décidera pas d'appliquer la loi, surtout si l'on songe aux déclarations ministérielles donnant à penser que les dispositions en cause du code pénal demeurent en vigueur*⁴⁵⁰ ». Cet extrait de la partie « en droit » de l'arrêt renvoie à un passage de la partie relative à l'établissement des faits où l'on peut lire : « *les 11 mai 1986 16 juin 1988 et 29 juillet 1990, des journaux avaient publié des propos de plusieurs ministres de la Justice, défavorables à une modification des textes régissant l'homosexualité. Le 25 octobre 1992, le ministre de l'Intérieur a déclaré à un journal, notamment, que bien que ces textes ne fussent pas appliqués il n'en préconisait pas l'abrogation*⁴⁵¹ ». Ainsi, le fait que des responsables politiques s'opposent à l'abrogation d'une loi autorise à déduire que cette loi est toujours en vigueur.

⁴⁵⁰ *Modinos c. Chypre*, 22 avril 1993, série A n° 259, § 23.

⁴⁵¹ *Modinos c. Chypre*, 22 avril 1993, op. cit., § 9.

439. L'idée de pertinence empirique, méconnue par la littérature juridique française, n'est pas une simple vue de l'esprit. Pour achever de s'en convaincre, encore faut-il montrer qu'elle est susceptible de modélisation mathématique.

B - La modélisation mathématique

440. Les auteurs anglo-saxons, en s'inspirant du théorème de Bayes, ont pu formaliser ce qu'ils appellent la « *logical relevance* »⁴⁵². Un fait est plus ou moins pertinent (au sens empirique) dans la mesure où il renforce ou affaiblit la vraisemblance qu'un fait opératoire s'est produit. Cette relation peut être illustrée par une formule simple :

$$P(H/E) < P(H)$$

441. $P(H/E)$ représente la probabilité que l'hypothèse (H) qui est une certaine version des faits s'est réalisée lorsque l'on dispose de la preuve (E). La relation exprimée ci-dessus signifie que la preuve (E) est pertinente dans la mesure où qu'elle affecte la croyance que certains faits allégués (H) se sont probablement produits. Un certificat médical attestant de l'existence de contusions est une pièce pertinente dans une affaire relative à la protection de l'intégrité physique parce qu'elle rend probable l'idée qu'il y a eu atteinte au corps de la victime.

442. Ce petit détour par le langage mathématique n'est pas superflu, non seulement parce qu'il donne la mesure de la spécificité de la pertinence empirique, mais surtout parce qu'il permet d'éclairer certaines décisions de la Cour européenne des droits de l'homme.

443. Une critique grave reproche au mécanisme international institué par la Convention son incapacité à faire face aux violations systématiques des droits de l'homme⁴⁵³. L'accusation fut notamment instruite par un article signé par A. REIDY, F. HAMPSON et K. BOYLE en 1997⁴⁵⁴ qui reposait en partie sur le refus de la Cour de reconnaître une violation systématique des droits de l'homme en Turquie en s'appuyant sur le fait que la Commission

⁴⁵² MAC CORMICK – On evidence, fifth edition, by J. W. STRAGR, Princeton, Saint-Paul, Minnesota, 1999, p. 637 ; R. O. LEMPERT – Modeling relevance, *Michigan law review*, volume 75, p. 1021 ; L. H. TRIBE – Trial by mathematics : precision and ritual in the legal process, *Harvard law review* 1971, volume 84, n°6, p. 1329 ; M. O. FINKELSTEIN and W. B. FAIRLEY – A bayesian approach to identification evidence, *Harvard law review* 1970, volume 83, n°3, p. 489.

⁴⁵³ M. T. KAMMINGA – Is the European convention on human rights sufficiently equipped to cope with gross and systematic violations ?, *N.Q.H.R.*, vol. 12, 1994, p. 153.

⁴⁵⁴ A. REIDY ; F. HAMPSON ; K. BOYLE – Gross violation of human rights : invoking the European convention on human rights in the case of Turkey, *N.Q.H.R.*, vol. 15, 1997, p. 161.

avait admis plus de soixante requêtes dénonçant l'absence de recours effectif dans cet Etat.

On peut y voir le signe d'une excessive prudence de la Cour à s'avancer sur le terrain des « gross violations ». Mais si l'on considère la position de la Cour sous l'angle de la pertinence empirique, elle paraît assise sur un raisonnement d'une irréprochable logique. La multiplication des recours, dans une région donnée, pour des motifs semblables voire identiques, n'est pas un fait suffisant pour inférer qu'il existe dans cette région et pour ces motifs une violation massive des droits de l'homme. Le nombre de recours en instance ne rend pas probable l'existence d'une pratique administrative. Car, beaucoup de raisons peuvent expliquer l'augmentation soudaine du nombre de requêtes dans une région, de plus, toute requête n'aboutit pas nécessairement à un constat de violation de la Convention. Dès lors, il n'est pas empiriquement pertinent d'arguer d'un certain nombre de recours en instance pour obtenir le constat d'une pratique administrative.

444. La situation est toute autre si l'on se fonde sur le nombre de condamnation prononcée contre un Etat au regard d'une même obligation conventionnelle. C'est ainsi que dans une série d'arrêts en date du 28 juillet 1999, la Cour, relevant l'accumulation des condamnations de l'Italie sur le terrain de la célérité des procès, la Cour conclut à l'existence d'une pratique administrative. Dans l'arrêt Di Mauro⁴⁵⁵ « *la Cour souligne avoir déjà rendu depuis le 25 juin 1987, date de l'arrêt Capuano c. Italie (série A n° 119), 65 arrêts constatant des violations de l'article 6 § 1 dans des procédures s'étant prolongées au-delà du « délai raisonnable » devant les juridictions civiles des différentes régions italiennes. Pareillement, en application des anciens articles 31 et 32 de la Convention, plus de 1400 rapports de la Commission ont abouti à des constats, par le Comité des Ministres, de violation de l'article 6 par l'Italie pour la même raison. La répétition des violations constatées montre qu'il y a là accumulation de manquements de nature identique et assez nombreux pour ne pas se ramener à des incidents isolés. Ces manquements reflètent une situation qui perdure, à laquelle il n'a pas encore été porté remède et pour laquelle les justiciables ne disposent d'aucune voie de recours interne. Cette accumulation de manquements est, dès lors, constitutive d'une pratique incompatible avec la Convention* ».

445. Cette comparaison ne doit pas occulter le fait que la pertinence empirique procède aussi d'une décision. En effet, la dimension empirique ne donne pas prise à des calculs définitifs, mais à un raisonnement probabiliste qui laisse au juge le loisir d'adopter une position volontariste ou une position de repli en se fondant sur la marge d'incertitude

⁴⁵⁵ Di Mauro c. Italie, 28 juillet 1999, § 23, voir également les arrêts Bottazi et Ferrari rendus tous deux le même jour contre l'Italie.

qu'il n'est pas possible de faire disparaître totalement. Au fond, pour décider que la preuve est faite, le juge peut toujours «jouer» de l'espace qui sépare le probable et le «prouvable», pour reprendre le titre d'un ouvrage de L. J. COHEN restée célèbre dans le droit anglo-saxon de la preuve⁴⁵⁶.

446. Les observations qui précèdent enseignent que d'un point de vue général, l'inférence qui conduit le juge d'un indice à un fait et d'un fait à un autre fait considéré comme opératoire de la règle de droit est le raisonnement type de la preuve. Ce qui revient à dire que le cheminement intellectuel de la présomption est l'activité ordinaire impliquée par l'établissement des faits. Il recèle toujours une part irréductible d'aléa et révèle que l'examen de la pertinence est souvent proche de l'évaluation des preuves qui consiste à déterminer la force de la production des parties et des intervenants en vue de décider si les faits avancés se sont réellement produits ou non.

447. Par ailleurs, il importe de rappeler que l'analyse de la pertinence des offres de preuve considère les allégations de fait des parties sous deux angles. Le premier que nous avons désigné comme normatif est le plus crucial car si une offre de preuve n'est pas normativement pertinente, le plaideur qui la produit peut bien perdre son procès. En revanche, la pertinence empirique a des effets moins décisifs puisque plusieurs faits différents peuvent conduire à l'établissement d'un fait normativement pertinent. Au demeurant, l'étude du mécanisme de pertinence montre combien les orientations de fond du droit sont susceptibles d'affecter la charge effective des parties dans le procès.

Section II – Un contrôle traduisant les orientations jurisprudentielles de la Cour

448. L'emprise de l'interprétation sur le contrôle de la pertinence des offres de preuve permet à la Cour d'alourdir ou d'alléger le fardeau de la preuve supporté par les parties. Son étude offre la vision des conséquences concrètes et immédiates de l'interprétation sur l'équilibre du procès. Maniant cet outil avec bienveillance et habileté, l'action de la Cour s'exerce en général en faveur de l'effectivité des droits des droits de l'homme (sous-section I). Mais elle s'accomplit dans un cadre complexe, notamment marqué par l'auto-limitation des

⁴⁵⁶ L. J. COHEN – *The probable and the provable*, Oxford, Clarendon Press, 1977. Voir également le débat qui a opposé cet auteur à G. WILLIAMS. G. WILLIAMS – *The mathematics of proof*, *Criminal law review*, 1979, p. 297 ; L. J. COHEN – *The logic of proof*, *Criminal law review*, 1980, p. 91.

pouvoirs de la Cour. La réalité contentieuse fait ainsi apparaître que la volonté de la Cour se heurte sans cesse au défi de la marge d'appréciation (sous-section II).

Sous-section 1 – L'action de la Cour en faveur de l'effectivité des droits de l'homme

449. La logique de l'effectivité des droits de l'homme se déploie dans toutes les directions et touche à toutes les garanties si bien qu'elle semble rebelle à une systématisation équilibrée qui puisse satisfaire aux exigences minimales de la logique. Devant cette difficulté, l'attention se portera sur les méthodes utilisées par la Cour afin d'éviter une énumération lassante et la tentative infructueuse de relever toutes les occurrences appropriées. Dans cette perspective, on s'aperçoit que l'action du juge peut s'exercer directement sur l'objet de la preuve, en le déplaçant ou en le rendant plus complexe (§1), de même qu'elle peut l'affecter indirectement en aménageant le fond du droit (§2).

§ 1 – L'action directe sur l'objet de la preuve

450. Usant des multiples facettes de son pouvoir d'interprétation, le juge international de Strasbourg peut substituer à un fait apparemment difficile à prouver, un autre dont la preuve est plus aisée. Dans ces circonstances, on dira qu'il opère un déplacement de l'objet de la preuve (A). Le jeu subtil auquel il se livre peut également consister à faire d'un objet de la preuve *a priori* simple, un fait complexe. En présence de ce type d'astuce, on parlera alors d'élargissement de l'objet de la preuve (B).

A – Le déplacement de l'objet de la preuve

451. Deux exemples serviront à illustrer la technique du déplacement de l'objet de la preuve. D'abord celui de l'élargissement de la notion de victime (1), ensuite celui du dédoublement du principe de l'impartialité (2).

1 – L'exemple de la notion de victime

452. Le premier exemple s'appuie sur la technique juridique de la présomption qui est « *le raisonnement par lequel on tient un fait pour établi sur la preuve de l'existence de faits voisins ou connexes*⁴⁵⁷ ». Procédé type du déplacement de l'objet de la preuve⁴⁵⁸, cette technique juridique a permis à la Cour d'alléger le fardeau de la preuve dans le domaine de la recevabilité des requêtes individuelles par un amendement de la notion de victime.

453. L'acception extensive de cette notion dans le cadre de la Convention est suffisamment connue pour que l'on se borne à l'essentiel du propos. La Convention européenne des droits de l'homme subordonne la recevabilité de la requête individuelle à la qualité de victime de son auteur⁴⁵⁹. En principe, « *l'atteinte à des droits ou des libertés individuelles vantée par le requérant doit être prouvée*⁴⁶⁰ ». Mais à côté de cette notion de victime directe, la jurisprudence a développé la notion de « *victime potentielle*⁴⁶¹ ». Elle a ainsi reconnu que tout titulaire des droits consacrés par la Convention peut se prévaloir de la qualité de victime devant la Cour s'il risque de se voir appliquer une législation portant atteinte à ses droits⁴⁶². Il s'opère ainsi un déplacement de l'objet de la preuve. La victime n'a pas à prouver l'atteinte directe des droits de l'homme, il lui suffit de prouver qu'il existe un texte normatif contraire aux exigences de la Convention.

454. Mais la jurisprudence est allée bien au-delà dans l'affaire *Open door* et autres c. Royaume-Uni qui concernait l'interdiction faite à deux associations de diffuser en Irlande des informations sur les possibilités de se faire avorter en Grande-Bretagne. Cet arrêt reconnaît la qualité de victime à deux requérantes qui n'étaient membres d'aucune association, au seul motif « *qu'elles figurent sans conteste parmi les femmes en âge de*

⁴⁵⁷ L. DE GASTINES – *Les présomptions en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 15. Sur cette notion classique en droit voir en plus des manuels généraux, par exemple J. WROBLEWSKI – Structure et fonctions des présomptions juridiques, in C. PERELMAN et P. FORIERS – *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 41

⁴⁵⁸ L. DE GASTINES – *Les présomptions en droit administratif*, op. cit., p. 20 ;

⁴⁵⁹ Article 34 de la Convention.

⁴⁶⁰ D. DE BRUYN et al. – *Les exceptions préliminaires dans la Convention européenne des droits de l'homme*, p. 79. K. ROGGE – Fact-finding, in R. MAC DONALD et al. (Ed.) – *The European system...*, op. cit., p. 686 : « *The commission requires as a rule that applicants produce some evidence of their allegations* ».

⁴⁶¹ *Klaas* et autres c. Allemagne, 6 septembre 1978, op. cit., §§ 34 et 36.

⁴⁶² P. WACHSMANN – *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, Cours, 3ème édition, 2000, p. 231 ; R. ABRAHAM – Article 25, in L-E. PETTITI ; E. DECAUX ; P-H. IMBERT – *La Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., 587.

procréer pouvant pâtir des restrictions incriminées»⁴⁶³. Par cette interprétation libérale, les deux requérantes furent dispensées de prouver l'atteinte directe dans l'exercice d'un droit issu de la Convention puisque la Cour se contenta de la preuve de leur âge et de leur appartenance au sexe féminin, éléments tous deux extrêmement faciles à établir.

455. A travers la présomption, la technique de la preuve a ainsi servi de support à la volonté d'ouvrir au plus grand nombre le prétoire de la Cour comme elle a pu, par ailleurs, donner de la vigueur à certaine exigence du procès équitable.

2 - L'exemple du principe d'impartialité

456. Le contrôle du respect du principe d'impartialité par les juridictions nationales se caractérise par la fréquence du recours à la technique du déplacement de la preuve. On sait que selon la jurisprudence de la Cour, les tribunaux nationaux doivent assurer aux justiciables le bénéfice de leur impartialité objective et les protéger de la partialité subjective de leurs membres. Cependant, « *comme la preuve du contraire peut s'avérer difficile s'agissant de l'impartialité subjective, la Cour opère volontiers un glissement vers l'aspect objectif* »⁴⁶⁴. Il n'est guère contestable que l'apparition de la notion d'impartialité objective a constitué une alternative satisfaisante à la difficulté de rapporter la preuve du préjugé et de la conviction personnelle du juge qui établit de la partialité subjective. La Cour l'a rappelé à maintes reprises, l'appréciation objective de l'impartialité « *consiste à se demander si indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier* »⁴⁶⁵. Elle s'appuie sur « *des considérations de caractère fonctionnel et organique* »⁴⁶⁶. L'appréciation qu'elle implique accorde une grande place aux apparences de sorte que « *tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité* » doit se récuser. Cependant, en appliquant critère de la crainte légitime la Cour se défend de montrer trop de complaisance à l'égard des sentiments des justiciables. « *Pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une raison légitime de redouter d'un*

⁴⁶³ Open door et autres c. Irlande, 29 octobre 1992, série A n°246-A, V. COUSSIRAT-COUSTERE – La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1992, *A.F.D.I* 1992, p. 629 ; E. DECAUX et P. TAVERNIER – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 1992), *J.D.I* 1993, p. 751-755 ; note F. RIGAUX – La diffusion d'informations relatives aux interruptions médicales de grossesse et la liberté d'expression, *R.T.D.H* 1993, p. 345 ; note F. SUDRE – L'interdiction de l'avortement : le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l'homme, *R.F.D.C* 1993, p. 216.

⁴⁶⁴ V. COUSSIRAT-COUSTERE – La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1996, *A.F.D.I* 1996, p. 767.

⁴⁶⁵ Hauschildt c. Danemark, 24 mai 1989, série A n° 154 ; Perote pellon c. France, 25 juillet 2002, § 43.

⁴⁶⁶ De Cubber c. Belgique, 26 Août 1984, série A n°86, § 26.

juge un défaut d'impartialité, l'optique de l'accusé entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées⁴⁶⁷ ».

457. Ces appréhensions apparaissent justifiées lorsque par exemple un parlement où siègent deux parlementaires injuriés dans un article de presse est chargé de juger l'auteur de l'article offensant⁴⁶⁸. Elles le sont également dans l'hypothèse où un magistrat, ayant assumé les fonctions de juge instructeur dans une affaire correctionnelle préside ensuite la cour d'assises dans la même affaire⁴⁶⁹. En revanche, un juge ne sera pas tenu pour partial au seul motif qu'il avait déjà pris une décision concernant le requérant avant la procédure litigieuse⁴⁷⁰. La solution du litige dépendra de son degré d'implication dans le traitement aux étapes antérieures de l'affaire.

458. Pourtant on peut douter de la réalité du caractère objectif des faits pertinents qui fondent le contrôle de la Cour. La partialité objective requiert la preuve d'une crainte, d'un doute, qui sont en soi des faits subjectifs. Les juges VAN DIJK et MATSCHER, dans leur opinion dissidente sur l'affaire De Haan, dénoncèrent cette ambiguïté. En s'appuyant notamment sur l'arrêt *Borgers*⁴⁷¹, ils déclaraient que la Cour avait parfois « *mis un accent considérable sur la perception subjective de l'accusé ou d'une autre partie à la procédure, conférant ainsi à l'application du critère d'impartialité objective un caractère principalement subjectif*⁴⁷² ».

459. Il est vrai que la rhétorique de l'objectivité permet à la Cour d'asseoir son raisonnement avec plus de fermeté même si elle se livre parfois à l'appréciation d'éléments aléatoires. En réalité, la jurisprudence de Strasbourg exerce le contrôle de l'impartialité en couplant des faits purement objectifs (comme la composition de la juridiction) et des faits subjectifs (la crainte légitime de la partialité). Le caractère légitime de la crainte signifie que la Cour ne se réfère pas simplement aux appréhensions du requérant en l'espèce mais à un standard⁴⁷³ qu'elle élabore à partir de sa volonté d'imposer une certaine image de la justice

⁴⁶⁷ *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, 25 juin 1992, série A n° 239, § 51.

⁴⁶⁸ *Demicoli c. Malte*, 27 Août 1991, série A n°210, § 40.

⁴⁶⁹ *De Cubber c. Belgique*, 26 Août 1984, série A n°86, § 29.

⁴⁷⁰ *Hauschildt c. Danemark*, 24 mai 1989, série A n° 154, § 50.

⁴⁷¹ *Borgers c. Belgique*, 30 octobre 1991, série A n° 214-B, § 26.

⁴⁷² *De haan c. Pays-Bas*, 26 août 1997, Recueil 1997-IV.

⁴⁷³ Technique de formulation de la règle de droit, « *le standard vise à permettre la mesure de comportements et de situation en termes de normalité, dans la double acception du terme* » selon les termes de S. RIALS – *Le juge administratif et la technique du standard, essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 120.

dans l'espace de la Convention. C'est d'ailleurs à travers ce standard qu'elle peut objectiver son appréciation de la partialité des juges en dépit de la prise en compte de faits subjectifs.

460. En fait, pour faire vivre ses orientations jurisprudentielles, la Cour fait continuellement preuve d'un pragmatisme qui modèle à loisir l'objet de la preuve. Dès lors, son arsenal ne saurait se réduire au déplacement de l'objet de la preuve.

B – L'élargissement de l'objet de la preuve

461. La technique de l'élargissement de l'objet de la preuve permet aux plaideurs de passer de la preuve d'un fait simple à la preuve d'un fait complexe. Il en est ainsi à chaque fois que la Cour ne se contente pas de la preuve d'un fait controversé, mais exige également qu'il possède certains caractères. Par exemple, lorsqu'un Etat s'oppose à la recevabilité d'une requête individuelle en soulevant l'exception de non-épuisement des voies de recours internes, il doit prouver d'une part qu'il existait des recours que le plaignant n'a pas utilisés, mais également que ces derniers auraient été effectifs⁴⁷⁴. Cette méthode est encore plus surprenante lorsque son usage s'accompagne d'une distribution adaptée de la charge de la preuve. S'agissant du contrôle du délai des procédures judiciaires, un encombrement passager du rôle des juridictions nationales peut justifier une durée en apparence déraisonnable. La preuve de l'encombrement du rôle des juridictions peut reposer sur la victime tandis que la preuve du caractère passager de l'excès d'affaires pendantes peut être attribuée à l'Etat⁴⁷⁵.

462. On serait tenté de ranger dans la catégorie de l'élargissement les hypothèses dans lesquelles la Cour multiplie les faits aptes à entraîner une violation d'une garantie donnée. Par exemple, s'agissant de l'atteinte à l'intégrité physique, lorsque la victime n'est pas parvenue à convaincre la Cour de la réalité d'une situation contraire à la Convention, elle peut encore tenter de prouver l'atteinte aux obligations procédurales assumées sur la base de ce droit de l'homme.

463. Cet exemple, situé à la lisière des aménagements directs et indirects de l'objet de la preuve, éprouve la valeur pédagogique de la dichotomie retenue sans la dépouiller de toute valeur logique. D'ailleurs, il semble plus juste d'estimer que ce type de situation résulte davantage de la précision des obligations de l'Etat dans l'ordre juridique conventionnelle. Par

⁴⁷⁴ Hentrich c. France, 22 septembre 1994, série A n°296-A .

⁴⁷⁵ Ciricosta et Viola c. Italie, 4 décembre 1995, série A n°337-A ; H. c. France, 24 octobre 1989, série A n°162-A.

conséquent, il peut être rattaché de manière moins contestable au thème de l'action indirecte du juge sur l'objet de la preuve.

§ 2 – L'action indirecte de la Cour sur l'objet de la preuve

464. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut remarquer que l'action indirecte de la Cour sur l'objet de la preuve la conduit tantôt à rejeter des argumentations incompatibles avec les orientations jurisprudentielles (A), tantôt à aménager les obligations des Etats (B).

A – Le rejet des argumentations incompatibles avec les orientations jurisprudentielles

465. La technique des moyens inopérants fournit le premier exemple d'outil permettant de refuser des argumentations incompatibles avec la logique de l'effectivité des droits (1). Mais elle n'est pas la seule, la Cour procède également à une interprétation restrictive de certaines clauses de la Convention. Comme cette pratique donne lieu à diverses occurrences pertinentes, il paraît préférable de choisir une seule illustration. Ainsi l'interprétation étroite de la notion de « nécessités locales » servira d'exemple au propos (2).

1 - Le caractère inopérant de certains moyens

466. Certaines argumentations sont d'emblée écartées par le juge de sorte que, l'accessoire suivant le principal, les preuves qui les accompagnent subissent le même sort. C'est un signe de rigueur, de sévérité qui ravale au rang d'arguties certaines allégations qui apparaîtraient *a priori* dignes d'attention.

467. C'est le traitement que la Cour réserve en général aux allégations qui s'appuient sur la spécificité d'un domaine d'intervention des autorités étatiques pour justifier une atteinte aux droits de l'homme. Selon la Cour, il n'est pas pertinent d'arguer des difficultés de la lutte contre le trafic de drogue pour justifier la condamnation d'un trafiquant sur la base de déclarations de témoins demeurés anonymes⁴⁷⁶. De même, « *les particularités du droit douanier ne saurait justifier une (...) atteinte au droit pour tout « accusé » au sens*

⁴⁷⁶ Saïdi c. France, 20 septembre 1993, série A n° 261-C, § 44.

*autonome que l'article 6 attribue à ce terme de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination*⁴⁷⁷ ».

468. La même démarche a pour effet de restreindre le champ de la preuve à l'avantage du titulaire des droits dans les affaires relatives à la liberté de la presse. Lorsque qu'un Etat reproche à des journalistes de porter atteinte à la réputation d'hommes publics, qu'ils soient des hommes politiques ou de hauts fonctionnaires, par des articles rédigés sans modération, il offre généralement de prouver le caractère excessif des propos publiés. Cette tentative ne heurte pas en soi la doctrine des droits de l'homme dans la mesure où certains droits parmi lesquels figure la liberté d'expression peut être limitée dans certaines conditions. Cependant, la Cour, soucieuse de préserver le rôle de « *chien de garde*⁴⁷⁸ » de la presse en Europe, refuse ce type d'allégation et se borne à exiger la preuve du caractère faux ou inventé des propos litigieux. Toute autre offre de preuve ne saurait retenir son attention. Cet état du droit s'explique bien évidemment par le principe de l'interprétation étroite de toute restriction à l'exercice des droits de l'homme.

2 – L'interprétation étroite de la notion de « *nécessités locales* »

469. La Convention autorise la limitation des droits lorsque des « *nécessités locales* » le justifient. Cependant, la Cour a adopté une interprétation si restrictive de cette clause qu'elle semble l'avoir privé de toute effectivité. La jurisprudence est constante et quelques exemples peuvent suffire à illustrer ses effets sur le contrôle de la pertinence effectué par la Cour.

470. Dans cette perspective, on peut s'attacher brièvement à l'arrêt *Piermont c. France*. Le litige opposait la requérante, parlementaire européen, à l'Etat français qui avait pris à son encontre un arrêté d'expulsion de la Polynésie où elle avait vivement critiqué la politique du gouvernement français et une mesure d'interdiction d'entrée en Nouvelle Calédonie durant une campagne électorale. Convaincue qu'il y avait eu ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression de la requérante, la Cour devait notamment répondre au gouvernement qui invoquait la clause des nécessités locales pour fonder la validité de l'arrêté d'expulsion contesté. Ce dernier soutenait en substance que la protection de l'ordre public

⁴⁷⁷ *Funke c. France*, 25 février 1993, série A n° 256-A, § 44.

⁴⁷⁸ *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, 25 juin 1992, série A n° 239, p. 28, § 63, et *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, 20 mai 1999, Recueil 1999-III, § 62.

dans le Territoire d'outre-mer présentait certaines particularités, en raison de l'insularité et de l'éloignement mais aussi climat politique tendu à période des faits (1985-1986).

471. La réponse de la Cour est sans équivoque : « *La Cour constate que les arguments avancés par le Gouvernement portent essentiellement sur le contexte politique local tendu assorti d'une campagne électorale et mettent donc l'accent plus sur des circonstances et situations que sur des nécessités. Une conjoncture politique, certes délicate, mais qui pourrait également se rencontrer en métropole, ne suffit pas pour interpréter la formule « nécessités locales » comme justifiant une ingérence dans le droit garanti par l'article 10⁴⁷⁹* ». La Cour a une conception si étroite des nécessités locales de nature à justifier une ingérence dans l'exercice d'un droit qu'il est inopérant d'invoquer la délicatesse d'une situation politique particulière. D'ailleurs, on est tenté de se demander quel est l'objet exact de la preuve de l'existence de nécessités locales. Interprétant l'arrêt Gillow⁴⁸⁰, S. KARAGIANNIS soutient que « *la vérification par la Cour de l'existence de « nécessités locales » ne va pas jusqu'à refuser toute pertinence à la législation locale⁴⁸¹* ». Conduite à analyser si le refus de permis d'habiter opposé aux époux Gillow qui désiraient résider dans la propriété qu'il détenait sur l'île de guernesey était conforme au droit au respect du domicile, la Cour devait notamment répondre à l'argumentation des requérants selon laquelle le nombre d'habitants ne justifiait plus la législation qui avait fondé la décision qui leur portait préjudice. La motivation de l'arrêt ne retient pas cette appréciation, « *tout en reconnaissant la pertinence des éléments invoqués par les requérants, la Cour estime le législateur de Guernesey mieux placé que le juge international pour supputer les conséquences d'un relâchement des contrôles⁴⁸²* ». Relevant, après le juge GANSHOF VAN DEER MERSCH⁴⁸³, l'attitude paradoxale de la Cour qui appuie son interprétation sur la législation nationale soumise à son contrôle, M. KARAGIANNIS déduit « *que la Cour accepte comme preuve des « nécessités locales », bien que le mot ne soit pas prononcé, une loi locale* ».

472. Sans remettre en cause cette juste appréciation de l'arrêt Gillow, force est de constater qu'il s'agit d'une jurisprudence isolée, d'autant que le contrôle de la Cour ne s'est pas placé sous l'empire expresse de la clause des nécessités locales. Toujours est-il que les

⁴⁷⁹ Piermont c. France, 27 avril 1995, série A n°314, § 59, note J. RIDEAU, *D.* 1996, sommaires commentés, p. 193. Sur l'approche restrictive, voir également, Tyrer c. Royaume-Uni du 25 avril 1978, série A n° 26, § 38 ; Matthews c. Royaume-Uni, 8 février 1999, Recueil 1999-I, § 50.

⁴⁸⁰ Gillow c. Royaume-Uni, 24 novembre 1986, série A n° 109.

⁴⁸¹ S. KARAGIANNIS – L'aménagement des droits de l'homme outre-mer : la clause des « nécessités locales » de la Convention européenne des droits de l'homme, *R.B.D.I* 1995/1, p. 263.

⁴⁸² *Ibidem*, § 56.

⁴⁸³ W. GANSHOF VAN DEER MERSCH – La référence au droit interne des Etats contractants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *R.I.D.C* 1980, p. 319.

Etats ont du mal à proposer à la sagacité du juge international un fait qu'il estimerait pertinent sur le terrain de cette restriction à l'exercice des droits de l'homme.

B - L'aménagement des obligations de l'Etat

473. De manière remarquable, l'affaire *Artico c. Italie*⁴⁸⁴ a pu montrer combien, à travers la théorie des obligations positives, l'aménagement du fond du droit peut affecter le régime de la preuve. M. Artico, au cours d'une procédure pénale dans laquelle il était accusé d'escroquerie avait obtenu le bénéfice de l'assistance judiciaire gratuite pour l'exercice d'un pourvoi en cassation. Mais, l'avocat commis d'office ne pût le représenter et lui conseilla vivement de recourir à un confrère dont il lui indiqua le nom. Par la suite, le requérant sollicita à plusieurs reprises auprès de la chambre compétente de la Cour la désignation d'un autre avocat et dénonça la violation des droits de la défense. Selon lui, il aurait perdu le bénéfice de l'assistance judiciaire s'il avait recouru à un avocat de son choix.

474. Saisie de l'affaire par la Commission, la Cour devait notamment se prononcer sur la violation alléguée de l'article 6 § 3 c) de la Convention qui consacre le droit de tout accusé de « *se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat commis d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent* ».

475. Au cours de l'examen de la cause, la Cour se heurta à l'argument du gouvernement selon lequel la nomination d'un avocat d'office suffisait à elle seule au respect des obligations assumées en vertu de la Convention. Il soutenait que pour constater la responsabilité internationale de l'Italie, il ne suffisait pas de se convaincre qu'un avocat aurait mis l'accent sur certains points cruciaux de l'affaire et riposter aux réquisitions du parquet en provoquant une audience publique. Il fallait apporter la preuve que le manque d'assistance avait réellement lésé l'accusé⁴⁸⁵.

476. « *La Cour souligne, après les délégués de la Commission, que le Gouvernement demande ici l'impossible : on ne saurait établir avec certitude qu'un remplaçant de [l'avocat commis d'office eut] convaincu la Cour de cassation là où le*

⁴⁸⁴ *Artico c. Italie*, 13 mai 1980, série A n°37, P. ROLLAND – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *J.D.I* 1982, p. 202, R. PELLOUX – Les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme en 1980, *A.F.D.I* 1981, p. 288 ; G. COHEN-JONATHAN – Cour européenne des droits de l'homme, chronique de jurisprudence 1980-1981, C.D.E 1982, p. 213.

⁴⁸⁵ Voir notamment le mémoire du gouvernement du 11 décembre 1979, *Artico c. Italie*, série B n° 34, 1979-1980, p. 45-46.

requérant n'y avait pas réussi. Cette hypothèse apparaît pourtant plausible en l'occurrence. Surtout, la nécessité de pareille preuve ne ressort nullement du texte de l'article 6 par. 3 c) (art. 6-3-c); si on l'y introduisait par voie d'interprétation, elle le priverait d'une large part de sa substance⁴⁸⁶ ». Cet extrait de la motivation fait écho aux débats tenus lors de l'audience du 30 janvier 1980. En sa plaidoirie, le délégué de la Commission, M. TRECHSEL déclare que « du moment qu'il est reconnu que l'assistance judiciaire est nécessaire dans l'intérêt de la justice, la garantie est absolue, en ce sens qu'il n'est pas nécessaire de prouver par la suite l'existence d'un besoin spécifique supplémentaire⁴⁸⁷ ».

477. Ce problème de preuve est en fait résolu par l'affirmation qu'il reposait sur les autorités italiennes l'obligation positive d'assurer la jouissance effective des droits de M. ARTICO. *« Deux solutions s'offraient à elles: remplacer Me Della Rocca ou, le cas échéant, l'amener à s'acquitter de sa tâche (...). Elles en ont choisi une troisième, la passivité, alors que le respect de la Convention appelait de leur part des mesures positives ».* L'action exercée sur la preuve est occultée par la prise de position au fond, mais il est clair que dans cette affaire, le requérant devait seulement établir que l'avocat que les autorités lui avait attribué n'avait pas participé à la défense de sa cause, fait non contesté en l'espèce. Il s'ensuit que la preuve à rapporter dans ce type d'affaire est très simple, puisqu'il suffit au requérant de prouver qu'il a comparu seul devant la juridiction nationale ou qu'il a préparé seul sa défense.

478. La jurisprudence relative à la protection du droit à la vie et à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants fournit une autre illustration de l'allègement de la charge effective de la preuve liée à l'institution d'obligations positives.

479. Selon la Cour, *« lorsqu'un individu affirme de manière défendable avoir subi, aux mains de la police ou d'autres services comparables de l'Etat, de graves sévices illicites et contraires à l'article 3, cette disposition, combinée avec le devoir général imposé à l'Etat par l'article 1 de la Convention de « reconnaître à toute personne relevant de [sa] juridiction, les droits et libertés définis (...) [dans la] Convention », requiert, par implication, qu'il y ait une enquête officielle effective⁴⁸⁸ ».* Elle estime également que *« l'obligation de protéger le droit à la vie (...) implique et exige de mener une forme d'enquête efficace lorsqu'il y a eu mort d'homme sous la responsabilité d'agents de*

⁴⁸⁶ Artico c. Italie, op. cit., § 35.

⁴⁸⁷ Artico c. Italie, série B n° 34, 1979-1980, Compte rendu intégral des audiences publiques du 31 janvier 1981, p. 56.

⁴⁸⁸ Assenov et autres c. Bulgarie, 28 octobre 1998, Recueil 1998-VIII, § 102.

*l'Etat*⁴⁸⁹ », même si la mort ne trouve pas son origine directe dans les actes d'un agent de l'Etat⁴⁹⁰. Au titre des articles 2 et 3 de la Convention, les Etats contractants sont tenus non seulement à une obligation d'abstention mais également à une obligation de faire dans le but de garantir l'effectivité des droits proclamés. D'un côté une obligation substantielle, de l'autre, une obligation procédurale⁴⁹¹.

480. *A priori*, le lien avec la question de preuve apparaît fort lointain. Mais certaines affaires comme Assenov et Labita démontrent qu'à défaut de détenir des preuves suffisantes pour constater une violation de l'obligation substantielle, la Cour européenne des droits de l'homme va sanctionner l'absence d'enquête effective, comme pour sanctionner l'inactivité des autorités nationales dans la constitution du dossier. Tout se passe comme si la passivité responsable de l'impossibilité de déclarer la violation de l'obligation substantielle entraîne de manière presque automatique la violation de l'obligation procédurale. Il apparaît ainsi que la preuve de la violation sur la base de cette dernière obligation est extrêmement facile à rapporter.

481. C'est du moins l'impression qui ressort de l'arrêt Labita, rendu à propos de l'allégation de traitements contraires à l'article 3 dans une prison, dans lequel la Cour déclare que « *les éléments dont elle dispose* » ne lui permettent pas « *d'établir au-delà de tout doute raisonnable que le requérant a été soumis à des traitements suffisamment graves pour entrer dans le champ d'application de l'article 3*⁴⁹² », tandis qu'elle juge qu'eu égard à « *l'absence d'une enquête approfondie et effective au sujet de l'allégation défendable du requérant selon laquelle il avait été maltraité par des gardiens pendant sa détention à Pianosa, la Cour estime qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention* ». Une lecture comparable peut être faite de l'arrêt Assenov c. Bulgarie qui tranche un litige suscité par l'allégation d'une personne prétendant avoir été battue par la police durant sa garde à vue. Alors que la Cour note le manque de preuves du traitement inhumain et dégradant, elle retient la violation de l'obligation de mener une enquête effective en présence d'allégations défendables d'atteintes à l'article 3⁴⁹³.

⁴⁸⁹ Mc Cann et autres c. Royaume-Uni, 27 septembre 1995, série A n°324, § 161, Yaşa c. Turquie, 2 septembre 1998, Recueil 1998-VI, § 98 ; Kaya c. Turquie, 19 février 1998, Recueil 1998-I, §§ 78, 86 ; Tanribilir c. Turquie, 16 novembre 2000, § 83.

⁴⁹⁰ Ergi c. Turquie, 28 juillet 1998, Recueil 1998-IV, § 82.

⁴⁹¹ F. GÖLCÜKÜ – Le droit à la vie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *in Mélanges en hommage à L. E. PETTITI.*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 415 ; C. RUSSO – Le droit à la vie dans les décisions de la Commission et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *in Mélanges en l'honneur de N. VALTICOS*, Paris, Pedone, 1999, p. 509.

⁴⁹² Labita c. Italie, 6 avril 2000, respectivement § 129 et § 136.

⁴⁹³ Assenov et autres c. Bulgarie, op. cit., respectivement § 100 et § 106.

482. Cette technique juridique ressemble au glissement opéré par la Cour lorsqu'elle se place sur le terrain de l'impartialité objective afin d'éviter au justiciable de faire la preuve subjective de l'impartialité. Cependant, il ne s'agit pas là d'un simple déplacement de preuve pour statuer sur un même fondement juridique. Les espèces qui ont été discutées concernent bien deux obligations juridiques distinctes par la nature des actes qu'elles impliquent. Plus qu'un déplacement de l'objet de la preuve, c'est un enrichissement des obligations des Etats contractants qui produit l'allègement de la charge effective de la violation.

483. La Cour fait donc preuve d'astuce et de subtilité pour venir en aide au requérant et franchir tous les défis posés à la mise en place d'une protection effective des droits.

Sous-section 2 – L'action de la Cour face à la marge nationale d'appréciation

484. En délimitant la sphère de pouvoir discrétionnaire accordé aux Etats contractants dans l'application de la Convention, la reconnaissance de la marge d'appréciation nationale exerce une influence incontestable sur la mise en œuvre du contrôle de pertinence des offres de preuve. Si la pertinence qualifie un fait susceptible d'entrer en ligne de compte pour la solution du litige, il n'est pas pertinent pour une victime d'offrir la preuve d'un fait que la Cour exclut de son champ de compétence parce qu'il entre dans le domaine de la marge d'appréciation nationale. Or, la juridiction internationale observe une attitude de réserve à l'égard de l'appréciation nationale des faits (§1). Elle ne manque pas de l'affirmer dans des formules définitives, mais on peut se demander s'il ne s'agit pas d'un simple rite incantatoire au regard du volontarisme dont elle fait souvent preuve dans ce domaine (§ 2).

§ 1 – La réserve de la Cour à l'égard de l'appréciation nationale des preuves

485. D'affirmations solennelles en arrêts d'espèce, la Cour a institué une véritable présomption de régularité des faits établis par les autorités nationales (A). La réserve qu'elle implique se trouve singulièrement prolongée dans le cadre de l'appréciation des mesures limitatives des droits (B).

A – La présomption de la régularité de l'établissement national des faits

486. La jurisprudence européenne consacre l'autonomie de l'appréciation nationale des preuves. Si elle affirme que l'obligation de se livrer à un examen effectif des offres de preuve ne vaut qu'à l'égard des offres pertinentes, elle ne manque pas de préciser que cette appréciation est à la discrétion des tribunaux nationaux⁴⁹⁴. Appelée à vérifier si le droit d'interroger les témoins à charge et à décharge dans le procès pénal a été respecté dans les procédures nationales, la Cour affirme qu'« *il revient en principe aux juridictions nationales d'apprécier les éléments rassemblés par elles et la pertinence de ceux dont les accusés souhaitent la production. Plus particulièrement, l'article 6 § 3 d) leur laisse, toujours en principe, le soin de juger de l'utilité d'une offre de preuve par témoins*⁴⁹⁵ ».

487. Il convient de rappeler que d'après la Cour, « *il n'entre pas en principe dans ses attributions de substituer sa propre vision des faits à celle des cours et tribunaux nationaux, auxquels il appartient de peser les données recueillies par eux*⁴⁹⁶ ». « *Il ne lui appartient pas de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne* » et la Convention « *ne réglemente pas (...) l'admissibilité des preuves ou leur appréciation, matière qui relève (...) au premier chef du droit interne et des juridictions nationales*⁴⁹⁷ ».

488. Cette déférence est une conséquence du principe de subsidiarité qui délimite les domaines de l'autonomie nationale et du contrôle international dans l'application des normes de la Convention. La pertinence de cette justification est renforcée par l'observation d'une réserve identique devant les organes internationaux intervenant dans le cadre d'un contrôle subsidiaire d'une convention internationale. Ainsi, le comité des droits de l'homme dans une communication du 4 avril 1995 rappelle « *qu'il incombe généralement aux cours*

⁴⁹⁴ Van de Hurk c. Pays-Bas, 19 avril 1994, série A n° 288, p. 19, § 59.

⁴⁹⁵ Pisano c. Italie, 27 juillet 2000, § 21 ; Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne, 6 décembre 1988, série A n° 146, § 68 ; Asch c. Autriche, 26 avril 1991, série A n° 20, § 25.

⁴⁹⁶ Klaas c. Allemagne 22 septembre 1993 série A n° 269, § 29 ; Ribitsch c. Autriche du 4 décembre 1995, série A n° 336, p. 24, § 32 ; Erdagöz c. Turquie, 22 octobre 1997, Recueil 1997-VI, § 48.

⁴⁹⁷ Schenk c. Suisse, 12 juillet 1988, série A n° 140, §§ 45-46 ; Edwards c. Royaume-Uni, 16 décembre 1992, série A n° 247-B, § 34 ; Saïdi c. France, 20 septembre 1993, série A n° 261-C, § 43 ; Mantovanelli c. France, 18 mars 1997, Recueil 1997-II, § 34. Toutefois, le refus de contrôle de l'erreur de fait commise par les tribunaux nationaux ne trouve pas toujours son fondement dans la présomption de régularité de l'établissement national des faits. Ainsi, dans l'affaire Trislis et Kouloumpas c. Grèce du 29 mai 1997, la Cour déclare qu'une détention (§ 58) : « *Une détention est en principe régulière si elle a lieu en exécution d'une décision judiciaire. La constatation ultérieure d'un manquement par le juge peut ne pas rejaillir, en droit interne, sur la validité de la détention subie dans l'intervalle. C'est pourquoi les organes de Strasbourg se refusent toujours à accueillir des requêtes émanant de personnes reconnues coupables d'infractions pénales et qui tirent argument de ce que les juridictions d'appel ont constaté que le verdict de culpabilité ou la peine reposaient sur des erreurs de fait ou de droit* ». Tsirlis et Kouloumpas c. Grèce, 29 mai 1997, Recueil 1997-III, § 58, voir également l'arrêt Benham c. Royaume-Uni, 10 juin 1996, Recueil 1996-III, § 42.

d'appel des États parties au Pacte d'apprécier les faits et les éléments de preuve d'une affaire. Il n'appartient donc pas en principe au Comité d'apprécier les faits et les éléments de preuve qui ont été présentés à des tribunaux internes et appréciés par ces instances, à moins que l'on puisse déterminer que le procès a été manifestement arbitraire, et qu'il y a eu des vices de procédure ayant provoqué un déni de justice ou que le juge a manifestement failli à son devoir d'impartialité⁴⁹⁸ ».

489. Ce principe de non-ingérence s'appuie sur l'article 19 de la Convention dans lequel la Cour découvre une norme lui interdisant de se conduire comme un « *quatrième degré de juridiction* ». Un non initié ne verrait rien de tel à la lecture de cet article qui, à l'origine, se bornait à instituer la Cour et la Commission « *afin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties Contractantes de la (...) Convention* », et qui fut allégé par le protocole 11 en raison la restructuration du mécanisme de surveillance du traité. Paradoxalement, l'article qui institutionnalise le contrôle international est perçu comme un rempart au bénéfice de la sauvegarde de la marge d'appréciation des Etats contractants. En aucun cas, le recours international ne devrait se poser comme une voie d'appel des jugements nationaux. Selon N. SANSONETIS, qui exprime une idée largement répandue, « *la reconnaissance d'un tel rôle constituerait une usurpation inacceptable des fonctions des [juridictions nationales] et un sérieux empiétement sur la souveraineté même des Etats contractants⁴⁹⁹* ». Dans cette perspective, on peut également comprendre que M. P. MAHONEY trouve dans l'article 1 de la Convention une base juridique suffisante pour appuyer la réserve de la cour⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ Comité des droits de l'homme, 4 avril 1995, *Gérald J. Griffin c. Espagne*, communication n° 493/1992, § 9.6.

⁴⁹⁹ N. SANSONETIS – Article 19, op. cit., p. 537 ; H. PETZOLD – The Convention and the principle of subsidiarity, op. cit., p. 50 ; S. GREER – *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de La Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, Dossiers sur les droits de l'homme, n° 17, 2000, p. 21. Il faut dire que cette réserve était comprise dans le projet initial de la Cour. P. H. TEITGEN l'exposait notamment dans la réunion préparatoire du Conseil de l'Europe du 11 mai-8 septembre 1949. Se reporter à P. H. TEITGEN – *Aux sources de la Cour et de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Editions confluentes, collection « Voix de la cité », 2000, p. 35-35.

⁵⁰⁰ P. MAHONEY – Determination and evaluation of facts in proceedings before the present and future European courts of human rights, in *Studies in honour of J. J. Cremona*, of conflict, Berlin, Fondation internationale Malte, 1999, p. 120.

B – La réserve de la Cour dans l'appréciation des mesures limitant l'exercice des droits

490. De manière indirecte, la marge d'appréciation aboutit à limiter la démarche dynamique de la Cour, notamment lorsque la jurisprudence fait varier l'étendue de la marge en fonction de l'existence d'une position commune des Etats contractants sur une question donnée. Ce n'est pas tant la difficulté de rapporter la preuve d'une communauté de vues au sein du Conseil de l'Europe, mais le choix d'imposer la preuve du standard européen (on se réfère ici à la notion de pertinence normative) qui est sujet à critique.

491. En affirmant que « *la Convention s'interprète à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les Etats démocratiques*⁵⁰¹ » l'arrêt Guzzardi illustre le principe de l'interprétation consensuelle des obligations assumées par les Etats contractants⁵⁰². Cet outil interprétatif, qui a de toute évidence partie liée avec la communauté de volontés et de principes rappelée dans le préambule, occupe une place importante dans l'étude de la jurisprudence de la Cour, d'autant qu'elle affecte la détermination de la marge d'appréciation laissée aux Etats.

492. L'existence d'un consensus au sein des Etats parties à la Convention est un critère qui permet de varier l'étendue de la marge d'appréciation des Etats dans l'aménagement de certains droits. Tandis que la présence d'un « *dénominateur commun*⁵⁰³ » réduit l'étendue de la marge, son absence l'élargit⁵⁰⁴. Ce passage de l'arrêt Rees en témoigne en déclarant : « *il n'y a guère de communauté de vues en la matière, et (...) dans l'ensemble, le droit paraît traverser une phase de transition. Partant, il s'agit d'un domaine où les Etats contractants jouissent d'une grand marge d'appréciation*⁵⁰⁵ ». L'écho de cet arrêt se retrouve à travers le traitement réservé au problème de la reconnaissance du changement de statut des transsexuels dans l'affaire Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni : « *pour la Cour, le*

⁵⁰¹ Guzzardi c. Italie, 6 novembre 1980, série A n° 39 ; voir également Tyrer c. Royaume-Uni, 25 avril 1978, série A n° 26, § 31 : « *la Convention est un instrument vivant à interpréter (...) à la lumière des conditions de vies actuelles* », « *la Cour ne peut pas ne pas être influencée par l'évolution et les normes communément acceptées de la politique pénale des Etat membres du Conseil de l'Europe* ».

⁵⁰² Sur l'interprétation consensuelle voir au sein d'une abondante littérature : P. WACHSMANN – Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme, in S.F.D.I – *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, p. 193-194.

⁵⁰³ Engel et autres c. Pays-Bas, 8 juin 1976, série A n°22, § 82 ; Feldbrugge c. Pays-Bas, 29 mai 1986, série A n°99, § 29.

⁵⁰⁴ C. OVEY – The margin of appreciation and article 8 on the Convention, *H.R.L.J.* 1998, p. 10 ; J. SCHOKKENBROEK – The prohibition of discrimination in article 14 of the Convention and the margin of appreciation, *H.R.L.J.* 1998, p. 20-22 ; G. COHEN-JONATHAN – La Convention européenne des droits de l'homme et les systèmes nationaux des Etats contractant, in *Droit et justice, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Paris, Pedone, 1999, p. 397-399.

⁵⁰⁵ Rees c. Royaume-Uni, 17 octobre 1986, op. cit., § 37.

*transsexualisme continue de soulever des questions complexes de nature scientifique, juridique, morale et sociale ne faisant pas l'objet d'une approche généralement suivie dans les Etats contractants*⁵⁰⁶ ».

493. La recherche du consensus, « *liée à une conception évolutive du droit*⁵⁰⁷ », signifie que le degré d'autonomie nationale peut varier en fonction du progrès des mentalités en Europe. Pourtant, sur le terrain de la preuve, elle n'est pas toujours perçue comme un facteur favorable au titulaire des droits. D'abord parce que la preuve de l'existence d'un standard européen peut se révéler difficile à rapporter pour une victime seule, pour autant qu'elle implique une comparaison entre les différentes réglementations applicables au sein de la communauté conventionnelle. Plus encore que la difficulté de rapporter la preuve du standard, la critique peut se focaliser sur le choix de ce critère de délimitation de la marge d'appréciation. Elle a été systématisée avec davantage de passion par la doctrine étrangère qui juge la recherche du consensus contraire au principe de l'interprétation restrictive des limitations des droits⁵⁰⁸, et même dangereuse lorsque le litige oppose les intérêts d'une minorité à ceux de la majorité⁵⁰⁹.

494. Bien entendu, d'autres situations peuvent impliquer la preuve de l'existence d'une conception commune des parties contractantes. Ainsi en est-il de l'affaire Petrovic rendu à propos du respect du principe de non-discrimination garanti par l'article 14 de la Convention. Dans cet affaire, un père se plaignait d'une discrimination fondée sur le sexe, contraire à l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8 de la Convention au motif que l'Etat autrichien avait refusé de lui attribuer l'allocation de congé parental, conformément

⁵⁰⁶ Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni, 30 juillet 1998, Recueil 1998-V ; X, Y et Z c. Royaume-Uni, 22 avril 1997, Recueil 1997-II, p. 635, § 52, observations F. RIGAUD – Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme : une suite d'occasions manquées, *R.T.D.H* 1998, p. 131 ; S. EVAIN – Le juge européen, le transsexualisme et les droits de l'homme (à propos de l'arrêt : Cedh, 22 avril 1997, aff. X, Y et Z c. Royaume-Uni, *JCP G.*, 1997, I, 4071).

⁵⁰⁷ P. ROLLAND – Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme, in D. ROUSSEAU et F. SUDRE (Ed.) – *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, Montpellier 20-21 janvier 1989, édition S.T.H, 1989, p. 66.

⁵⁰⁸ J. KOKOT – *The burden of proof in comparative and international human-rights law*, The Hague, London, Boston, Kluwer law international, 1998, p. 227 : « *This application is inconsistent with rule that exception should be interpreted restrictively* ».

⁵⁰⁹ E. BENVENISTI – Margin of appreciation, consensus, and universal standards, *International law and politics*, vol. 31, 1999, p. 843. On peut partager l'idée de cet auteur à la lumière de certains arrêts de la Cour : voir par exemple Zana c. Turquie, 25 novembre 1997, Recueil 1997-VII, § 52 ; Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie, 30 janvier 1998, Recueil 1998-I, § 56 ; Coster c. Royaume-Uni, n, 18 janvier 2001, § 107. Voir également, F. SUDRE – A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme, *J.C.P G.* 2001, I, 335, p. 1365-1368. Bien entendu, quand la Cour estime qu'une évolution est nécessaire et qu'elle estime que les conditions suffisantes sont réunies pour faire évoluer sa position « *l'Etat défendeur ne peut plus invoquer sa marge d'appréciation en la matière, sauf pour ce qui est des moyens à mettre en œuvre pour assurer la reconnaissance du droit protégé par la Convention* » : I c. Royaume-Uni, 11 juillet 2002, § 73 ; voir également Goodwin c. Royaume-Uni, 11 juillet 2002.

à l'article 26 § 1 de la loi de 1977 sur l'assurance chômage qui prévoit que seule la mère a droit au versement de ladite allocation. La Cour rejette sa prétention en se fondant sur l'étendue de la marge d'appréciation de l'Etat.

495. Elle appuie son raisonnement sur l'absence de dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants. Lorsqu'une telle absence est établie, la situation en cause tombe dans le champ de la marge d'appréciation de l'Etat. « *Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique. L'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte ; la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard. Or force est de constater qu'à l'époque des faits, c'est-à-dire à la fin des années 80, il n'existait pas un tel dénominateur commun dans ce domaine, la majorité des Etats contractants ne prévoyant pas le versement d'une allocation de congé parental au père⁵¹⁰ ».*

496. La marge d'appréciation apparaît comme un obstacle à la mise en œuvre d'un véritable contrôle de pertinence par la Cour. Mais il ne s'agit pas d'un obstacle incontournable puisque c'est le juge qui délimite l'étendue de ce pouvoir discrétionnaire. Dans certaines situations, elle a ainsi choisi de ne pas s'enfermer dans cette doctrine prétorienne et de faire preuve d'un volontarisme certain.

§ 2 – Le volontarisme de la Cour à l'égard de l'appréciation nationale des faits

497. La retenue de la Cour à l'égard de l'établissement national des faits ne peut se recommander d'une assise théorique inébranlable. Elle peut être critiquée dans son principe à l'aune des attentes nourries par l'institution d'une juridiction internationale ayant pour mission de protéger les droits de l'homme (A). Il n'est d'ailleurs pas certain que la Cour ignore les inconvénients de son attitude, puisqu'elle n'observe pas avec constance la réserve qu'elle proclame avec force (B).

⁵¹⁰ Petrovic c. Autriche, 27 mars 1998, Recueil 1998-II, §§ 38-39.

498. On peut soutenir que la réserve n'est pas compatible avec l'exercice de la fonction juridictionnelle qui consiste à trancher les litiges conformément à la règle de droit. Dans les différends qu'ils soumettent au juge, les justiciables peuvent s'opposer sur la réalité des faits qui ont entraîné la survenance du conflit autant que sur leur aptitude à appeler l'application de telle ou telle règle de droit. Dès lors qu'il est régulièrement saisi, pour trancher le litige, le juge doit embrasser le différend dans cette double dimension⁵¹¹. Cette affirmation ne relève pas du *de lege ferenda*. Le contrôle des faits est pourtant imposé par une irrésistible logique juridique. Comme l'affirme le professeur FRISON-ROCHE « *l'office du juge est, à partir de la connaissance des faits la plus exacte que possible, de trancher les litiges en appliquant la règle adéquate (...)*⁵¹² ». Il serait en effet absurde de rendre une décision à partir de faits dont la connaissance est insuffisante voire inexacte ou qui ne se sont jamais produits. Vérifier l'adéquation de faits inexacts à la norme est moins une action vaine qu'un manquement grave à la mission que le droit assigne au juge, c'est-à-dire, apaiser les conflits et rétablir de la cohérence et de la clarté dans la vie juridique.

499. En second lieu, la critique peut se fonder sur les objectifs assignés à une juridiction créée pour assurer la sauvegarde des droits proclamés par la Convention. Dès lors qu'elle se refuse à remettre en cause les faits constatés par le juge national, elle place le titulaire des droits dans une situation peu conforme à l'éthique des droits de l'homme. Le requérant ne parvient à la Cour qu'après avoir épuisé les voies de recours internes. Cette règle implique que le recours au juge international ait pour mission de sanctionner les défaillances du système national de protection dont le juge national est le dernier bouclier. Lorsqu'elle s'appuie sur les faits tels qu'établis par celui-là même dont on prétend qu'il n'a pas rempli sa mission, la Cour semble trahir l'objectif de défense des droits de l'homme. En somme, la réserve peut sembler inadéquate à l'établissement d'une protection effective des droits de l'homme dans un mécanisme subsidiaire.

⁵¹¹ Rappelons pour mémoire l'affirmation de l'arrêt De wilde : « *Une fois régulièrement saisie, la Cour jouit pourtant de la plénitude de juridiction et peut donc connaître de toutes les questions de fait et de droit qui se poseront au cours de l'examen de l'affaire* ». De wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, 18 juin 1971, série A n° 12, § 45.

⁵¹² M-A. FRISON-ROCHE – La philosophie du procès, propos introductifs, A.P.D, Tome 39, 1995, p. 20.

B – L'inconstance de la réserve de la Cour

500. Dans une opinion partiellement dissidente annexée à l'arrêt *Elsholz*, M. le juge BAKA auquel M^{me} la juge PALM, MM. les juges HEDIGAN et LEVITS déclarent se rallier, résume l'état du droit en la matière : « *La jurisprudence constante et la logique même du système établi par la Convention imposent des limites raisonnables au contrôle que la Cour européenne peut exercer sur l'établissement des faits et l'appréciation des preuves effectués par les juridictions nationales. A cet égard, les tribunaux internes doivent bénéficier d'une large marge d'appréciation, et ce à juste titre. Cette marge d'appréciation n'est certes pas illimitée et est en dernière analyse l'objet d'un examen strict, mais ce contrôle international ne peut aller jusqu'à une nouvelle appréciation des preuves soumises au niveau national dans un grand nombre de cas*⁵¹³ ».

501. Sur le ton de la nuance, par son arrêt *Ribistch* la Cour rappelle « *qu'il ne lui appartient pas en principe de substituer sa propre vision des faits à celle des juridictions internes, mais qu'elle n'est pas davantage liée par celle-ci que par celle de la Commission*⁵¹⁴ ». Dans ces conditions, en dépit de son affirmation rituelle, le principe de l'autonomie nationale de l'établissement des faits est souvent mis à mal dans la mesure où la Cour se livre fréquemment au contrôle de la pertinence des offres de preuve présentées au juge national. Et comment pourrait-elle faire autrement lorsque, pour vérifier si la victime est fondée à se prévaloir du droit de faire interroger les témoins à charge et à décharge dans le procès pénal, elle porte son attention sur l'importance des témoignages litigieux au regard de la solution du procès ? C'est ainsi qu'elle juge que l'impossibilité de faire interroger des témoins dont les déclarations constituent la seule base de la condamnation d'un accusé est constitutive d'une violation des droits de la défense garantis par l'article 6 § 3 d) de la Convention⁵¹⁵. Ce qui retient l'attention dans cette politique jurisprudentielle, c'est qu'elle interdit au juge pénal interne d'accorder un caractère déterminant à des témoignages anonymes pour prononcer la condamnation d'un accusé. On ne peut manquer de relever que l'appréciation du caractère déterminant d'un témoignage se réalise au regard des faits reprochés à l'accusé⁵¹⁶. Aussi, bien que ce contrôle déborde celui de la pertinence, il faut

⁵¹³ *Elsholz c. Allemagne*, 13 juillet 2000, Recueil 2000-VIII.

⁵¹⁴ *Ribistch c. Autriche*, 4 décembre 1995, série A n°336, § 32.

⁵¹⁵ *Saïdi c. France*, 20 septembre 1993, série A n°261-C, § 44.

⁵¹⁶ *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*, 23 avril 1997, Recueil 1997-III, note *R.T.D.H* 1998, J. DE CODT, p. 157 ; *Bricmont c. Belgique* 7 juillet 1989, série A n°158, § 78-85 ; *Vidal c. Belgique*, 22 avril 1992, série A n°235-B § 34 ; *Asch c. Autriche*, 26 avril 1991, série A n°203, § 28.

relever qu'il l'implique nécessairement. En réalité, l'application de l'article 6 § 3 d) de la Convention, pour autant qu'elle n'est pas un simple contrôle de la motivation d'une décision de justice, comporte une évaluation internationale des preuves qui ne sied pas au respect de l'office du juge national.

502. La Cour a également mené ce type d'analyse s'agissant des garanties procédurales applicables en matière civile. Elle reproche ainsi aux juridictions néerlandaises d'avoir refusé au responsable de la société *Dombo* de témoigner dans une affaire où il était question de la preuve d'un accord verbal conclu entre cette dernière et une banque, alors que le représentant de la banque avait été entendu. Cette décision s'explique par le fait que les dépositions de ce responsable lui apparaissaient incontestablement utiles à la solution du litige. La sanction s'appuie certes sur la garantie procédurale de l'égalité des armes, mais elle peut être regardée comme la formulation de l'obligation des tribunaux nationaux de recevoir les preuves pertinentes au regard des faits en débat⁵¹⁷.

503. De même, lorsque la Cour décide que le refus d'une juridiction nationale de prononcer une expertise psychologique viole l'article 6 § 1 de la Convention dans une affaire qui soulevait des questions de fait et de droit qui ne pouvaient être résolues à partir des seuls éléments en sa possession, elle se prononce nécessairement sur la pertinence de cette expertise au regard de la solution du litige⁵¹⁸. Bien plus, si dans l'arrêt *Léoni*, elle se défend de contrôler les erreurs de fait des juridictions nationales, un passage de sa motivation démontre le contraire : « *la Cour de cassation a déclaré le pourvoi du requérant irrecevable pour tardiveté observant que son dépôt au greffe avait eu lieu le 25 janvier 1996, soit après l'expiration du délai de vingt jours à compter de la date de la dernière notification (...). Toutefois, il ressort d'un document produit par le requérant que le pourvoi en question, notifié le 21 décembre 1995, avait été déposé au greffe de la cour d'appel le 29 décembre 1995*⁵¹⁹ ».

504. La jurisprudence récente⁵²⁰ accentue l'image d'une Cour qui s'affranchit de plus en plus des limites qu'elle s'était fixée au profit de l'office du juge national. Mais encore faut-il remarquer qu'il s'agit sans aucun doute d'un phénomène ancien.

505. Dans l'affaire *Handyside*, qui concernait l'interdiction de la diffusion d'un livre de sexualité destiné aux mineurs, la Cour, appelée à contrôler les décisions rendues par

⁵¹⁷ *Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas*, 27 octobre 1993, série A n° 274, §§ 34-35.

⁵¹⁸ *Elsohlz c. Allemagne*, op. cit., § 66.

⁵¹⁹ *Leoni c. Italie*, 26 octobre 2000, § 24.

⁵²⁰ A cet égard, se reporter aux arrêts relatifs au contrôle de la motivation des décisions des juges nationaux étudiés à la fin du chapitre précédent (particulièrement les affaires *Dulaurans* et *Quadrelli*).

les juridictions internes sous l'angle de l'article 10 déclare que « *son contrôle se révélerait illusoire si elle se bornait à examiner ces décisions isolément ; elle doit les envisager à la lumière de l'ensemble de l'affaire, y compris la publication dont il s'agit et les arguments et moyens de preuve invoqués par le requérant dans l'ordre juridique interne puis sur le plan international*⁵²¹ ». Dans l'affaire Schwabe, les juridictions autrichiennes avaient condamné un journaliste pour diffamation parce qu'il n'avait pas établi les faits publiés dans son communiqué à savoir qu'un homme politique qu'il avait mis en cause était « *sous l'empire d'un état alcoolique* » au moment d'un accident. En dépit de cette appréciation nationale des preuves, la Cour a estimé non établi que l'état de cet homme politique prêtât à confusion⁵²². Elle n'hésita pas à évaluer à nouveau les éléments du dossier, tout en affirmant son respect pour l'office du juge national. Elle fit de même dans l'affaire Sidiropoulos c. Grèce qui appelait l'examen du refus d'enregistrement d'une association vouée à la préservation et au développement de la culture et des traditions des habitants de la région de Florina sous l'angle de la liberté d'association consacrée par l'article 11 de la Convention. La Cour prononce la violation de l'article 11 en se livrant à « *un examen attentif d'articles de presse* » qui ont eu une influence déterminante sur l'issue du procès en droit interne. Selon la Cour certains de ces articles « *n'avaient aucun rapport avec les requérants et procédaient à des déductions qui relevaient de l'appréciation subjective de leurs auteurs. S'appuyant sur ces articles et tenant compte du contentieux politique qui dominait les relations entre la Grèce et l'ERYM – cette dernière ne s'étant même pas encore proclamée indépendante à l'époque des faits – , les juridictions nationales conclurent à la dangerosité des requérants et de l'association qu'ils souhaitaient fonder pour l'intégrité territoriale de la Grèce. Or cette affirmation se fondait sur une simple suspicion quant aux véritables intentions des fondateurs de l'association et aux actions que celle-ci aurait pu mener une fois qu'elle aurait commencé à fonctionner*⁵²³ ».

506. Ces exemples tendent à montrer que la Cour ne rejette pas comme non pertinentes les offres de preuve destinées à contester l'appréciation nationale des faits. La marge d'appréciation ne constitue donc pas un obstacle dirimant et régulier au contrôle de pertinence. Il appartient au juge de franchir l'obstacle qu'il a dressé dès lors qu'il l'estime opportun⁵²⁴.

⁵²¹ Handyside c. Royaume-Uni, 7 décembre 1976, série A n° 54, § 50.

⁵²² Schwabe c. Autriche, 28 août 1992, série A n°242-B, § 34.

⁵²³ Sidiropoulos c. Grèce, 10 juillet 1998, Recueil 1998-IV, § 45, note S. WOHLFAHRT in E. DECAUX, P. TAVERNIER et al. – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 1998), *J.D.I* 1999, p. 249-250.

⁵²⁴ A cet égard, certains auteurs vont jusqu'à affirmer que les arrêts aboutissant à un constat de violation pour existence d'une loi contraire à la Convention donne l'impression d'une « *marge d'appréciation éteinte* ». A. D.

507. En définitive, l'effort de preuve voué à la remise en cause de l'établissement national des faits peut être récompensé par un examen attentif de la Cour. Le trouble règne en ce domaine et l'on serait tenté de stigmatiser l'incohérence de l'attitude de la Cour qui varie au gré des litiges qui lui sont soumis. Au demeurant, il est possible de tirer deux enseignements principaux de l'état du droit. D'abord, il faut constater le volontarisme de la Cour qui intervient de plus en plus dans le domaine de l'appréciation nationale des preuves. Ensuite, il faut conclure que la mise en oeuvre du contrôle de pertinence, envisagée dans ses rapports avec la marge nationale d'appréciation, demeure un miroir fidèle des nuances d'une jurisprudence qui cherche à assurer, de manière raisonnable, l'effectivité de la protection des droits de l'homme par la qualité du contrôle exercé sur les situations litigieuses.

Conclusion du chapitre I

508. L'analyse qui précède a donné la mesure de la domination du fond du droit sur l'exercice du droit. Ce dernier reflète son dynamisme et ses inconstances, la tension des principes et les ajustements multiples de la pratique. D'une part, l'interprétation de la Convention commande le mécanisme de la pertinence en ce sens que c'est elle qui conduit à désigner les faits dont la preuve sera utile pour entraîner l'application du droit. Comme elle est dans l'ensemble, volontaire, téléologique, favorable à l'effectivité des droits, elle conduit à faire pencher l'équilibre du procès du côté du titulaire des droits de l'homme. Cependant, cette tendance se heurte à la réserve de la Cour à l'égard de l'établissement national des faits qui, même mise à mal de manière régulière, fait encore figure de principe. Dès lors, le contrôle de la pertinence apparaît comme un théâtre de compromis qu'il n'est pas possible de décrire fidèlement sans rendre la nuance sensible.

509. Aussi faut-il conclure que l'action du juge sur l'objet de la preuve constitue une véritable aporie au regard de l'application *pro victima* du droit à la preuve. D'un côté, elle supporte la logique de l'effectivité des droits et traduit au plan de la preuve les idées généreuses qu'elle porte ; de l'autre, elle fragmente cette logique en lui opposant la retenue judiciaire constitutive de la marge d'appréciation des Etats.

OLINGA et C. PICHERAL – La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, *R.T.D.H* 1995, p. 592.

510. Il demeure que, considérée de manière globale, la pratique de la Cour montre qu'il existe une véritable dynamique du principe de pertinence qui permet l'application différenciée du droit à la preuve en faveur de la victime face à l'Etat.

511. Reste à savoir si cette contribution est confortée par une évaluation des preuves qui, si elle n'est pas menée avec subtilité et souplesse, pourrait bien mettre en péril tous les bénéfices constatés sur le plan des principes de fond du droit à la preuve.

Chapitre II – La dynamique de la libre appréciation des preuves

512. La crédibilité du mécanisme internationale de protection serait gravement mise en question si le défaut d'information résultant de l'institution de règles de preuve rigides venait consolider la supériorité de l'Etat dans la confrontation qui l'oppose à la victime. D'où la nécessité d'imprimer au droit à la preuve un caractère libéral qui mêle la souplesse à l'efficacité. Elle trouve son expression la plus claire dans l'institution du principe de la liberté de la preuve. Ce principe ne signifie pas seulement que les parties peuvent utiliser tous les moyens de preuve possibles pour convaincre le juge, il autorise également le juge à conférer à chaque élément du dossier la valeur qu'il estime juste. L'exercice de cette compétence ne confine pas à l'arbitraire notamment parce que la Cour a choisi de se fixer des standards de preuve, c'est-à-dire des critères d'évaluation qui permettent de déterminer à partir de quel seuil de conviction il estime une preuve établie.

513. Aussi, pour montrer de quelle manière la libre appréciation des preuves est à la base d'une dynamique qui traduit le principe de l'application *pro victima* du droit à la preuve, il importe avant tout de présenter le principe de la liberté de la preuve (section I) avant de s'intéresser à l'aspect particulier des standards de la preuve dont l'application se caractérise par une curieuse oscillation (section II).

Section I – Le principe de la liberté de la preuve

514. En adoptant le principe de la liberté de la preuve, la Cour européenne des droits de l'homme s'est appropriée un régime procédural commun à l'ensemble des juridictions internationales. Ce dernier affranchit les titulaires du droit à la preuve de l'obligation de suivre un schéma préconçu venant entraver leurs stratégies contentieuses ; il permet au juge de forger sa conviction avec la souplesse nécessaire à une protection effective des droits de l'homme.

Sous-section 1 – La libre production des preuves

515. Etudier la transposition du principe de la liberté de la preuve c'est découvrir les ressorts de son implantation dans le mécanisme de contrôle de la Convention (§ 1), et montrer qu'elle permet à la Cour de disposer de moyens de preuve très divers (§ 2).

§ 1 – L'affirmation du principe

516. Le principe de la liberté de la preuve règne sur l'ensemble du contentieux international. Mais il serait insuffisant de tirer de la seule qualité de juridiction internationale de la Cour la justification de son implantation au sein du mécanisme européen de garantie des droits de l'homme. Il faut donc rechercher pourquoi la transposition de ce principe général du contentieux international (A) paraît si naturelle (B) à qui s'intéresse au système probatoire de la Cour.

A - Un principe général du contentieux international

517. C'est du silence des règles de procédure que l'on infère l'existence du principe de liberté de la preuve⁵²⁵. En règle générale, les textes organisant le procès international, qu'il s'agisse des conventions, des statuts des juridictions, ou des règlements de procédure ne prévoient pas de dispositions spéciales venant restreindre le choix des moyens de preuve produits par les parties⁵²⁶. WITENBERG l'enseignait déjà : « *il y a donc là un principe absolument général. Dans le silence de la convention, tous les modes de preuve (...) seront concurremment admis devant le juge international, sans égard à la nature du fait à*

⁵²⁵ Pour une illustration de ce raisonnement à propos du système probatoire de la Commission européenne des droits de l'homme, S. TRECHSEL – L'établissement des preuves devant la Commission européenne des droits de l'homme, in *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles, 3ème colloque du département des droits de l'homme de l'Université Catholique de Louvain*, op. cit., p. 132 ; voir également l'opinion séparée du juge ZEKIA dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, série A n°25, p. 100.

⁵²⁶ C. DE VISSCHER – *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, p. 87-88 ; J-C WITENBERG – *La théorie des preuves...*, op. cit., p. 87 ; D. V. SANDIFER – *Evidence before international tribunals*, op. cit., p. 189-190 ; G. NIYUNGEKO – *La preuve devant les juridictions internationales*, Université libre de Bruxelles, Thèse, dact., 1988, p. 234-253 ; M. LACHS – *La preuve et la Cour internationale de justice*, in C. PERELMAN ; P. FORIERS (Ed.) – *La preuve en droit*, op. cit., p. 111 ; M. KAZAZI – *Burden of proof and related issues, a study on evidence before international tribunals*, The Hague, London, Boston, Kluwer law international, 1996, p. 180.

*prouver*⁵²⁷ ». L'évolution du contentieux international, ni dans sa pratique ni dans sa réglementation n'a infirmé son point de vue.

518. Que l'on se réfère au règlement de la Cour internationale de justice qui se contente d'indiquer en son article 50 § 1 que « *sont jointes à l'original de toute pièce de procédure des copies certifiées conformes de tous documents pertinents produits à l'appui des thèses formulées dans cette pièce* », à l'article 43 § 4 du règlement de la Cour européenne de justice qui retient une formulation similaire : « *à tout acte de procédure est annexé un dossier, contenant les pièces et documents invoqués à l'appui et accompagné d'un bordereau de ces pièces et documents* »⁵²⁸ ou encore aux règles applicables en droit international pénal⁵²⁹, la liberté est la règle.

519. Devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la situation n'est guère différente. Ainsi que le rappelle M. BUERGENTHAL « *the Court has been extremely liberal in admitting almost all evidence that was proffered in various cases*⁵³⁰ ». La Cour, qui avait affirmé la libre admissibilité des preuves dès les affaires Velásquez et Godinez Cruz⁵³¹ n'a pas touché à cet acquis lors de l'adoption de son nouveau règlement de procédure. Dans la droite ligne du texte antérieur, celui-ci ne limite pas les modes de preuve nécessaires à l'établissement de sa conviction⁵³². Cette absence de précision des modes de preuves est sans conteste le signe du caractère libéral du système probatoire.

520. Il en résulte que d'une manière générale, la production est libre devant les juridictions internationales, et sur ce point, aucune spécificité ne peut être relevée dans le contentieux européen des droits de l'homme.

⁵²⁷ J-C WITENBERG – La théorie des preuves..., op. cit., p. 87.

⁵²⁸ M-C BERGERES – *Contentieux communautaire*, op. cit., p. 125, § 115.

⁵²⁹ A-M. LA ROSA – La preuve, in H. ASCENSIO ; E. DECAUX ; A. PELLET (Ed.) – *Droit international pénal*, op. cit, p. 769 - 770.

⁵³⁰ T. BUERGENTHAL – Judicial fact-finding : the Inter-american human rights Court, in R. B. LILICH – *Fact-finding before international tribunals*, Aadsley-on-Hudson, N.Y, Transnational publishers, 1992, p. 270.

⁵³¹ Velásquez Rodríguez, 29 juillet 1988, Informe anual de la corte interamericana de derechos humanos 1988, p. 62 § 130 ; godinez Cruz, 20 janvier 1989, Informe anual de la corte interamericana de derechos humanos 1989, p. 44, § 136 ; Fairén Garbí y Solís Corrales, 15 mars 1989, Informe anual de la corte interamericana de derechos humanos 1989, p. 102, § 133 ; H. FAÜNDEZ LEDESMA – *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos...*, op. cit., p. 466.

⁵³² Le chapitre IV du règlement de 1996, consacré exclusivement à la preuve, ne précise dans aucun des huit articles qui le compose que la Commission interaméricaine, l'Etat ou la victime sont astreints à l'utilisation de certains modes de preuve.

B - Une implantation logique

521. Les raisons du rejet du mécanisme de la preuve légale prennent leur source dans l'impossibilité pratique d'appliquer ce régime dans le cadre d'une protection internationale des droits de l'homme (1). L'image du choix par défaut du régime libéral de la preuve est renforcée par l'étude de ses fondements juridiques (2). En effet, c'est de l'absence de précision des modes de preuve utilisables qu'il faut déduire - presque négativement - la consécration de la liberté de la preuve.

1 - L'impossible régime de preuve légale

522. D'abord, il faut souligner qu'aucune stipulation de la Convention n'encadre la compétence procédurale de la Cour dans le choix du régime de preuve applicable à l'instance. En outre, quelle que soit de la richesse de ses enseignements sur l'influence des exigences du procès équitable sur l'organisation et le déroulement de l'instance, la jurisprudence de la Cour, prudente à l'égard des règles nationales d'administration de la preuve, n'indique pas si les principes de bonne administration de la justice recommande ou exclut l'adoption d'un régime de preuve déterminé. En faisant entrer ce *corpus juris* dans le champ de la marge nationale d'appréciation, la Cour se garde d'imposer la nature des preuves requises dans la défense des droits de l'homme⁵³³. Il importe toutefois de réserver le cas de la privation de liberté des aliénés dans lequel la Cour précise le mode de preuve adéquat. Si l'article 5 § 1 e) de la Convention autorise qu'un aliéné soit privé de sa liberté sous réserve de certaines conditions, la Cour exige que l'internement soit précédé d'une expertise médicale qui démontre l'existence d'un trouble d'une ampleur et d'un caractère légitimant l'internement⁵³⁴. Hormis cette exception la question du choix entre le système légal et le système libéral de la preuve se situe en dehors des prescriptions des principes du procès équitable. Pour autant, l'alternative n'a jamais constitué un dilemme pour la Cour européenne des droits de l'homme.

⁵³³ « Si la Convention garantit en son article 6 le droit à un procès équitable, elle ne réglemente pas pour autant l'admissibilité des preuves ou leur appréciation, matière qui relève dès lors au premier chef du droit interne et des juridictions nationales », Schenk c. Suisse, 12 juillet 1988, série A n° 140, p. 29, §§ 45-46 ; Saïdi c. France, 20 septembre 1993, série A n° 261-C, R.U.D.H 1993, p. 352, § 43 ; Teixeira de Castro c. Portugal, 9 juin 1998, Recueil 1998-IV, § 34 ; Khan c. Royaume-Uni, 12 mai 2000, § 34.

⁵³⁴ Voir, entre autres, Winterwerp c. Pays-Bas, 24 octobre 1979, série A n°33, p. 16, § 39 ; X. c. Royaume-Uni, 5 novembre 1981, série A n° 46, p. 19, § 41. Mais il convient de remarquer que l'exigence de ce mode de preuve se rapporte à la procédure non contentieuse d'internement. Il est clair qu'en cas de contestation judiciaire, l'expertise pourra être produit à l'instance.

523. Quelles que soient les vertus propres de la liberté de la preuve, il est clair que le système de preuve légale, en tant qu'il définit *a priori* quels sont les éléments de preuve susceptibles d'être produits à l'instance serait de toute manière impraticable pour régler des différends mettant en cause le respect des droits de l'homme. Ce serait purement et simplement obliger la victime, au moment où le droit prétend protéger sa la dignité humaine mise en péril, à rassembler puis conserver les seuls moyens de preuve admis devant la Cour. Cette solution absurde ne serait pas seulement attentatoire à l'éthique de la défense des droits, elle rendrait surtout le mécanisme aussi peu attractif qu'inefficace. En conséquence, il parut logique à la Cour d'adopter le principe de la liberté de la preuve, il restait simplement à lui fournir une base juridique.

2 - L'affirmation juridique de la liberté de la preuve

524. Ni la Convention européenne des droits de l'homme, ni aucun texte de procédure ne restreignent la libre production des parties⁵³⁵. Certes, le nouveau règlement de procédure, qui n'innove pas en la matière, fait référence aux interrogatoires, expertises et témoignages dont la Cour peut user afin d'établir sa conviction. Mais cette énumération s'applique aux mesures d'instruction et n'intéresse pas les moyens susceptibles d'être présentés par les parties. A l'image des règlements des autres juridictions internationales, le règlement de procédure prévoit simplement que des « *éléments de preuve* » et des « *documents* » sont déposés à l'appui des thèses soutenues devant la Cour⁵³⁶.

525. A cette affirmation par défaut du principe de la liberté de la preuve s'ajoute une autre, résultant de l'arrêt *Irlande contre Royaume-Uni*⁵³⁷ quotidiennement confirmé dans la pratique. Paradoxalement, c'est en relevant que « *ni la Convention, ni les principes généraux du droit international applicables aux juridictions internationales* » ne lui prescrivent des règles strictes en matière d'administration de la preuve que la Cour justifie l'applicabilité d'un principe général... du contentieux international. Dès lors, « *pour forger sa conviction, il lui est loisible de se fonder sur des données de toute sorte, y compris des documents ou déclarations émanant de gouvernements - défendeurs ou requérants -, de leurs organes ou de leurs*

⁵³⁵ LEGEAIS R. – Le droit de la preuve à la Cour européenne des droits de l'homme, in *Mélanges offerts à P. COUVROT, La sanction du droit*, Paris, P.U.F, Publication de la faculté de droit et de sciences économiques de Poitiers, 2001, p. 262.

⁵³⁶ Il est plus fréquent que le règlement emploie le mot « *document* » (article 38 ; 47 h) ; 49 § 2 a) ; 58) que l'expression « *éléments de preuve* » utilisée à l'article 59 § 1. En vertu de l'article 49 § 2 a), le juge rapporteur peut demander aux parties de soumettre tous documents et tous autres éléments qu'il juge pertinents.

⁵³⁷ *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, op. cit., p. 79-80.

*fonctionnaires, pour autant qu'elle les juge pertinentes*⁵³⁸ ». Les implications juridiques de cette consécration sont d'une grande importance pratique. D'abord, la liberté de la preuve prive d'emblée une réflexion sur la hiérarchie des modes de preuve devant la Cour de toute pertinence. Juridiquement, ce n'est pas la nature des preuves qui détermine l'ordre de leur force probante. Pas de classification rigide, de la souplesse avant toute chose. Cela ne signifie pas que la libre production des preuves est dépourvue de toute contrainte juridique.

526. Hormis la contrainte purement procédurale relative au moment de la production des preuves, intervient en premier lieu, le caractère subsidiaire du recours. L'obligation faite aux victimes de soumettre au juge national les contestations relatives aux droits consacrés par la Convention avant de saisir le juge international, aboutit à constituer un dossier comportant de nombreux moyens de preuve qui seront utilisés à nouveau devant la Cour. Si la question de la provenance des preuves sera envisagée dans la deuxième partie de ces travaux, on peut d'ores et déjà indiquer que le caractère subsidiaire du recours assure une grande place aux preuves insérées dans les dossiers des procédures internes.

527. En second lieu, il faut considérer que certains procédés d'obtention des preuves peuvent entrer en conflit avec les normes de fond de la Convention, comme l'interdiction de la torture, ou la protection de la vie privée⁵³⁹. Bien que le problème ne semble pas s'être posé devant la Cour, il est certain qu'il s'agit d'une contrainte posée par le droit positif et qui conduirait à l'irrecevabilité de certains moyens de preuve. A cet égard, il convient de préciser qu'à la différence des solutions retenues en droit international général, la violation des règles du droit interne, compte tenu de la place des normes conventionnelles en droit national, pourrait emporter la violation du droit de la Convention, et par suite, conduire à l'irrecevabilité de certaines preuves.

§ 2 – La diversité des moyens de preuve

528. C'est au regard de la pratique que s'apprécie l'efficacité d'un principe procédural. Au Palais des droits de l'homme, les résultats de la mise en œuvre de la liberté de la preuve semblent satisfaire les espérances des victimes. Tenter l'inventaire exhaustif des moyens de preuve présentés à la Cour serait plus fastidieux qu'utile à la démonstration. Seuls

⁵³⁸ Idem.

⁵³⁹ Cette contrainte relève davantage de la problématique de la recherche des preuves étudiée dans la deuxième partie. Mais elle méritait d'être mentionnée dans la mesure où les conditions d'obtention certaines preuves délimitent incontestablement l'exercice de la libre production des preuves.

ceux qui sont cités dans les arrêts retiendront l'attention. En regroupant par catégorie les moyens de preuve auxquels la Cour a accordé un intérêt suffisant pour être retenu dans sa décision finale, il s'agira avant tout d'illustrer la diversité des éléments susceptibles de fonder sa conviction⁵⁴⁰. Au regard des contraintes et des variables présentées précédemment, l'exercice de la liberté de la preuve donne lieu à la production de preuves écrites (A), audiovisuelles (B) et orales (C).

A - Les preuves écrites

529. Si la Cour utilise de nombreuses preuves écrites, il n'est pas possible de les énumérer toutes⁵⁴¹. Il convient seulement de relever les éléments les plus saillants de cette pratique, comme l'importance des pièces de la procédure interne (1), des statistiques (2) des documents émis par des institutions internationales (3) et par des organismes non gouvernementaux participant à la protection des droits de l'homme (4).

1 – Les pièces de la procédure interne

530. En raison de l'obligation d'épuiser les voies de recours internes, l'essentiel des documents nécessaires à la compréhension du litige est compris dans les dossiers des juridictions internes. Ils forment le matériau de base pour la construction des faits devant la Cour. Ceci est évident s'agissant des litiges qui mettent en cause la validité des procès nationaux au regard des exigences de la Convention. Mais, ils sont également utiles au règlement de tout différend soumis à la Cour.

⁵⁴⁰ Cette optique exclut le rapprochement avec des mécanismes qui semblent spécifiques au contentieux international comme l'estoppel qui s'oppose à ce qu'un Etat contredise au cours du procès les positions qu'il avait adoptées antérieurement et dans lesquelles les tiers avaient placé leur confiance légitime. Voir par exemple, C. VALLEE – *Observations sur l'estoppel en droit des gens*, Paris, Pedone, 1973.

⁵⁴¹ Dans l'affaire *Tyrer*, pour démontrer que le châtement judiciaire corporel infligé au jeune Tyrer était justifié par des nécessités locales, l'Attorney général de l'île de Man invoqua l'état de l'opinion publique : une pétition, un débat à Tynwald, et pour expliquer que la population trouve cette peine dissuasive efficace, il a cité des statistiques. *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, série A n° 26, p. 18, § 37. Dans l'affaire *Modynos c. Chypre*, des déclarations faites par des ministres chypriotes dans la presse vont contribuer à établir que la règle d'interdiction d'actes homosexuels en privé est toujours en vigueur dans le pays. *Modinos c. Chypre*, 22 avril 1993, série A n° 259. La Cour s'appuie également sur des registres de garde à vue : *I. Bilgin c. Turquie*, 17 juillet 2001, § 130 ; *Çakıcı c. Turquie*, 8 juillet 1999, Recueil 1999-IV, § 85 ; il lui arrive également de se référer à des rapports d'autopsie : *kaya c. Turquie*, op.cit., §§ 27, 89 ; *Velikova c. Bulgarie*, 18 mai 2000, Recueil 2000-VI, §§ 30, 71.

531. A côté des documents d'audience⁵⁴², des décisions de justice, on retrouve notamment des procès-verbaux de la police. Dans l'affaire *Ezelin c. France* relative à la liberté de réunion pacifique, le juge devait notamment se demander si le requérant avait proféré des menaces ou tracés des inscriptions au cours d'une manifestation qui avait dégénéré. La réponse de l'arrêt est sans équivoque : « *Il ne ressort pas du procès-verbal dressé par le commissaire principal de Basse-Terre, ni d'aucun autre élément du dossier, que Me Ezelin, ait lui-même proféré des menaces ou tracé des inscriptions* »⁵⁴³. Les expertises ordonnées par les juges nationaux figurent également au dossier. De même, il n'est pas rare, dans les affaires qui concernent notamment l'atteinte à l'intégrité physique, que la Cour se réfère à des documents médicaux⁵⁴⁴.

2 - Les statistiques

532. La preuve statistique est plus rare devant la Cour. Elle permet en principe au juge d'apprécier la situation litigieuse au regard de donnée générale censée expliquer ou critiquer les actes mis en cause. La Cour accueille favorablement ce moyen de preuve, et parfois en sollicite la production⁵⁴⁵.

533. C'est à l'aide de statistiques concernant la population et les maisons inhabitées que le gouvernement anglais, dans l'affaire *Gillow*, démontre que les mesures à l'origine de l'ingérence dans le droit au respect de son domicile des requérants poursuivaient un but

⁵⁴² Il peut s'agir de lettres adressées aux juridictions nationales comme dans les affaires *Pardo c. France*, 20 octobre 1993, série A n° 261-B, § 28 ; *Daud c. Portugal*, 21 avril 1998, Recueil 1998-II § 42 ; il peut s'agir également de lettres adressées par le requérant à ses avocats, *Kamasinski c. Autriche*, 12 décembre 1989, série A n° 168, § 69 ; Des rapports de juge ou d'audience : *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*, 23 avril 1997, Recueil 1997-III, § 62 ; *Asch c. Autriche*, 26 avril 1991, série A n° 203, § 30 ; *Fey c. Autriche*, 24 février 1993, série A n° 255-A, § 31 ; *H c. Belgique*, 30 novembre 1987, série A n° 127-B, dans l'opinion dissidente du juge De Meyer ; *Scozzari et Giunta c. Italie*, 13 juillet 2000, Recueil 2000-VIII, § 117 ; *Helle c. Finlande*, 19 décembre 1997, Recueil 1997-VIII, § 50. Les preuves statistiques semblent également jouer un rôle important devant les juridictions communautaires, voir M-T LANQUETIN – La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire, *Droit social*, 1995, p. 435.

⁵⁴³ *Ezelin c. France*, 26 avril 1991, série A n° 202, p. 21 § 41 ; *Ertak c. Turquie*, 9 mai 2000, Recueil 2000-V, § 26 ; *Osman c.* 28 octobre 1998, Recueil 1998-VIII § 58.

⁵⁴⁴ C'est le cas dans pratiquement toutes les affaires relatives aux atteintes à l'article 3 de la Convention. Au sein d'une abondante jurisprudence on peut citer : *Ribitsch c. Autriche*, 4 décembre 1995, série A n° 336, § 33, le rapport d'un hôpital prouve l'existence de lésions sur le corps du requérant. Dans l'affaire *Scozzari et Giunta c. Italie* précitée, la Cour se fonde notamment sur un certificat de neuropsychiatrie §§ 15, 70, 118 ; voir également *Altay c. Turquie*, 22 avril 2001, § 48.

⁵⁴⁵ *Buchholz c. Danemark*, 6 mai 1981, série A n° 42, § 39. Autre cas intéressant, dans l'affaire *Edwards c. Royaume-Uni*, 16 décembre 1992, série A n° 247-B, qui mettait en cause la régularité d'une procédure au regard de l'article 6 § 1 et 3 d) ; la Commission note qu'en principe la Court of appeal a le droit d'entendre des témoins et d'examiner à nouveau les preuves du dossier. Mais « *il n'existe pas de statistique sur la fréquence du recours à ce pouvoir* », § 23. ; Voir également l'utilisation des statistiques concernant la population tzigane au Royaume-Uni pour régler un litige relatif à la vie privée de deux tziganes : *Beard c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, §§ 32, 64, 98.

légitime. En effet, si les époux Gillow s'étaient vu refuser le permis d'habiter leur maison sur l'île de Guernesey, c'était en application d'une législation destinée à assurer un logement aux personnes ayant des liens étroits avec cette île et à faire face à des risques de surpeuplement⁵⁴⁶. Il arrive également que la Cour reçoive des statistiques permettant d'évaluer l'équité des mécanismes procéduraux⁵⁴⁷. L'arrêt Delcourt se fonde notamment sur des statistiques pour démontrer que le rôle du ministère public près la Cour de cassation ne porte pas atteinte à l'égalité des armes. Ces derniers montraient qu'il arrive fréquemment au parquet de cassation « *soit de conclure au rejet des pourvois formés par le ministère public de première instance ou d'appel contre une sentence d'acquiescement, ou à l'admission du pourvoi d'un condamné, soit même de soulever d'office des moyens qu'un condamné n'a pas invoqués, a présentés tardivement ou n'a pas libellés avec la clarté suffisante*⁵⁴⁸ ».

534. La preuve statistique peut jouer un rôle important en matière de discrimination en raison de l'appartenance sexuelle puisqu'elle permet de comparer le sort fait à chaque sexe dans un cas donné. Exemple peut être tiré de l'arrêt Abdulaziz, Cabales et Balkandi c. Royaume-Uni qui condamne une discrimination fondée sur le sexe en relation avec l'article 8 de la Convention⁵⁴⁹. Les règles d'immigration permettaient plus aisément à un homme installé au Royaume-Uni qu'à une femme dans la même situation d'obtenir pour son conjoint non-national l'autorisation d'entrer au de rester dans ce pays. A l'aide de statistiques, le gouvernement a tenté, sans succès, de montrer le poids respectifs des hommes et des femmes sur le marché du travail en vue de justifier la discrimination. L'arrêt Van Raalte c. Pays-Bas peut également illustrer cet usage. Aux Pays-Bas, les femmes célibataires, sans enfants, de quarante-cinq ans et plus étaient exonérées de l'obligation de payer des cotisations au titre de la loi générale sur les allocations familiales. Selon le requérant, l'exemption devait s'étendre aux hommes se trouvant dans la même situation sous peine d'être contraire à l'article 14 prohibant la discrimination dans la jouissance des droits garantis par la Convention. En défense, le gouvernement soutenait que « *les femmes âgées de quarante-cinq ans et plus*

⁵⁴⁶ Gillow c. Royaume-Uni, 24 novembre 1986, série A n° 109, § 54. Voir Linguistique belge, 23 juillet 1968, série A n°6, § 15.

⁵⁴⁷ Buchholz c. Danemark, op. cit., § 53, à l'aide de statistiques, le gouvernement indique le rythme des affaires traitées par la Cour d'appel du travail, pour justifier la durée d'un procès que le requérant prétendait déraisonnable. Khalifaoui c. France, 14 décembre 1999, Recueil 1999-IX, § 53 : « *La Cour ne peut que relever, par ailleurs, le faible nombre de dispenses effectivement accordées (12 en 1997 et 18 en 1998, d'après les chiffres fournis par le Gouvernement), ce qui tend à montrer que les juridictions saisies apprécient de façon particulièrement restrictive, comme en l'espèce, les demandes qui leur sont présentées* ». De Wilde, Ooms et Versyp, 18 juin 1971, série A n° 12, § 7 : « *le 10 janvier, l'agent du Gouvernement belge a fourni au Greffier, pour l'information de la Cour, des statistiques relatives aux recours introduits en vertu de la clause transitoire figurant à l'article 2 de la loi du 6 août 1971* ».

⁵⁴⁸ Delcourt, 17 janvier 1970, série A n° 11, p. 18, § 34.

⁵⁴⁹ Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, 28 mai 1985, série A n° 14, § 38 et § 79.

différeraient fondamentalement des hommes du même âge en ce que, pour des raisons d'ordre biologique, elles auraient beaucoup moins de chances de pouvoir procréer. » Critiquant l'argument selon lequel les différences entre les possibilités de procréer pouvaient justifier la discrimination, il s'appuie sur des statistiques montrant « *que très peu d'hommes âgés de quarante-cinq ans et plus engendrent des enfants; par ailleurs, les femmes âgées de plus de quarante-cinq ans seraient encore capables de donner naissance à des enfants et le feraient dans de nombreux cas*⁵⁵⁰ ».

535. Les statistiques sont ainsi utiles parce qu'elles donnent la mesure d'une situation générale qu'il serait difficile d'appréhender autrement. De ce point de vue elle présente un intérêt comparable aux documents émis par des institutions internationales de protection des droits de l'homme.

3 - Les documents émis par d'autres institutions internationales de protection des droits de l'homme

536. Dans certains procès, des documents établis par des organes internationaux de protection des droits de l'homme sont versés au débat. Parfois, la preuve est produite à la manière d'un argument d'autorité⁵⁵¹. L'autorité de l'auteur d'un document peut parfois soustraire à toute discussion les constatations qu'il contient. Cette démarche rationnelle conduit qui veut prouver l'atteinte à l'intégrité physique à faire établir un certificat médical concernant les parties de son corps qu'il estime affectées. L'idée d'employer les documents émanant d'organismes internationaux participant à la protection des droits de l'homme naît du même raisonnement. Mais elle présente en sus, un aspect spécifique. Elle s'appuie sur l'espérance légitime d'une cohérence du droit international des droits de l'homme qui se manifesterait par une collaboration des mécanismes de protection.

537. Ainsi, les déclarations publiques, rapports ou constatations du Comité européen de prévention de la torture⁵⁵² ou des rapports produits par des organes de l'organisation des

⁵⁵⁰ Van Raalte c. Pays-Bas, 21 février 1997, Recueil 1997-I, § 36.

⁵⁵¹ C. PERELMAN – *Traité de l'argumentation*, Bruxelles, Editions de l'université de Bruxelles, 1976, p. 410.

⁵⁵² Les rapports du Comité européen de prévention de la torture et des traitements inhumains et dégradants ont été utilisés à diverses occasions par la Cour. Aksoy c. Turquie, 18 décembre 1996, Recueil 1996-VI, p. 2272, § 46 : le requérant tente en vain de montrer l'existence d'une pratique systématique de torture des détenus en Turquie à l'aide de document du Comité européen de prévention de la torture mais aussi des résultats de la procédure concernant l'enquête sur la Turquie publiés le 9 novembre 1993 par le Comité des Nations unies contre la torture, et du rapport établi en 1995 par le Rapporteur spécial des Nations unies sur la torture (E/CN.4/1995/34) ; Aerts c. Belgique, 30 mai 1998, Recueil 1998-V, § 49 (voir dans la suite du texte) ; Aydin c. Turquie du 25 septembre 1997, Recueil 1997-VI, § 122 : les déclarations publiques du Comité ne permettent pas de conclure à une pratique administrative de violation des droits de l'homme; Salman c. Turquie, 27 juin

Nations Unies⁵⁵³ sont censés fournir à la Cour les bases nécessaires à l'appréciation des violations de la Convention dans un pays donné. Dans tous ces cas, le choix du moyen s'appuie en particulier sur l'idée que certaines affirmations s'imposent au juge par la seule autorité de celui qui les émet.

538. L'utilisation de ces constats réduit en principe la difficulté de preuve qui se dresse devant le requérant qui manque d'un pouvoir d'expertise suffisant lorsqu'il entend démontrer l'existence de conditions générales contraires à la Convention. Elle réduit également la charge des organes de la Convention qui n'ont pas à procéder à des mesures d'instruction à la fois longues et complexes. C'est dans cette perspective que, dans l'affaire Aydin, la requérante allègue, mais sans succès, l'existence d'une pratique administrative de violation des articles 3, 6 § 1, 13 et 25 de la Convention, imputable à la Turquie en s'appuyant « *sur une déclaration publique émise par le Comité européen de prévention de la torture en décembre 1992, où celui-ci conclut que la pratique de la torture et d'autres formes de mauvais traitements graves de personnes en garde à vue est largement répandue en Turquie. Devant la Cour, elle a signalé la dernière déclaration publique du CPT, en date du 6 décembre 1996, confirmant que la torture et les mauvais traitements restent pratique courante dans les postes de police en Turquie*⁵⁵⁴ ». Dans une autre affaire, à partir d'un rapport du Comité européen de prévention contre la torture et des commentaires du gouvernement belge qui l'accompagnent la Cour a jugé établi qu'une annexe psychiatrique « *ne pouvait pas être considérée comme un établissement approprié à la détention d'aliénés : ces derniers n'y bénéficient ni d'un suivi médical ni d'un environnement thérapeutique*⁵⁵⁵ ».

2000, § 113 : un rapport du Comité permet d'inférer qu'un certain type de torture « la falaka » a été appliqué en l'absence d'explication de la part du gouvernement. On peut également citer le cas Akkoc vs. Turkey dans lequel la Cour utilise un rapport du Comité européen contre la torture dans un arrêt rendu sur l'allégation de traitements inhumains et dégradants dans une prison turque : Akkoç c. Turquie, 10 octobre 2000, Recueil 2000-X, § 57 ; Dougoz vs. Greece, 6 mars 2001, § 46.

⁵⁵³ L'arrêt Velikova fournit l'exemple de l'utilisation de documents d'origines diverses. Dans cette affaire, le requérant, pour appuyer son moyen tiré de la violation de l'article 13 de la Convention, a eu recours à un rapport du rapporteur spécial sur la torture des Nations Unies relevant que la disproportion entre la fréquence d'allégations de tortures et de traitements inhumains et dégradants, parfois suivis de mort d'homme, formulée contre la police et la rareté des mesures disciplinaires et des enquêtes aboutissant à une procédure pénale est la cause d'un climat d'impunité. Il s'est appuyé également sur le rapport annuel de 1999 du rapporteur spécial des Nations Unies sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination de racisme, xénophobie et autre intolérance indiquant que les violences envers les roms étaient très répandus en Bulgarie. Si ces éléments sont cités dans la motivation de la décision, il n'est pas certain qu'ils aient exercé une influence sur la décision de violation de l'article 13 de la Convention. Velikova c. Bulgarie, 18 mai 2000, Recueil 2000-VI, § 88. Dans le but de convaincre le juge de l'existence d'une discriminations à l'égard des roms en Bulgarie il a également produit un rapport du Comité de l'élimination de la discrimination raciale des Nations Unies et un rapport d'un rapporteur spécial des Nations Unies sur les exécutions arbitraires et un rapport du Comité européen pour la prévention de la torture. Même arrêt § 92.

⁵⁵⁴ Aydin c. Turquie, 25 octobre 1997, Recueil 1997-VI, § 122.

⁵⁵⁵ Aerts c. Belgique, 30 mai 1998, Recueil 1998-V, § 49.

539. On peut remarquer que la Cour a accordé un poids déterminant aux rapports du Comité européen lorsqu'il s'agissait principalement de se prononcer sur des violations « ordinaires », c'est-à-dire qui ne concernent qu'une personne déterminée⁵⁵⁶. Cependant, elle se montre réticente dès lors que la production des rapports visent à établir l'existence d'une pratique administrative de violation de la Convention, en dépit du fait que, comme dans l'affaire Aydin précitée, la répétition des actes et la tolérance officielle – éléments constitutifs de ce type de violation – semblent avérées. Cette attitude ne favorise ni l'effectivité de la protection, ni les attentes que l'on peut nourrir à l'égard de la mission de la Cour. En effet, on peut penser avec le professeur FLAUSS, que « *la pérennisation d'un chœur à deux voix risque de porter atteinte à la crédibilité du Conseil de l'Europe*⁵⁵⁷ ». Si cette timidité de la Cour prévaut à l'égard d'une institution créée sous l'égide de la même institution internationale que la Cour, *a fortiori* elle diminue la valeur des rapports du groupe de travail des Nations Unies sur les disparitions forcées qui dans l'affaire Kurt auraient pu conduire à retenir une violation systématique des droits de l'homme dans le chef de la Turquie⁵⁵⁸. La pratique incite donc à croire que la valeur des documents émis par les autres institutions internationales dépend étroitement de l'ampleur des violations prétendues par les requérants, et surtout – ce qui n'est pas sans rappeler le primat des orientations de fond du droit sur le fonctionnement du système probatoire – de la politique jurisprudentielle de la Cour.

540. En attendant une évolution de la Cour sur ce point, les requêtes individuelles devront se satisfaire de cette défiance à l'égard des preuves résultant d'autres institutions internationales. Il faut tout de même noter que parfois, ces preuves ont permis à certains individus d'échapper à des supplices certains. A cet égard, l'affaire Jabari contre Turquie mérite de retenir l'attention.

541. Elle met en scène une femme réfugiée en Turquie qui prétend que son expulsion vers l'Iran l'exposerait à des traitements prohibés par l'article 3 de la Convention. En effet, convaincue d'adultère elle risquerait notamment d'être fouettée et lapidée selon les règles en vigueur dans cet Etat. Pour appuyer sa requête, elle se fondait notamment sur un rapport d'Amnesty International concernant le châtement des femmes convaincues d'adultère

⁵⁵⁶ Salman c. Turquie, op. cit., Aerts c. Belgique, op. cit., Dougoz, § 45 ; Magee vs. United Kingdom, 6 juin 2000, §§ 30 et 40 (violation de l'article 6 § 1) ; I. Bilgin c. Turquie, 17 juillet 2001, § 130 (le rapport est utilisé au stade de l'appréciation des preuves afin d'établir qu'une personne avait subi des atteintes à son intégrité physique en prison).

⁵⁵⁷ J-F FLAUSS – La Cour de Strasbourg face aux violations systématiques des droits de l'homme, op. cit., p. 357.

⁵⁵⁸ Kurt c. Turquie, 25 mai 1998, Recueil 1998-III, Observations O. De FROUVILLE in E. DECAUX et P. TAVERNIER – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 1998), *J.D.I* 1999, p. 241-244.

en Iran et sur la décision du Haut commissariat aux réfugiés des Nations Unies qui lui avait accordé le statut de réfugié en raison des persécutions qu'elle pourrait encourir en Iran. Tout en affirmant qu'elle n'est pas liée par la décision du Haut commissaire, la Cour accorde de l'importance au fait qu'il a interrogé la requérante et apprécié la crédibilité de ses craintes et la vérité de ses allégations sur les procédures criminelles engagées en Iran contre les femmes adultères. A cela s'ajoute le fait que le gouvernement n'a pas mis en doute les conclusions du rapport d'Amnesty International⁵⁵⁹. La juridiction internationale conclut, sur la base de ces éléments à la violation de l'article 3 de la Convention. Il s'agit sans conteste d'un bel exemple de collaboration entre les institutions internationales protectrices des droits et les organisations non gouvernementales participant à la protection des droits de l'homme.

4 – Les documents émis par des organisations non gouvernementales participant à la protection des droits de l'homme

542. Dès l'affaire grecque, la Commission avait inauguré cet usage puisqu'elle s'était appuyée sur des constatations rendues publiques par le Comité international de la croix rouge pour conclure que les conditions de détention au camp de Leros-Lakki n'étaient pas conformes à la Convention⁵⁶⁰.

543. Une place à part doit être faite aux *amicus briefs* qui sont admis devant la Cour dans une double optique. D'une part, informer la juridiction de l'état du droit dans les législations nationales sur un point donné, d'autre part, la renseigner sur l'évolution du droit international relativement aux questions soulevées par le litige. Il s'agit là de documents de portée très générale utiles à la bonne administration de la justice, même si la motivation des arrêts n'y a guère recours⁵⁶¹. Ces *amicus briefs* visent à alimenter les débats et principalement à enrichir la matière du juge ou à élargir son champ de vision des données de l'affaire.

⁵⁵⁹ Jabari c. Turquie, 11 juillet 2000, Recueil 2000-VIII, § 46.

⁵⁶⁰ Pour d'autres exemples de ce type, voir en particulier, D. ROUGET – *La Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants*, Thèse dact., Lille II, 1995, page 153.

⁵⁶¹ En contrepoint de cette pratique générale on peut citer quelques exemples contraires. Dans l'affaire Brogan c. Royaume-Uni, 29 octobre 1988, série A n° 145-B, c'est dans la partie « En Fait » que la Cour mentionne les statistiques produites par l'*amicus curiae* (§ 37) ; il en est de même dans l'affaire Aydin c. Turquie : cette première partie de l'arrêt informe que selon les indications d'amnesty international, le viol d'un détenu par un agent de l'Etat, la punition, l'intimidation de la victime en vue de lui extorquer des renseignements sont considérés comme des actes de torture « dans les interprétations contemporaines des droits de l'homme » : Aydin c. Turquie, 25 octobre 1997, op. cit., § 51. Parfois, la partie « En droit » des arrêts se réfère à ces documents. Par exemple, Pham Hoang c. France, 25 septembre 1992, série A n° 243, § 24 ; Open door et Dublin Well Woman c. Irlande, 29 septembre 1992, série A n° 264-A, § 101 ; Soering c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, série A n° 161, § 43 et § 61. Ainsi, dans l'affaire Akdivar c. Turquie relative à la violation de

544. Ces rapports établis généralement dans le cadre d'un mécanisme non juridictionnel de protection internationale des droits de l'homme trouvent un souffle nouveau dès lors qu'ils participent à une procédure de sanction.

B - Les preuves audiovisuelles

545. Par preuve audiovisuelle, on entendra tant la preuve par image comme la photographie, que l'enregistrement audiovisuel proprement dit, qui est un document associant l'image au son.

1 - La preuve par image

546. Appelés à juger de la conformité de la saisie d'un tableau que les autorités danoises avaient déclaré attentatoire aux bonnes moeurs, les juges de Strasbourg ne se sont pas contentés des descriptions fournies par les preuves écrites. Le tableau leur a été présenté, afin qu'ils parviennent à une opinion plus juste⁵⁶². Dans certaines affaires, des cartes sont produites, il peut s'agir également de croquis des lieux d'une fusillade⁵⁶³ ou de photographies⁵⁶⁴.

2 - L'enregistrement audiovisuel

547. La Cour s'est référée à un enregistrement audiovisuel dans l'affaire Jersild. Un journaliste, ayant réalisé une interview télédiffusée au cours de laquelle des personnes ont prononcé des propos racistes, avait été condamné pour complicité dans la diffusion de propos racistes par les juges danois. Pour juger de la violation de la liberté d'expression du requérant, une projection eut lieu peu avant l'audience et certains passages furent retranscrits dans l'arrêt⁵⁶⁵. Il en a été de même dans les affaires *Otto preminger*⁵⁶⁶ et *Wingrove*⁵⁶⁷. Mais les

l'article 3 de la Convention, la Cour utilise un amicus brief pour « apprécier la situation générale en Turquie » : *Akdivar et autres c. Turquie*, 16 août 1996, Recueil 1996-IV, § 64.

⁵⁶² *Müller c. Suisse*, 24 mai 1988, série A n°133, p. 7, § 6.

⁵⁶³ *Tanrikulu c. Turquie*, 8 juillet 1999, Recueil 1999-IV, § 29 ; *Ekinci c. Turquie*, 18 juillet 2000, § 80 ; *Demiray c. Turquie*, 21 novembre 2000, §§ 20, 46 : dans cette affaire relative à une explosion ayant causé la mort d'une personne détenue par les autorités turcs, un croquis montre la position des personnes présentes lors de l'événement tragique.

⁵⁶⁴ *Lawless*, série B n° 1, p. 419 ; *De wilde Ooms et Versyp*, op. cit, série B n° 10, p. 325 ; *Tanrikulu c. Turquie*, op. cit, § 29 ; *Ogur c. Turquie*, 20 mai 1999, Recueil 1998-III.

⁵⁶⁵ *Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994, série A n° 289-A, p. 9, §§ 6 et 7. Cet arrêt est un des cas les plus célèbres, tout au moins s'agissant de la projection de film au Palais des droits de l'homme cependant, dès l'affaire *De Wilde, Ooms et Versyp* précité, la Cour avait consenti à la projection d'un documentaire destiné à

moyens de preuves audiovisuels ont également servi dans le règlement de litiges sans rapport avec la liberté d'expression.

548. Un enregistrement vidéo a servi à la Commission et à la Cour pour s'enquérir des circonstances exactes qui ont entouré le décès d'un otage et de son agresseur à la suite des interventions des forces militaires de l'armée cyprite⁵⁶⁸. De même, dans un arrêt concernant à la fois la vie privée et le respect des exigences du procès équitable rendu contre la France, la Cour a disposé de l'enregistrement audiovisuel d'extraits de journaux télévisés produit par le gouvernement devant la Commission⁵⁶⁹. Les requérants de l'affaire Akdivar prétendaient avoir subi des pressions des autorités turques afin qu'ils mettent un terme à la procédure engagée devant les organes de contrôle de la Convention. Pour lever le doute sur la réalité des intimidations, la Commission joint au dossier le film de l'entretien dans lequel ils déclarent avoir notamment reçu à l'ordre de signer des déclarations indiquant qu'ils n'avaient pas rédigé les requêtes introductives d'instance⁵⁷⁰.

C - Les preuves orales

549. Il y a peu à dire sur les preuves orales si ne c'est que la Cour a pour pratique de tirer profit des audiences pour inviter les parties à étayer les arguments de fait. Mais les réponses aux questions des juges ne constituent pas l'exercice proprement dit du droit à la preuve mais relèvent des mesures d'instruction les plus usuelles susceptibles d'être utilisées par la Cour. A cela s'ajoute l'idée que la preuve orale ne constitue pas une pièce au même titre que les modes de preuve précités. Il s'agit de raisonnements ou de précisions apportées sur des points de fait. En ce sens, on peut douter de l'existence de la notion même de preuve orale. Toujours est-il que la pratique des questions de la Cour sera abordée ultérieurement et qu'il importe de retenir que l'audience a longtemps occupée une place importante dans la procédure de la Cour⁵⁷¹.

illustrer la plaidoirie du professeur De Meyer alors défenseur du gouvernement belge. L'arrêt de la Cour n'y fait pas référence. Voir série B n° 10, pp. 318, 319, 349 et l'article de M-A EISSEN – La présentation de la preuve devant la Cour..., op. cit., p. 173-174.

⁵⁶⁶ Otto-Preminger-Institut c. Autriche, 20 août 1994, série A n° 295-A, § 7, projection d'un film à huis clos.

⁵⁶⁷ Wingrove c. Royaume-Uni, 25 novembre 1996, Recueil 1996-V, § 6, la Cour a visionné l'enregistrement litigieux en compagnie du requérant et de ses représentants.

⁵⁶⁸ Andronicou et Constantinou c. Chypre, 9 septembre 1997, Recueil 1977-VI, § 6.

⁵⁶⁹ Allenet de Ribemont c. France, 10 février 1995, série A n° 308, § 4. Dans l'affaire Scozzari et Giunta c. Italie, 13 juillet 2000, la Cour a examiné des enregistrements vidéo et sonores produits par le gouvernement (§ 10).

⁵⁷⁰ Akdivar et autres c. Turquie, 16 août 1996, Recueil 1996-IV, § 21 et § 104.

⁵⁷¹ Voir dans la sous-section suivante les développements relatifs au moment de production des preuves devant la Cour.

550. Cette diversité enrichit les débats judiciaires et permet au juge d'établir avec plus d'aisance sa conviction sur les données de l'affaire. Car, même s'il dispose d'une grande liberté dans cette matière, elle ne saurait être synonyme d'arbitraire.

Sous-section 2 – La libre appréciation des preuves

551. La libre appréciation des preuves est l'autre composante du principe de la liberté de la preuve. Elle signifie qu'en l'absence de grille affectant à chaque moyen de preuve une force déterminée, il appartient à la Cour d'apprécier librement la valeur des preuves versées au dossier⁵⁷². Cet arbitraire apparent ne la libère pas pour autant de l'obligation de motiver sa décision. Cette exigence, qui soumet la justesse de son jugement et peut-être la validité de son cheminement intellectuel au contrôle des justiciables, permet d'introduire dans un système de preuve où l'intuition a le dernier mot, une contrainte de rationalité à travers la nécessité de persuader les destinataires du jugement. A la différence des systèmes de jury dans lesquels une assemblée décide souverainement des faits sans avoir à les motiver, le système probatoire de la Cour européenne des droits de l'homme est celui de « *la conviction motivée*⁵⁷³ ». Dès lors, si l'on ne peut savoir ce qui a réellement emporté la conviction de la Cour, du moins dispose-t-on de la justification qu'elle donne à ses jugements. De ce fait, l'intime conviction de la Cour n'échappe totalement pas aux commentaires qui peuvent ainsi s'appuyer sur les indications données par les arrêts même si elles demeurent succinctes dans leur quasi totalité. Ce qui compte, dans le droit fil de la problématique de l'application *pro victima* du droit à la preuve, est de savoir de quelle manière la souplesse consubstantielle à l'intime conviction du juge pèse sur l'exercice du droit à la preuve et si elle a davantage servi la victime que l'Etat défendeur.

§ 1 – La rareté de la contestation de la valeur des preuves devant la Cour

552. La controverse portant sur la valeur des preuves éclate rarement devant la Cour. Même lorsque les parties en viennent à contester le rapport de la Commission, leurs

⁵⁷² LEGEAIS R. – Le droit de la preuve à la Cour européenne des droits de l'homme, *in Mélanges offerts à P. COUV RAT, La sanction du droit*, Paris, P.U.F, Publication de la faculté de droit et de sciences économiques de Poitiers, 2001, p. 265.

⁵⁷³ Selon une expression empruntée à C. LOMBLOIS. C. LOMBLOIS – La présomption d'innocence, *Pouvoirs* n°55, 1990, p. 87.

critiques se concentrent sur l'appréciation des faits ou des conclusions que la Commission en a tiré. Cette rareté trouve son origine dans le caractère subsidiaire du recours qui tend à réduire considérablement les contestations de fait devant la Cour en obligeant les plaideurs à épuiser les voies de recours internes. En outre, il faut rappeler que la Cour européenne des droits de l'homme préfère laisser aux juges nationaux la responsabilité d'apprécier la valeur des preuves produites au cours des procès impliquant les normes issues de la Convention. Ainsi, non seulement les contestations ne sont pas fréquentes mais elles peuvent être vidées par la simple référence à la décision des juges nationaux.

553. Cette recherche de l'apaisement se traduit également par le fait que le juge accepte comme établi les faits non contestés entre les parties. Il faut en effet garder à l'esprit que le dessin de la preuve est de faire apparaître comme vrai les supports des argumentations, et qu'elle ne présente d'utilité que dans la mesure où il règne une incertitude, un doute à l'égard de faits pertinents. C'est pourquoi la Cour accepte comme établis les faits sur lesquels les parties s'accordent de manière expresse ou implicite. Qu'il s'agisse de faits matériels précis⁵⁷⁴, ou de faits qualifiés⁵⁷⁵, l'attitude de la Cour est constante. Toutefois, l'affaire *Gillow* mérite d'être signalée en ce qu'elle a conduit la Cour à s'interroger sur l'exactitude de faits non contestés.

554. Néanmoins, la jurisprudence offre quelques exemples de contestation portant sur la force accordée à des documents médicaux comme des rapports d'autopsie dans les affaires *Kaya*⁵⁷⁶ et *Salman*⁵⁷⁷, ou encore sur l'authenticité de pièces prétendument utilisées durant la procédure interne comme dans l'affaire *Artico*⁵⁷⁸, ou sur les enseignements que l'on peut déduire de certaines attestations produites par le requérant comme dans l'affaire *Pardo*⁵⁷⁹.

⁵⁷⁴ *Aerts c. Belgique*, 30 juillet 1998, Recueil 1998-V, § 49 (insuffisance de soins thérapeutiques) ; *Beyeler c. Italie*, 5 janvier 2000, Recueil 2000-I, § 27 (contenu de lettres) ; *B. c. Autriche*, 28 mars 1990, série A n°175, § 48 (période d'une procédure) ; *Bentham c. Pays-Bas*, 23 octobre 1985, série A n°97, § 18 ; *Guillot c. France*, 24 octobre 1996, Recueil 1996-V, § 27 (le fait qu'un enfant porte un nom couramment et sans entrave un prénom litigieux) ; *Guincho c. Portugal*, 10.7 1984, série A n°81, § 24 ; *Kroon et autres c. Pays-Bas*, 27 octobre 1994, série A n°297-C, § 29 ; *Morel c. France*, 6 juin 2000, Recueil 2000-VI, § 29 (l'existence d'une erreur de plume dans un jugement) ; *Ribitsch c. Autriche*, 4 décembre 1995, op. cit., §34 (le fait que des blessures sont survenues pendant une garde à vue) ; *Slimane-Kaïd c. France*, 25 janvier 2000, § 105 (communication de pièces dans un procès).

⁵⁷⁵ La qualification d'ingérence dans l'exercice d'un droit peut ne pas être contesté : *Başkaya et Okçuoğlu c. Turquie*, 8 juillet 1999, Recueil 1999-IV, § 46 ; *İbrahim Aksoy c. Turquie*, 10 octobre 2000, § 44 ; *Phocas c. France*, 23 avril 1996, Recueil 1996-II, § 45 ; de même que la légalité ou le but des ingérences ne sont pas toujours controversés : *Buscarini et autres c. Saint-Marin*, 18 février 1999, Recueil 1999-I, § 35 ; *Goodwin c. Royaume-Uni*, 27 mars 1996, Recueil 1996-II, § 35 ; *Malige c. France*, 23 septembre 1998, Recueil 1998-VII, § 36 ; *Lauko c. Slovaquie*, 2 septembre 1998, Recueil 1998-VI, § 57 ; *Parti socialiste et autres c. Turquie*, 25 mai 1998, Recueil 1998-III, § 32 ; *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, 13 juillet 1995, série A n°316-B, § 45.

⁵⁷⁶ *Kaya c. Turquie*, 19 février 1998, op. cit., § 89.

⁵⁷⁷ *Salman c. Turquie*, 27 juin 2000, § 102.

⁵⁷⁸ *Artico c. Italie*, 13 mai 1980, op. cit., § 29.

⁵⁷⁹ *Pardo c. France*, 20 septembre 1993, série A n° 261-B, § 27.

C'est d'ailleurs dans ces situations que l'on peut évaluer l'utilité du principe de l'intime conviction.

§ 2 – Les bénéfices de l'intime conviction

555. Les moyens de preuve présentés sont librement appréciés par le juge. Un document versé au dossier peut ainsi se voir attribuer une valeur différente de celle souhaitée par les parties. C'est ce qu'enseigne certains arrêts qui concernent les agissements des autorités turques à l'occasion de la lutte contre le terrorisme dans la région de Diyarbakir. Dans l'affaire Özgür Gündem les requérants invoquaient notamment une violation de la liberté d'expression au motif que les autorités turques auraient cherché de manière directe ou indirecte à entraver la production et la distribution de leur journal *« en encourageant ou en approuvant des meurtres illégaux et des disparitions forcées, en prenant des mesures de harcèlement et d'intimidation envers les journalistes et les distributeurs du journal, et en refusant de protéger ou, du moins, de protéger de façon satisfaisante, les journalistes et les distributeurs alors que leur vie était manifestement en danger et qu'ils avaient demandé des mesures à cet effet »*.

556. L'établissement des faits par la Commission s'appuyait en particulier sur le rapport Susurluk établi à la demande du Premier ministre par le vice-président du Comité d'inspection près le cabinet du Premier ministre. Ce document, dont une partie fut portée à la connaissance du public, indiquait que de nombreuses agressions étaient commises avec la complicité des autorités de police turques. De son côté, le gouvernement déniait à ce rapport toute force probante en rappelant qu'il ne constituait pas un document judiciaire. La Cour pouvait-elle accorder à ce moyen de preuve une valeur différente de celle que lui accordait le gouvernement qui, d'une manière certes indirecte, en était tout de même l'auteur, sinon le commanditaire ?

557. Usant de sa liberté d'appréciation, la Cour décida que *« si l'on ne peut se fonder sur le rapport de Susurluk pour établir avec le niveau de preuve requis que des fonctionnaires de l'Etat étaient impliqués dans un incident particulier, la Cour estime que ce rapport, établi à la demande du Premier ministre et rendu public à son initiative, doit être considéré comme une tentative sérieuse d'apporter des informations sur la lutte contre le terrorisme et de proposer une analyse générale des problèmes y afférents, ainsi que de recommander des mesures de prévention et d'enquête. De ce point de vue, on peut considérer*

que le rapport fournit des éléments factuels à l'appui des craintes exprimées par les requérants à partir de 1992 que le journal et les personnes en rapport avec lui puissent être victimes de violences illégales⁵⁸⁰ ». Succès incontestable du principe de l'intime conviction, le rapport commandé par le gouvernement turque a été considéré comme un élément de preuve important alors même que le gouvernement lui déniait toute valeur.

558. L'autre bénéfice du principe de l'intime conviction est d'offrir au juge la possibilité de se fonder sur des preuves voisines ou qui paraissent éloignées du moyen de preuve idéal. L'un des intérêts de l'arrêt Tekin est de démontrer qu'à défaut d'un certificat médical étayant l'allégation de l'atteinte à l'intégrité physique dans des conditions contraires aux exigences de la Convention, la Cour peut retenir des témoignages⁵⁸¹. Ce n'était pas la première fois que les déclarations de témoins jouaient un rôle dans le contentieux de l'intégrité physique, mais à la différence d'une affaire comme celle qui opposait M. Ribitsch au gouvernement autrichien, elles ne sont pas venues en renfort de pièces médicales, elles ont été considérées comme suffisantes pour pallier leur absence⁵⁸². Cet exemple, qui n'est pas isolé, introduit l'idée que la Cour, qui d'ordinaire ne se suffit pas de preuves légères, peut également faire preuve de mansuétude ou de souplesse lorsque les circonstances le recommandent. Il conviendra d'accorder toute notre attention à la valeur qu'elle accorde aux témoignages dans le contentieux de l'article 3 notamment, car elle illustre de manière éclatante l'oscillation des exigences de la Cour.

Section II – L'oscillation des standards de preuve

559. « Fais moi voir la chose, ou du moins prouve la moi si bien que la preuve ne porte ni charnière ni tenon auquel puisse s'accrocher un doute... ». Avant de décider du sort de son épouse, c'est en ces termes qu'Othello exhorte Iago d'établir avec certitude l'infidélité dont elle est suspectée. Au-delà de la situation dramatique, c'est une expérience simple de la

⁵⁸⁰ Özgür Gündem c. Turquie, 16 mars 2000, § 40. Dans l'affaire Yaşa c. Turquie le requérant prétendait que l'agression dont il avait été victime ainsi que le meurtre de son oncle était imputable au gouvernement turque et contraire au droit à la vie proclamé par l'article 2 de la Convention. Il appuyait son argumentation sur le rapport Susurluk mais : « la Cour estime que, malgré les vives préoccupations qu'il suscite, le rapport de Susurluk ne contient pas d'éléments permettant d'identifier avec suffisamment de précision les auteurs présumés des actes dont le requérant et son oncle furent victimes. Le requérant l'admet d'ailleurs dans son mémoire ». Yaşa c. Turquie, 2 août 1998, Recueil 1998-VI § 96 ; voir Tanrikulu c. Turquie, 8 juillet 1999, Recueil 1999-IV, §§ 90 et 93. La force probante de ce rapport est réaffirmée dans l'arrêt Mamhut Kaya c. Turquie, 28 mars 2000, § 91 ; Kilic c. Turquie, 28 mars 2000, § 67 ; Akkoç v. Turquie, 10 octobre 2000, § 91.

⁵⁸¹ Tekin c. Turquie, 9 juin 1998, Recueil 1998-IV, §§ 39-42.

⁵⁸² Ribitsch c. Autriche, 4 décembre 1995, série A n° 336, § 33-34.

vie courante de décider d'accomplir des actions importantes après avoir réduit au minimum les doutes qui peuvent entourer la prise de décision. En fonction des enjeux, de sa personnalité, de la situation dans laquelle il se trouve, un décideur peut se contenter d'un simple doute ou requérir une preuve incontestable avant de passer à l'acte.

560. Ces phénomènes se retrouvent également dans l'activité de la Cour qui ne manifeste pas une exigence égale à l'égard des plaideurs pour tous les faits qu'ils entendent prouver. Les arrêts regorgent de ces formules qui reflètent les variations des critères de la conviction : la renonciation à l'exercice d'un droit « *doit se trouver établie de manière non équivoque* », la violation de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants doit être établie « *au-delà de tout doute raisonnable* », « *d'une manière générale, la « nécessité » d'une quelconque restriction à l'exercice de la liberté d'expression doit se trouver établie de manière convaincante*⁵⁸³ », et l'existence de nécessités locales justifiant la restriction à l'exercice d'un droit doit résulter d'une « *preuve décisive*⁵⁸⁴ ». Ces quelques exemples choisis pour la fréquence de leur utilisation peuvent laisser perplexe le juriste formé à l'étude du droit français où les juges répugnent à afficher leur rigueur ou leur souplesse dans l'établissement de leur conviction.

561. Si la Cour parle de « *niveau de preuve*⁵⁸⁵ » requis, de « *critère de la preuve*⁵⁸⁶ » ou de « *degré de certitude*⁵⁸⁷ », la doctrine utilise volontiers le terme approprié de standard ou celui moins évocateur de qualité de la preuve. Toutes ces expressions sont équivalentes pour autant qu'elle désigne le degré de certitude auquel la Cour doit parvenir pour estimer que les parties ont établi la preuve des faits allégués au cours du procès. En ce domaine elle dispose d'une grande liberté puisque ni la Convention, ni le règlement de procédure ne fournissent d'indication à ce sujet.

562. Pourtant, il n'est pas certain qu'elle ait toujours opté pour les standards les plus favorables à la protection des droits, ni même qu'elle ait suivi les lignes directrices qu'elle s'était fixée. D'où l'image d'une oscillation des standards dont il convient de saisir les

⁵⁸³ Handyside c. Royaume-Uni, 7 décembre 1976, série A n° 24, § 49 ; Lingens c. Autriche, 8 juillet 1986, série A n° 103, § 41 ; Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 2), 26 novembre 1991, série A n° 217, § 50 ; Jersild c. Danemark, 23 septembre 1994, série A n° 298, § 37 ; Worm c. Autriche, 29 août 1997, Recueil 1997-V, § 47 ; Hertel c. Suisse, 25 août 1998, Recueil 1998-IV, § 46 ; Bergens tidende et autres c. Norvège, 2 mai 2000, § 48 ; Janowski c. Pologne, 21 janvier 1999, § 30 ; Nilsen et Johnsen c. Norvège, 25 novembre 1999, Recueil 1999-VIII, § 43 ; Colombani et autres c. France, 25 juin 2002, § 57.

⁵⁸⁴ Tyrer c. Royaume-Uni, 25 avril 1978, série A n° 26, § 38 ; Piermont c. France, 27 avril 1995, série A n° 314, § 58 ; Matthews c. Royaume-Uni, 8 février 1999, Recueil 1999-I, § 50.

⁵⁸⁵ Tanrikulu c. Turquie, 8 juillet 1999, Recueil 1999-IV, § 97 ; Yaşa c. Turquie, 2 septembre 1998, Recueil 1998-VI, § 96.

⁵⁸⁶ Altay c. Turquie, 22 avril 2001, § 50 ; Büyükdag c. Turquie, 21 décembre 2000, § 46 ; Irlande c. Royaume-Uni, op. cit., § 161, Demiray c. Turquie, 21 novembre 2000, § 43.

⁵⁸⁷ Gündem c. Turquie 25 mai 1998, Recueil 1998-III, § 73.

tendances principales. A cet égard, il y a lieu de remarquer que la Cour a adopté un standard de principe qui, en raison de sa rigueur, apparaît peu favorable à l'effectivité des droits. Mais il faut également relever que ce dernier coexiste avec d'autres standards qui, en raison de la manière de les appliquer ou par le faible effort qu'ils requierent des parties, sont plus favorables à l'effectivité des droits. En somme, la pratique montre que le procès des droits de l'homme se déroule devant un juge rigoureux (sous-section 1) qui sait parfois assouplir ses exigences, même si dans l'ensemble sa mansuétude apparaît limitée (sous-section 2).

Sous-section 1 – Un juge rigoureux

563. Pour montrer sa rigueur, la Cour pose en principe que la preuve des violations de la Convention doit être établie au-delà de tout doute raisonnable (§ 1). Cette sévérité ne dessert pas seulement la cause du requérant, dans diverses situations elle s'exerce également à l'égard des arguments de l'Etat. Dans ce contexte, on admettra que la rigueur de la Cour, puisqu'elle ne se réfère pas seulement au principe du doute raisonnable est une exigence multiforme (§ 2).

§ 1 – Le principe de la preuve au-delà de tout doute raisonnable

564. C'est au cours de l'instruction de la célèbre affaire grecque par la Commission européenne des droits de l'homme que le standard « au-delà de tout doute raisonnable » fit son apparition dans le droit de la Convention. Comme cette affaire ne fut pas tranchée par la Cour, il fallut attendre l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* pour que celle-ci prenne ce critère à son compte⁵⁸⁸. La Cour n'a pas confiné son champ d'application au contentieux interétatique, ni à un droit spécifique de la Convention.

A – La signification du standard

565. Selon la Commission européenne des droits de l'homme, « *un doute raisonnable n'est pas un doute fondé sur une possibilité purement théorique ou suscité pour éviter une conclusion désagréable ; c'est un doute dont les raisons peuvent être tirées des faits présentés*⁵⁸⁹ ».

566. Issu de la tradition anglo-saxonne qui applique le critère de la preuve « au-delà de tout doute raisonnable » au droit criminel, ce standard de preuve est considéré comme le plus contraignant et le plus protecteur de la présomption d'innocence. D'après S. GINOSSAR, « *la justice anglo-saxonne adopte un étalon de mesure différent selon qu'elle siège en matière civile ou en matière pénale. En matière civile, elle se borne à observer laquelle des thèses en présence lui paraît la plus vraisemblable (preponderance of evidence). Par contre en matière pénale, le moindre doute, pourvu seulement qu'il soit possible aux yeux de la raison, doit entraîner l'acquittement de l'accusé ; et ce dernier ne peut donc être condamné que si la culpabilité se trouve établie au-delà de pareil doute (beyond reasonable doubt)*⁵⁹⁰ ». Ainsi, à la différence des contentieux civils dans lesquels les tribunaux se réfèrent généralement aux critères dits « preponderance of evidence », l'équivalent de la procédure pénale française, en raison de la nécessité de garantir la protection de l'accusé, a défini ce critère du doute raisonnable afin d'alourdir la charge effective de l'accusation. Aucune souplesse n'est admise en principe, le moindre doute profite à l'accusé. On peut dès lors

⁵⁸⁸ K. ROGGE – Fact-finding, op. cit., p. 690.

⁵⁸⁹ Commission EDH, Affaire grecque, Annuaire de la Convention, 12, p. 196, § 30 ; A-C KISS et P. VEGLERIS – L'affaire grecque devant le Conseil de l'Europe et la Commission européenne des droits de l'homme, *A.F.D.I* 1970, p. 889, et spécialement p. 923.

⁵⁹⁰ S. GINOSSAR – Eléments du système anglais de la preuve judiciaire, in C. PERELMAN et P. FORIERS – *La preuve en droit*, op. cit, p. 108

comprendre qu'une telle filiation ait suscité de vives contestations dès lors que la Cour a entendu l'appliquer au procès des droits de l'homme dans lequel c'est le titulaire des droits qui, en engageant l'instance, fait figure d'accusateur.

B – L'applicabilité du standard

567. Il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'une violation des droits garantis par la Convention doit être établi « au-delà de tout doute raisonnable »⁵⁹¹. Historiquement, ce standard c'est tout d'abord affirmé dans le cadre de l'application de l'article 3 de la Convention. Pour établir les faits du différend qui opposait l'Irlande au Royaume-Uni, la Commission s'était appuyée sur des dépositions de nombreux témoins, des rapports médicaux et d'autres pièces et observations écrites qu'elle avait évalués, comme dans l'affaire grecque, en usant du « au-delà de tout doute raisonnable ». Le gouvernement irlandais estima ce critère trop rigoureux en l'espèce, « *d'après lui, le système de garantie se révélerait inefficace si un Etat ne courait pas le risque de voir constater qu'il a enfreint l'article 3 (art. 3) quand, devant un commencement de preuve de pareille violation, il manquait à son devoir d'aider la Commission à rechercher la vérité*⁵⁹² ». Par une motivation sans équivoque, la Cour déclare que « *pour l'appréciation de ces éléments, elle se rallie au principe de la preuve "au-delà de tout doute raisonnable", mais ajoute qu'une telle preuve peut résulter d'un faisceau d'indices, ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants* ».

568. Le principe était acquis, et dès 1980, dans son opinion séparée sous l'affaire Guzzardi, le juge ZEKIA déclare : « *une violation de la part d'un Etat contractant doit être établie aussi clairement que possible, au-delà de tout doute raisonnable*⁵⁹³ ». Cependant, il fallut attendre les arrêts Mentès⁵⁹⁴ et Kaya⁵⁹⁵ qui concernaient, pour le premier, les articles 3 et 8 (protection de la vie privée) de la Convention, et pour le second le respect du droit à la vie garanti par l'article 2 de la Convention, pour que la motivation d'un arrêt de la Cour accueille

⁵⁹¹ LEGEAIS R. – Le droit de la preuve à la Cour européenne des droits de l'homme, in *Mélanges offerts à P. COUVROT, La sanction du droit*, Paris, P.U.F, Publication de la faculté de droit et de sciences économiques de Poitiers, 2001, p. 267.

⁵⁹² Irlande c. Royaume-Uni, op. cit., § 161.

⁵⁹³ Guzzardi c. Italie, 6 novembre 1980, série A n°39 .

⁵⁹⁴ Mentès et autres c. Turquie, 28 novembre.1997, Recueil 1997-VIII.

⁵⁹⁵ Si dans l'affaire Mac Cann qui est antérieure l'affaire Kaya, les requérants soutenaient que le gouvernement n'avait pas établi au-delà de tout doute raisonnable que la conduite des opérations menées par les forces de sûreté et qui ont causé la mort de plusieurs personnes était compatible avec le respect du droit à la vie, la Cour n'a pas repris cette exigence à son compte de manière expresse. Voir Mc Cann et autres c. Royaume-Uni, 27 septembre 1995, série A n° 324, § 144. Kaya c. Turquie, 19 février 1998, Recueil 1998-I, § 76 ; Yaşa c. Turquie du 2 septembre 1998, Recueil 1998-VI, §§ 96-97 ; Ekinci c. Turquie, 18 juillet 2000, § 72.

ce critère d'appréciation dans un autre domaine que celui de l'article 3. Puis elle a peu à peu élargi son domaine d'application aux autres droits garantis par la Convention avant de proclamer en 2000 l'universalité du standard dans le champ de la Convention : « *The Court recalls, however, that the standard of proof required under the Convention is proof beyond reasonable doubt*⁵⁹⁶ ».

569. Il est certain que la rédaction de certains arrêts a pu accréditer l'impression de l'universalité de ce standard en particulier lorsque, pour trancher la contestation des faits tels qu'établis par la Commission, leur motivation retenait la version soutenue par la Commission au motif que celle-ci s'est fondée sur une appréciation des preuves « au-delà de tout doute raisonnable ». Ce faisant, la Cour opérait une distinction entre la réalité des faits établis au-delà de tout doute raisonnable et leur appréhension sous l'angle des articles de la Convention. Cependant, si l'on excepte l'affaire *Mentes c. Turquie* relatif à la protection de la vie privée⁵⁹⁷, jusqu'à l'arrêt *Velikova*, cette manière de procéder correspondait aux seuls litiges mettant en cause le respect du droit à la vie et l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants.

570. Depuis, la Cour applique ce critère à l'occasion du contrôle du respect du droit à la vie⁵⁹⁸, de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants⁵⁹⁹, du droit au respect de la vie privée et familiale⁶⁰⁰, de la liberté de pensée de conscience et de religion, de la liberté d'expression, de la liberté de réunion et d'association, du droit à un recours effectif⁶⁰¹, et de l'interdiction de discrimination⁶⁰². Mais on peut se demander si la généralisation de ce standard ne s'accompagne pas d'une dilution de sa valeur initiale, et si les critiques qu'il avait suscitées résultent encore d'une juste analyse de la jurisprudence.

571. On peut faire appel à l'affaire *HLR c. France*⁶⁰³ pour dévoiler la pertinence de cette position et montrer l'intérêt pratique de l'abaissement du standard de preuve sur le

⁵⁹⁶ *Velikova c. Bulgarie*, 18 mai 2000, Recueil 2000-VI ; Il s'agit bien d'une proclamation car les arrêts antérieurs ne corroborent pas cette appréciation. D'ailleurs, la Cour a fait mine de décrire l'étendue du champ d'application du standard alors qu'elle l'appliquait pour la première fois dans le cadre de la protection du principe de non-discrimination consacré par l'article 14 de la Convention.

⁵⁹⁷ *Mentes et autres c. Turquie*, 28 novembre 1997, Recueil 1997-VIII.

⁵⁹⁸ *Demiray c. Turquie*, 21 novembre 2000 ; *Ekinçi c. Turquie*, 18 juillet 2000 ; *Salman c. Turquie*, 27 juin 2000, Recueil 2000-VII ; *Ertak c. Turquie*, 9 mai 2000, Recueil 2000-V ; *Kılıç c. Turquie*, 28 mars 2000, Recueil 2000-III ; *Tekin c. Turquie*, 9 juin 1998, Recueil 1998-IV ; *Ergi c. Turquie*, 28 juillet 1998, Recueil 1998-IV, *Kaya c. Turquie*, op.cit. ; *Kurt c. Turquie*, 25 mai 1998, Recueil 1998-III.

⁵⁹⁹ *Labita c. Italie*, 6 avril 2000, Recueil 2000-IV ; *Altay c. Turquie*, 22 mai 2001, ; *Dikme c. Turquie*, 11 juillet 2000, Recueil 2000-VIII ; *Ribitsch c. Autriche*, 4 décembre 1995, série A n°336 ; *Satik et autres c. Turquie*, 10 octobre 2000 ; *Irlande c. Royaume-Uni*, op. cit. ; *Selmouni c. France*, 28 juillet 1999, Recueil 1999-V.

⁶⁰⁰ *Mentes et autres c. Turquie*, 28 novembre 1997, Recueil 1997-VIII.

⁶⁰¹ *Chypre c. Turquie*, 10 mai 2001, § 118.

⁶⁰² *Velikova c. Bulgarie*, 18 mai 2000, Recueil 2000-VI ; *Chypre c. Turquie*, 10 mai 2001, § 118.

⁶⁰³ *H.L.R. c. France*, 29 avril 1997, Recueil 1997-III.

niveau de protection des droits de l'homme⁶⁰⁴. Le litige opposait l'Etat français à un ressortissant colombien qui prétendait que son expulsion vers son pays d'origine n'était pas conforme à la Convention en ce qu'elle l'exposait à des traitements prohibés par son article 3. Interpellé à l'aéroport de Roissy alors qu'il transportait de la cocaïne en provenance de la Colombie vers l'Italie, il donna au cours de sa garde à vue des indications sur ses commanditaires qui permirent l'identification précise nécessaire à leur arrestation. Désireux d'obtenir le bénéfice de la jurisprudence Soering⁶⁰⁵, il entreprit de démontrer que la probable tentative de vengeance des narco-trafiquants qui l'avaient recruté comme passeur constituait un risque réel de subir des traitements contraires à la Convention. Outre que ce procès fut l'occasion d'affirmer que les actes de groupes privés entrent en ligne de compte dans l'appréciation de la violation de l'article 3, il révéla qu'une divergence dans l'évaluation des preuves entre la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme pouvait être lourde de conséquence pour le titulaire des droits.

572. Alors qu'aucune preuve nouvelle ne fut présentée devant la Cour, elle estima, à l'inverse de la Commission, qu'aucune pièce du dossier n'établissait la réalité du risque encouru par HLR. Si elle reconnaissait l'existence d'un climat de violence lié au trafic de drogue en Colombie, elle releva qu'aucun document n'attestait que le requérant était exposé à un risque de vengeance, que sa situation personnelle ne serait pas pire, en cas de renvoi, que celle des autres colombiens, et que HLR n'avait pas démontré que la police était incapable d'assurer sa sécurité. Si l'on fait abstraction de la délicate question de l'attribution de la charge de la preuve pour ne s'intéresser qu'au problème de l'évaluation des preuves, on s'aperçoit que le standard de preuve appliqué par la Cour a joué un rôle décisif.

573. Dans cette affaire, le rapport de la Commission s'appuie notamment sur « *la situation spécifique qui règne en Colombie au plan du trafic de stupéfiants, situation reflétée dans le rapport 1995 d'Amnesty International qui fait état notamment de meurtres de centaines de jeunes gens à Medellin et Cali, attribués entre autres à des organisations de trafiquants de drogue* ». Pour la Commission « *compte tenu de la situation extrêmement délicate dans laquelle se trouve le Gouvernement colombien en lutte contre le danger que représente l'existence sur son sol d'organisations criminelles puissantes et structurées, il apparaît plus que vraisemblable que le requérant ne pourra pas recevoir de la part de ces*

⁶⁰⁴ U. ARAI-TKASHI – Uneven, but in the direction of enhance effective, a critical analysis of « anticipatory ill-treatment » under ECHR, *N.Q.H.R.*, Vol. 20, 2002, p. 5.

⁶⁰⁵ Soering c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, série A n°161.

*autorités une protection adéquate*⁶⁰⁶ ». La Commission n'a pas exigé une preuve « au-delà de tout doute raisonnable », alors même que le gouvernement français avait invoqué expressément ce standard durant la procédure, elle s'est contentée de savoir que l'hypothèse que les autorités colombiennes soient incapables d'assurer la sécurité de HLR est plus plausible que la conjecture inverse pour trancher le litige en faveur du requérant (standard de la « preponderance of evidence »). Quant à la Cour, elle ne mentionne aucun standard de preuve dans cette affaire, mais il est évident qu'elle a élevé le niveau de preuve requis pour la démonstration de l'incapacité de la police colombienne. De même, on ne voit guère quelle preuve aurait pu satisfaire la Cour pour qu'elle admette que la situation de HLR était différente de celle des autres colombiens alors qu'il est constant qu'après avoir servi les narco-trafiquants il avait prêté son concours à la police française en l'aidant à arrêter un autre trafiquant. Sur ce point, la Cour s'est également montrée plus exigeante que la Commission.

574. Parmi d'autres, l'arrêt HLR conforte l'idée que la mise en oeuvre de ce standard issu de la procédure pénale peut produire des effets indésirables sur la protection des droits. C'est pourquoi il faut souhaiter un abaissement des standards de la Cour s'agissant de la preuve de la violation des droits.

575. Toutefois, il faut relever que la rigueur de la Cour n'est pas toujours défavorable à l'individu, elle peut se retourner contre l'Etat de diverses façons.

§ 2 – Une exigence multiforme

576. En traduisant sur le plan de la preuve les principes qu'elle utilise pour dynamiser la protection des droits, la Cour se montre exigeante dès lors qu'un Etat entend démontrer que son ingérence dans l'exercice d'un droit satisfait au test de proportionnalité imposé par la Convention (A). Une rigueur comparable peut être également constatée lorsqu'elle doit juger si le titulaire des droits a renoncé ou non à leur exercice (B).

⁶⁰⁶ Commission EDH, H.L.R c. France, 7 décembre 1995, § 47.

A – La preuve de la justification de la proportionnalité de la limitation des droits

577. Par la constance de son application et l'universalité de son applicabilité, le principe selon lequel les clauses de la Convention ménageant une exception aux droits appellent une « *interprétation étroite*⁶⁰⁷ » peut être regardé comme un principe fondamental de l'interprétation de la Convention. Elle postule la sélection d'un standard élevé afin de traduire dans la réalité contentieuse l'idée généreuse qui la sous-tend. C'est pour cette raison que la Cour estime que « *d'une manière générale, la « nécessité » d'une quelconque restriction à l'exercice de la liberté d'expression doit se trouver établie de manière convaincante*⁶⁰⁸ ». Cette affirmation marque la rigueur dont la Cour témoigne dans le cadre du contrôle de cette liberté fondamentale. Elle requiert la démonstration de motifs graves ou d'une importance particulière pour reconnaître la validité d'une limitation en la matière.

578. La liberté de réunion pacifique bénéficie également de ce standard de preuve favorable à l'effectivité des droits. C'est du moins ce qu'il résulte de l'arrêt *Sidiropoulos c. Grèce*⁶⁰⁹ dans lequel on peut lire que « *les exceptions visées à l'article 11 appellent une interprétation stricte. Seules des raisons convaincantes et impératives pouvant justifier des restrictions à la liberté d'association. Pour juger en pareil cas de l'existence d'une nécessité au sens de l'article 11 § 2, les Etats ne disposent que d'une marge d'appréciation réduite, laquelle se double d'un contrôle européen rigoureux portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, y compris celles d'une juridiction indépendante*⁶¹⁰ ».

579. Certains arrêts rendus sur le fondement du droit de propriété mentionnent également l'exigence d'une preuve convaincante. Ainsi en est-il de l'arrêt *Beyeler c. Italie* dans lequel la Cour statue sur la régularité de l'exercice par l'Etat du droit de préemption conféré par la loi sur un tableau de Van Gogh classé parmi les biens représentant un intérêt historique et artistique en vertu d'une loi nationale. Une des difficultés de l'affaire tenait dans le fait qu'alors que les autorités italiennes auraient du exercer leur droit dans le délai légal

⁶⁰⁷ *Klaas et autres c. Allemagne*, 22 septembre 1993, op. cit., § 42 ; *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, série A n° 30, § 65, *Barthold c. Allemagne*, 25 mars 1985, série A n° 90, § 43 ; *Ciulla c. Italie*, 22 février.89, série A n°148, § 41 ; *Rotaru c. Roumanie*, 4 mai 2000, § 47 ; *Kurt c. Turquie*, 25 mai 1998, op. cit., § 122 ; O. DE SCHUTTER – L'interprétation de la Convention..., op. cit., p. 93.

⁶⁰⁸ *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, série A n° 24, § 49 ; *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, série A n° 103, § 41 ; *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 2), 26 novembre 1991, série A n° 217, § 50 ; *Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994, série A n 298, § 37 ; *Worm c. Autriche* du 29 août 1997, Recueil 1997-V, § 47 ; *Hertel c. Suisse*, 25 août 1998, Recueil 1998-IV, § 46 ; *Bergens tidende et autres c. Norvège*, 2 mai 2000, § 48 ; *Janowski c. Pologne*, 21 janvier 1999, § 30 ; *Nilsen et Johnsen c. Norvège*, 25 novembre 1999, § 43.

⁶⁰⁹ *Sidiropoulos c. Grèce*, op. cit., § 40.

⁶¹⁰ *Parti socialiste et autres c. Turquie*, 25 mai 1998, Recueil 1998-III, § 50 ; *Parti de la liberté et de la démocratice (OZDEP) c. Turquie*, 8 décembre 1999, Recueil 1999-VIII, § 44.

clos en 1983, elle n'en ont fait usage que cinq ans plus tard à la suite de la vente du tableau à une fondation de Venise en s'appuyant sur l'irrégularité de la notification de l'achat de l'œuvre par M. Beyeler en 1977. Le gouvernement fut donc appelé à démontrer qu'il avait ménagé un « juste équilibre » entre les exigences de l'intérêt général de la communauté provenant de la nécessité de conserver une partie du patrimoine culturel en Italie et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu. La Cour rejette les preuves du respect du principe de proportionnalité en estimant que « *le gouvernement défendeur n'a pas expliqué de manière convaincante pourquoi les autorités italiennes n'ont pas agi au début de l'année 1984 de la manière dont elles l'ont fait en 1988*⁶¹¹ ». La même référence se retrouve dans l'affaire opposant l'ex-roi de Grèce à l'Etat grecque. Saisie d'une requête tendant au prononcé d'une violation du droit de propriété résultant de l'expropriation des biens de l'ex-famille royale de Grèce sans indemnisation, la Cour condamne l'Etat grecque en estimant que « *le Gouvernement n'a pas expliqué de manière convaincante pourquoi les autorités grecques n'ont aucunement indemnisé les requérants pour la mainmise sur leurs biens*⁶¹² ».

B – La preuve de la renonciation à l'exercice d'un droit

580. « *La renonciation à l'exercice d'un droit garanti par la Convention doit se trouver établie de manière non équivoque*⁶¹³ ». La justification d'une affirmation aussi ferme saute aux yeux dès lors que l'on se rappelle que la mission de la Convention est de réaliser une union plus étroite entre ses signataires à travers la défense des droits de l'homme. La consécration de ces valeurs et la mise en place d'une juridiction internationale chargée de les protéger va de pair avec l'idée que la reconnaissance de la renonciation d'un droit exige une preuve incontestable, qui établisse de manière claire qu'un titulaire des droits a refusé dans certaines circonstances à en réclamer le respect.

581. Ce standard de preuve n'est pas un outil de protection mis en œuvre uniquement par la Cour européenne des droits de l'homme. La règle selon laquelle l'abandon

⁶¹¹ Beyeler c. Italie, 5 janvier 2000, § 120, voir P. WACHSMANN – L'affaire Beyeler c. Italie du 5 janvier 2000 ou de la contribution de Vincent Van Gogh à la protection du droit de propriété, *L'Europe des libertés*, avril 2000, p. 2.

⁶¹² Ex roi de Grèce et autres c. Grèce, 23 novembre 2000, § 98.

⁶¹³ Neumeister c. Autriche, 7 mai 1974, série A n° 17, § 36 ; Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique, 23 juin 1981, série A n° 43, pp. 25-26, § 59 ; Albert et Le Compte c. Belgique, 10 février 1983, série A n° 58, § 35 ; Colozza c. Italie, 12 février 1985, série A n° 89, § 28 ; Oberschlick précité, série A n° 204, § 51 ; Pfeifer et Plankl c. Autriche, 25 février 1992, série A n° 227, § 37 ; Schuler-Zgraggen c. Suisse, 24 juin 1993, série A n° 263, § 58 ; Khalfaoui c. France, 14 décembre 1999, Recueil 1999-IX, § 51.

d'un droit ne saurait être présumé n'est pas nouvelle en droit international. Rappelée par la Cour internationale de justice dans l'affaire dite Certains emprunts norvégiens⁶¹⁴, elle se retrouve également à l'article 32 § 2 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques qui, pour protéger la règle de l'immunité de juridiction des agents diplomatiques, stipule que la renonciation à ce droit doit toujours être expresse⁶¹⁵.

582. La question de la renonciation est intervenue dans plusieurs occasions dans le droit de la Convention⁶¹⁶. Si elle ne s'est pas souvent posée à propos des droits substantiels, la Cour a tout de même eu l'occasion d'indiquer que le droit à la liberté et à la sûreté consacré par l'article 5 § 1 constitue « *un droit inaliénable auquel l'individu ne saurait valablement renoncer*⁶¹⁷ ». De même, on peut déduire de l'arrêt Van der musselle que le consentement préalable d'une personne ne saurait en aucun cas l'empêcher d'invoquer la violation de l'interdiction du travail forcé posée par l'article 4 § 2 de la Convention⁶¹⁸. Pour ce qui est des garanties procédurales, le thème de la renonciation a connu de plus amples développements. On sait par exemple que sous réserve de la réunion de certaines garanties, la renonciation au droit à un tribunal « *ne se heurte pas en principe à la Convention*⁶¹⁹ ». Dès lors, la Cour a pu juger qu'un compromis d'arbitrage peut constituer une renonciation à la mise en œuvre des droits conférés par l'article 6 § 1 de la Convention. Il faut également signaler que la Cour a accepté de contrôler les allégations de renonciation au droit à la comparution personnelle devant le juge national⁶²⁰, à l'assistance d'un avocat⁶²¹, comme au droit à une procédure contradictoire⁶²².

583. Dans l'ensemble, la Cour a adhéré à une conception rigoureuse de la renonciation à l'exercice d'un droit. Elle a estimé que le choix de se défendre seul n'est pas une preuve suffisante de la renonciation à une procédure contradictoire⁶²³; que l'absence de demande de l'aide juridictionnelle en vue de disposer d'un avocat spécialisé n'équivaut pas à

⁶¹⁴ C.I.J., Certains emprunts norvégiens, 6 juillet 1957, Recueil p. 26.

⁶¹⁵ G. NIYUNGEKO – *La preuve devant les juridictions internationales*, op. cit., p. 104, rapporte que le tribunal arbitral dans une affaire Kronprins Gustaf Adolf déclare : « *a renunciation to a right or a claim is not to be presumed. It must be shown by conclusive evidence* ».

⁶¹⁶ J.G. MERRILLS – *The development of international law by the European court of human rights*, Manchester University Press, 1993, p. 177-185.

⁶¹⁷ De wilde, Ooms et Versyp, 18 juin 1971, op. cit., § 172.

⁶¹⁸ Van der Musselle c. Belgique, 23 novembre 1983, série A n°70, § 36.

⁶¹⁹ Deweer c. Belgique, 27 février 1980, série A n° 35, § 49 ; voir aussi Commission européenne des droits de l'homme, X c. Rép. féd. d'Allemagne, 5 mars 1962, Annuaire de la Convention, vol. 5, pp. 95-97 ; Khalfaoui c. France, 14 décembre 1999, § 51.

⁶²⁰ Collozza c. Italie, 12 février 1985, op. cit.

⁶²¹ Pfeifer et Plank c. Autriche, 25 février 1992, op. cit.

⁶²² Voisine c. France, 8 février 2000, § 32.

⁶²³ Meftah c. France, 26 avril 2001, § 41.

la renonciation au bénéfice des garanties d'une procédure contradictoire⁶²⁴ ; que le refus de se constituer prisonnier n'est pas une renonciation à l'accès à la Cour de cassation⁶²⁵. Dans l'affaire *Zana c. Turquie*, elle a jugé que le fait qu'une personne a voulu s'exprimer en Kurde et qu'elle a soulevé des exceptions de procédure devant une cour d'assises turque ne signifie pas qu'elle a renoncé implicitement à se défendre ou à comparaître devant la cour de sûreté de l'Etat⁶²⁶.

584. Cependant, la Cour fut plus souvent confrontée au problème de la renonciation au cours des contentieux relatifs à la publicité des débats judiciaires⁶²⁷. Sur ce terrain, elle a développé un mécanisme de présomption négative en admettant la possibilité d'une renonciation tacite à l'exercice de ce droit⁶²⁸. Depuis l'arrêt *Håkansson et Sturesson*, une jurisprudence constante affirme que si le justiciable ne sollicite pas d'audience alors que le droit interne lui en donne expressément la faculté, il est réputé avoir renoncé à l'exercice de ce droit⁶²⁹. A l'inverse, lorsque ni les textes, ni la pratique n'offrent la possibilité d'obtenir une audience, l'Etat défendeur ne peut arguer de l'absence de demande du justiciable pour étayer l'allégation de renonciation à la publicité de la procédure interne⁶³⁰.

585. Le professeur FLAUSS⁶³¹, à la suite du juge WALSH, a considéré que l'introduction de la renonciation tacite était le signe de l'abaissement de la protection des droits. Elle apparaît en effet en retrait par rapport aux exigences du droit international et de prime abord incompatible avec une protection dynamique des droits, à moins de considérer que la Cour conçoit l'exercice des droits comme une responsabilité que leur titulaire doit faire vivre de manière active, sous peine d'en être déchu. Si cette conception heurte l'idée que le droit positif a reconnu à la personne des prérogatives inaliénables et qui sont attachées à « son essence », elle a le mérite de rompre avec l'angélisme des approches jusnaturalistes des

⁶²⁴ *Voisine c. France*, 26 avril 2001, § 32.

⁶²⁵ *Khalfaoui c. France*, 14 décembre 1999, § 51.

⁶²⁶ *Zana c. Turquie*, 25 novembre 1997, op. cit., § 70.

⁶²⁷ *Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, série A n° 43, pp. 25-26, par. 59; *Albert et Le Compte c. Belgique*, 10 février 1983, série A n° 58, § 35 ; *Schuler-Zgraggen c. Suisse*, 24 juin 1993, série A n° 263, § 58 ; *Håkansson et Sturesson c. Suède*, 21 février 1990, série A n° 171-A, p. 20, § 64 ; *Zumtobel c. Autriche*, 21 septembre 1993, série A n° 268-A, § 34 ; *Pauger c. Autriche* du 28 mai 1997, Recueil 1997-III, §§ 58-63 ; *Werner c. Autriche*, §§ 47-51.

⁶²⁸ On sait que le mécanisme de la présomption négative a servi à la rédaction du règlement de procédure de la nouvelle Cour qui prévoit que devant la grande chambre, il n'y aura les chambres il n'y aura d'audience que si aucune audience n'a été préalablement tenue, et si une partie en fait la demande. A défaut, on peut donc en déduire qu'elle a renoncé à la publicité de la procédure.

⁶²⁹ *Håkansson et Sturesson c. Suède*, 21 février 1990, op. cit., § 67 ; *Schuler-Zgraggen c. Suisse*, 24 juin 1993, op. cit., § 58 ; *Zumtobel c. Autriche*, 21 septembre 1993, op. cit., § 34 ; *Pauger c. Autriche*, 28 mai 1997, op. cit., § 60.

⁶³⁰ *Werner c. Autriche*, 24 novembre 1997 Recueil 1997-VII, § 48 .

⁶³¹ J-F. FLAUSS – A propos de la renonciation à la publicité des débats judiciaires, observations sur l'arrêt *Håkansson et Sturesson c. Suède*, *R.T.D.H* 1990 , p. 491.

libertés et de rappeler que c'est la réglementation juridique qui crée les droits. Toutefois, elle pêche pour autant qu'elle ne fait pas de l'exigence de publicité une obligation objective des juridictions, c'est-à-dire une norme qui s'impose à elles quelles que soient les circonstances. Certes, la recherche de la célérité ou d'autres arbitrages peuvent conduire à limiter la publicité de l'instance, mais admettre la renonciation tacite peut sembler excessif, à moins d'obliger les juridictions nationales à indiquer expressément aux justiciables qu'ils peuvent demander la tenue d'une audience. Mais on voit immédiatement ce que cette solution aurait « d'infantilisant » pour le titulaire des droits (qui a d'ailleurs la faculté de se faire assister par un professionnel du droit), et combien elle pourrait prêter à critique dans un ordre juridique qui tente de valoriser la personne humaine.

586. La renonciation tacite enseigne plusieurs choses. D'abord, la subjectivisation des règles procédurales peut desservir le justiciable. Deuxièmement, l'exercice des droits implique une responsabilité active. Troisièmement, alors que la restriction des droits est d'interprétation stricte, la renonciation à l'exercice des droits ne l'est pas toujours. En conséquence, l'exigence d'une preuve non équivoque peut parfois apparaître comme une simple figure de rhétorique.

587. La Cour fait donc preuve de rigueur tant à l'égard de la preuve de la violation qu'à l'égard de la démonstration de la justification des restrictions. Cependant, cette attitude n'est pas constante, parfois fois elle fait preuve de souplesse, et si cette mansuétude apparaît limitée, elle n'en est pas moins réelle.

Sous-section 2 – Une mansuétude limitée

588. Paradoxalement, même lorsqu'elle se réfère au critère contesté, la Cour a parfois su faire preuve de mansuétude à l'égard de la cause du requérant individuel. D'après M. FROWEIN il ne faut pas se méprendre sur les intentions des organes de la Convention lorsqu'ils font usage de ce critère prélevé sur un *corpus juris* fort différent du leur : « *the practice of Commission and Court cannot be identified with one or the other traditions, but the examples show that a finding can be made based on many different elements of evidence pointing into one direction. The formula « beyond reasonable doubt » should not be seen as referring to the anglo-saxon standard for criminal cases combined with special rules of*

*evidence prevailing there*⁶³² ». La pratique de la Cour montre qu'elle cultive le paradoxe d'afficher un seuil de conviction élevé alors que ses exigences sont d'une intensité variable.

589. Dans cette perspective on présentera l'assouplissement circonstanciel des exigences de la Cour (§1) et l'admission des plus faibles niveaux de conviction (§2) avant de se prononcer en faveur d'un assouplissement général du standard opposé à la défense des droits (§ 3).

§ 1 – L'assouplissement circonstanciel des exigences de la Cour

590. L'indice de ces variations nous est donné par l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* qui tente de tempérer la rigueur du critère du doute raisonnable en affirmant que la Cour n'est pas en quête d'une certitude absolue en ce sens que la preuve « au-delà de tout doute raisonnable » « *peut résulter d'un faisceau d'indices, ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants*⁶³³ ». Cet assouplissement est particulièrement évident s'agissant de la preuve de l'atteinte à l'intégrité physique et morale de l'individu privé de liberté (A) et de la preuve des effets externes de l'article 3 (B).

A – La preuve de l'atteinte à l'intégrité physique et morale de l'individu privé de liberté

591. Une jurisprudence abondante, née d'abord dans le cadre de l'application de l'article 3, mais étendue ensuite aux situations mettant en cause le respect du droit à la vie, affirme que « *lorsqu'un individu est placé en garde à vue alors qu'il se trouve en bonne santé et que l'on constate qu'il est blessé au moment de sa libération, il incombe à l'Etat de fournir une explication plausible quant à l'origine des blessures*⁶³⁴ ». Au-delà de l'institution du

⁶³² J. A. FROWEIN – Fact-finding by the European commission of human rights, in R. B. LILICH (Ed.) – *Fact-finding before international tribunals*, Aadsley-on-Hudson, N.Y, Transnational publishers, 1992, p. 247.

⁶³³ Si les détracteurs du critère du doute raisonnable oppose la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme à celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme notamment dans sa décision *Velasquez Rodriguez*, il y a pourtant lieu de relever la parenté des de cette dernière avec l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* en ce qu'elle affirme que « *des indices et des présomptions peuvent être pris en compte, à condition qu'ils conduisent à des conclusions cohérentes* » § 130.

⁶³⁴ *Tomasi c. France*, 27 août 1992, série A n° 241-A, §§ 108-111 ; *Ribitsch c. Autriche*, 4 décembre 1995, série A n°336, § 34 ; *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, Recueil 1996-VI, § 61 ; *Selmouni c. France*, 28 juillet 1999, Recueil 1999-V, § 87 ; *Dikme c. Turquie*, 11 juillet 2000, op. cit., § 78 ; *Timurtaş c. Turquie*, 13 juin 2000, Recueil 2000-VI, § 82 ; *Caloc c. France*, 20 juillet 2000, Recueil 2000-IX, § 84 ; *Buyukdag c. Turquie*, 21 décembre 2000, § 51 ; *Berktaş c. Turquie*, 01 mars 2001, § 167 ; *Ertak c. Turquie*, 09 mai 2000, op. cit., § 132 ; *Demiray c. Turquie*, 21 novembre 2000, § 42.

transfert de la charge de la preuve, il est intéressant de relever que l'individu placé dans la situation considérée peut aisément s'acquitter de la charge qui lui incombe.

592. Dans l'affaire Ribitsch, le gouvernement autrichien ne contestait pas que les blessures établies par le requérant avaient été causées durant sa garde à vue, mais il alléguait qu'elles n'étaient pas imputables aux policiers en ajoutant qu'au cours du traitement du dossier par les juridictions nationales leurs prétendues implications n'avaient pas été établies. « *Or, afin de pouvoir conclure à une violation de la Convention, la preuve de mauvais traitements doit être établie "au-delà de tout doute raisonnable"*⁶³⁵ ». La Cour ne reprit pas ce standard à son compte et préféra opérer un transfert de la charge de la preuve de la non-imputabilité des blessures à l'Etat. Il en résulte que le requérant s'est facilement acquitté de la charge de la preuve de la violation⁶³⁶. D'ailleurs, la Cour est allée bien plus loin dans l'abaissement du standard de preuve applicable à l'établissement de blessures et de leur imputabilité dans ce type d'affaire.

593. En cette matière, même si un témoignage n'est corroboré par aucun autre élément de preuve, la Cour peut estimer qu'il constitue une preuve au-delà de tout doute raisonnable d'un fait allégué. Dans l'affaire Çakici, la Commission avait considéré que l'Etat turque avait violé l'article 3 de la Convention pour avoir torturé Ahmet Çakici durant sa détention. Pour établir les faits, elle s'était appuyée sur les déclarations de son compagnon de cellule. Ce témoin a affirmé avoir vu des taches de sang sur les vêtements d'Ahmet Çakici et constaté que ce dernier était dans un état physique déplorable. Ahmet Çakici lui avait dit avoir été battu, avoir eu une côte cassée et une blessure ouverte à la tête. Il l'avait également informé qu'on lui avait par deux fois administré des décharges électriques, traitement que le témoin a déclaré avoir lui aussi subi pendant son interrogatoire. Au regard du principe de la preuve au-delà de tout doute raisonnable, on aurait pu s'attendre à ce que la Cour rejette cette preuve comme insuffisante. Pourtant, dans cette décision la Cour déclare partager « *l'avis de la Commission selon lequel ce témoignage fournit une base suffisante au regard du niveau*

⁶³⁵ Ribitsch c. Autriche, op. cit., § 30.

⁶³⁶ La lecture de l'opinion dissidente commune aux juges RYSSDAL, MATSCHER ET JAMBREK, renforce l'hypothèse d'un abaissement du standard de preuve dans cette affaire. Ils notent que le gouvernement avait déclenché une enquête d'office sur les faits en question, qu'elle aboutit à la mise en mouvement de l'action publique ainsi qu'à une expertise médicale qui fut dûment évaluée à chaque degré de juridiction. Et puisqu'il n'appartient pas à la Cour de substituer sa propre appréciation à celle des juges nationaux, à moins que ceux-ci n'aient procédé de manière incorrecte, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, ils estiment « *qu'il planait manifestement un doute raisonnable sur les allégations du requérant selon lesquelles il avait été victime de sévices lui ayant causé des blessures corporelles au cours de sa garde à vue dans les locaux de la direction de la police fédérale de Vienne, même s'il n'a pas été possible de prouver d'une manière irréfutable que les lésions et symptômes dont l'intéressé s'est plaint après sa libération avaient une origine étrangère aux faits dénoncés par lui, nous ne pouvons conclure à la violation de l'article 3 (art. 3) de la Convention* ».

*d'exigence de la preuve requis (l'absence de doute raisonnable) pour conclure qu'Ahmet Çakıcı a été torturé pendant sa détention. Il y a eu par conséquent violation de l'article 3 à l'égard du frère du requérant, Ahmet Çakıcı*⁶³⁷ ». Dans l'affaire Dikme un témoignage est considéré comme « *une base suffisante quant au niveau de preuve requis, pour conclure que les policiers ont bandé les yeux de M. Dikme lors des interrogatoires, sinon pendant toute la durée de la garde à vue* » et pour conclure que le requérant avait subi des agressions d'ordre psychique⁶³⁸. Ce sont également des témoignages qui permettent à la Cour de tenir pour vrai que « *Kenan Bilgin a été détenu dans les locaux de la section antiterroriste de la direction de la sûreté d'Ankara* ». En outre, dans cette affaire I. Bilgin, la juridiction internationale « *ajoute foi aux témoignages des onze personnes qui ont affirmé avoir vu Kenan Bilgin et avoir entendu ses cris de détresse et ses gémissements alors qu'ils étaient eux-mêmes placés en garde à vue dans les mêmes locaux et d'après lesquels on pouvait conclure que Kenan Bilgin n'était pas en bon état physique*⁶³⁹ ». Dans l'affaire Aydin, la Cour retient une violation du droit à la sûreté sur la foi des seules déclarations des victimes alors qu'elles ne sont corroborées par aucun autre élément de preuve⁶⁴⁰. De même, dans le célèbre arrêt Kurt, certains faits sont considérés comme établis sur la base des seules déclarations de la requérante⁶⁴¹.

594. Tous ces exemples montrent que l'exigence de la preuve « au delà de tout doute raisonnable » subit quelques tempéraments, voire quelques entorses. En cela ils ne sont guère éloignés des affaires qui ont concerné les effets externes de l'article 3 de la Convention.

B – Les effets externes de l'article 3

595. Certains auteurs ont pu reprocher à la décision HLR c. France susmentionnée d'appliquer un standard de preuve beaucoup trop rigoureux au regard de la jurisprudence antérieure⁶⁴². Il est vrai que cet arrêt apparaît un peu isolé au milieu de l'ensemble des arrêts relatifs à l'effet externe de l'article 3 de la Convention. Il contraste ainsi avec l'arrêt Chahal⁶⁴³

⁶³⁷ Çakıcı c. Turquie, 8 juillet 1999, Recueil 1999-IV, § 92.

⁶³⁸ Dikme c. Turquie, 11 juillet 2000, §§ 81, 82, 83.

⁶³⁹ I bilgin c. Turquie, 17 novembre 2001, op. cit., § 131.

⁶⁴⁰ Aydin c. Turquie, 25 septembre 1997, op. cit.

⁶⁴¹ Kurt c. Turquie, 25 mai 1998, op. cit.

⁶⁴² Selon J. KOKOTT et H. BERGER-KERHOFF : « *the high standard of proof the Court placed on the applicant in H.L.R Vs. France for showing that the alleged risk of being subjected to inhuman treatment is real appear to be contrary to its decision in the Chahal case and gives rise to concern* ». A.J.I.L, Vol. 92, 1998, p. 528.

⁶⁴³ Chahal c. Royaume-Uni, 15 novembre 1996, Recueil 1996-V.

rendu à propos de l'expulsion d'un militant sikh qui soutenait que son renvoi en Inde ferait de lui une cible privilégiée pour les forces de sécurité de ce pays. La notoriété du requérant, ajoutée à de nombreux éléments de preuve de sources diverses démontrant le faible niveau de protection des droits de l'homme en Inde ont convaincu la Cour de la réalité du risque de traitements prohibés par l'article 3 de la Convention. *Mutatis mutandis*, les situations de fait dans les deux affaires sont comparables, et le nombre et la qualité des preuves rapportées dans l'affaire Chahal ne peuvent justifier le manque de mansuétude du juge à l'égard de la cause du requérant. La particularité de l'arrêt HLR tient dans le fait que la Cour exige des preuves convaincantes qui se rapportent à la situation individuelle et précise du requérant. Toutefois dans les autres procès mettant en cause la compatibilité des mesures d'éloignement des étrangers au regard de l'article 3 de la Convention, la Cour s'est souvent contentée de moyens de preuve qui ne concernaient pas nécessairement la situation directe du requérant. Ainsi en est-il de l'arrêt D. c. Royaume-Uni dans lequel la Cour s'est opposée au renvoi d'une personne en phase terminale du sida dans l'île de Saint-Kitts alors qu'elle ne disposait pas d'indications précises sur l'état de la santé publique sur cette île.

596. Il demeure que dans l'ensemble on peut reprocher à la Cour de ne pas tenir suffisamment compte des contextes des affaires qui lui sont soumises et de rendre la preuve de la violation extrêmement difficile en individualisant le contentieux.

597. Un exemple nous est fourni par l'affaire Labita c. Italie dans laquelle le requérant se plaignait d'avoir subi des traitements contraires à l'article 3 dans une prison italienne. La Commission s'était estimée convaincue par son argumentation. D'abord, le gouvernement défendeur avait reconnu les faits allégués par le requérant en les attribuant aux agissements isolés de certains gardiens de prison. En outre, plusieurs éléments du dossier, tels le contenu du registre médical concernant le requérant, le rapport du juge d'application des peines de Livorno, et la note du président du tribunal d'application des peines de Florence annexée aux observations du gouvernement⁶⁴⁴.

598. Cependant, devant la Cour, le litige prend une toute autre physionomie dès lors que le gouvernement italien décida de contester la réalité des faits avancés par la victime. Sans cet acquiescement décisif la Cour décide de se livrer à sa propre appréciation des éléments de preuve qui, d'après le rapport de la Commission, corroborent la version du

⁶⁴⁴ Commission EDH, Labita c. Italie, 29 octobre 1998, § 120.

requérant. Cependant, cette évaluation conduit la Cour à rejeter la requête de M. Labita. Un à un, elle va dénier à ces preuves une valeur décisive.

599. Elle commence par considérer les éléments matériels, à savoir le contenu du registre médical de la prison de Pianosa, un rapport médical et le résultat d'une échographie des genoux. *« Du registre médical de la prison il ne ressort aucunement que les problèmes à la prothèse dentaire du requérant aient été la conséquence de coups portés par un gardien. Quant aux problèmes aux genoux, il n'y a pas davantage de preuve qu'ils dériveraient de mauvais traitements, d'autant que la première demande de soins médicaux à cet égard date du 10 août 1993, alors que le requérant affirme que les traitements litigieux avaient considérablement diminué, voire cessé, après le mois de septembre 1992. Par ailleurs, le certificat signalant des troubles psychologiques date de trois ans et six mois après les faits litigieux et n'établit aucun lien de causalité avec ceux-ci, se bornant à en fixer le début à trois ans auparavant (à une période, donc, postérieure aux faits dénoncés)⁶⁴⁵ ».*

600. S'agissant de la note du président du tribunal d'application des peines : *« la Cour ne peut oublier qu'il s'agit d'une évaluation générale qui ne s'appuie pas sur des faits concrets et vérifiables : elle ne peut donc y attacher un caractère de preuve déterminant⁶⁴⁶ ».* Pour ce qui est du rapport du juge d'application des peines de Livourne, elle déclare que *« celui-ci ne renferme aucun élément concernant spécifiquement la situation du requérant »* et *« d'autre part, la gravité et l'étendue des abus y décrits ont été ramenés à des proportions moins alarmantes à la suite des enquêtes menées par les autorités pénitentiaires compétentes⁶⁴⁷ ».*

601. Ce que l'on peut reprocher à la Cour c'est à nouveau l'individualisation de son jugement. Elle ne conteste pas les mauvaises conditions de la détention à la prison italienne, elle refuse de se satisfaire de l'idée que s'il est probable que de nombreux détenus soient mal traités dans cette prison, il n'est pas prouvé qu'en l'espèce le requérant fait l'objet d'un traitement inhumain et dégradant. Si sur le plan de la logique, ou plutôt de la vérité logique, le raisonnement est juste, l'adoption d'une attitude plus souple inciterait les Etats à se conformer davantage aux prescriptions de la Convention.

§ 2 – L'admission des plus faibles niveaux de conviction

⁶⁴⁵ § 124.

⁶⁴⁶ § 126.

⁶⁴⁷ § 128.

602. La théorie des apparences implique un si faible niveau de conviction qu'elle semble faire disparaître l'exigence de preuve (A). De même, la Cour peut parfois se suffire de simples commencements de preuve (B).

A – Le faible niveau de preuve impliqué par l'application de la théorie des apparences

603. En appliquant la théorie des apparences pour garantir le respect de l'impartialité objective du juge national, la Cour abaisse considérablement son niveau d'exigence en matière de preuve. Selon cette théorie, le procès doit être organisé de telle sorte que les justiciables n'éprouvent pas de crainte, d'appréhensions à l'égard de la juridiction chargée de trancher le litige. Ce formalisme, qui marque la rigueur du contrôle de la Cour sur la mise en œuvre des principes du procès équitable, permet d'optimiser la défense des droits en sanctionnant tout risque susceptible de léser un justiciable par un parti pris de la juridiction. Cependant, la Cour semble avoir manifesté une si grande complaisance à l'égard des apparences qu'elle s'est offerte à la critique de certains juges lui reprochent de « *se gargariser d'apparences*⁶⁴⁸ », tandis que la doctrine dénonce l'instauration d'une véritable « *tyrannie des apparences*⁶⁴⁹ ».

604. Pour établir sa conviction en la matière, la Cour ne semble pas distinguer la preuve et l'allégation au point que l'on est tenté de croire que l'invocation de l'impartialité objective n'appelle aucune démarche probatoire mais seulement la présentation d'allégations sérieuses. L'apparence est comme une évidence, elle se donne à voir du premier coup d'œil, sans qu'il soit besoin d'analyse ou de réflexion. Dans un certain sens, elle s'oppose à la preuve qui a pour mission de convaincre qu'un fait incertain ou apparent doit être considéré comme vrai. Aussi, admettre que l'apparence de partialité vaut preuve de partialité c'est, pour la Cour, exiger de la victime qu'elle rapporte une preuve très légère voire la dispenser d'accomplir cet effort.

605. Les conséquences de cette interprétation sur le plan de la preuve n'ont pas échappé aux observateurs du droit de la Convention qui, à l'image de L. SERMET qui déclare que « *le grief de l'absence d'impartialité objective est relativement aisé à mettre en œuvre. En*

⁶⁴⁸ Opinion dissidente du juge DE MEYER sur l'affaire Bulut. Bulut c. Autriche, 22 février 1996, Recueil 1996-II.

⁶⁴⁹ J.-L. AUTIN et F. SUDRE – La dualité fonctionnelle du Conseil d'Etat en question devant la Cour européenne des droits de l'homme. A propos de l'arrêt Procola c. Luxembourg du 28 septembre 1995, op. cit., p. 791 ; p. 385.

effet, il suffirait que le justiciable allègue l'apparence d'un conflit d'intérêts⁶⁵⁰ » pour obtenir gain de cause sur ce fondement.

B – L'admission d'un commencement de preuve

606. Loin de se contenter de simples allégations, même sérieuses, la Cour requiert un commencement de preuve pour qu'elle retienne une certaine version des faits⁶⁵¹. Ce faible niveau de preuve, que l'on désigne également preuve *prima facie*, fournit souvent à la Cour la solution de controverse qu'il serait impossible de résoudre en demandant aux plaideurs de rapporter une preuve décisive en raison de la particularité de l'objet de la preuve.

607. Puisqu'il est extrêmement difficile à une personne qui se prétend victime d'une écoute téléphonique non conforme à la Convention d'établir l'existence de cette écoute par des preuves incontestables. C'est pourquoi, à la suite de la Commission⁶⁵², la Cour exige que l'existence de ces interceptions litigieuses soit établie avec une probabilité raisonnable⁶⁵³.

608. Dans l'affaire Artico qui posait l'absence de l'assistance d'un défenseur au cours d'une procédure pénale se déroulant en Italie, la Commission avait établi les faits à partir des pièces produites par le requérant. Elle n'avait pu obtenir des précisions complémentaires de la part du gouvernement défendeur qui, d'une part arguait de l'impossibilité de reconstituer dans le détail « *les démêlés de M. Artico avec la justice de son pays* » et d'autre part, contestait l'authenticité des pièces utilisées. L'Etat italien adopta la même attitude devant la Cour qui statua en premier lieu sur les faits de la cause avant de trancher les questions de droit. La motivation de l'arrêt retient la version du requérant au motif qu'il « *a fourni un commencement de preuve suffisant. Parmi les pièces dont il a communiqué à la Commission une copie, figuraient des télégrammes du greffe de la Cour de cassation et beaucoup d'entre elles étaient passées par les mains d'autorités pénitentiaires qui en ont gardé la trace dans leurs archives (registres des prisons de Brindisi, Milan et Venise). Le Gouvernement ne saurait donc se contenter de formuler à leur propos des réserves*⁶⁵⁴ ».

⁶⁵⁰ L. SERMET – *Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif français*, op. cit., p. 227.

⁶⁵¹ Pour établir sa conviction, la Commission partageait le même impératif. Voir par exemple : Commission EDH, Société Proma di Franco Gianotti contre France, 1^{er} mars 1999, Requête N° 25971/94, § 45.

⁶⁵² Commission EDH, Hewitt et Harman c. Royaume-Uni, 9 mai 1989, Décisions et rapports 1998, pp. 114-115, §§ 29-32.

⁶⁵³ Halford c. Royaume-Uni, 25 juin 1997, Recueil 1997-III, § 58.

⁶⁵⁴ Artico c. Italie, 13 mai 1980, série A n°37, § 30.

En l'espèce, il est clair que le commencement de preuve a permis de dénouer une situation de grande incertitude en faveur du requérant.

609. Par ailleurs, l'usage de ce standard de preuve peut servir de support à une politique jurisprudentielle. C'est pour cette raison que la Cour se montre très souple à l'égard de la preuve de l'épuisement des voies de recours internes. Le faible niveau de preuve requis apparaît de manière évidente lorsque l'on se réfère à l'histoire de la Convention et spécifiquement à l'évolution des règles appliquées par la Commission européenne des droits de l'homme qui était chargée en premier lieu d'examiner la recevabilité des requêtes internationales. A l'origine, le règlement intérieur de la Commission spécifiait en son article 41 § 2 qu' « *aux fins d'application de l'article 26 de la Convention, la partie doit prouver que les voies de recours internes ont été épuisées* ». Jugeant que cette disposition faisait peser une charge trop importante sur le requérant, la Commission décida de la modifier lors de la révision de 1960. Pour montrer qu'elle pourrait amplement se satisfaire d'un commencement de preuve, la Commission retint une rédaction moins catégorique et plus vague que la précédente : « *la partie requérante doit fournir des éléments permettant d'établir que les conditions de l'article 26 de la Convention se trouvent établies*⁶⁵⁵ ». La nouvelle orientation fut suivie avec suffisamment de rigueur et de constance que l'on ne pourrait soupçonner qu'il fut un jour autrement devant un organe de la Convention. D'ailleurs, sans ces précisions historiques, l'article 47 § 2 du nouveau règlement de la Cour n'éveillerait guère l'attention lorsqu'il exige que la partie privée fournisse « *tous éléments, notamment les documents et décisions (...) permettant d'établir que sont réunies les conditions de recevabilité énoncées à l'article 35 § 1 de la Convention (épuisement des voies de recours internes et observation du délai de six mois)*⁶⁵⁶ ».

610. Toutefois, force est de remarquer que la Cour fait également preuve de mansuétude à l'égard de certaines argumentations des Etats. On sait en effet qu'en matière de protection de la vie privée des immigrés, la Cour s'est parfois contentée de « *moyens de preuve ténus*⁶⁵⁷ » pour estimer l'absence de lien suffisamment solide pour s'opposer à une expulsion vers un pays étranger. De même, dans les affaires liées au terrorisme, le juge

⁶⁵⁵ M-A. EISSEN – Le nouveau règlement intérieur de la Commission européenne des droits de l'homme, *A.F.D.I* 1960, p. 785 ; A. A. CASCADO TRINDADE – The burden of proof with regard to exhaustion of local remedies in international law, *RDH* 1976 Vol. IX - 1 n°1, p. 88-90

⁶⁵⁶ Règlement de procédure 47 § 2 a). Il y a lieu de remarquer que la mention « *les éléments* » introduite par la Commission en 1960 a fait place à une énumération qui, bien qu'elle demeure vague n'en revêt pas moins d'importance puisque l'article précise que la partie privée doit fournir les « *documents* » et les « *décisions* » pertinentes.

⁶⁵⁷ M. LEVINET – Commentaire de l'arrêt *Boulchelkia c. France*, *JCP G.* 1997, II, 22924, p. 443 ; voir également du même auteur, le commentaire de l'arrêt *Baghli c. France*, *R.T.D.H.* 2000, p. 301

international n'a pas recherché une certitude raisonnable pour établir la version du requérant. A bien y regarder, ces solutions sont en harmonie avec le principe selon lequel la preuve d'une violation doit être établie au-delà de tout doute raisonnable.

611. Quoi qu'il en soit, ces éléments démontrent à nouveau l'influence que le fond du droit peut exercer sur le régime de la preuve et donne la mesure des enjeux liés au choix du standard applicable dans le cadre de la protection internationale des droits de l'homme.

§ 3 – Pour un assouplissement général du standard opposé à la défense des droits

612. Dès son apparition devant la Cour dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, l'une des parties au procès avait reproché au critère utilisé par la Commission son extrême rigueur. Depuis, il n'a jamais cessé de susciter une vive contestation qui fut sans doute éveillée par les caractéristiques du contexte procédural auquel il a été emprunté. Aussi faudra-t-il, en mesurant l'intérêt pratique d'une modification de la pratique, plaider pour un assouplissement de l'exigence de la Cour.

613. Il est à peine surprenant que la critique généralement formulée à l'encontre du niveau de preuve suggéré par la référence au doute raisonnable s'appuie sur l'opposition du contentieux international des droits de l'homme et de la procédure pénale⁶⁵⁸. Cet angle d'attaque a d'ailleurs trouvé renfort dans l'affirmation de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'arrêt *Velasquez Rodriguez* : « *la protection internationale des droits de l'homme ne doit pas être confondue avec des procédures pénales. Les Etats ne comparaissent pas devant la Cour en qualité de défendeurs dans le cadre d'une procédure pénale. L'objectif du droit international des droits de l'homme n'est pas de punir les personnes responsables des violations, mais plutôt de protéger les victimes et de prévoir une réparation des dommages résultant des actes commis par les Etats responsables*⁶⁵⁹ ». D'ailleurs, dans cette affaire, la Cour se montra particulièrement souple dans le choix du standard de preuve applicable en matière de disparition forcée⁶⁶⁰.

⁶⁵⁸ L. G. LOUCAIDES – Standards of proof in proceedings under the European convention of human rights, *in Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges en l'honneur de J. VELU*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 1435-1437 ; S. TRECHSEL – Article 28, *op. cit.*, p. 658-659.

⁶⁵⁹ § 134.

⁶⁶⁰ C. M. CERNA – Questions générales de droit international examinées par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, *A.F.D.I* 1996, p. 726.

614. Pour la critique, le recours à un standard issu de la procédure pénale ne sied pas à la mission de la Cour qui alourdit plus qu'elle le devrait le fardeau de la preuve supporté par le requérant. A ses yeux, la Cour s'est rendue coupable d'avoir procédé à la greffe d'un standard contre-nature qui, au regard de la protection internationale des droits de l'homme, ne peut qu'avoir un effet contre-productif.

615. Pour bien comprendre ce raisonnement, il importe de rappeler que le droit se réalise ordinairement hors des prétoires, en ce sens que les règles substantielles en vigueur sont édictées en vue de régir le comportement des hommes dans la vie courante. Ces règles de droit influencent la conduite de leurs destinataires en les dissuadant d'accomplir certains actes en leur affectant une conséquence négative⁶⁶¹. Saisi seulement lorsque la mise en œuvre des normes juridiques suscite des conflits, la contribution du juge à la recherche de l'effectivité de la règle de droit s'exprime notamment par le degré d'exigence qu'il manifeste pour considérer que les parties ont fait la preuve de la violation prétendue. En principe, plus la preuve de la violation d'une règle sera facile, plus ses destinataires seront portés à la respecter.

616. Il s'ensuit que l'application d'un standard peu contraignant pour persuader la Cour de l'existence de faits constitutifs d'une violation de la Convention serait de nature à accroître la vigilance des Etats dans le respect des droits de l'homme. En théorie, la menace d'être déclarés responsables sur le fondement de preuves plus légères devrait inciter les Etats à appliquer de manière plus rigoureuse les normes de la Convention et pousser les juridictions nationales à faire preuve d'une plus grande fermeté au cours de l'épuisement des voies de recours internes. Certes, cet abaissement du standard de preuve heurte l'idée que les règles du système probatoire ont pour mission d'aider le juge à parvenir à la représentation la plus exacte possible de la réalité des faits de la cause. On pourrait en effet reprocher au juge de renoncer à la recherche de la vérité au profit de l'accroissement de l'effectivité de la protection des droits. Les règles de preuve seraient ainsi détournées de leur finalité originelle pour servir de renfort à une politique jurisprudentielle qui, pour noble qu'elle soit, ne devrait pas être mise en balance avec la vérité. Cependant, dans un contentieux aussi inégalitaire que celui des droits de l'homme, on ne peut blâmer le juge de chercher avant tout à faire œuvre utile, en outre, l'abaissement du standard de preuve n'est pas une mise à l'écart des règles du système probatoire, mais une simple variation du niveau de certitude requis par le juge pour l'établissement des faits. Sans toucher à l'ensemble du système, il s'agit simplement pour la Cour de doser de manière différente ses exigences en matière de preuve.

⁶⁶¹ H. L. A. HART – *Le concept de droit*, op. cit., p. 36, voir également p. 155 ss.

617. Il est vrai que les adversaires de cette diminution des exigences de la Cour pourraient brandir le spectre de l'erreur judiciaire en ajoutant qu'elle entamerait la crédibilité de la Cour aux yeux des puissances souveraines. Même prise au sérieux, cette objection ne constitue pas un obstacle suffisamment solide pour s'opposer à la proposition d'abaissement du niveau de preuve requis par la Cour. L'analyse montre qu'à supposer qu'un standard de preuve moins contraignant augmente le risque d'erreurs judiciaires, ce choix demeure le plus adapté à la garantie des droits de l'homme.

618. Si l'on garde à l'esprit la dimension dissuasive de la sanction judiciaire, force est de constater qu'en situation de faible incertitude quant à la réalité des faits, il est plus utile à un système de protection d'engager la responsabilité internationale d'un Etat, que de décider qu'il n'est pas responsable alors qu'il n'a pas accompli les actes nécessaires au respect des droits protégés par la Convention. Dans le premier cas de figure, le jugement rendu a au moins le mérite de faire montre d'une grande sévérité dans l'application de la règle de droit et tend à encourager les Etats à prendre les mesures qui s'imposent pour éviter une condamnation facile à obtenir pour la victime. Dans le second cas, il est bien difficile d'apercevoir un quelconque bénéfice pour la protection des droits de l'homme, et il ne serait pas exact d'estimer que la crédibilité de la Cour est davantage affecté dans le premier cas que dans le second.

619. Par conséquent, d'un point de vue strictement rationnel, l'abaissement du niveau de preuve requis pour conclure à la violation de la Convention est le choix qui présente le plus d'utilité pour la protection des droits de l'homme. Cela ne signifie pas pour autant que la Cour doive se contenter d'un simple commencement de preuve, adopter une position intermédiaire entre la preuve « au-delà de tout doute raisonnable » et la preuve *prima facie* serait probablement la solution optimale pour une protection dynamique des droits.

Conclusion du chapitre II

620. Face aux difficultés de faire apparaître la réalité des faits plusieurs années après leur survenance, la libre appréciation des preuves constitue sans aucun doute un outil décisif. La mise en œuvre de la liberté de la preuve s'insère ainsi dans un cadre dans lequel le juge peut doser les difficultés de chaque plaideur. Elle correspond d'ailleurs à la volonté affichée du système probatoire de promouvoir une meilleure information de la Cour sur le respect des obligations conventionnelles. En outre, elle montre que les doutes que l'on a pu légitimement émettre à l'égard de l'effectivité de l'examen des preuves n'étaient fondés qu'en partie. Tout cela conduit à renforcer la position de la victime de la violation, qui en tant que partie «attaquante», se voit remettre une arme indispensable à l'équilibre du procès.

621. La promotion et la préservation de cet équilibre apparaît néanmoins précaire lorsque l'attention se porte sur la pratique des standards de preuve. La Cour fait en effet preuve de rigueur à l'égard de la cause des titulaires des droits de l'homme en exigeant que la démonstration de la violation de la Convention résulte d'une preuve « au-delà de tout doute raisonnable ». Ce standard, qui sied davantage aux procédures pénales auxquelles il fut emprunté, alourdit la charge effective de l'individu et nuit considérablement à l'effectivité de la protection des droits. Certes, cette rigueur se retourne contre l'Etat notamment lorsqu'il invoque le bénéfice d'une clause justifiant une limitation des droits. En outre, la référence à des standards élevés n'implique pas nécessairement une absence de souplesse et de mansuétude même si cette dernière apparaît incontestablement limitée dans son étendue. Ainsi, la mise en œuvre des standards de preuve n'est ni suffisamment claire, ni constamment favorable aux droits de l'homme.

622. A cet égard, on peut plaider pour l'adoption d'un standard moins contraignant qui serait de nature à augmenter la prévention des Etats à mesure qu'ils verraient croître la probabilité de voir leur responsabilité engagée sur la base de preuves légères.

623. En conclusion, il faut reconnaître qu'il existe bien une dynamique de l'intime conviction même si elle ne donne pas la pleine mesure de ses capacités à consolider l'application *pro victima* du droit à la preuve. Elle imprime au système probatoire son caractère libéral et, considérée globalement, contribue tout de même à améliorer la position de l'individu face à l'Etat.

Conclusion du titre II

624. L'application des principes de fond du droit à la preuve permet à la Cour européenne des droits de l'homme de traduire dans la réalité du procès les idéaux qui sont au fondement de la Convention. On peut penser qu'elle ne le fait pas suffisamment, qu'elle fait parfois preuve d'une prudence excessive à l'égard de l'établissement des violations systématiques par exemple, et que des améliorations sont possibles. Toutefois il faut remarquer qu'en remplissant son office, elle sait se départir de la réserve qu'elle s'est imposée en instituant une véritable présomption de régularité des faits établis par les juridictions nationales, de même qu'il lui arrive de s'affranchir de la rigueur des standards de preuve qu'elle a choisis.

625. Il faut dire que son statut de juridiction internationale et les conditions d'exercice de sa mission et surtout l'idée qu'elle en a ne lui permettent pas de balayer de manière définitive ces obstacles qu'elle peut justifier par la nécessité de ménager la souveraineté des Etats parties à la Convention. C'est une conception critiquable, mais la délicatesse de la protection européenne des droits de l'homme requiert du tact et de la nuance. Juridiquement, l'œuvre de la Cour ne prête guère à critiques, en revanche ce qui fait question c'est le choix de sa politique juridique, des options qu'elle a adoptées, qui peuvent plaire ou déplaire selon le point de vue où l'on se place.

626. Au demeurant, les principes de fond jouent un rôle décisif dans la mesure où ils créent une série d'avantages au profit des individus afin de compenser le déséquilibre de la relation « ante-judiciaire » et les aider à aborder le procès avec davantage de chances de l'emporter.

Conclusion de la première partie :

627. Le principe de l'application *pro victima* du droit à la preuve se révèle inconstant et comme inachevé à la lumière des critiques et des réserves suscitées par les règles et la pratique en vigueur au palais des droits de l'homme. Si, dans le domaine des garanties procédurales, on peut se féliciter de l'institution d'une égalité entre l'individu et l'Etat ainsi que du respect des exigences du procès équitable, on ne peut manquer de relever que le régime de l'intervention, comme les arbitrages qui ont présidé à la rédaction du règlement de procédure de la nouvelle Cour appellent sans doute de nouvelles adaptations. De même, si la mise en œuvre des principes de fond montre combien la désignation des faits pertinents et la souplesse de l'évaluation des preuves sont au service de l'effectivité des droits de l'homme, elle peut être encore optimisée par une remise en cause plus systématique des faits établis par les juges nationaux et par un abaissement des standards de preuve.

628. La nuance du constat n'a rien de surprenant, elle semble même le signe d'une description fidèle de la pratique qui ne prétend jamais à l'absolu des principes de fond. Elle ne transcende pas les situations juridiques, mais elle a, au contraire, la vocation de plonger dans la vie concrète du droit, dans ses dimensions les plus voilées et les plus confuses. Pour conforter ce point de vue, on peut citer un passage d'un petit manuel de deux philosophes du droit qui tentent de nous préparer à la souplesse de l'office du juge. « *Du procès, on ne retient que le jugement, qui retisse les fils d'un ordre juridique que le litige a décousu. Cette focalisation sur le jugement au détriment des débats judiciaires qui le précèdent, trahit toujours la préoccupation obsessionnelle de la modernité de construire une vérité juridique univoque, et pour cela de refouler la contradiction que le procès met en scène et dramatisé*⁶⁶² ». C'est que la complexité du débat judiciaire autorise seulement à dégager des tendances lourdes et rarement des principes intangibles. Par conséquent, il n'est pas contradictoire d'affirmer d'un côté la réalité de l'action de la Cour en faveur de la logique de l'effectivité des droits au sein du système probatoire et, de l'autre son caractère incomplet et sa perfectibilité.

629. A cet égard, il faut observer qu'en faisant tantôt preuve d'originalité ou en empruntant aux modèles contentieux nationaux ou internationaux, l'application *pro victima* du droit à la preuve s'est servie de l'ajustement des garanties procédurales comme d'un socle

⁶⁶² B. FRYDMAN et G. HAARSCHER – *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, connaissance du droit, 1998, p. 62. Pour reprendre cette idée dans la deuxième édition de leur ouvrage, les auteurs ont utilisé une formulation un peu différente. Voir B. FRYDMAN et G. HAARSCHER – *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, connaissance du droit, 4^{ème} édition, 2002, p. 96.

tandis qu'elle a fait jouer aux principes de fond le rôle de levier. Ainsi, de la combinaison des deux éléments naquit un régime juridique complexe qui, pour inachevé qu'il soit, demeure dévoué à une protection effective des droits de l'homme.

630. Ajoutons qu'il s'agit là de la physionomie générale du système probatoire qui est tout entier imprégné de la logique de l'effectivité des droits, aussi bien pour ce qui est du régime juridique du droit à la preuve que pour celui de la charge de la preuve. Mais dans ce dernier domaine, la place accordée à la nuance est encore plus forte et constitue sans conteste un de ses traits les plus saillants. Il conviendra donc d'en prendre la mesure et d'en étudier tant les causes que les conséquences.

DEUXIEME PARTIE :
L'ATTRIBUTION NUANCEE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

« La logique judiciaire sera toujours quelque chose de plus complexe et de moins pur qu'une logique mathématique. Parce qu'elle doit être populairement convaincante, elle est un mélange perpétuelle d'empirisme qui cherche à se rationaliser, et d'une raison qui cherche à demeurer pratique ».

G. VEDEL – Allocution au 5^{ème} colloque des IEJ – La logique judiciaire, Paris, P.U.F, 1969, p. 18.

631. Devant la Cour, la victime, comme l'Etat défendeur, guette avec soin le moment où le droit à la preuve va se transformer en fardeau ; l'instant crucial où la garantie procédurale fera place à une obligation qu'il faudra scrupuleusement honorer au risque de perdre le procès. Tout plaideur redoute d'être considéré comme le titulaire de cette charge tandis qu'il espère et réclame qu'elle soit attribuée à son adversaire. Mais, en indiquant la partie qui supporte la charge juridique de la preuve, la Cour ne pèse pas seulement sur les nerfs des contradicteurs, elle décide de l'équilibre du procès en assurant à celui-ci la confirmation de sa version des faits et en refusant à celui-la le bénéfice du doute.

632. Cette tâche, entre toute délicate, ne saurait s'accommoder de principes rigides qui heurteraient la souplesse nécessaire au règlement de questions de fait toujours renouvelées. Ils existent certes, mais ils portent la marque de toute règle jurisprudentielle ; ils sont adaptables et révocables à loisir, et puisqu'ils se rapportent à une technique juridictionnelle, ils restent dans l'ombre des spectaculaires prises de position sur le fond du droit⁶⁶³. C'est à leur découverte, leur étude et leur critique qu'il faut s'attacher maintenant en soulignant ce qu'ils ont apporté ou refusé à l'effectivité de la protection des droits.

633. A cet égard, on peut d'ores et déjà annoncer que la Cour n'a pas cherché à procurer un avantage systématique à la victime pour toutes les violations invoquées. Jugeant inopportune l'attribution inconditionnelle de la charge de la preuve à l'Etat, elle ne vient en aide au requérant que lorsque qu'elle est convaincue qu'il ne lui est pas possible de réunir les preuves requises. Cette sollicitude découle d'une appréciation au caractère subjectif d'autant plus marqué qu'il n'est pas aisé de s'accorder sur les critères de diagnostic de l'incapacité du requérant. La retenue de la Cour peut ainsi éveiller un peu de scepticisme, voire une franche

⁶⁶³ LEGAIS R. – Le droit de la preuve à la Cour européenne des droits de l'homme, in *Mélanges offerts à P. COUV RAT, La sanction du droit*, Paris, P.U.F, Publication de la faculté de droit et de sciences économiques de Poitiers, 2001, p. 259.

contestation nourrie par l'impression qu'elle a parfois méconnu l'inaptitude de la victime à rassembler les preuves pertinentes.

634. Quelquefois, la souplesse a confiné à l'empirisme, d'autres fois la passivité semble avoir réduit l'effectivité des droits. En cette matière, point d'absolu ; la nuance règne en maître et si l'œuvre de la Cour s'expose à une critique rationnelle, il n'en demeure pas moins juste de dire qu'elle a beaucoup aidé à l'amélioration de la garantie des droits. Pour illustrer ce point de vue et en préciser les tenants et les aboutissants, il convient au préalable de s'entendre sur les termes de la problématique à laquelle il se rapporte.

635. La technique de la charge de la preuve a été façonnée afin de permettre au juge d'atteindre un double objectif : d'une part, désigner lequel des plaideurs est appelé à fournir l'information destinée à fonder sa conviction et, d'autre part, décider quelle cause doit l'emporter en cas d'insuffisance des preuves. L'affinement des catégories juridiques a progressivement permis de penser chacune de ces finalités complémentaires de manière autonome en distinguant soigneusement la charge de l'administration de la preuve du risque de la preuve.

636. Poser la question de la charge de l'administration de la preuve c'est rechercher lequel des plaideurs doit rassembler et produire les éléments de nature à fonder la conviction du juge. Quant au risque de la preuve, il pose la question de savoir quelle partie perdra le procès si le juge n'est pas parvenu à une conviction suffisante. Ne pouvant renvoyer les parties dos à dos, il lui appartient de préciser quel plaideur verra sa thèse rejetée. Dans cette hypothèse, on dit de ce dernier qu'il a supporté le risque de la preuve. Par conséquent, attribuer la charge de la preuve, c'est non seulement, indiquer qui doit réunir les éléments de preuve (charge de l'administration de la preuve), mais c'est également désigner quelle cause aura le bénéfice du doute qui subsiste sur un point de fait (risque de la preuve)⁶⁶⁴.

637. A bien y regarder, chaque signification correspond à un moment précis du procès. La charge de l'administration de la preuve concerne l'administration des preuves : son terrain est le droit procédural, son moment est celui de l'instruction. Le risque de la preuve renvoie aux conséquences de l'indétermination des faits : son terrain est celui de l'appréciation des preuves, il s'agit d'une question de fond qui est réglée dans la phase du jugement.

⁶⁶⁴ C. DEBBASCH – La charge de la preuve devant le juge administratif, Dalloz, 1983, Chro., p. 44 ; X. LAGARDE – *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, L.G.D.J, 1994, p. 206 ; T. LE BARS – *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, L.G.D.J, 1997, p. 232 ; B. PACTEAU – *Preuve, Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 1995, p. 4, § 19.

638. Cette dichotomie, qui structure le discours sur la preuve tant en droit interne⁶⁶⁵ qu'en droit international⁶⁶⁶, permet de saisir dans sa double dimension procédurale et matérielle la question de savoir dans quelle mesure l'attribution de la charge de la preuve sert ou met en péril l'effectivité du contrôle international de l'application de la Convention. Pour y répondre, il convient d'observer la pratique de la Cour, et d'abord remarquer qu'à l'exemple d'autres juridictions, elle aurait pu faire sienne les principes et les pratiques couramment utilisés en matière contentieuse. Dans cette perspective, deux modèles s'offraient à elle.

639. D'abord un modèle de justice civile – que nous appellerons ainsi à cause de l'ancienneté de son application dans les affaires civiles – que l'on résume généralement par la maxime *actori incumbit probatio*⁶⁶⁷. Cet adage signifie qu'il appartient à celui qui allègue l'existence d'un fait d'en rapporter la preuve sous peine de voir présumée vraie l'allégation contraire de son adversaire. Sa mise en œuvre n'est pas foncièrement incompatible avec le contentieux international des droits de l'homme puisque au cours d'un procès, l'Etat et la victime allèguent tour à tour des faits qu'il leur est possible d'établir. Cependant, son application mécanique aboutit parfois à faire reposer sur la victime la charge d'établir des faits dont les preuves lui demeurent inaccessibles. Dans ces circonstances, relativement à ces faits, la cause de l'individu est perdue d'avance, le système probatoire ne faisant que préserver l'inégalité des puissances qui s'affrontent dans le combat judiciaire. Dès lors, tout

⁶⁶⁵ Cette distinction n'est pas nouvelle. Exprimée de manière tantôt explicite ou implicite dans les ouvrages de la fin du XIX^{ème} siècle et du début du XX^{ème}, elle reçut en France sa consécration la plus nette et la plus vigoureuse dans la thèse de M. LEGEAIS. R. LEGEAIS – *Les règles de preuve en droit civil : permanence et novation*, Poitiers, 1955, p. 101. Avant que cet auteur ne propose de retenir l'expression de « risque de la preuve », la distinction était en filigrane dans l'œuvre de GénY, mais clairement exprimée dans les œuvres de DEMOGUE, BONNIER ou BAUDRY LACANTINERIE ; respectivement : F. GENY – *Science et technique du droit privé*, Paris, 1919 réimpression L.G.D.J, tome III, p. 274 ; E. BAUDRY LACANTINERIE cité par B. PACTEAU – *Preuve*, op. cit., p. 4, § 19.

⁶⁶⁶ G. NIYUNGEKO – *La preuve devant les juridictions internationales*, Thèse, Bruxelles, 1988, p. 9 ; M. KAZAZI – *Burden of proof and related issues, a study on evidence before international tribunals*, The Hague, London, Boston, Kluwer law international, 1996, p. 35-38 ; T. BUERGENTHAL – *Judicial fact-finding : the Inter-american human rights Court*, in R. B. LILICH – *Fact-finding in the field before international tribunals*, Aadsley-on-Hudson, N.Y, Transnational publishers, 1992, p. 267 ; B. G. RAMCHARAN – *Evidence*, in B. G. RAMCHARAN (Ed.) – *Fact-finding in the field of human-rights*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1982, p. 151. J. KOKOTT – *The burden of proof in comparative and international human-rights law*, The Hague, London, Boston, Kluwer law international, 1998, p. 177 ; S. VITE – *Les procédures internationales d'établissement des faits dans la mise en oeuvre du droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, Editions de l'université de Bruxelles, 1999, p. 331.

⁶⁶⁷ La méthode de répartition décrite par cette maxime est, de loin, la plus répandue en doctrine. Il extrêmement rare que les auteurs reconnaissent en droit positif l'application d'autres techniques. Parmi les modèles explicatifs concurrents et fréquemment discutés dans les ouvrages ou articles concernant la preuve en droit privé, il importe de signaler l'explication renvoyant à l'existence de présomptions antejudiciaires qui indiquent au juge, préalablement à tout procès, quelle cause devra l'emporter en cas de litige. Voir, J. CHEVALLIER – *La charge de la preuve*, Cours de D.E.S, 1958-1959 et pour une explication récente, X. LAGARDE – *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, L.G.D.J, 1994, p. 336.

au moins partiellement, le modèle de justice civile ne peut servir au mieux la défense des droits de l'homme.

640. La Cour pourrait être tentée de recourir au modèle de la justice pénale. Dans l'esprit de l'homme de la rue, mais il n'a pas l'exclusivité de cette conception, la protection internationale des droits de l'homme s'apparente souvent à une démarche répressive dont le but est de punir les Etats des exactions qu'ils commettent à l'encontre des individus. Ceux qui raisonnent ainsi sont inmanquablement appelés à revendiquer la formulation de garanties attachées à la qualité d'accusé. Au plan de la charge de la preuve, cela implique l'application de la présomption d'innocence, principe en vertu duquel tout doute doit profiter à l'accusé qui n'a donc pas à se livrer à une recherche et à une production de preuves en vue de convaincre le juge de son innocence. Or, dans le procès des droits de l'homme, c'est l'Etat qui fait figure d'accusé. Pire encore que le modèle de justice civile, l'approche pénale conduit à faire invariablement reposer sur la victime la charge de la preuve. L'Etat, parfois seul détenteur des preuves pertinentes, peut se réfugier dans un mutisme autorisé par le droit et gravement préjudiciable à l'effectivité de la protection des droits de l'homme.

641. Le débat sur l'usage de ces deux modèles traverse l'ensemble de la réflexion que l'on peut mener sur la charge de la preuve. Pourtant, la Cour semble avoir tenté de s'émanciper de l'un comme de l'autre à la recherche d'une voie moyenne entre le charybe civiliste et scylla pénaliste. Sans doute peut-on lui reprocher de ne pas avoir adopté un principe énergique qui imposerait à l'Etat défendeur la charge de preuve en toute circonstance. Une telle attitude aurait l'avantage de rassurer les défenseurs ardents des droits de l'homme sur sa volonté protectrice, mais elle présenterait le grave inconvénient de ne pas concilier l'idéal de justice qui est au fondement de l'office du juge et la quête d'une meilleure garantie des droits de l'homme. De surcroît, il n'est pas d'institution juste qui ne garde une certaine défiance à l'égard des thèses qui lui sont présentées, fussent-elles formulées par la plus démunie des parties, c'est la base même de l'exigence de preuve. La répartition de la charge de la preuve entre les parties ajoute ainsi à la crédibilité des arrêts et renforce l'autorité de l'œuvre de la Cour.

642. Dans l'une de ses premières décisions, la juridiction internationale a annoncé, à la manière d'un principe, qu'elle n'avait pas une conception stricte de la charge de la preuve. Elle précisa, dès 1978 que « *dans les affaires dont elle connaît, elle étudie l'ensemble des éléments en sa possession, qu'ils émanent de la Commission, des parties ou d'autres sources ; au besoin elle s'en procure d'office et elle ne s'inspire pas de l'idée que la charge de la*

preuve pèse sur l'un des deux gouvernements en cause »⁶⁶⁸. Pour bien montrer que cette ligne de conduite ne s'appliquait pas uniquement dans la cadre des recours inter-étatiques, la jurisprudence a ultérieurement précisé que « *ces considérations valent également voire à plus forte raison, mutatis mutandis, dans une espèce qui tire son origine d'une requête introduite en vertu de l'article 25*⁶⁶⁹ ». Les références à la Commission et à l'article 25, aujourd'hui remplacé par l'article 35, sont désuètes, mais les affirmations n'ont pas perdu de leur actualité. Elles signifient que la Cour ne s'estime pas liée par un modèle prédéfini et suggère que l'étude de sa pratique peut révéler quelque originalité. Car c'est l'observation de la pratique qui importe, bien plus que l'examen des déclarations de la juridiction. Il n'est d'ailleurs pas certain qu'elle ait banni de son œuvre toute idée de système car, si l'on interroge les principes qui gouvernent la charge de la preuve et les valeurs qu'ils incarnent, on perçoit, en dépit des critiques qu'on peut leur adresser, une ligne de conduite qui s'accorde globalement avec les objectifs de la Convention.

643. L'action de la Cour peut d'ailleurs s'ordonner autour des deux axes que forme la distinction des charges de la preuve. Dans le domaine de l'attribution de la charge de l'administration de la preuve, la Cour va chercher à établir l'égalité nécessaire à l'équilibre du procès. Par son intervention et à travers l'obligation faite aux Etats de collaborer à la recherche des preuves, elle va tenter d'aider l'individu à franchir les obstacles résultant de la supériorité naturelle de l'Etat au cours de l'instruction. Sur le terrain du risque de la preuve, son action est plus contrastée : le doute pourra tantôt profiter à la victime, tantôt à l'Etat. La phase de jugement doit en effet tenir compte de nombre de facteurs qui rendent la comparaison des versions contradictoires extrêmement délicate.

644. Ainsi, il semble que la nuance soit le trait le plus saillant de l'attribution de la charge de la preuve dans le contentieux européen des droits de l'homme. La charge de l'administration de la preuve est répartie en vue d'instaurer une certaine égalité entre les parties, le risque de la preuve est attribué en fonction des circonstances propres à chaque espèce. D'un côté, on constate qu'il y a une répartition équilibrée de la charge de la preuve durant l'instruction (Titre I), de l'autre une attribution pragmatique de cette charge dans le jugement (Titre II).

⁶⁶⁸ Irlande c. Royaume-Uni, 18 janvier 1978, série A n° 25, § 160.

⁶⁶⁹ Artico c. Italie, 13 mai 1980, série A n°37, § 30.

Titre I – Une répartition équilibrée de la charge de la preuve durant l’instruction

645. Parfois la victime est impuissante à réunir les preuves des violations qu’elle dénonce soit parce qu’elles sont détenues par l’Etat mis en cause, soit parce que les autorités nationales n’ont conduit aucune enquête efficace au cours de l’épuisement des voies de recours internes. Dans ces circonstances, lui attribuer le fardeau de la preuve ne ferait que transposer au plan contentieux l’inégalité qui justifie la proclamation des droits de l’homme.

646. Pour éviter que la forme ne trahisse ainsi les aspirations des règles de fond, la Convention a édifié un dispositif qui fait de la Cour le garant d’une répartition équilibrée de la charge de la preuve. Elle l’a pourvue de la faculté de mener des investigations d’office ou à la demande des parties afin d’établir les faits. La juridiction peut ainsi s’adresser indifféremment à toute personne de son choix, qu’elle possède la qualité de partie, de témoin, d’expert ou non, et mener sur le territoire des Etats membres les enquêtes qu’elle estime opportune au règlement du différend. Et pour que ces entreprises ne soient pas vouées à l’échec, la Convention fait obligation aux Etats de fournir à la Cour l’assistance nécessaire à la recherche des preuves sur le fondement de son article 38 § 1 a).

647. Cet ordonnancement juridique semble placer la question de la vérité au centre du système probatoire. Le mot se retrouve d’ailleurs dans les arrêts de la Cour qui estime que les Etats doivent concourir à la manifestation de la vérité⁶⁷⁰. Or, il convient de rappeler qu’en matière judiciaire, le procès ne parvient qu’au vraisemblable, c’est-à-dire à une représentation déduite des traces pertinentes laissées par les faits litigieux appréhendés à travers une joute où la rhétorique occupe un espace important⁶⁷¹. Aussi, faute de pouvoir bannir le concept de vérité de la réflexion, puisqu’il est parfois employé par la jurisprudence de la Cour, toutes les fois où il en sera fait usage, il faudra garder à l’esprit qu’il renvoie au vraisemblable, au probable qu’une décision d’un organe du droit va reconnaître en lui conférant instantanément le statut de vérité.

⁶⁷⁰ « Les Etats contractants doivent coopérer avec les organes de la Convention dans la recherche de la vérité ». Artico c. Italie, 13 mai 1980, série A n°37, § 30.

⁶⁷¹ Sur la vérité comme but dans le procès, on peut utilement se reporter aux observations pénétrantes du professeur HEBRAUD qui, bien qu’elles fussent formulées à l’occasion d’une réflexion menée sur la procédure civile, présentent une dimension théorique et générale qui permet de les étendre à tous les types de procès. P. HEBRAUD – La vérité dans le procès et les pouvoirs d’office du juge, *Annales de l’Université des sciences sociales de Toulouse*, Tome XXVI, 1978, p. 383 ; J-M. LE MASSON – *La recherche de la vérité dans le procès civil*, Tome I, Thèse Nantes, 1991, dact., p. 5-17. Voir également, T. TODOROV – Introduction au vraisemblable, in T. TODOROV – *La notion de littérature et autres essais*, Paris, éditions du seuil 1987, p. 85-94.

648. D'un point de vue pratique, il importe d'indiquer que la Cour exerce son action dans un cadre doublement limité. La première limitation repose sur l'interprétation stricte que la Cour a retenue du principe de subsidiarité qui caractérise le recours international institué par la Convention. Juge subsidiaire, elle estime que l'établissement des faits incombe en premier lieu aux autorités nationales⁶⁷². C'est là une limite intégrée dans le projet d'instituer une juridiction internationale chargée de surveiller, après épuisement des voies de recours internes, l'application nationale des droits de l'homme. Ce juge de la grande Europe subirait un cuisant échec s'il venait à se considérer comme l'équivalent du juge de première instance de tous les litiges qui lui sont soumis.

649. En outre, et c'est la seconde limitation, faute de moyens suffisants, il ne peut réaliser pour chaque affaire une enquête précise et détaillée sur les questions de fait en procédant à une visite des lieux et à une audition de témoins. De plus, il ne dispose pas du pouvoir d'obliger des personnes à témoigner, ni sanctionner le parjure, et encore moins procéder à des perquisitions ou à des écoutes. C'est dire que l'arsenal dont il dispose peut sembler imparfait tandis que l'usage qu'il en fait peut prêter à controverse.

650. Il reste que l'attribution de pouvoirs d'investigation a contribué à abolir la problématique de la charge de la preuve durant l'instruction car, en principe, l'intervention du juge neutralise la charge de la preuve⁶⁷³. S'il est clair qu'au moment de l'introduction de l'instance, il pèse sur l'individu la charge de donner quelque consistance à la demande qu'il formule ; passée la phase d'admissibilité, la Cour se soucie peu de savoir lequel des plaideurs doit lui rapporter les preuves qu'elle désire. Non seulement la question est généralement réglée en amont par la production spontanée de preuves, mais en cas de difficulté, de son propre aveu, « *la Cour examine les questions qui se posent à la lumière des éléments que lui ont fournis les requérants et le Gouvernement et, au besoin, qu'elle se procure d'office*⁶⁷⁴ ». Elle s'adresse indifféremment à l'Etat et à l'individu dès lors qu'elle en éprouve le besoin. Il semble donc juste de dire qu'elle répartit davantage la charge de la preuve qu'elle ne l'attribue. Partant, le concept de charge de la preuve perd en pertinence en ce sens que la

⁶⁷² Elle l'a d'ailleurs rappelé dans quatre décisions rendues contre le Royaume-Uni. *Hugh c. Royaume-Uni*, *Mac Kerr c. Royaume-Uni*, *Kell c. Royaume-Uni*, *Shanaghan c. Royaume-Uni*, tous du 4 mai 2001, Observations E. DELAPLACE, in E. DECAUX ; P. TAVERNIER et al. – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 2001), *J.D.I* 2002, p. 252.

⁶⁷³ Pour J. KOKOTT, « *In investigatory proceedings (...), only one kind of the burden of proof applies : the burden of persuasion* ». J. KOKOTT – *Burden of proof...*, op. cit., p. 177. Voir J-P. COLSON – *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, Paris, L.G.D.J, 1970, p. 149.

⁶⁷⁴ *Mc Cann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, série A n° 324, § 173 ; *Andronicou et Constantinou c. Chypre*, 9 octobre 1997, Recueil 1997-VI, § 174 ; *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, op. cit., § 160 ; *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, série A n° 201, § 75 ; *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, Recueil 1996-V, § 97 ; *HLR c. France*, 29 Avril 1997, Recueil 1997-III, § 37.

responsabilité de la production des preuves n'a pas de titulaire précis et qu'elle est assumée par tous les participants au procès.

651. C'est ce mécanisme qui est à base de l'équilibre du procès. Il tente de compenser la faiblesse du titulaire des droits de l'homme quant à l'accès aux preuves en organisant la participation de la Cour (chapitre I), comme celle de l'Etat (chapitre II) à la recherche des preuves.

Chapitre I – La participation de la Cour à la recherche des preuves

652. *In limine*, il convient de souligner qu'en raison de la jeunesse de la nouvelle Cour, il est encore difficile d'examiner de manière satisfaisante sa pratique en matière de charge de l'administration de la preuve. Il ne faut pas oublier que, sous l'empire du système dual de protection, la collecte des preuves proprement dite incombait en premier lieu à la Commission⁶⁷⁵. Ses méthodes constituent donc la source d'inspiration naturelle de la Cour et, à ce titre, conservent une place importante dans l'étude des conditions et des modalités d'intervention de la Cour dans la recherche des preuves.

653. Au commencement, la faculté du juge de participer à la recherche des preuves se rattachait à l'ancien article 45 de la Convention qui fondait sa compétence pour le règlement de toute question de fait surgissant au cours du procès⁶⁷⁶. L'entrée en vigueur du protocole 11 va affermir la base conventionnelle en confiant à la nouvelle Cour les missions de l'ancienne Commission. C'est ainsi que l'article 38 de la Convention stipule que la Cour dispose de la faculté de procéder à une enquête au cours de l'examen contradictoire de la requête déclarée recevable. Le mot enquête sera entendu de deux manières dans les développements qui vont suivre : en premier lieu, on dira que la Cour procède à une enquête dès lors qu'elle entreprend une démarche destinée à recueillir des preuves qu'il s'agisse d'une demande de documents ou d'une audition de témoins, en second lieu, on considérera – à la lumière du règlement de procédure – que l'enquête proprement dite désigne la visite des lieux et les éléments qu'elle comporte.

654. Selon l'article 42 § 1 du nouveau règlement de procédure la Cour, de sa propre initiative ou à la demande des participants au procès, peut se procurer tous les éléments de preuve qu'elle estime aptes à éclairer les faits de la cause. Elle peut entendre toute personne dont les déclarations paraissent utiles à l'accomplissement de sa tâche, et peut procéder à des enquêtes, des visites de lieux ou à toute autre mesure d'instruction⁶⁷⁷. Ces pouvoirs

⁶⁷⁵ Voir pour une présentation simple des enjeux et des méthodes : F. MONCONDUIT – La fonction d'enquête et d'instruction, *R.D.H* 1969, p. 208.

⁶⁷⁶ Pour mener à bien les tâches qui lui sont dévolues, la juridiction s'est dotée, dès 1959, d'un arsenal de mesures d'instruction dont elle peut faire usage au gré des circonstances. M-A EISSEN – La Cour européenne des droits de l'homme, de la Convention au règlement, *A.F.D.I.* 1959, p. 641.

⁶⁷⁷ Les trois premiers paragraphes de l'article sont rédigés comme suit : § 1. *La chambre peut, soit à la demande d'une partie ou d'un tiers, soit d'office, se procurer tous les éléments de preuve qu'elle estime aptes à l'éclairer sur les faits de la cause. Elle peut notamment demander aux parties de produire des preuves écrites et décider d'entendre en qualité de témoin ou d'expert, ou à un autre titre, toute personne dont les dépositions, dires ou déclarations lui paraissent utiles à l'accomplissement de sa tâche.*

s'accordent avec le caractère inquisitorial de la procédure qui est dû à la maîtrise juridictionnelle de l'instance⁶⁷⁸. Mais il faut bien voir qu'ils ne sont pas nécessairement absents des procédures dites accusatoires qui se caractérisent par la maîtrise des parties sur l'impulsion processuelle⁶⁷⁹. Dans ces deux modes d'organisation du procès, le juge peut disposer de larges pouvoirs d'investigation.

655. Par conséquent, sans nier l'intérêt de ce principe directeur de l'instance, on ne soutiendra pas que le caractère inquisitorial est l'élément le plus important de la répartition de la charge de l'administration la preuve. Pour cette problématique, l'affectation de la procédure de la Cour à une catégorie importe peu. Il faut s'attacher à mettre en lumière deux aspects de la liberté du juge : d'une part, il est libre de décider du recours aux mesures d'instruction (Section I) et d'autre part, de choisir laquelle mérite d'être mise en œuvre au sein de la variété mise à sa disposition (Section II).

Section I – Le recours aux pouvoirs d'enquête

656. La juridiction peut adapter son action en fonction des particularités des litiges en s'appuyant sur le caractère discrétionnaire de la décision de recourir aux mesures d'instruction (Sous-section 1). Cet ajustement se déploie dans un fragile encadrement dominé par la soumission aux règles du procès équitable (Sous-section 2).

Sous-section 1 – Un pouvoir discrétionnaire

657. Quitte à donner l'apparence de formuler une pétition de principe, il faut noter que la décision de procéder à une audition de témoins ou à une expertise est une question d'opportunité. On ne voit guère l'utilité de poser au préalable une obligation inconditionnelle visant à s'enquérir de faits qui ne sont ni controversés, ni suffisamment troubles pour appeler une investigation poussée du juge. Il s'ensuit qu'au-delà de la mise en exergue du fondement

§ 2 *La chambre peut en tout état de la cause charger un ou plusieurs de ses membres ou d'autres juges de la Cour de procéder à une enquête, à une visite des lieux ou à une autre mesure d'instruction. Elle peut nommer des experts extérieurs indépendants pour aider ses membres ainsi délégués.*

§ 3 *La chambre peut prier toute personne ou institution de son choix de recueillir des informations, exprimer un avis ou lui faire un rapport sur un point déterminé.*

⁶⁷⁸ Il arrive que les auteurs considèrent les pouvoirs d'investigation comme un élément constitutif du caractère inquisitorial de la procédure de la Cour. M-A. EISSEN – La Cour européenne des droits de l'homme, *R.D.P* 1986, p. 1561 ; J. KOKOTT – *Burden of proof...*, op. cit., p. 177.

⁶⁷⁹ J. VINCENT ; S. GUINCHARD – *Procédure civile*, Paris, Dalloz, Précis, 26^{ème} édition, 2001, comparez les développements de la page 468 et de la page 746.

juridique de la liberté d'appréciation de la Cour (§ 1), la réflexion doit s'attacher à montrer qu'en pratique, cette discrétion est justifiée par le caractère circonstanciel de l'inégalité des parties (§ 2).

§ 1 – Le fondement juridique de la liberté d'appréciation de la Cour

658. Le pouvoir discrétionnaire de la Cour trouve son fondement dans les stipulations de la Convention et dans le règlement de procédure (A). De son côté, la jurisprudence fixe les conditions de recours aux mesures d'instruction (B).

A – L'affirmation du pouvoir discrétionnaire

659. Que l'on s'intéresse à la visite des lieux, à l'audition de témoins, à l'expertise ou à d'autres mesures d'instruction, le règlement de procédure de la Cour précise toujours que leur prononcé dépend du seul bon vouloir du juge international⁶⁸⁰. En disposant autrement, l'encadrement normatif de l'instance aurait violé la liberté de la Cour posée par l'article 38 § 1 a) de la Convention et alourdi considérablement l'office du juge⁶⁸¹. Car, dans de nombreuses situations, le recours aux mesures d'instruction peut se révéler inutile et n'entraînerait que l'allongement de la durée du procès tout en accroissant son coût financier tant pour les parties que pour la Cour. Il faut dire qu'en raison de l'épuisement des voies de recours internes et de l'exercice par les parties et les intervenants de leur droit à la preuve, l'intervention de la Cour dans la recherche des preuves fait figure de situation exceptionnelle.

660. Le caractère discrétionnaire du recours à ces mesures surprend d'autant moins qu'il est la règle en droit interne comme en droit international⁶⁸². On le retrouve ainsi consacré par les règlements de la Commission interaméricaine des droits de l'homme et de la

⁶⁸⁰ Article 42 § 1, 2, 3.

⁶⁸¹ Le texte indique que la Cour procède à une enquête « *s'il y a lieu* ».

⁶⁸² Devant le juge administratif français : O. GOHIN – *Contentieux administratif*, 2^{ème} édition, Paris, Litec, 1999, p. 246, P. PACTET – *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, op. cit., p. 162. Pour la Cour de justice des communautés : L. NEVILLE BROWN et T. KENNEDY – *The Court of justice of the European communities*, 5^{ème} édition, London, Sweet and Maxwell, 2000, p. 278-279 ; M-C. BERGERES – *Contentieux communautaire*, op. cit., p. 125. Pour la Cour internationale de justice : G. GUILLAUME – La juridiction internationale permanente, preuve et mesures d'instruction, in Colloque S.F.D.I – *La juridiction internationale permanente*, Paris, Pédone, 1987, p. 205 ; M. LACHS – La preuve et la Cour internationale de justice, in C. PERELMAN ; P. FORIERS (Ed.) – *La preuve en droit*, op. cit., p. 112-113.

Cour de San José⁶⁸³. Cette dernière a d'ailleurs eu l'occasion de le rappeler dans son arrêt Fairén Garbi y Solís Corrales du 26 juin 1987 relatif aux exceptions préliminaires soulevées dans cette affaire.

661. A l'audience consacrée à l'examen de cette affaire, le gouvernement du Honduras fit remarquer que la Commission interaméricaine n'avait pas mené d'enquête sur place afin de vérifier les faits dénoncés par les requérants. Or, pour lui, l'article 48 § 2 de la Convention américaine lui faisait obligation de procéder à une visite des lieux. Au cours de l'audience, la Commission objecta que la mise en œuvre de cette mesure d'instruction ne revêtait pas un caractère impératif, qu'elle n'avait été sollicitée par aucune des parties, et qu'il n'était pas possible d'y recourir d'office pour toutes les requêtes individuelles au demeurant fort nombreuses.

En se référant à la stipulation pertinente du traité, au statut de la Commission interaméricaine et aux règles posées par son règlement intérieur, la juridiction internationale décida que la visite des lieux prévue à l'article 48 § 2 de la Convention interaméricaine relevait du pouvoir discrétionnaire de la Commission et que la décision de ne pas l'utiliser ne pouvait servir de fondement au rejet de la requête introduite par elle devant la Cour interaméricaine⁶⁸⁴.

662. De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas statué sur une contestation de ce type, néanmoins, sous l'empire du droit antérieur au protocole 11, elle affirmait qu'en raison de la mission d'établissement des faits assignée à la Commission par la Convention, elle n'usait de ses pouvoirs que dans des circonstances exceptionnelles⁶⁸⁵, ce qui revenait implicitement à réaffirmer le caractère discrétionnaire de ses prérogatives. Toutefois, à plusieurs reprises, elle a indiqué dans quelle mesure elle pourrait être appelée à participer directement à la recherche des preuves.

⁶⁸³ Voir, entre autres, D. W. CASSEL – Fact-finding in the Inter-american system, in A. F. BAYEFESKY (Ed.) – *The United Nations human right system in the 21st century*, Kluwer law international, 2000, p. 108 ; H. FAÚNDEZ LEDESMA – *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José, Instituto internacional de derechos humanos, 1999, p. 465-473.

⁶⁸⁴ Cour IADH, arrêt Fairén Garbi y Solís Corrales, 26 juin 1987, Série C n° 2, §§ 54-55.

⁶⁸⁵ Parmi de nombreux exemples, Cruz Varas c. Suède, 20 mars 1991, série A n° 201, § 74. De même, Kraska c. Suisse, 19 avril 1993, série A n°. 254-B, § 22 ; Ribitsch c. Autriche, 4 décembre 1995, série A n° 336, § 32 ; Klaas c. Allemagne, 22 septembre 1993, série A n° 269, § 29, Mc Cann et autres c. Royaume-Uni, 27 septembre 1995, série A n° 324, § 168.

B – Les conditions de recours avancées dans la pratique

663. Il va de soi que la première condition est l'exigence de pertinence des mesures d'instruction. Seuls les faits utiles à l'application de la règle de droit, peuvent entrer en ligne de compte dans une procédure d'établissement des faits⁶⁸⁶. C'est une donnée préalable et incontournable sur laquelle il n'y a pas lieu de revenir. En revanche, puisque les conditions du recours à l'enquête ont été formulées du temps de l'existence de la Commission, il y a lieu de considérer deux situations différentes : d'abord l'intervention de Cour dans la réunion des preuves alors que les faits ont déjà été établis par la Commission ; ensuite, les conditions dans lesquelles la Commission elle-même a résolu de procéder à des mesures d'instruction.

664. La première hypothèse n'a pas uniquement un intérêt historique si l'on a égard à l'actuelle organisation de la Cour de Strasbourg. On sait que la Grande chambre peut-être saisie après que la chambre ait procédé à l'établissement des faits. La contestation des faits devant la première peut donc se poser, *mutatis mutandis*, dans les mêmes termes que devant l'ancienne Cour.

Pour cette dernière, le procès opposant M. Aydin à la Turquie a été l'occasion de signaler que les « *circonstances exceptionnelles* » qui président à la mise en œuvre de ses pouvoirs propres d'établissement des faits « *peuvent notamment survenir lorsque la Cour, à la suite d'un examen approfondi des preuves sur lesquelles la Commission a établi les faits, estime que ces derniers ne sont pas prouvés au-delà de tout doute raisonnable*⁶⁸⁷ ». Néanmoins, si la Cour a opéré dans cet arrêt un contrôle des conclusions de la Commission, ce dernier n'a pas abouti à les remettre en cause. Dans cette affaire, le gouvernement contestait les témoignages retenus par la Commission en dénonçant leurs incohérences et leurs contradictions. La Cour, en minorant l'importance des contradictions déjà remarquées par la Commission, assure qu'après « *avoir procédé elle-même à un examen minutieux des éléments rassemblés par la Commission, il apparaît (...) qu'une grande cohérence se dégage (...) des récits fournis par la requérante, son père et sa belle-sœur au procureur, d'une part, et par la requérante et son père aux délégués, d'autre part, ce qui rend hautement improbable que l'intéressée ait monté ses allégations de toutes pièces*⁶⁸⁸ ». L'exercice des pouvoirs propres de la Cour étant subordonné à la persistance d'un doute qui subsisterait à l'examen

⁶⁸⁶ Se reporter au titre II de la première partie, Chapitre I.

⁶⁸⁷ Aydin c. Turquie, 25 octobre 1997, Recueil 1997-VI, § 70 ; Selçuk et Asker c. Turquie, 24 avril 1998, Recueil 1998-II, § 53 ; Tekin c. Turquie, 9 juin 1998, Recueil 1998-IV, § 38.

⁶⁸⁸ Aydin c. Turquie, 25 septembre 1997, op. cit., § 72.

approfondi des preuves recueillies par la Commission, on aurait pu s'attendre à ce qu'elle se livre à un contrôle systématique et complet du rapport de cette institution. Or, il n'est pas certain que la Cour ait jamais retenu cette ligne de conduite.

665. On peut regretter que, dans certaines situations, la motivation de la Cour n'ait pas été plus convaincante s'agissant de la portée du contrôle effectué dans ce cadre. Par exemple, face à la contestation des faits soulevée par les deux adversaires à l'instance dans l'affaire Akdivar, la Cour s'est limitée à rappeler brièvement que la version de la Commission a été arrêtée à la suite de deux visites d'une délégation envoyée en Turquie dans le but de recueillir des témoignages de manière contradictoire et à une audience sur le fond tenue à Strasbourg⁶⁸⁹. Autant dire que la régularité de la méthode suivie par la Commission écarte les doutes et que la forme garantit la vérité du fond. Sans qu'il soit question de contester la qualité du travail de la Commission, il est clair que la Cour s'est toujours appuyée sur son rapport comme pour marquer une confiance indéfectible dans l'accomplissement de sa mission.

666. Désormais, la Commission n'est plus, mais les décisions de la Grande chambre pourront prêter le flan aux mêmes critiques. L'article 38 § 1 a) de la Convention confie donc à la mission d'établir les faits à la Cour, qui soumettra probablement le recours à ses pouvoirs d'enquête aux mêmes conditions que son ancienne compagne du Palais des droits de l'homme.

667. Cette dernière menait des investigations dans au moins deux types de situations qui ne manqueront pas de se répéter dans le nouveau mécanisme de protection. En premier lieu, la Commission subordonnait l'exercice de ses pouvoirs au constat d'un désaccord important entre les versions des faits présentées par les adversaires⁶⁹⁰. Cette condition classique et de tout temps appliquée était néanmoins tempérée par l'exigence d'un commencement de preuve ou d'indices pouvant donner à l'institution le sentiment que la version soutenue par celui qui sollicite l'enquête a des chances d'être juste. L'institution se montrait d'ailleurs assez souple et ne tirait pas prétexte des contradictions apparentes ou réelles des allégations des requérants pour considérer que les conditions n'étaient pas réunies pour qu'elle mène ses propres recherches⁶⁹¹.

⁶⁸⁹ Akdivar et autres c. Turquie, 16 août 1996, Recueil 1996-IV, § 81.

⁶⁹⁰ E. VAN NUFFEL – L'appréciation des faits et leur preuve par la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires mettant en cause les forces de sécurité accusées d'homicides et d'actes de terrorisme : le doute raisonnable et l'inhumain, *R.T.D.H* 2001, p. 868 ; S. TRECHSEL – L'article 28, in L-E PETTITI ; E. DECAUX ; P-H IMBERT (Ed.) – *La Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., p. 653.

⁶⁹¹ Commission EDH Akdivar et autres c. Turquie, n°21893/93, Rapport du 26 octobre 1995.

668. Elle jugeait utile d'agir de même lorsque, en l'absence de recours effectif en droit interne, les faits n'avaient pas été établis par les autorités nationales. Avant sa disparition elle s'est attachée à l'indiquer à plusieurs reprises. Dans son rapport adopté le 28 novembre 1996 dans l'affaire Selçuk elle précise : « *There has been no published detailed investigation or judicial finding of facts on the domestic level as regards the events which occurred in islanköy village and its surrounding hamlets in the period of June 1993 or subsequently. The Commission has accordingly based its findings on the evidence given orally before its Delegates or submitted in writing in the course of the proceedings*⁶⁹² ». Dans son rapport sur l'affaire Assenov c. Bulgarie, elle se trouve dans l'impossibilité d'établir les faits en raison notamment du temps qui s'est écoulé depuis leur survenance. Elle affirme que les difficultés de preuve sont exclusivement dues à l'absence d'enquête indépendante au moment opportun sur la plainte des requérants⁶⁹³.

669. Mais ces conditions ne revêtent pas un caractère impératif, et l'on sera à peine surpris de constater qu'en raison du grand nombre de requêtes à traiter, la Cour répugne à se lancer dans les enquêtes *in situ* au profit de la demande de documentations supplémentaires adressée aux parties⁶⁹⁴.

§ 2 – Le caractère circonstanciel de l'inégalité des parties

670. L'équilibre de la confrontation judiciaire est susceptible de degrés. Assurément, tous les contentieux peuvent donner toute la mesure de la puissance de l'Etat face à celle de l'individu, mais les hypothèses d'inégalité foncière sont considérablement réduites par le respect de l'épuisement des voies de recours internes. La mise en œuvre, même

⁶⁹² Commission EDH, Selçuk et Asker c. Turquie, n°23184/94 et 23185/94, Rapport du 28 novembre 1996, § 145. Voir également : Commission EDH, Menten et autres c. Turquie, 23186/94, Rapport du 7 mars 1996, § 145 ; Commission EDH, Ismet GÜNDEM c. Turquie, n° 22275/93, Rapport du 3 septembre 1996, § 145 ; Commission EDH, Mehmet KAYA c. Turquie, n°22729/93, Rapport du 24 octobre 1996, § 144 ; Commission EDH, Kurt c. Turquie, n°24276/94, Rapport du 5 décembre 1996, § 159 ; Commission EDH, Tanrikulu c. Turquie, n°23763/94, Rapport du 15 Avril 1998, § 211 ; Commission EDH, Mahmut Kaya c. Turquie, n°22535/93, Rapport du 23 octobre 1998, § 273 ; Commission EDH, Timurtas c. Turquie, n°23531/94, Rapport du 29 octobre 1998, § 213 ; Commission EDH, Z. D c. Turquie, n°25801/94, Rapport du 6 septembre 1999, § 149.

⁶⁹³ « *It is true that the evidential difficulties in question are due exclusively to the fact that no independent and timely investigation of the applicants' complaints was effected by the domestic authorities. However, the Commission considers it more appropriate to examine this issue under Article 13 (Art. 13) of the Convention* ». Commission EDH, Assenov et autres c. Bulgarie, n°24760/94, Rapport du 10 juillet 1997, § 94.

⁶⁹⁴ Selon l'opinion éclairée de M. DE SALVIA : « *elles devraient demeurer l'exception pour une Cour européenne dont les tâches sont de plus en plus abondantes* ». M. DE SALVIA – Le déroulement séquentiel de la procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme, in J-F. FLAUSS (Ed.) – *La mise en œuvre du Protocole 11 : le nouveau Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 86.

imparfaite, des garanties procédurales en droit national, conduit souvent à la constitution d'un dossier suffisamment complet pour qu'il ne soit pas utile de recourir à une enquête.

671. S'agissant de griefs se rapportant à une procédure judiciaire par exemple, l'accès aux documents de preuve fait rarement apparaître un désavantage au détriment de la victime. De même, la plupart des litiges se rapportant à la liberté d'expression, de conscience ou d'association, pour ne citer que ceux-la, posent seulement des problèmes de fond ou d'évaluation des preuves puisque l'exercice du droit à la preuve comble généralement les attentes de la Cour. En quelque sorte, il s'instaure une espèce de division du traitement contentieux des différends qui délivre la juridiction internationale du souci de mener une enquête pour établir les faits⁶⁹⁵.

672. En revanche, certains procès comportent presque inévitablement des obstacles importants à l'administration des preuves par la victime. Le droit international des droits de l'homme les connaît bien qui les a mis en évidence à diverses reprises.

673. Celui qui allègue l'existence d'une atteinte à l'intégrité physique et mentale durant une détention, qu'il s'agisse d'une détention proprement dite ou d'une garde à vue, est généralement dépourvu de tous moyens de preuve directs des violations qu'il allègue. L'arrêt Aksoy systématise cette difficulté : « *les allégations de tortures subies pendant une garde à vue sont extrêmement difficiles à étayer pour la victime si elle a été isolée du monde extérieur et privée de la possibilité de voir médecins, avocats, parents ou amis, susceptibles de lui fournir un soutien et d'établir les preuves nécessaires. De surcroît, si un individu a subi de tels sévices, sa capacité ou sa volonté de se plaindre se trouvent souvent affaiblies*⁶⁹⁶ ». Certaines circonstances peuvent accentuer ce déséquilibre. Par exemple, lorsqu'il est confronté au problème spécifique et épineux de la disparition forcée, le juge international est appelé à développer une technique adaptée afin de venir en aide aux victimes désarmées face à l'ampleur de la violation en cause⁶⁹⁷. Car cette violation, par nature, implique l'absence d'information à propos d'une personne que l'on savait détenue par les autorités de l'Etat⁶⁹⁸.

674. Un problème analogue peut également surgir lorsqu'une personne se plaint d'avoir fait l'objet d'écoutes téléphoniques ou d'atteintes au secret de sa correspondance écrite puisque les traces des faits dénoncés peuvent demeurer inaccessibles compte tenu de ses

⁶⁹⁵ D'où l'idée de pallier les problèmes de la Cour par l'institution d'une obligation d'enquête des autorités nationales dans des circonstances particulières : voir chapitre suivant.

⁶⁹⁶ Aksoy c. Turquie, 18 décembre 1996, Recueil 1996-VI, § 97.

⁶⁹⁷ J. BENZIMRA-HAZAN – Disparitions forcées de personnes et protection du droit à l'intégrité : la méthodologie de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, *R.T.D.H* 2001, p. 778-779.

⁶⁹⁸ La Cour interaméricaine a d'ailleurs fourni un exemple d'attitude appropriée sur le terrain de la preuve dans son arrêt Velasquez Rodriguez. Cour IADH, Velásquez Rodríguez, 29 juillet 1988, Serie C n°. 4, § 129, traduction *R.U.D.H* 1992, p. 158.

faibles moyens d'investigation⁶⁹⁹. L'inégalité des parties quant à l'accès aux preuves pèse sur la victime et il appartient à la Cour soit de procéder à une enquête ou, et c'est cette option qu'elle a le plus souvent retenue, de faire usage d'une présomption qui fait jouer le défaut de preuves à l'encontre de l'Etat défendeur⁷⁰⁰.

675. Le caractère circonstanciel de l'inégalité des parties au procès se reflète également dans le fait que tous les nœuds du litige n'appellent pas nécessairement des investigations du juge. En règle générale, l'enquête ne porte que sur des points précis de désaccord entre les parties et la Commission européenne ne se lançait pas dans des recherches aveugles même en l'absence d'épuisement des voies de recours internes. Pour d'évidentes raisons d'efficacité, c'est-à-dire pour économiser à la fois du temps et de l'énergie, la désignation de délégués destinés à interroger des témoins, à l'occasion d'une visite des lieux comme à Strasbourg, s'accompagnait de la délimitation de l'objet même de leur mission.

676. A titre d'exemple, on peut retenir que dans le rapport consacré à l'affaire Ilhan contre la Turquie, la Commission a pris le soin de préciser les circonstances qui nécessitaient une attention particulière : « *The facts of the case, particularly concerning events during the apprehension and treatment of the applicant's brother Abdüllatif Ihan between 26 and 28 December 1992, are disputed by the parties. For this reason, pursuant to former Article 28) of the Convention, the Commission has conducted an investigation, with the assistance of the parties, and has accepted written material, as well as oral testimony, which has been submitted*⁷⁰¹ ». Même en l'absence d'établissement des faits par les autorités nationales, l'institution internationale ne manquait pas d'indiquer sur quels événements son action devait se concentrer, à l'image du rapport adopté dans l'affaire Mentès : « *there has been no detailed investigation on the domestic level as regards the events which occurred in Saggöze village and its surrounding hamlets over the period from June 1993 to summer 1994; the Commission has accordingly based its findings on the evidence given orally before its Delegates or submitted in writing in the course of the proceedings*⁷⁰² ».

677. Ce souci d'efficacité n'était pas l'unique instrument de réduction du champ d'investigation de la Commission. On sait en effet que l'exercice des missions qui lui étaient dévolues ne pouvait se réaliser que dans le cadre déterminé par la décision de recevabilité de la requête. En outre, et cela demeure encore valable devant la Cour, la délimitation du litige

⁶⁹⁹ Messina c. Italie, 26 février 1993, série A n°257-H, § 27.

⁷⁰⁰ Tomasi c. France, 27 août 1992, série A n° 241-A, §§ 108-111 ; Ribitsch c. Autriche, 4 décembre 1995, série A n°336, § 34.

⁷⁰¹ Commission EDH, Ilhan c. Turquie, n°2277/31, Rapport du 23 avril 1999, § 37.

⁷⁰² Commission EDH, Mentès et autres c. Turquie, 23186/94, Rapport du 7 mars 1996, § 145.

est l'affaire des parties, et ce serait manquer au respect de ce principe juridique d'ouvrir davantage le débat en tirant prétexte de la mise en œuvre de mesures d'instruction⁷⁰³. De surcroît, le principe de pertinence qui domine l'administration des preuves exerce également son influence sur la détermination des faits qui méritent l'attention de l'organe international. Il va sans dire que lorsqu'une partie propose de procéder à une audition de témoins ou à une visite des lieux dans le but d'établir des faits qui n'auraient aucune influence sur la solution du litige, cette demande ne peut recevoir l'approbation du titulaire du pouvoir d'enquêter.

678. Pour autant, il y a lieu de rappeler que cet ensemble de règles juridiques applicables à la Commission est également opposable à la Cour qui pourra s'inspirer de la pratique qui s'y rapporte afin de remplir au mieux l'office qui lui a été confiée. Au bénéfice de ces observations, on ne saurait trop insister sur le fait que la détermination de l'objet même de l'enquête, comme la décision de recourir à une mesure d'instruction, relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour. Cependant, la liberté de décision n'implique pas une totale absence d'encadrement juridique. Les normes de l'instance règlent, et même limitent, modérément il est vrai, l'exercice de ces pouvoirs importants.

Sous-section 2 – Un pouvoir encadré

679. Bien que l'on ne puisse nier l'utilité du caractère discrétionnaire du pouvoir de la Cour, il importe de se demander si les garanties du procès équitable n'affectent pas son exercice. Cette question ne surprend pas lorsque l'on se réfère au contenu de la jurisprudence qui établit une relation entre l'obligation de procéder à une mesure d'instruction et le principe de l'égalité des armes (§ 1). Elle surprend encore moins si l'on a égard au fait que les exigences du procès équitable règlent la mise en œuvre de ces moyens procéduraux (§ 2).

§ 1 – Une discrétion limitée par les exigences de l'égalité des armes ?

680. Le principe de l'égalité des armes « *implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause - y compris ses preuves - dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son*

⁷⁰³ Le principe du dispositif présenté lors de l'étude du principe de pertinence s'applique nécessairement à l'exercice des pouvoirs d'enquête de la Cour.

*adversaire*⁷⁰⁴ ». Est-il respecté lorsque la juridiction internationale s'abstient de procéder à une enquête d'office ou sollicitée par la victime ? Avant de tenter de répondre à cette interrogation, il y a lieu de préciser qu'elle présente peu d'intérêt pratique dans la mesure où aucun mécanisme ne permet formellement à une formation de la Cour européenne des droits de l'homme de contrôler si une autre formation a respecté le principe de l'égalité des armes au cours de l'examen d'une requête. Cependant, l'avenir du système international de protection n'exclut pas nécessairement la mise en place d'une institution à deux niveaux où le procédé de l'appel, quels que soient l'appellation et les aménagements spécifiques qu'il recevrait, pourrait donner vie à ce contrôle et le sanctionner juridiquement.

681. En outre, engager une telle réflexion présente l'intérêt de lever à nouveau le voile sur le problème de la compatibilité de la pratique de la Cour aux contraintes qu'elle impose aux juges nationaux qui appliquent la Convention. Sa jurisprudence apporte sur ce point des enseignements qu'il ne faut pas sous-estimer (A), mais il n'est pas aisé de porter une appréciation sur sa pratique (B).

A – Les enseignements de la jurisprudence de la Cour

682. Dans l'affaire Kuopila la requérante prétendait avoir souffert de manquements aux règles du procès équitable dans le traitement de sa cause par une Cour d'appel finlandaise. Marchande de tableau, elle avait vendu une oeuvre sur laquelle était apposé un certificat l'authentifiant comme l'oeuvre d'un peintre finlandais de renom, Hélène Schjerfbeck. Apparemment elle ne versa pas la somme due au propriétaire initial de la peinture. Poursuivie pour escroquerie et abus de confiance devant un tribunal d'arrondissement finlandais pour cette affaire mais également pour quatre autres cas, elle avait notamment mis en doute l'authenticité du tableau et réclamé en vain le prononcé d'une expertise. Après sa condamnation, elle fit appel et sollicita une enquête sur l'authenticité de l'oeuvre devant le procureur.

La diligence du procureur aboutit à ajouter au dossier une déclaration du Musée national de Finlande selon laquelle la peinture n'était pas une oeuvre authentique de l'artiste. En soumettant ce document à la cour d'appel, le procureur lui demanda d'en tenir compte pour rendre son verdict. Sans inviter Mme Kuopila à faire part de ses observations ni tenir

⁷⁰⁴ *Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas*, 27 octobre 1993, série A n° 274, p. 19, § 33 ; l'arrêt *Ankerl c. Suisse*, 23 octobre 1996, Recueil 1996-V, pp. 1565-1566, § 38, observations V. COUSSIRAT-COUSTERE – La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1996, *A.F.D.I.* 1996, p. 770.

d'audience contradictoire, la juridiction d'appel confirma la décision des premiers juges. Le plus important c'est qu'elle ne se prononça pas dans son arrêt, ni dans une autre décision, sur le rapport complémentaire soumis par le procureur.

La requérante demanda l'autorisation de saisir la Cour suprême en soutenant que si le résultat de l'expertise avait été connu par les juridictions inférieures, l'issue de la procédure eût été différente. Cependant la Cour suprême refusa sa demande.

En plus de se prononcer sur l'absence de procédure contradictoire après que les juges d'appel eurent reçu le rapport de police complémentaire, la Cour européenne des droits de l'homme était appelée à préciser si le refus d'enquête supplémentaire constituait dans cette affaire un manquement aux règles du procès équitable. Pour elle, puisque le procureur avait pu exprimer son opinion sur la pertinence du rapport litigieux, le respect de l'équité de la procédure imposait qu'il en fut de même pour la requérante : « *the Court considers that procedural fairness required that the applicant too should have been given an opportunity to assess the relevance and weight of the supplementary police report and to formulate any such comment as she deemed appropriate* ». Après avoir rappelé ce principe classique, elle note : « *It is also noted that the applicant had requested a supplementary investigation and that throughout the proceedings she had considered it to be important. In the light of these considerations, the Court finds that the procedure did not enable the applicant to participate properly and in conformity with the principle of equality of arms in the proceedings before the Court of Appeal*⁷⁰⁵ ».

683. La lecture de l'arrêt laisse planer le doute quant à la place du refus d'ordonner l'expertise sur l'authentification du tableau. Joue-t-il le rôle d'une circonstance aggravant le déséquilibre qui résulte de l'impossibilité pour la requérante de faire valoir ses observations sur le rapport complémentaire ? A-t-il constitué une seconde justification de la violation du principe de l'égalité des armes ? Argument *a fortiori* ou fondement autonome et complémentaire ? Aucune opinion dissidente, aucun commentaire ne fournit de guide à la réflexion. Ce qui est certain c'est que la Cour n'a pas entendu consacrer de manière solennelle l'obligation des juges nationaux de prononcer une mesure d'instruction sous peine de commettre une violation du principe de l'égalité des armes. La règle est implicite, à peine énoncée, comme s'il s'agissait d'une manifestation marginale du principe de l'égalité des armes. D'ailleurs, si l'on tentait de théoriser cette règle à partir de l'espèce on ne manquerait pas de remarquer que son applicabilité semble soumise à deux séries de conditions : d'une

⁷⁰⁵ Kuopila c. Finlande, 27 avril 2000, § 38.

part, la mesure a été sollicitée par la requérante, d'autre part, cette demande a été formulée avec une certaine insistance et paraissait importante pour la requérante.

684. Ces conditions restrictives accréditent l'idée que la Cour s'est engagée timidement, comme si elle expérimentait une ramification nouvelle de l'équité de la procédure sans vouloir lui accorder trop d'importance. Pourtant, ce n'était pas la première fois qu'elle s'aventurait dans ce domaine.

685. Dans la phase interne de l'affaire De Haes et Gijssels, les requérants, poursuivis en diffamation par des magistrats qu'ils avaient pris à parti dans des articles de presse, avaient sollicité des tribunaux belges la production de documents et l'audition de témoins tendant à démontrer la véracité des informations à la base de leurs articles. Il s'agissait notamment de pièces d'un dossier d'une affaire de mœurs dans laquelle ces magistrats étaient intervenus à des titres divers. Or, au cours du procès, ces derniers s'étaient en partie référés au contenu du dossier alors que les juridictions belges avaient refusé d'accueillir la demande des requérants. Selon la Cour, en raison du crédit qui pouvait être raisonnablement apporté à l'argumentation de juges qui avaient participé au règlement de l'affaire, « *son rejet pur et simple a placé les journalistes dans une situation de net désavantage par rapport aux magistrats demandeurs. Il y a donc eu méconnaissance du principe de l'égalité des armes*⁷⁰⁶ ».

686. En outre, dans un arrêt récent, la Cour a jugé que le refus de faire droit à une demande de contre-expertise engageait la responsabilité de l'Etat sur la base des dispositions combinées des articles 6 §§ 1 et 3 b) de la Convention lorsque, au cours d'une audience, l'expert exprime un avis différent de celui exposé dans son rapport écrit⁷⁰⁷.

687. Ce développement jurisprudentiel des implications du principe ne peut manquer de surprendre en ce qu'il consacre l'immixtion du contrôle de la Cour dans l'exercice d'un pouvoir souverain de toute juridiction : celui de décider de l'opportunité de procéder à des mesures d'instruction⁷⁰⁸. La réserve de compétence nationale est pourtant

⁷⁰⁶ De Haes et Gijssels c. Belgique, 24 février 1997, Recueil 1997-I, p. 198, § 58, observations S. BARBIER, in E. DECAUX ; P. TAVERNIER et al. – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 1997), *J.D.I* 1998, p. 174-175. Voir également, H. c. France, 24 octobre 1989, série A n°162-A, § 70 : « *Le fait de ne pas avoir ordonné une expertise n'a pas dans ces conditions porté atteinte au droit du requérant à un procès équitable* ». O. DUGRIP et F. SUDRE – Du droit à un procès équitable devant les juridictions administratives : l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 24 octobre 1989, *R.F.D.A* 1990, p. 218-220.

⁷⁰⁷ G.B c. France, 2 octobre 2001, § 69-70 ; observations O. BACHELET in E. DECAUX ; P. TAVERNIER et al. – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 2001), *J.D.I* 2000, p. 270-271.

⁷⁰⁸ Cette nouveauté n'est que relative puisque, dans le prolongement de l'arrêt *Dombo*, l'arrêt *Ankerl c. Suisse* (précité) indiquait déjà en son paragraphe 31 qu'en matière civile « *une différence de traitement quant à l'audition des témoins des parties peut (...) être de nature à enfreindre ledit principe* ». *Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas*, 27 octobre 1993, série A n° 274 ; l'arrêt *Ankerl c. Suisse*, 23 octobre 1996, Recueil 1996-V, § 31,

périodiquement réaffirmée dès lors qu'un requérant se plaint directement de la non-conformité de l'administration des preuves aux principes de la Convention⁷⁰⁹. L'appréciation de la portée ou de la pertinence d'une offre de preuve relève de la compétence du juge interne⁷¹⁰ ; il s'agit d'une question de fond sur laquelle la Cour ne peut se prononcer sans encourir le reproche de s'affranchir du caractère subsidiaire du contrôle international. De plus, on pourrait soupçonner la Cour de construire une contrainte nouvelle pour les juges nationaux afin qu'ils accueillent les éléments de preuve décisifs aux yeux des justiciables alors qu'ils ne leur reconnaissent aucune utilité.

688. Mais, la jurisprudence ne se prête pas à une telle lecture. Cette politique jurisprudentielle est simplement guidée par la nécessité de garantir qu'il n'y a aucun espace dans le débat qui échappe aux exigences du principe de l'égalité des armes. L'accueil des preuves proposées, comme l'audition de témoins, ne sont obligatoires que pour préserver le juste équilibre rompu au profit de l'un des plaideurs. Dans ces conditions, il semble logique que la liberté d'appréciation du juge national cède le pas devant l'affinement des exigences de l'égalité des armes et l'on peut regarder comme satisfaisant cet enrichissement des garanties procédurales.

B – Une pratique difficile à apprécier

689. Il est très délicat de se prononcer sur la compatibilité de la pratique de la Cour au regard du principe de l'égalité des armes, d'abord parce que l'on ne peut qu'émettre une opinion qui n'est, par nature, pas l'énoncé d'une vérité constatée par un organe du droit, ensuite parce que le contrôle du respect de ce principe se réalise à partir d'une démarche globale qui n'isole pas les éléments en débat de leur contexte général.

690. Dans ces conditions, on ne peut utilement soutenir que le refus de procéder à l'audition de témoins dans les affaires Stocké⁷¹¹, Croissant⁷¹², Piermont⁷¹³ et Guillot⁷¹⁴, ainsi

observations V. COUSSIRAT-COUSTERE – La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1996, *A.F.D.I.* 1996, p. 770.

⁷⁰⁹ « Il revient aux juridictions internes d'apprécier les éléments obtenus par elles et la pertinence de ceux dont une partie souhaite la production » ; voir pour un exemple en matière pénale : Schenk c. Suisse, 12 juillet 1988, série A n° 140, p. 29, § 46 et en matière civile : Mantovanelli c. France, 18 mars 1997, Recueil 1997-II, pp. 436–437, § 34. Sur la signification de cette jurisprudence, se reporter au Titre I, Chapitre II, section II de la première partie.

⁷¹⁰ Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne, 6 décembre 1988, série A n° 146, § 68.

⁷¹¹ Stocké c. Allemagne, 19 mars 1991, série A n° 199-A, § 6.

⁷¹² Croissant c. Allemagne, 25 septembre 1992, série A n° 237-B, § 4.

⁷¹³ Piermont c. France, 27 avril 1995, série A n° 304, § 5.

⁷¹⁴ Guillot c. France, 24 octobre 1996, Recueil 1996-III, § 5.

que le refus d'ordonner la production de documents dans les affaires Kremzow⁷¹⁵ ou Nielsen⁷¹⁶ ou de procéder à une visite des lieux dans l'affaire linguistique belge⁷¹⁷ ou Tyrer⁷¹⁸, sont en « porte-à-faux » avec la jurisprudence De Haes précitée.

691. Dans l'affaire Nielsen, le requérant prétendait que la régularité de son internement à l'âge de 12 ans dans un pavillon de psychiatrie infantile suite à une décision de sa mère devait être regardé comme une privation de liberté contraire à l'article 5 de la Convention. A l'audience devant la Cour, « *il laissa entendre que son traitement à la clinique pouvait constituer un abus de psychiatrie* ». Pour juger de la pertinence de ce grief, la Cour était appelée à apprécier l'adéquation de la pratique médicale à l'état de santé du requérant. Or, en dépit de sa demande, elle refusa de solliciter du gouvernement danois la production de l'intégralité de son dossier médical, dont elle s'était déjà procurée certains extraits.

Le principe de l'égalité des armes obligeait-il le juge à procéder à la demande de preuves souhaitée ? On pourrait penser que les éléments non communiqués à la Cour auraient pu étayer la plainte du requérant. Toutefois, le rejet de la demande de pièces ne peut passer pour une violation du principe dès lors que pour résoudre la question litigieuse, le juge se fonde non seulement sur les rapports du médecin chef du pavillon mais aussi sur l'enquête indépendante de la direction nationale de la santé danoise, éléments connus et discutés par le requérant. Le fait que la Cour les juge concluants peut prêter à critique, mais il n'est pas incompatible avec les garanties procédurales de l'égalité des armes, d'autant que le caractère technique du problème posé a, par ailleurs, encouragé la juridiction à faire preuve d'une réserve appropriée.

692. A chaque fois que les requérants se sont vus opposer le refus de la mesure sollicitée, les preuves qu'ils désiraient sont apparus surabondantes à la Cour qui statuait sur la base d'un dossier constitué en grande partie par la Commission et par l'exercice du droit à la preuve. Il faut peut-être mettre à part le refus d'entendre la fille des époux Guillot qui arguaient d'une violation du droit au respect de la vie privée au motif qu'un officier d'état civil, et les juridictions civiles françaises à leur tour, ne leur avaient pas permis de prénommer leur fille « fleur de marie ». Ils entendaient donner de la consistance à leur plainte qui soutenait notamment que le refus d'autoriser le prénom de leur choix était à l'origine d'une gêne dans la mesure où il l'appelait usuellement « fleur de marie » alors qu'elle ne pouvait faire usage de ce prénom pour passer des actes officiels. En notant que les autorités françaises

⁷¹⁵ Kremzow c. Autriche, 21 septembre 1993, série A n°268-B, § 5.

⁷¹⁶ Nielsen c. Danemark, 28 novembre 1988, série A n° 144, § 8.

⁷¹⁷ Affaire linguistique belge, série B n°3, pp. 386-387, §§ 17-18 et, p. 395, § 31.

⁷¹⁸ Tyrer c. Royaume-Uni, 25 avril 1978, série A n° 26, p. 6 §§7-8 ; série B n°24 (1977-1978), p. 49 et 92.

avaient entre temps permis à la fille de répondre officiellement au prénom de « fleur-marie », qui n'est guère éloigné du souhait des parents, la Cour ne jugea pas nécessaire d'entendre l'intéressée⁷¹⁹. Dans ce cas, c'est la solution au fond qui a rendu inutile la comparution de la personne demandée.

693. Il n'est pas exclu que certains refus ne soient pas compatibles avec la jurisprudence De Haes et que ce manquement se révèle de manière manifeste. Toujours est-il que l'actuelle pratique demeure à l'abri de cette sorte de critique. Ce qui est certain c'est que les garanties procédurales ne cessent d'élargir leur empire sur l'exécution de l'office des juges de la Convention et qu'à ce titre, la Cour devra faire preuve d'une vigilance accrue pour assurer la compatibilité de sa pratique avec le développement de sa jurisprudence.

§ 2 – Une exécution soumise aux exigences de l'équité de la procédure

694. Les principes d'impartialité et de publicité (A), d'une part, et les principes du contradictoire et de l'égalité des armes, d'autre part, dominent la mise en œuvre des mesures d'instruction (B).

A – Les principes d'impartialité et de publicité

695. Le principe de publicité appelle peu de remarques. Selon la Convention, il s'applique tant à l'audience qu'à tous documents déposés au greffe de la Cour⁷²⁰. Il règne donc un principe de transparence qui concerne tous les documents relatifs à l'instruction. Cependant, la publicité peut être limitée dans les conditions prévues par le règlement de procédure. En outre, même si aucune règle ne le précise, l'anonymat de certains témoins est une restriction au principe de publicité, et si les interrogatoires menés lors des visites des lieux sont contradictoires, la publicité ne concerne en pratique que le compte rendu auquel ils peuvent donner lieu.

696. Quant au principe d'impartialité, il ne bénéficie pas d'une consécration solennelle, mais qui ne prête guère à discussions s'agissant de l'organisation et du fonctionnement de la Cour. Toutefois, la Cour a eu l'occasion d'affirmer son applicabilité à

⁷¹⁹ Guillot c. France, 24 octobre 1996, Recueil 1996-III, § 27.

⁷²⁰ Article 40 § 1 et § 2.

travers le raisonnement qu'elle a tenu lorsqu'elle fut saisie des certaines allégations portées contre la Commission européenne

697. Dans l'affaire *Egmez c. Chypre*, qui invitait la Cour à se prononcer sur des allégations de mauvais traitements infligés par des policiers, le requérant contestait les faits établis par la Commission. Pour lui, les délégués qui menèrent l'enquête se laissèrent abuser par les allégations vagues des témoins du gouvernement et ils omirent d'explorer certaines pistes de l'enquête. En d'autres termes, il soutenait que les membres de l'organe international avaient tout simplement manqué d'impartialité.

698. Ce grief posait plusieurs difficultés. D'abord, il s'agissait de savoir si la Cour avait le pouvoir de se prononcer sur cette allégation et sur quelle base juridique. Ensuite, on pouvait s'interroger sur les suites à donner à la décision de la Cour au cas où elle conclurait à la partialité de la Commission. Serait-elle obligée de recommencer l'enquête, pouvait-elle décider de poursuivre l'affaire sur la base des éléments en sa possession, disposait-elle d'une procédure de sanction à l'encontre de la Commission ? Le débat juridique ne manquait pas d'intérêt aussi bien sur le plan théorique que sur le terrain de l'efficacité du mécanisme de protection.

699. L'arrêt n'eut pas à répondre à cette série d'interrogations car il releva que la Commission avait exercé son office avec les précautions qui s'imposaient et que nul élément ne venait conforter la thèse de la partialité des délégués. Il n'est pas pour autant dénué de portée théorique dans la mesure où le raisonnement de la Cour présente quelque curiosité. En premier lieu, il n'enseigne pas la source juridique du principe d'impartialité appliquée à la Commission. En se référant à l'arrêt *De Cubber*⁷²¹, la Cour utilisa son argumentation habituelle fondée sur l'impartialité subjective : « *As regards the applicant's contentions concerning the taking of evidence by the Delegates, the Court recalls that personal impartiality is to be presumed until there is proof to the contrary. The applicant did not adduce such proof*⁷²² ». Les délégués sont donc protégés par la présomption d'impartialité subjective. On sait d'ailleurs combien la preuve de la partialité subjective est difficile à rapporter. En outre, la Cour ne manque pas de rappeler au requérant qu'il participait à la procédure d'établissement des faits et qu'il lui était possible de faire la lumière sur les

⁷²¹ *De Cubber c. Belgique*, 26 octobre 1984, Série A n 86, § 25.

⁷²² *Egmez c. Chypre*, 21 décembre 2000, Recueil 2000, § 56.

allégations vagues des témoins du gouvernement et d'insister pour que toutes les informations pertinentes soient exploitées⁷²³.

B – Les principes du contradictoire et de l'égalité des armes

700. L'article 38 § 1 a) de la Convention consacre le caractère contradictoire de l'examen de la requête par la Cour. Sa mise en œuvre est précisée par le règlement de procédure de la Cour qui organise la communication de tout élément soumis à la sagacité de la Cour, et qui prévoit la possibilité offerte à chaque partie de poser des questions à l'audience et de se prononcer sur les rapports d'expertise⁷²⁴.

701. Bien que l'applicabilité du principe de l'égalité des armes à l'enquête ne soit pas expressément consacrée par un texte, elle domine toutes les procédures placées sous l'empire de la Convention. La nouvelle Cour fut d'ailleurs appelée à le préciser en statuant sur la contestation de l'équité de la procédure d'enquête suivie par la Commission au cours du procès qui opposait Chypre à la Turquie⁷²⁵. Les objections du défendeur concernaient tant la réunion des preuves écrites que la réception des preuves orales.

702. Pour ce qui est des preuves écrites, l'argumentation du gouvernement était assez mal engagée. Il consistait à notamment à reprocher à la Commission d'avoir refusé de verser au dossier un aide-mémoire sur les « *mesures relatives aux conditions de vie des Chypriotes grecs et des maronites dans la République turque de Chypre du Nord* » alors que celui-ci avait été présenté en dehors du délai imparti et qu'il avait été ultérieurement admis en vertu d'une décision de procédure. Il importe de retenir que « *la Cour constate qu'il s'agit du seul document écarté par la Commission, tous les autres ayant été acceptés dans le respect du principe de l'égalité des armes entre les parties* ». En outre, la Cour note que « *lorsqu'il s'est révélé impossible de garantir le respect total du principe de l'égalité des armes au cours de la procédure devant la Commission, par exemple en raison du peu de temps dont disposait une*

⁷²³ « *Moreover, the applicant took part in the taking of evidence and should have sought to clarify the vague allegations of the Government witnesses and insisted that all relevant lines of inquiry were pursued* ». La phrase contenue dans le texte n'est pas une traduction des dires de la Cour.

⁷²⁴ Article 68 § 2 du règlement de procédure.

⁷²⁵ Il y a lieu de rappeler que dans le rapport consacré à l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, le gouvernement requérant avait prétendu qu'il fallait rejeter certains témoignages recueillis sous le voile de l'anonymat et sans « *cross-examination* » au motif que la procédure choisie « *le désavantageait et constituait une violation du principe de l'égalité des armes* ». La Commission rejeta l'argument en s'appuyant sur le fait que la procédure lui avait permis de prendre connaissance à l'avance de l'objet des témoignages en cause et de suggérer des questions au délégués qui les recueilleraient. En outre, il avait reçu communication du compte-rendu intégral de l'audience et exprimé son opinion sur l'exactitude, le caractère complet et l'utilité de ces témoignages. Commission EDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, Rapport du 25 janvier 1976, série B n°23-I, p. 180.

*partie pour répondre en tout point aux observations de l'autre, la Commission en a tenu compte dans son appréciation de la valeur probante des éléments en cause*⁷²⁶ ».

703. S'agissant des preuves orales, le raisonnement suivi par la Cour est plus intéressant. Dans l'examen de la requête, la Commission avait été amenée à entendre divers témoins dont certains sont demeurés anonymes. Or, selon la jurisprudence de la Cour, une juridiction viole le principe de l'égalité des armes lorsqu'elle accorde une portée décisive aux déclarations de témoins anonymes. Fondée sur l'article 6 § d) de la Convention, cette interprétation maintes fois affirmée a été notamment rappelée dans l'arrêt Van Mechelen et autres c. Pays-Bas⁷²⁷. C'est justement à cette espèce que la Cour renvoie lorsqu'elle motive le rejet de l'allégation du gouvernement turc qui critiquait les dispositions prises par les délégués de la Commission pour l'audition des témoins non identifiés. Pour elle, « *les délégués de la Commission ont fait le nécessaire pour assurer que l'audition des témoins non identifiés se déroulât dans le respect des conditions d'équité prévues à l'article 6 de la Convention* ». Après avoir observé la mauvaise foi du défendeur qui se plaint du respect d'un dispositif qu'il avait lui-même exigé, la juridiction internationale décide : « *Selon la Cour, les obstacles auxquels le gouvernement défendeur affirmait s'être heurté devant la Commission ont été suffisamment compensés par la procédure suivie par celle-ci. Elle note aussi que, dans son appréciation des dépositions fournies par des témoins non identifiés, la Commission a procédé avec prudence en vérifiant leur valeur probante en fonction de la nature particulière de chacune des déclarations ; de plus, elle n'a pas fondé ses constats uniquement, ni dans une mesure déterminante, sur les déclarations de témoins anonymes*⁷²⁸ ».

704. L'arrêt rendu dans cette affaire interétatique prouve à nouveau l'applicabilité des principes de l'article 6 à l'ensemble du système probatoire puisque la Cour n'hésite pas, au besoin, à se référer aux directives qu'elle impose aux juges nationaux pour juger de la validité des mesures mises en œuvre par la Commission. On peut observer que rien ne s'oppose à ce que la Cour s'impose les mêmes règles, car si elles étaient applicables à un organe quasi-juridictionnel, elles le sont *a fortiori* à un organe juridictionnel. Cela accredité à nouveau l'idée déjà développée qu'il existe un corps d'exigences juridiques applicables à l'ensemble des juges de la Convention, qu'ils se situent au niveau national ou international.

⁷²⁶ Chypre c. Turquie, 10 mai 2001, § 106, voir, P. TAVERNIER – En marge de l'arrêt Chypre c. Turquie du 10 mai 2001, l'affaire Chypriote et les droits de l'homme devant la Cour de Strasbourg, *R.T.D.H.* 2002, p. 817.

⁷²⁷ Van Mechelen et autres c. Pays-Bas, 23 avril 1997, Recueil 1997-III, §§ 54-55

⁷²⁸ Chypre c. Turquie, 10 mai 2001, § 109.

705. La soumission des pouvoirs d’instruction au respect des exigences du procès équitable n’étonne guère, elle garantit la protection des justiciables autant qu’elle aide le juge à parvenir à une représentation plus éclairée des faits de la cause. La liberté qui lui est laissée de recourir aux mesures d’instruction et de décider de l’objet de ces mesures lui permet d’adapter son action aux besoins de la victime et de la manifestation de la vérité dans l’instance. Cette souplesse trouve ses prolongements dans la liberté de choix des mesures à mettre en oeuvre.

Section 2 – La variété des mesures d’instruction

706. Les parties peuvent solliciter de la Cour qu’elle procède à une audition de témoins, une visite des lieux ou qu’elle ordonne une expertise. Cependant, la détermination de la mesure appropriée est laissée à l’appréciation du juge. S’il a souvent recours à la demande d’information, il est clair que sa préférence pourra parfois, à l’image de la Commission européenne, se porter sur une visite des lieux voire sur une expertise.

707. Cet arsenal peut s’étudier à partir d’un constat d’une grande simplicité : la Cour peut exercer elle-même ses pouvoirs d’instruction (Sous-section 1) ou confier à un expert le soin de l’éclairer sur une question technique (Sous-section 2).

Sous-section 1 – Les mesures exécutées par la Cour

708. Suivant le règlement de procédure, on peut distinguer la demande d’information (§ 1) de l’enquête proprement dite (§ 2).

§ 1 – La demande d’information

709. La demande d’information est une mesure quotidiennement mise en œuvre par la Cour (A). Elle peut avoir lieu en tout état de cause (B).

710. La faculté de s'adresser aux personnes liées par l'instance en vue d'obtenir des éclaircissements sur les faits de la cause relève des pouvoirs ordinaires de la Cour. Cette prérogative trouve son fondement dans le règlement de procédure qui dispose que la juridiction peut d'office « *demander aux parties de produire des preuves écrites et décider d'entendre en qualité de témoin ou d'expert ou à un autre titre, toute personne dont les dépositions, dires ou déclarations lui paraissent utiles à l'accomplissement de sa tâche*⁷²⁹ ». Elle est peu originale dans le contentieux international où elle remplit la fonction d'offrir au juge la possibilité de s'enquérir de précisions supplémentaires au cours de l'instruction. D'ailleurs, le règlement de la Cour interaméricaine des droits de l'homme consacre ce pouvoir en des termes pratiquement similaires : la Cour peut « *entendre en qualité de témoin, d'expert ou à tout autre titre, toute personne dont elle estime le témoignage, les déclarations ou l'opinion utiles*⁷³⁰ ».

711. La Cour européenne des droits de l'homme fait un usage quotidien de l'interrogatoire sans que cela apparaisse toujours dans les arrêts qu'elle rend. Il est assez rare qu'elle mette l'accent sur le fait que les parties ont produit des documents supplémentaires pour répondre aux questions posées par des juges. On sait néanmoins que dans l'affaire Bergens Tidende, le gouvernement norvégien ainsi que les requérants ont soumis des pièces additionnelles et des observations complémentaires à la Cour en vue de répondre aux questions posées à l'audience⁷³¹. Plus surprenante est l'affaire Morel dans laquelle, à la suite d'une question posée par la Cour, les parties conviennent que le grief de défaut d'équité de la procédure concerne en réalité une erreur de plume dans la rédaction du jugement litigieux⁷³². Mais le plus souvent, seule une lecture attentive de l'arrêt peu déceler qu'un problème de fait a été tranché à la suite d'une question posée par la Cour. Par exemple, alors que M. Naravarra

⁷²⁹ Article 42 § 1. On ne peut évoquer cette disposition sans rappeler que ce pouvoir appartient à la Cour dès le commencement de sa mission et qu'il lui a permis en particulier d'associer la victime qui avait saisie la Commission à la procédure juridictionnelle alors même qu'elle n'avait pas la qualité de partie. Voir, entre autres : M-A. EISSEN – La présentation de la preuve dans la jurisprudence et la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme, in *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles, 3^{ème} colloque du département des droits de l'homme de l'Université Catholique de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 168–169. Se reporter également à la première partie de cette recherche Titre I, Chapitre I, section I.

⁷³⁰ Article 44 § 1 du règlement de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Le nouveau règlement de procédure de cette juridiction, entré en vigueur le 1^{er} juin 2001, n'a pas modifié cet article.

⁷³¹ Bergens Tidende et autres c. Norvège, 2 mai 2000, Recueil 2000-V § 8. Voir également les arrêts : Deweer c. Belgique, 27 février 1980, série A n° 35, § 31 ; Z c. Finlande, 25 février 1997, Recueil 1997-I, § 8.

⁷³² Morel c. France, 6 juin 2000, Recueil 2000-VI, § 26.

soutenait qu'il n'avait pas bénéficié du droit d'obtenir un jugement à « bref délai » garanti par l'article 5 § 3 de la Convention, la Cour nota que les juridictions françaises s'étaient prononcées dans les délais impartis par la loi. En outre, en se fondant sur « *les renseignements recueillis à l'audience* » la Cour releva également un retard imputable au requérant qui attendit trop longtemps avant de saisir la Cour de cassation de sa contestation⁷³³. L'affaire Kudla est encore plus remarquable puisqu'en réponse à la sollicitation de la Cour, le gouvernement polonais fut amené à produire la preuve que le requérant avait bénéficié d'une assistance médicale durant sa détention alors que celui-ci soutenait le contraire et qu'il aurait pu obtenir un constat de violation au bénéfice de la présomption de causalité attachée à l'interdiction des traitements inhumains et dégradants⁷³⁴.

712. Sans que les conséquences ne soient toujours aussi spectaculaires, l'observation de la pratique montre que les interrogatoires sont fréquents et que leur persistance est la marque la plus assurée de leur utilité.

713. Que la Cour s'adresse aux parties n'étonne guère ; principaux acteurs du procès, ils sont les détenteurs de la version véritable des faits qui ont donné lieu au différend et c'est à elles qu'il appartient de convaincre le juge à l'aide des pièces dont elles disposent. Pour ce qui est des intervenants, il faut relever que ce n'est qu'à partir du règlement de procédure adopté par la nouvelle Cour que les intervenants ont obtenu le droit de participer aux audiences. L'interrogatoire peut également concerner des personnes qui n'ont pas la qualité de partie, ni d'intervenant, ni même celle de témoin⁷³⁵. C'est dire la grande liberté que la Cour s'est aménagée en adoptant son règlement de procédure.

714. La puissance de la Cour ne s'exprime pas seulement dans la liberté de choix des personnes interrogées, elle se manifeste aussi par le fait que l'interrogatoire peut intervenir à n'importe quel moment de l'instruction.

B – L'indifférence du moment de la demande

715. Sur ce point un parallèle peut être établi avec le système interaméricain des droits de l'homme. Le règlement de la Cour interaméricaine des droits de l'homme permet à cette juridiction de requérir des parties la soumission de tout moyen de preuve ou de toute

⁷³³ Navarra c. France, 23 novembre 1993, Série A n° 273-B, § 24.

⁷³⁴ Kudła c. Pologne, 26 octobre 2000, Recueil 2000-XI, § 96.

⁷³⁵ Articles 42 § 1 ; 68 § 2 du règlement de procédure de la Cour.

explication ou déclaration apte à éclairer les faits en tout état de cause⁷³⁶. Aucune restriction n'est posée quant au moment de la mise en œuvre de ce pouvoir inquisitorial. Il faut dire qu'à mesure que la juridiction découvre le dossier et progresse dans sa compréhension des interrogations peuvent apparaître et requérir de nouvelles informations de la part des participants au procès. Pour porter remède à cette situation, la Cour européenne des droits de l'homme a aménagé son règlement de procédure en précisant qu'à chaque étape de l'instance elle a le droit de requérir d'office la soumission de nouveaux éléments de preuve.

716. Au cours de l'examen de la requête individuelle, le juge rapporteur⁷³⁷ et la chambre⁷³⁸ peuvent solliciter tout document qu'ils jugent pertinent. La chambre peut à nouveau formuler ces demandes dans la phase postérieure à l'examen de la recevabilité⁷³⁹. De fait, durant tout le déroulement de la procédure écrite, les parties sont sujets à la demande production de preuves à l'initiative de la Cour.

717. Les pouvoirs de la juridiction internationale ne sont pas altérés durant la tenue de l'audience. Il ressort de l'article 68 § 1 que « *tout juge peut poser des questions aux agents, conseils et conseillers des parties, au requérant, aux témoins, aux experts, ainsi qu'à toute autre personne qui se présente devant la chambre*⁷⁴⁰. D'ailleurs, les juges ne s'en privent pas et l'on peut même dire que la grande majorité des audiences a donné lieu à un interrogatoire mené sous l'autorité du président de la formation de jugement.

718. Il n'est pas contestable que l'audience fournit une ultime occasion aux juges d'adopter une position définitive à l'égard des faits. Cette utilité justifie en partie que le règlement de procédure de la Cour interaméricaine des droits de l'homme contient des règles comparables à celle de son homologue européen. Ainsi, l'article 41 du règlement entré en vigueur en juin 2001, reprenant exactement les termes du règlement précédent, autorise les juges à poser les questions qu'ils estiment pertinentes à toute personne qui comparait devant cette juridiction.

719. Les formalités de l'interrogatoire varient en fonction des affaires et des moments choisis pour y procéder. Parfois les parties se voient adresser une série de questions afin qu'elles apportent quelques éclaircissements sur les points qu'elles ont déjà développés, mais rien n'interdit que d'autres questions soient posées durant l'audience, à mesure que la confrontation des plaideurs fait naître de nouvelles demandes de précision. Par exemple, pour

⁷³⁶ Article 44 § 2 du règlement de la Cour interaméricaine. Le nouveau règlement de procédure de cette juridiction, entré en vigueur le 1^{er} juin 2001, n'a pas modifié cet article.

⁷³⁷ Article 49 § 2 a).

⁷³⁸ Article 54 § 3 a).

⁷³⁹ Articles 58 § 1 pour les requêtes étatiques et 59 § 1 pour les requêtes individuelles.

⁷⁴⁰ Article 68 § 1.

trancher le litige qui opposait M. Dikme à la Turquie et qui mettait notamment en cause la violation de l'article 3 de la Convention, la Cour avait adressé aux parties des questions se rapportant à une enquête ouverte devant les autorités nationales à l'encontre de policiers accusés d'avoir infligés au requérant de mauvais traitements. Ne pouvant se contenter de savoir que l'autorité nationale compétente en la matière avait prononcé un non-lieu dans cette affaire, elle avait invité le gouvernement turc à répondre à ses attentes lors de l'audience. Malheureusement, ses sollicitations sont demeurées sans effet et l'arrêt note combien « *il est regrettable que le Gouvernement n'ait pas été en mesure de produire, comme on le lui avait demandé, les documents pertinents du dossier ouvert à la suite du dépôt de plainte, ni d'expliquer quelles furent les démarches entreprises par les autorités administratives et judiciaires turques à la suite du non-lieu du 9 juillet 1993*⁷⁴¹ ».

720. La Cour a tiré les conséquences de cette passivité en défaveur de la cause de l'Etat. C'est en général la sanction réservée à la méconnaissance de la demande de la Cour. Mais plutôt que de pénaliser ce manquement, la Cour aurait également pu se rendre sur le lieu et procéder à l'audition de témoin.

§ 2 – L'enquête proprement dite

721. Au terme d'une étude comparative, M. ROBERTSON affirmait que « *les pouvoirs conférés, en ce qui concerne l'enquête sur place, par la Convention européenne des droits de l'homme (...) constituent un élément indispensable du système institué par la Convention et probablement l'un des moyens de contrôle les plus efficaces mis en œuvre jusqu'à ce jour devant les instances internationales*⁷⁴² ». Le constat n'a pas vieilli, l'enquête demeure un outil décisif pour l'effectivité de la protection des droits de l'homme, et si ce n'était la récente disparition de la Commission, une étude même succincte de cette procédure devrait reprendre mot pour mot les conclusions de cet observateur perspicace.

722. Bien que l'article 42 du règlement de procédure de la Cour distingue l'enquête de la visite des lieux et des autres mesures d'instruction, il n'est pas certain qu'elle accorde à cette présentation des conséquences juridiques ou pratiques. Pour la clarté de l'étude, il ne paraît pas inutile d'inclure la visite des lieux parmi les éléments de l'enquête visée à l'article

⁷⁴¹ Dikme c. Turquie, 11 juillet 2000, Recueil 2000-VIII, § 103.

⁷⁴² A. H. ROBERTSON – « Enquêtes » en matières de droits de l'homme, in G. FISCHER et D. VIGNES (Ed.) – *L'inspection internationale*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 519.

38 § 1 a) de la Convention en insistant sur la difficulté de s'en tenir au raffinement du règlement de procédure.

723. L'enquête proprement dite est le moyen qui permet à la Cour d'acquérir une connaissance personnelle des données d'une affaire. Elle supplée à la carence des parties qui n'ont pu dissiper les incertitudes entourant la réalité des faits. Quitte à mettre l'accent ensuite sur les particularités de la procédure mise en place par la Convention, il faut d'abord relever que ce procédé d'investigation est l'apanage des procédures internationales de protection non juridictionnelle des droits de l'homme. Elle se décompose en deux séries de mesures parfois confondues dans la pratique, d'une part la visite des lieux (A) et, d'autre part, l'audition de témoins (B).

A– La visite des lieux

724. « *La visite sur place, (...) est souvent le dernier recours réservé aux situations très controversées. Elle permet d'apporter une preuve supplémentaire ou de donner forme à celles déjà existantes*⁷⁴³ ». Elle ne remplit pas seulement un rôle de complément, en mettant les organes internationaux de contrôle en contact avec la réalité du terrain elle joue un rôle déterminant dans la réunion d'informations comme dans le recueil de témoignages

725. La visite sur place est un procédé usuel de protection des droits de l'homme. De nombreux organismes internationaux sont habilités à enquêter sur le territoire des Etats afin de dresser le tableau général de l'état des droits ou de recueillir des informations dans le cadre de procédures de plaintes individuelles. C'est à cette seconde catégorie qu'appartiennent les visites susceptibles d'être mises en œuvre par la Cour.

726. Il n'est pas sans intérêt de noter que dans la seconde hypothèse, la visée restreinte de l'investigation diminue d'autant la durée du séjour des représentants de l'institution, de même qu'elle limite considérablement le champ d'investigation de l'organe international. Il en est jusqu'au nombre de visites mise en œuvre qui porte la marque de cette distinction. Un spécialiste de ces questions a d'ailleurs fait remarquer que si la Commission interaméricaine des droits de l'homme effectuait davantage de visites que la Commission

⁷⁴³ F. BOUCHET-SAULNIER – *Les procédures internationales d'établissement des faits en matière de droits de l'homme*, Thèse Nice, dact. 1988, p. 619.

européenne des droits de l'homme c'est parce que cette dernière exerçait cette prérogative uniquement dans un cadre contentieux⁷⁴⁴.

727. Pour ce qui est de la compétence, dans certains cas, la mission d'enquête doit obtenir le consentement de l'Etat concerné pour engager la visite, tandis que dans d'autres situations, l'Etat ne peut s'opposer à l'enquête en raison des stipulations du traité qui le lie. C'est l'une des distinctions que l'on pouvait établir entre par exemple, le groupe de travail sur la détention arbitraire qui est né d'une résolution et l'ancienne Commission européenne qui bénéficiait de la compétence acceptée par les Etats au titre de l'ancien article 28 § 1 a) de la Convention⁷⁴⁵. Bien entendu, en confiant les compétences de la Commission à la nouvelle Cour sur la base de l'article 38 § 1) de la Convention, le protocole 11 n'a pas modifié fondamentalement la situation et n'a fait qu'accentuer les différences qui séparent le groupe de travail de cette juridiction internationale.

728. De plus, le rapport de la visite aura évidemment une portée différente selon qu'il constitue l'acte final de la procédure internationale ou selon qu'il soit émis en vue de régler un différend au cours d'un procès. Dans le premier cas, il poursuit un objectif caractéristique des procédures d'établissement des faits en droit international des droits de l'homme. B. G. RAMCHARAN, en systématisant les distinctions entre l'établissement des faits en droit international général et en droit international des droits de l'homme, mettait en exergue le fait que le rapport international participait avant tout au rétablissement des droits garantis : « *the approach of fact-finding in the field of human right is not primarrily to adjudicate or to condemn but to assist in the restoration of human rights*⁷⁴⁶ ». Or, lorsqu'il est rédigé en vue de servir une procédure juridictionnelle, le rapport de la visite perd cette particularité et rapproche la visite *in loco* d'une visite traditionnelle comparable à celle organisée sur la base de la Convention de La Haye de 1907⁷⁴⁷.

⁷⁴⁴ H. KRUGER – Visits on the spot, the experience of the European commission of human rights, in B. G. RAMCHARAN (Ed.) – *Fact-finding in the field of human-rights*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1982, p. 151. Sur la pratique de la Commission interaméricaine voir : B. SANTOSCOY – *La Commission interaméricaine des droits de l'homme et le développement de sa compétence par le système des pétitions individuelles*, Paris, P.U.F, Publications de l'Institut universitaires des hautes études internationales, 1995, p. 97-100 ; E. MARQUEZ RODRIGUEZ – Visitas de observación *in loco* de la Comisión interamericana de derechos humanos y sus informes, *Estudios básicos de derechos humanos III*, 1995, p. 135 ; C. EDMUND. VARGAS – Visits on the spot, the experience of the interamerican commission on human rights, in B. G. RAMCHARAN (Ed.) – *Fact-finding in the field of human-rights*, op. cit., p. 137.

⁷⁴⁵ L. JOINET – *Les visites in situ*, in E. DECAUX (Ed.) – *L'ONU face à la détention arbitraire, bilan de six années de fonctionnement du Groupe de travail sur la détention arbitraire*, Paris, Cedim, Paris X Nanterre, Actes et documents, Réseau d'instituts des droits de l'homme, 1997, p. 38.

⁷⁴⁶ B. G. RAMCHARAN – *Introduction*, in B. G. RAMCHARAN (Ed.) – *Fact-finding in the field of human-rights*, op. cit., p. 6.

⁷⁴⁷ B. G. RAMCHARAN – *Introduction*, in B. G. RAMCHARAN (Ed.) – *Fact-finding in the field of human-rights*, op. cit., p. 7.

729. Il y a donc, au-delà des convergences apparentes et réelles des visites *in situ* utilisées pour garantir la protection des droits de l'homme, une véritable spécificité de l'enquête fondée sur la Convention européenne des droits de l'homme qui n'est d'ailleurs que le prolongement de l'originalité du mécanisme instauré par cet instrument international.

730. La Commission a procédé à la visite des lieux dès le début de ces activités. Elle désignait le plus souvent trois délégués pour mener cette mission à bien⁷⁴⁸. Dans l'affaire Grecque ils se rendirent dans un commissariat de police, dans une base de la marine militaire, dans un centre de détention⁷⁴⁹, dans d'autres affaires ils eurent à nouveau l'occasion de pénétrer des prisons⁷⁵⁰, les locaux d'une section anti-terroriste⁷⁵¹, et la Commission n'a jamais considéré que certains lieux pouvaient par nature échapper à la curiosité qu'impliquait l'exercice de sa mission. Ces investigations étaient d'autant plus faciles que la Convention obligeait les Etats à lui accorder toute facilité nécessaire à l'efficacité de l'enquête par son article 28 § 1 a). Il faut d'ores et déjà relever que la même obligation est consacrée au profit de la Cour dans les mêmes conditions sur la base de l'actuel article 38 § 1 a) du traité. Aussi faut-il rappeler qu'elle ne sera possible que pour le traitement des affaires portées par une requête déclarée recevable⁷⁵².

731. Durant la période qui a précédé sa disparition, la Commission européenne a régulièrement mené des enquêtes sur le territoire turc dont les conclusions et même la

⁷⁴⁸ Bien entendu, le chiffre indiqué est le plus courant. Dans l'affaire Peers c. Grèce, il n'y eut que deux délégués pour procéder à la visite d'une prison. Commission EDH, Donald Peers c. Grèce, n°28524/95, Rapport du 4 Juin 1999, § 13. Parfois la Commission en a désigné 5 pour mener l'enquête. Commission EDH, France, Norvège, Danemark, Suède et Pays-Bas c. Turquie, n° 9940-9944/82, Rapport du 7 décembre 1985, Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1985, p. 154.

⁷⁴⁹ Commission EDH, Affaire Grecque, Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1969, Volume 12. Un résumé de la procédure d'enquête comportant notamment la précision de lieux visités et des problèmes posés figure dans l'article de A. H. ROBERTSON. A. H. ROBERTSON – « Enquêtes » en matières de droits de l'homme, in G. FISCHER et D. VIGNES (Ed.) – *L'inspection internationale*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 516.-517. Voir également, H. KRUGER – Visits on the spot, the experience of the European commission, op. cit., p. 154 ; K. ROGGE – Fact-finding, in R. S. J. MACDONALD et al. – *The European system for the protection of human rights*, Kluwer Academics Publishers, 1993, p. 696-698.

⁷⁵⁰ Commission EDH, France, Norvège, Danemark, Suède et Pays-Bas c. Turquie, n° 9940-9944/82, Rapport du 7 décembre 1985, Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1985, p. 154 ; Commission EDH, Donald Peers c. Grèce, n°28524/95, Rapport du 4 Juin 1999, § 16.

⁷⁵¹ I. Bilgin c. Turquie, 17 juillet 2001, § 7.

⁷⁵² Cette précision n'est pas anodine puisque qu'il est un cas dans lequel la Commission a procédé à la visite de lieux de détention au stade de l'examen de la recevabilité de la requête. Commission EDH, Ensslin, Baader et Raspe c. Allemagne, n°7572/76, 7586/76, 7587/76, 8 juillet 1978, DR 14, p. 101-104. H. KRUGER – Visits on the spot, the experience of the European commission of human rights, in B. G. RAMCHARAN (Ed.) – *Fact-finding in the field of human-rights*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1982, p. 156. De même, certain auteur autorisé indique qu'une décision non publiée établie que la Commission s'est rendue en Irlande du Nord pour vérifier si Bobby Sands qui mourrait de sa grève de la faim désirait maintenir sa requête. A. DRZEMCZEWSKI – Fact-finding as part of effective implementation : the strasbourg experience, in A. F. BAYEFISKY (Ed.) – *The United nations human right system ...*, op. cit., p. 126, note 42.

conduite ont parfois été contestées devant la Cour⁷⁵³. Ces inspections même si elles étaient relativement courtes donnaient lieu à des vérifications souvent minutieuses. Par exemple, pour vérifier le sérieux des dépositions des témoins qui prétendent avoir entendu des cris, des gémissements et des déclarations de M. Bilgin, la délégation de la Commission a visité le lieu de détention dans lequel les faits litigieux se sont produits. Assistés par des agents de cet établissement, les délégués se livrèrent à deux expériences qui permirent de constater que des paroles ou des cris émis dans une cellule pouvaient être entendus par les occupants des cellules mitoyennes⁷⁵⁴.

732. Pour effectuer les visites, la Commission désignait des délégués qui, conformément aux arrangements pris avec les autorités nationales, disposaient d'un itinéraire et d'une liste préalable de témoins à interroger assez précis. A la différence de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, aucune règle n'interdisait qu'un national de l'Etat visité face partie de la délégation. Il est d'ailleurs surprenant de constater que cette disposition, perçue comme un gage de crédibilité dans le système américain, ne soit pas apparue utile dans le mécanisme européen⁷⁵⁵.

733. Cette précaution est d'ailleurs absente du règlement de procédure de la nouvelle Cour qui se borne à autoriser la chambre à charger un ou plusieurs de ses membres ou à d'autres juges le soin de procéder à une visite des lieux⁷⁵⁶. Il est probable que, suivant la pratique de la Commission, les délégués établiront un rapport qu'ils soumettront à la chambre. Le texte ajoute que celui qui a sollicité la visite supportera les frais de son exécution. Il n'y a rien de nouveau, ni de surprenant, par contre, on peut s'étonner de ce qu'une chambre confie à des juges qui n'en sont pas membres la mise en œuvre de cette mesure d'instruction. Peut-être faut-il y voir un moyen qui permettra une certaine économie lorsqu'il y aura proximité de certaines affaires alors que la connexité n'aura pas été prononcée. Toujours est-il que la Cour s'est ménagée une évidente souplesse dans l'organisation des visites dans le dessein de prendre des mesures adaptées à la complexité des situations auxquelles elle pourrait être confrontées.

⁷⁵³ Voir *infra*.

⁷⁵⁴ Ces expériences sont décrites au paragraphe 34 de l'arrêt de la Cour. I. Bilgin c. Turquie, 17 juillet 2001, § 34. Première expérience : un des délégués s'est enfermé dans une cellule et un autre dans la cellule mitoyenne ; le premier a dit son nom d'une voix haute et a été entendu par l'autre délégué ainsi que par le groupe se trouvant dans le couloir ; deuxième expérience : un des délégués s'est enfermé dans une cellule et une juriste de la délégation s'est enfermée deux cellules plus loin ; il leur a été demandé de parler dans leurs cellules pour contrôler s'ils pouvaient s'entendre. La juriste a entendu la voix du délégué et a indiqué que le bruit provenant de l'aération l'empêchait de saisir le sens des mots proférés par le délégué.

⁷⁵⁵ Sur cette disposition : E. MARQUEZ RODRIGUEZ – Visitas de observación *in loco* de ..., op. cit., p. 139 ; EDMUND VARGAS – Visits on the spot..., op. cit., 141.

⁷⁵⁶ Article 42 § 2.

B – L’audition de témoins

734. Il est des violations qui ne laissent pas de traces écrites autorisant une reconstitution suffisamment précise de la réalité des faits. C’est pourquoi la plupart des organes internationaux de protection des droits de l’homme sont dotés de la capacité d’auditionner des témoins ; ils peuvent ainsi recueillir des informations qu’ils apprécient en fonction des standards de preuve qu’ils se fixent.

735. Le règlement de procédure de la Cour régit la mise en œuvre de cette mesure. Mais il range les normes qui s’y rapportent dans le chapitre de l’audience sans préciser si elles sont également applicables aux auditions faites au cours des transports sur les lieux. Il ressort de l’observation de la pratique que les principes posés sont pertinents dans les deux situations même si certaines règles de forme se révèlent parfois impraticables lors des visites *in loco*⁷⁵⁷.

736. Au demeurant, le règlement prévoit les formalités nécessaires à leur convocation par le greffier⁷⁵⁸. Il impose également que les témoins prêtent serment avant de déposer devant les membres de la Cour⁷⁵⁹. Cette formalité n’est pas nouvelle ; posée dès 1959 pour la Cour, elle figurait également dans le règlement intérieur de la Commission et s’appliquait, à ce titre, aux enquêtes qu’elle effectuait. Elle occupe toutefois une place particulière dans la pratique de la Cour car lorsque cette dernière associait la victime à l’instance internationale alors qu’elle ne bénéficiait pas encore de la qualité de partie, elle ne l’entendait ni à titre de témoin, ni à titre d’expert, ce qui la dispensait de prêter serment⁷⁶⁰.

737. Dans le souci de favoriser une plus large information de la Cour, le règlement n’indique pas qui doit être entendu comme témoin. En pratique, la Commission demandait au gouvernement et aux victimes d’identifier les témoins qu’ils souhaitaient voir déposer devant elle. Elle pouvait indifféremment auditionner des représentants de l’Etat ayant pris part aux circonstances litigieuses⁷⁶¹, des témoins oculaires dans les affaires relatives au droit à la vie ou à l’intégrité de la personne⁷⁶², des compagnons de cellules pour les contentieux relatifs à la

⁷⁵⁷ D’autres situations peuvent rendre les formalités un peu artificielles, notamment lorsque les dépositions sont recueillies par téléphone comme dans l’affaire Gülec c. Turquie. Commission EDH, Gülec c. Turquie, n°21593/93, Rapport du 17 avril 1997, § 71 et 74.

⁷⁵⁸ Article 65 § 2.

⁷⁵⁹ Article 66 § 1.

⁷⁶⁰ M-A. EISSEN – La présentation de la preuve..., op. cit., p. 169.

⁷⁶¹ Commission EDH, Kilic c. Turquie, n° 22492/31, Rapport du 23 octobre 1998, § 147 et 155 : Audition de deux procureurs intervenus dans l’utilisation des voies de recours internes. Commission EDH, Taş c. Turquie No. 24396/94, Rapport du 9 septembre 1999, § 117

⁷⁶² Commission EDH, Akkoç c. Turquie, n°22547/31, Rapport du 23 avril 1999, § 183.

privation de liberté⁷⁶³, jusqu'à des hommes politiques⁷⁶⁴, des journalistes, syndicalistes, des universitaires et des notables lorsque le litige implique une appréciation générale⁷⁶⁵. Bien entendu, la Cour possède la faculté de désigner elle-même la personne qu'elle désire entendre. A cet égard, il a régné une différence entre l'ancienne Cour et la Commission sur l'adhésion à la conception continentale ou anglo-saxonne de la notion de témoin. Selon la première, apparemment retenue par la Cour, une personne ne devrait pas être entendue comme témoin dans sa propre affaire. De son côté, la Commission pouvait indifféremment entendre en qualité de témoin celui-la même qui avait introduit la requête devant elle. Aujourd'hui, la divergence est close puisque la victime jouit de la qualité de partie devant la Cour, mais cela montre qu'il a existé, et peut-être existe-il encore dans d'autres domaines, une difficulté à marier les différentes traditions juridiques des Etats membres du Conseil de l'Europe⁷⁶⁶.

738. Il faut ajouter que la Cour pourra, à l'exemple de la Commission, limiter le nombre de témoins qu'elle désirera entendre. Par exemple, dans la récente affaire Chypre contre Turquie, la Commission a pu entendre toutes les personnes proposées par le gouvernement requérant mais elle a dû demander au gouvernement turc de réduire le nombre de témoins dont il souhaitait la comparution⁷⁶⁷. En outre, puisqu'elle n'est pas tenue de déférer à la sollicitation des parties qui requièrent la mise en œuvre d'une mesure d'instruction, elle possède *a fortiori* le droit de choisir les seuls témoignages qui lui paraissent utiles.

739. Par ailleurs, les parties au procès ont le droit de récuser un témoin sur le fondement de l'article 67 du règlement de procédure. Cette faculté ne surprend guère puisqu'il paraît équitable d'offrir à celui qui peut être défavorisé par un témoignage qu'il sait d'avance partial, la possibilité de s'opposer à sa présentation. Pourtant, ce droit est quelque peu fragile parce qu'il est mis en balance avec la nécessité de faire toute la lumière sur la

⁷⁶³ Commission EDH, *Ertak c. Turquie*, n°20764/92 Rapport du 4 décembre 1998, § 84.

⁷⁶⁴ Dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, la Commission a entendu des témoins anonymes qui étaient des hommes politiques influents du parti social-démocrate et travailliste et qui furent membres de l'exécutif d'Irlande du Nord. Commission EDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, Rapport du 25 janvier 1976, série B n°23-I, p. 175. Un maire est entendu dans l'affaire *Gündem c. Turquie*, n°22275/93, Rapport du 3 septembre 1996, § 88. Il en a été de même dans l'affaire *Güleç c. Turquie*. Commission EDH, *Güleç c. Turquie*, n°21593/93, Rapport du 17 avril 1997, § 77.

⁷⁶⁵ Commission EDH, *France, Norvège, Danemark, Suède et Pays-Bas c. Turquie*, n° 9940-9944/82, Rapport du 7 décembre 1985, Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1985, p. 154.

⁷⁶⁶ M-A. EISSEN – La présentation de la preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 169. S. TRECHSEL – L'établissement des preuves devant la Commission européenne des droits de l'homme, *in La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, op. cit., p. 133.

⁷⁶⁷ Commission EDH, *Chypre c. Turquie*, n°52781/94, Rapport du 4 juin 1999, § 557.

situation de violation dénoncée. Le même article 67 prévoit que la chambre qui accepte la récusation d'un témoin peut néanmoins l'entendre à titre d'information⁷⁶⁸.

740. Dans l'affaire Ogur c. Turquie, la Commission fut appelée à statuer sur la récusation d'un témoin. Le gouvernement turc lui demandait de ne pas considérer la déposition de Cengizhan Uysal comme un élément de preuve au motif que ce témoin était affilié à des organisations terroristes et que des investigations nationales étaient en cours à ce sujet contre lui. S'il est certain qu'un opposant au gouvernement est tenté de tirer profit d'une procédure internationale pour affaiblir son adversaire en favorisant une condamnation dont le retentissement dépasse les frontières du seul Etat turc, il est également habile pour ce même gouvernement d'exciper l'argument infamant de terroriste pour récuser un témoin digne de foi. Le rapport de la Commission montre que cette dernière a choisi d'accepter la déposition litigieuse sur la base d'un raisonnement formaliste. En effet, « *la Commission estime (...) qu'il ne convient pas de faire droit à cette demande puisqu'il ne ressort pas des observations du Gouvernement que le témoin a fait l'objet d'une décision nationale définitive de condamnation pour les faits reprochés, ce qu'a d'ailleurs relevé l'avocat de la requérante dans ses observations en réplique*⁷⁶⁹ ».

741. Jusqu'à l'affaire Yöyler introduite par un requérant qui se plaint de la destruction par incendie de sa maison, de plusieurs biens lui appartenant ou appartenant à ces parents en Turquie, et dans laquelle une délégation de trois juges a entendu trois témoins à Ankara, la Cour n'avait procédé à une audition de témoins que dans l'affaire Brozicek⁷⁷⁰.

742. Ce procès opposait l'Italie à un requérant qui arguait notamment de la violation du droit de tout accusé à être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui. Alors qu'il n'était pas italien d'origine et qu'il ne résidait pas habituellement en Italie, il avait reçu une communication judiciaire tenant lieu « d'accusation » rédigée en italien. Il avait vainement signalé aux autorités judiciaires italiennes compétentes qu'il comprenait peu le contenu de leur communication et les avait prié de la lui adresser dans sa langue maternelle (le tchèque) ou dans l'une des langues officielles des Nations Unies. D'après la Commission, les autorités judiciaires italiennes se contentèrent de présumer que le sens de la communication judiciaire n'échappait pas au requérant. Or, le gouvernement soutenait qu'il

⁷⁶⁸ « elle peut entendre à titre d'information une personne qui ne peut être entendue comme témoin ».

⁷⁶⁹ Commission EDH, Ogur c. Turquie, n°21594/95, Rapport du 30 octobre 1997, § 114.

⁷⁷⁰ Brozicek c. Italie, 19 décembre 1989, série A n°167.

ressortait sans ambiguïté des actes de la procédure que M. Brozicek savait suffisamment l'italien.

743. Pour régler le litige, la Cour devait lever le voile sur la question de savoir si le requérant avait une maîtrise suffisante de l'italien lui permettant de comprendre la portée de l'acte lui notifiant les accusations formulées contre lui.

A la demande du gouvernement, la Chambre a décidé d'entendre cinq témoins, puis elle a consenti à recueillir les déclarations d'autres personnes à la requête du requérant. Les juges MATSCHER et PETTITI ont procédé aux auditions au palais des droits de l'homme en présence des adversaires. Un incident survint néanmoins ; l'une des personnes autorisées à déposer fut empêchée pour un motif légitime de se rendre à Strasbourg. Les deux juges décidèrent d'accueillir une déclaration écrite de sa part en réservant l'appréciation de sa pertinence et de sa recevabilité à la Cour. Une suite analogue fut également réservée à d'autres déclarations écrites que le requérant avait adressée au greffe⁷⁷¹.

La lecture de l'arrêt révèle que les témoignages recueillis par les deux juges jouèrent un rôle décisif dans la solution du litige. La Cour estima que les autorités judiciaires auraient dû donner suite aux demandes de traduction du requérant sauf à établir qu'en réalité, il possédait assez l'italien pour comprendre les actes judiciaires qui le concernaient. Or, indique l'arrêt, « *pareille preuve ne ressort ni des pièces du dossier ni des dépositions des témoins entendus le 23 avril 1989 (par les deux juges à Strasbourg). Il y a donc eu sur ce point, violation de l'article 6 § 3 a)*⁷⁷² ».

744. Bien des affaires ont pu être abordées avec suffisamment d'information grâce à l'audition de témoins rencontrés par la Commission. Mais il convient de noter combien dans ce domaine, les règles applicables sont encore imparfaites. La Cour, comme naguère la Commission, ne dispose d'aucun moyen de contraindre des personnes à comparaître. De plus aucun dispositif ne permet de sanctionner la fausse déclaration, et dans cette hypothèse, il appartiendra à la juridiction d'en référer à l'Etat sous l'autorité de laquelle il est placé. Il conviendra de revenir sur ces éléments qui illustrent la nécessité pour la Cour de recourir à la coopération des Etats si elle entend mener des enquêtes efficaces. Et les choses ne sont pas nécessairement différentes pour ce qui est des mesures exécutées par un technicien.

Sous-section 2 – Les mesures exécutées par un technicien

⁷⁷¹ Brozicek c. Italie, 19 décembre 1989, série A n°167, §§5-7.

⁷⁷² Brozicek c. Italie, 19 décembre 1989, op. cit., § 41.

745. Le recours à des experts, c'est-à-dire à des personnes appelées en raison de leur savoir à fournir une information à caractère technique sur une question précise dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, présente l'intérêt d'enrichir le dossier par un rapport objectif dans un domaine où la connaissance et la sagacité des juristes ne suffisent pas. En matière de protection internationale des droits de l'homme, il remplit le rôle classique d'éviter une appréciation non éclairée des circonstances de l'affaire, mais son régime et sa pratique sont quelque peu différents selon que l'on observe le système interaméricain de protection des droits de l'homme (§ 1) ou celui de la Cour européenne des droits de l'homme (§ 2).

§ 1 – L'expertise dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme

746. Dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme, l'usage de ce moyen procédural est assez fréquent⁷⁷³. Non seulement la Commission interaméricaine y a souvent recours, ce qui aboutit à la présentation de nombreux rapports d'expertises devant la Cour de San José, mais cette juridiction internationale a en plusieurs fois ordonnées d'office alors même qu'elle disposait parfois d'un dossier très documenté.

747. Afin de se prononcer sur une allégation de disparition forcée aux Honduras dont deux ressortissants costariciens furent les présumées victimes, la Cour interaméricaine commanda d'office une expertise en vue de vérifier l'authenticité de la signature de l'un d'entre eux sur un document attestant qu'il était effectivement entré sur le territoire hondurien⁷⁷⁴. La décision de recourir à cette mesure d'instruction est d'autant plus intéressante qu'elle est venue s'ajouter à un premier rapport ordonné par la Commission qui n'avait pas apporté de réponses suffisantes aux interrogations de la Cour. Dans l'affaire Gangaram Panday, la Cour interaméricaine a commis plusieurs experts afin d'établir si la victime avait été torturée durant la détention au cours de laquelle elle mourut. Les rapports n'ont pas fourni d'indices suffisamment clairs pour que la Cour soit convaincue de la violation de l'intégrité physique de la victime⁷⁷⁵. On peut également se référer à la résolution du 29 août 1998 adoptée au cours du procès opposant Loayza Tamayo à l'Etat péruvien par laquelle la Cour décide d'office de solliciter du « colegio médico de Chile » plusieurs rapports

⁷⁷³ Pour une présentation générale de la pratique de cette juridiction, se reporter notamment à : A. SOLANO MONGE – La prueba pericial ante la corte interamericana de derechos humanos, in *Liber amicorum Héctor FIX-ZAMUDIO*, San José, vol. II, 1998, p. 1451 ; H. FAUNDEZ LEDESMA – *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos...*, op. cit., p. 469-470.

⁷⁷⁴ Cour IADH, Fairén Garbí y Solís Corrales, 15 mars 1989, Série C n° 6, §§ 124, 138.

⁷⁷⁵ Cour IADH, Gangaram Panday, 21 janvier 1994, Série C n° 16, § 30 1) ; §§ 55-56.

sur la santé physique et mentale de madame Elena Loayza Tamayo⁷⁷⁶. Les conclusions de l'expertise servirent à l'évaluation de la réparation due à la victime fixée par un arrêt du 27 novembre 1998⁷⁷⁷. Ces quelques exemples montrent que les avis techniques et objectifs des experts ont éclairé la Cour dans des affaires fort différentes qui concernaient tant le fond des litiges que les questions liées à l'indemnisation des victimes. C'est sans doute un signe de vitalité du système interaméricain, mais c'est également la source d'un allongement d'une procédure se déroulant devant deux institutions dont une, la Commission interaméricaine, a pour fonction spécifique d'établir les faits du différend.

748. Cette fréquence a, par ailleurs, permis au système américain de préciser davantage les conditions de cette mesure d'instruction à mesure qu'elle suscitait des contestations. Par exemple, la question de la récusation des experts a fait l'objet d'une attention particulière de la part de la Cour interaméricaine. Plus précisément, dans l'affaire Paniagua Morales y otros, elle adopta une position souple et tournée vers l'optimisation de ces moyens d'information à l'occasion de l'interprétation des dispositions de l'article 44 de son règlement de procédure⁷⁷⁸.

749. Ce texte prévoit que les parties ont le droit de récuser les témoins en invoquant les mêmes motifs applicables à la récusation des juges du tribunal international. Il indique également qu'une partie dispose d'un délai de quinze jours à compter de la notification désignation pour faire valoir la récusation. Ces deux articles soulevèrent quelques difficultés d'interprétation qui constituent un des intérêts de l'affaire Paniagua.

La Commission interaméricaine offrit, au cours du procès, de substituer de nouveaux rapports d'expertise à ceux qu'elle avait déjà déposés. Le secrétariat du tribunal international transmit cette offre au gouvernement guatémaltèque en ne lui accordant que trois jours pour faire valoir ses observations. Au lendemain de l'expiration de ce délai, la Cour interaméricaine résolut d'accepter l'offre de la Commission.

Le gouvernement ne manqua pas de faire valoir que le délai accordé n'était pas conforme à l'article 44 § 2 du règlement de procédure de la juridiction. Quelle pouvait être les conséquences d'un manquement aussi évident aux règles de procédure ?

La Cour de San José décida néanmoins de retenir l'offre de la Commission. Elle fonda cette décision sur un raisonnement qui montre qu'elle n'agit pas avec un formalisme excessif,

⁷⁷⁶ Cour IADH, Loayza Tamayo, 27 novembre 1998, § 1-2, série C n° 42, § 130.

⁷⁷⁷ Cour IADH, Loayza Tamayo, op. cit., §§ 75-77.

⁷⁷⁸ Le nouveau règlement de procédure de cette juridiction, adopté le 24 novembre 2000 et entré en vigueur le 1^{er} juin 2001, a conservé cette disposition intacte.

et qu'elle souhaite avant tout parfaire sa compréhension du litige, quitte à s'écarter parfois d'une interprétation stricte de son code de procédure⁷⁷⁹.

Elle commença par relever que dans sa demande, le gouvernement se bornait à faire valoir l'insuffisance du délai sans invoquer aucun des motifs de récusation prévus par le règlement. Elle s'appuya également sur la règle qui autorise le président, en cas d'urgence et après consultation de la commission permanente, à désigner un nouvel expert et de statuer en dernier ressort sur sa valeur probante⁷⁸⁰.

750. Il faut dire que même si la Cour avait admis la récusation, elle aurait pu, sur le fondement du même article 44 ordonner la présentation du rapport en tenant compte de cet élément lors de l'évaluation de sa force probante⁷⁸¹.

751. Dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme, le régime de l'expertise est détaillé en raison d'un usage fréquent qui contraste avec la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme. Mais dans l'ensemble, les normes procédurales sont comparables, à la fois dans les règles de conduite, de récusation, et il en est de même pour les incidences financières dans la mesure où les deux règlements de procédure imposent de mettre les frais de l'expertise à la charge de celui qui propose d'utiliser ce moyen procédural⁷⁸².

§ 2 – L'expertise devant la Cour européenne des droits de l'homme

752. La Cour européenne des droits de l'homme fait rarement appel à des experts pour résoudre les litiges qui lui sont soumis⁷⁸³. Le règlement de procédure a pourtant bâti un ensemble de règles sagement coordonnées qui permet aux chambres, comme à la Grande chambre, d'y recourir d'office et qui encadre de manière souple mais suffisante la mise en œuvre de cette mesure d'instruction. D'abord, la faculté de recourir d'office à des experts est fondée sur l'article 42 § 1 du règlement. Si le texte organise leur convocation par le greffe⁷⁸⁴, l'imputation des frais occasionnés⁷⁸⁵, la possibilité de les récuser⁷⁸⁶ et le droit des juges de

⁷⁷⁹ Cour IADH., Paniagua Morales y Otros, Résolution, 23 septembre 1997.

⁷⁸⁰ Article 44 § 4 du règlement de la Cour interaméricaine.

⁷⁸¹ Article 44 § 3 du règlement de la Cour interaméricaine.

⁷⁸² Article 45 du règlement de la Cour interaméricaine.

⁷⁸³ Généralement, elle utilise des rapports d'expertise présentés au juge interne ou à la Commission européenne. Par exemple, Dans l'affaire Brozicek, la Cour a pu prendre connaissance d'une expertise graphologique déjà présentée à la Commission et produite par le requérant à ces propres frais.

⁷⁸⁴ Article 65 § 1.

⁷⁸⁵ Article 65 § 3.

⁷⁸⁶ Article 67.

leur poser des questions⁷⁸⁷, il ne s'agit que d'un encadrement minimal qui laisse à la pratique le soin de régler les détails.

753. La Cour n'a eu recours à l'expertise que dans l'affaire Papamichalopoulos c. Grèce⁷⁸⁸. Dans ce procès, après qu'elle eût rendu au fond une décision de violation du droit de propriété relativement à des terrains occupés illégalement depuis plus de 28 années, elle constata que sur la question de satisfaction équitable, le dossier n'était pas en état au regard de la grande différence d'estimation du préjudice présentée par les plaideurs. Elle accepta d'utiliser les lumières de trois experts afin de déterminer la somme précise que l'Etat grec devrait verser à la victime. Ce fut l'occasion pour elle d'inaugurer cette mesure d'instruction et d'apporter quelques réponses aux interrogations suscitées par le régime qui lui est applicable. A cet égard, il convient de souligner qu'à l'époque le règlement A était encore en vigueur et que c'est à travers lui que la Cour a pu mener à bien sa mission. Le régime de l'expertise n'a pas changé après l'adoption du protocole 11, aussi faut-il considérer que les enseignements que l'on peut dégager de l'affaire Papamichalopoulos demeurent encore valables. Ils concernent les conditions de choix des experts (A), et le régime de l'expertise (B).

A – Le choix des experts

754. En premier lieu, la décision éclaire sur les conditions de choix des experts. Alors que le règlement est muet sur cette question, l'arrêt de la Cour sur le fond invite le requérant et le gouvernement à lui « *communiquer, dans les deux mois, les noms et qualités d'experts choisis d'un commun accord pour évaluer les terrains litigieux* ». Le commun accord n'est pas une exigence procédurale fondée sur un texte, mais l'expression du libre choix de la juridiction internationale. Elle aurait pu désigner un expert, mais elle a préféré, pour des raisons pratiques et peut-être également pour favoriser un climat d'apaisement, de s'appuyer sur un échange de volontés entre les adversaires. Dans l'arrêt tranchant la question des réparations, elle indique qu'en « *demandant aux parties de choisir d'un commun accord des experts, la Cour visait à éviter le caractère unilatéral de l'évaluation avancée par les requérants dans les rapports qu'ils avaient déposés avant et après l'audience au principal et que n'avait pas pris en considération la Cour*⁷⁸⁹ ». Certes, en permettant aux parties de

⁷⁸⁷ Article 68 § 1.

⁷⁸⁸ Papamichalopoulos et autres c. Grèce (*article 50*), 31 octobre 1995, série A n°330-B.

⁷⁸⁹ Papamichalopoulos et autres c. Grèce (*article 50*), op. cit., § 59.

récuser les experts, le règlement de procédure organise l'intervention des parties dans le choix de l'expert. Mais il n'impose pas qu'elles le désignent ensemble.

755. Sur ce point, il faut relever les différences avec le système américain dans lequel, ni le règlement, ni la Cour ne se réfèrent au commun accord des plaideurs et qui énumère les motifs de récusation des experts alors que le règlement de la Cour garde le silence sur cette partie du régime de l'expertise.

B – Le régime de l'expertise

756. Les parties ont le droit de contester l'expertise, mais compte tenu de la faible expérience de la Cour, il y a peu à dire sur cet événement procédural, si ce n'est qu'il appartient à la formation de jugement de décider de l'issue de la contestation de la validité de l'expertise. Le gouvernement contestait la validité de l'expertise dans son intégralité à cause de la non-participation de l'un des trois experts à sa rédaction et du fait que les experts auraient dépassé leur mandat en prenant en considération des éléments qui n'avaient pas été indiqués par la Cour. Pour vider la contestation, la Cour a alors invité ledit expert à confirmer par écrit qu'il souscrivait aux constats de ses confrères, mais elle n'a reçu cependant aucune réponse de sa part⁷⁹⁰.

757. Par ailleurs, l'arrêt Papamichalopoulos règle le sort du coût de l'expertise d'une manière fort intéressante. L'article 41 § 3 prévoyait, à l'instar de l'actuel article 42 § 5, que le plaideur qui sollicitait la mesure d'instruction en supportait les frais à moins que la chambre n'en décide autrement. Dans les autres cas, il appartenait à la chambre de décider s'il fallait les mettre à la charge du Conseil de l'Europe ou de toute personne, requérant ou tiers, qui a sollicité la rédaction du rapport.

S'agissant de la question de savoir qui devait rémunérer les experts, le gouvernement avançait qu'il ne saurait en aucun cas supporter les sommes demandées car l'expertise avait été sollicitée par la Cour européenne des droits de l'homme et ne fait pas partie, selon lui, des frais et dépens. Subsidiairement, il demandait à la Cour de laisser aux juridictions nationales le soin de statuer sur ce problème.

La juridiction internationale concède que le coût de l'expertise ne fait pas partie des frais et dépens ; aux termes de l'arrêt : « *la rémunération des experts ne constitue pas des dépenses que les intéressés auraient eux-mêmes encourues dans l'ordre juridique interne afin*

⁷⁹⁰ Papamichalopoulos et autres c. Grèce (article 50), op. cit., § 14.

d'essayer de prévenir ou faire corriger une violation ou, par la suite, devant les organes de la Convention pour la faire constater ». Mais, la Cour rejette l'argumentation du gouvernement pour le surplus ; elle estime qu' « *il s'agit cependant des frais liés à la réalisation d'une expertise que la Cour a jugée indispensable afin de donner aux requérants la possibilité d'obtenir l'effacement de la violation relevée par l'arrêt au principal*⁷⁹¹ ». Ainsi, pour imputer les frais de l'expertise à l'Etat défendeur, la Cour élargit les postes traditionnelles de la satisfaction équitable en y incluant le paiement des frais de l'expertise requise par la Cour⁷⁹². En outre, sur la base d'un raisonnement déductif elle retient que le recours à cette mesure d'instruction fait suite à une violation constatée dans le chef de cet Etat. Autrement dit, c'est la violation qui a conduit à l'expertise. Cette argumentation donne à penser que dès lors que l'expertise se rapportera à la satisfaction équitable, même si elle est ordonnée d'office par la Cour, la même justification conduira la Cour à mettre les frais à la charge de l'Etat défendeur.

758. On peut se demander quelle attitude le juge doit adopter face au rapport déposé devant lui. Il est clair que lorsque la Cour confie une mission à des experts, elle ne perd pas pour autant son pouvoir d'appréciation sur tous les éléments du dossier. Cependant, il est très difficile pour des juges de remettre en cause des conclusions déposées par des techniciens d'ailleurs sollicités pour pallier le manque de compréhension de l'affaire ou pour amener des éléments que les juges ne sont pas capables de recueillir eux-mêmes. Dans l'affaire Papamichalopoulos, la Cour se fia entièrement aux estimations des experts et décida d'écarter de l'indemnisation des zones classées sur le littoral en raison de l'incertitude qu'ils avaient relevée quant à leur régime.

759. Il revient à la pratique de préciser le régime juridique de l'expertise. L'affaire Papamichalopoulos a permis de mettre ne lumière l'intérêt de cette mesure d'instruction et d'en évaluer le bénéfice pour la protection des droits. On peut toutefois regretter que l'espèce soit isolée car le jugement gagne en crédibilité s'il repose sur des fondements que les parties savent précis.

Conclusion du chapitre I

760. L'attribution à la Cour de pouvoirs d'investigation répond au souci d'enrichir le dossier de l'affaire et permet de fournir un point d'équilibre aux charges pesant sur les

⁷⁹¹ Papamichalopoulos et autres c. Grèce, op. cit., § 52.

⁷⁹² M-A BEERNAERT – Le contentieux de la satisfaction équitable devant la Cour européenne des droits de l'homme, observations sur l'arrêt Papamichalopoulos, *R.T.D.H* 1997, 489.

parties durant l’instruction. A cet égard, deux traits remarquables n’ont pas tardé à transparaître au fil de l’étude.

761. En premier lieu, on ne peut manquer de noter qu’à quelques détails près, le régime juridique de l’intervention de la Cour est comparable à celui d’autres juridictions internationales, voire nationales. Ni le principe du caractère discrétionnaire de son intervention, ni ses modalités de mise en œuvre ne se distinguent par leur originalité.

762. Fondé en raison comme en droit, le premier ménage la souplesse requise par la diversité des situations litigieuses. Le juge n’est pas un automate censé acquiescer aux demandes de mesures d’instruction formulées par les parties. En quête des éléments de preuve pertinents, il décide d’utiliser ses pouvoirs à mesure que sa conviction se forme. Il peut d’office ou à la sollicitation des parties et des tiers, se procurer des informations par l’interrogatoire, l’audition de témoins, l’expertise et la visite *in loco*. Il peut ainsi agir en faveur de la victime lorsque cette dernière ne dispose pas de la possibilité d’accéder aux preuves nécessaires au succès de sa cause. Lorsque ce handicap existe, car il est loin d’être permanent, la faculté laissée à la Cour constitue un renfort opportun de l’effectivité de la garantie internationale des droits.

763. La liberté d’appréciation du juge s’applique également au choix de la mesure susceptible d’être exécutée. En puisant dans les outils communs du droit de la preuve, les sources de la procédure ont doté la Cour d’un arsenal qui lui permet de graduer son intervention. Cependant, la pratique montre qu’elle fait davantage appelle à la demande d’information au détriment des moyens d’investigation les plus énergiques.

764. Cette propension est peut-être liée au second trait important que l’on voudrait évoquer. Les conditions et les modalités d’intervention de la Cour se caractérisent par une remarquable stabilité. La sous utilisation de certaines mesures d’instruction s’explique en grande partie par la présence de Commission européenne des droits de l’homme qui était chargée en premier lieu de l’établissement des faits. Il s’ensuivait une relative timidité du juge en ce domaine encouragé par la recherche de la célérité du procès. Pourtant, le transfert de la tâche de la Commission à la nouvelle Cour européenne des droits de l’homme par le protocole 11 n’a pas altéré l’arsenal de mesures dont elle dispose. C’est que les deux institutions disposaient de façon concomitante de pouvoirs identiques en matière de fait. Ce qui change c’est que la Cour est aujourd’hui appelée à les utiliser davantage dans l’accomplissement de sa mission. Ce faisant, elle ne manquera pas de se heurter à des obstacles pratiques que la Convention a entendu résoudre en imposant aux Etats de participer à la recherche des preuves.

Chapitre II – La participation des Etats à la recherche des preuves

765. Pour garantir une répartition équilibrée de la charge de la preuve, il ne suffit pas de confier au juge d'importants pouvoirs d'investigation, encore faut-il que le droit lui offre les moyens de surmonter les obstacles pratiques de nature à compromettre l'efficacité de leur mise en œuvre.

766. Il faut d'abord qu'il bénéficie du concours de l'Etat dans la réalisation de l'enquête. Cette exigence est particulièrement pesante dans le cadre d'une visite *in loco* en vue de rencontrer des témoins ou d'examiner des conditions de détention des requérants. La recherche des témoins, leur protection, l'ouverture et la transmission de certains documents constituent des exemples caractéristiques de formalités qui seraient extrêmement pénibles, voire impossibles, si l'Etat défendeur ne prêtait quelque assistance aux délégations envoyées sur son territoire.

767. C'est pourquoi en ratifiant la Convention, les Etats s'obligent à accorder « *toutes facilités* » nécessaires à la réussite de l'enquête diligentée par la Cour. Naguère imposée par l'article 28 §1 a), cette coopération trouve aujourd'hui sa base juridique dans l'article 38 de la Convention qui n'en a pas modifié la substance. A cet égard, il importe de rappeler que l'étude ne pourra pas ignorer la pratique de la Commission puisque la nouvelle Cour ne possède pas une expérience suffisamment grande pour répondre à toutes les questions suscitées par l'efficacité de ses pouvoirs d'enquête. De surcroît, il n'est guère possible de puiser dans l'œuvre de l'ancienne juridiction qui, respectueuse de la mission d'établissement des faits accomplie par la Commission, n'a eu recours à l'expertise que dans une occasion unique⁷⁹³, tandis qu'elle n'a procédé qu'une seule fois à l'audition de témoins⁷⁹⁴. Par conséquent, bien qu'elle se nourrisse de l'observation des multiples exemples offerts par la Commission, l'analyse sera pour une bonne part prospective, en particulier lorsqu'elle s'attachera à éclairer les diverses solutions dont la Cour pourra s'inspirer pour remplir son office.

768. Un autre obstacle peut provenir de l'incapacité de la Cour à lever l'incertitude qui entoure les faits litigieux. L'enquête peut être inutile si, en raison du temps écoulé depuis leur survenance, les traces des faits dénoncés ont disparu et les témoignages proposés par les parties font appel à un souvenir trop lointain pour être fiables. De plus, la Cour ne dispose pas

⁷⁹³ Papamichalopoulos et autres c. Grèce (*article 50*), 31 octobre 1995, série A n°330-B.

⁷⁹⁴ Brozicek c. Italie, 19 décembre 1989, série A n°167.

de moyens suffisants pour se comporter comme une juridiction de première instance à l'égard de toute question de fait dont elle est saisie. Le principe même du contrôle subsidiaire implique une certaine retenue dans l'investigation des faits qui allongerait la durée du procès, engorgerait irrémédiablement le rôle de l'institution et amoindrirait par la même la qualité de la protection offerte aux droits de l'homme.

769. Pour contourner cet écueil, la Cour semble avoir choisi de dynamiser les procédures nationales en imposant aux Etats de mener une enquête effective lorsqu'ils sont saisis de certaines violations de la Convention. La qualité de l'enquête conduit à faire la lumière sur les faits et délivre la Cour du besoin de procéder à des mesures d'instruction. Il s'agit d'une lecture stratégique de la jurisprudence de la Cour, car elle n'a pas établi de relation entre ces nouvelles obligations positives et le règlement de ses problèmes contentieux. On objectera sans doute qu'il n'y a pas de preuve incontestable de la volonté de la Cour d'utiliser les clauses normatives de la Convention pour améliorer la marche de l'instance internationale. Mais si les finalités poursuivies par la Cour peuvent demeurer un sujet de controverse, il est certain que la réalisation d'une enquête effective par les autorités nationales diminuera considérablement son rôle dans la réunion des preuves. A ce titre, quel que soit le dessein de la Cour, l'obligation de mener une enquête effective contribue à la mise en équilibre des parties.

770. Il faut néanmoins remarquer qu'à la différence de l'obligation de coopération fondée sur l'article 38 de la Convention, l'obligation d'enquêter n'affecte pas directement la répartition de la charge de la preuve durant l'instruction ; elle prévient la difficulté en corrigeant l'asymétrie de l'accès aux preuves devant la Cour. Son étude se justifie pour autant qu'elle apparaisse comme un palliatif des imperfections des pouvoirs d'enquête confiés à la juridiction.

771. En somme, la participation des Etats à la réunion des preuves possède à la fois une dimension internationale et une dimension nationale. D'un côté, l'Etat est tenu de coopérer à la réunion des preuves durant l'instance internationale (Section I), de l'autre, il lui assure sa collaboration à travers les procédures nationales (Section II).

Section I – La coopération des Etats à la réunion des preuves dans l’instance internationale

772. La nécessité de collaboration de l’Etat a été relevée par de nombreuses institutions internationales, parmi lesquelles on peut citer la C.I.J.⁷⁹⁵ ou la Cour interaméricaine des droits de l’homme⁷⁹⁶. Il s’agit d’une condition de fait qui pèse sur la réussite de toute mission d’enquête internationale. La Convention a donc cherché à déjouer l’obstacle en imposant aux Etats de coopérer à la recherche des preuves. Elle n’a pas défini le contenu de cette obligation, abandonnant cette tâche à d’autres engagements internationaux⁷⁹⁷ et à la sagacité de la pratique. Il était prévisible que ses implications seraient nombreuses et diversifiées, particulièrement difficiles à enclorre dans un texte précis. Ainsi, la coopération des Etats se pose comme une règle d’efficacité (sous-section 1) dont la mise en œuvre se caractérise par une certaine complexité (sous-section 2).

Sous-section 1 – Une règle d’efficacité

773. La préservation de leur souveraineté conduit les Etats à faire obstacle à toute tentative de transposer la puissance du juge interne à son homologue international. Lorsqu’ils lui confient des pouvoirs d’enquête, ils se sentent tenus de s’obliger formellement à lui accorder leur assistance comme pour ne pas manquer l’occasion de rappeler leur souveraineté. De ce point de vue, la formulation de la règle de coopération fait figure de redondance puisqu’elle est solidaire de l’attribution des pouvoirs d’investigation. Cependant, elle a le mérite de rappeler que les problèmes liés à l’identification et la rencontre des témoins, à l’accès aux lieux et aux documents utiles à l’enquête sont autant d’éléments qui font de cette

⁷⁹⁵ Dans l’arrêt rendu sur le fond sur l’affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, cette juridiction refuse de recourir à une enquête dont la réussite est compromise par la non-comparution de l’Etat défendeur. Après avoir rappelé que son statut l’autorise à confier à la personne ou à l’organe de son choix la charge de procéder à une enquête ou à une expertise, « *il lui a paru douteux qu’une telle enquête fût praticable ou désirable en l’espèce, d’autant que, pour s’acquitter convenablement de sa tâche, un organe de ce genre aurait pu éprouver la nécessité de se rendre non seulement sur le territoire de l’Etat demandeur, mais aussi sur ceux de quelques autres pays voisins, voire sur celui de l’Etat défendeur, alors que celui-ci a refusé de comparaître devant la Cour* » C.I.J., Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (fond), 27 juin 1986, Rec. 1986, p. 40, § 61.

⁷⁹⁶ Dans son arrêt Velasquez Rodriguez, la Cour interaméricaine remarque que « *bien que la Commission (interaméricaine) ait le pouvoir de mener des enquêtes, elle ne peut, en pratique, les effectuer sur le territoire relevant de la juridiction de l’Etat sans la coopération de ce dernier et les moyens qu’il met à sa disposition* ». Cour IADH, Velásquez Rodríguez, 29 juillet 1988, série C n°. 4, § 137, traduction R.U.D.H 1992, p. 157.

⁷⁹⁷ Ainsi en est-il de l’Accord européen concernant les personnes participant aux procédures devant la Commission et la Cour européennes des droits de l’homme, et surtout du Quatrième protocole additionnel à l’accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l’Europe.

collaboration une nécessité pratique⁷⁹⁸ (§ 1). C'est d'ailleurs cette dimension qui justifie, en partie, le fait qu'elle bénéficie d'une reconnaissance internationale (§ 2).

§ 1 – Une nécessité pratique

774. L'Etat dispose de moyens suffisants pour nuire à la réunion des preuves. Il peut l'empêcher par différentes actions, comme la rétention d'information, la séquestration des témoins ou en posant des obstacles d'ordre administratif aux délégations qui se trouvent sur son territoire. Il peut lui nuire par sa passivité qui rendra pénible et longue la recherche des preuves. La coopération de l'Etat apparaît donc comme une contrainte pour l'enquête internationale (A). Cette condition provient de la nature même de la procédure internationale qui met en cause la responsabilité d'un sujet souverain du droit international. C'est ce qui explique que l'obligation de coopération soit reconnue par de nombreuses institutions internationales (B).

A – Une contrainte pour l'enquête internationale

775. En affinant l'étude de l'obligation de coopération, on s'aperçoit qu'elle poursuit le double objectif de pallier l'inachèvement des pouvoirs d'enquête de la Cour (1) et d'empêcher qu'au cours de l'instance l'Etat défendeur n'adopte une attitude de passivité (2).

1 – L'inachèvement des pouvoirs d'enquête de la Cour

776. Une enquête peut être partiellement mise en échec lorsqu'un témoin parfois essentiel n'est pas entendu, soit qu'il n'ait pas été retrouvé, soit qu'il ait refusé de comparaître. La non-comparution constitue ainsi un problème crucial dans le cadre des

⁷⁹⁸ La souveraineté ne semble pas être l'élément le plus important de la consécration de la règle de collaboration. Avec J. Charpentier, il faut reconnaître que la collaboration des Etats est indispensable « *tant pour des raisons de principe tendant à la sauvegarde, au moins nominale, de sa souveraineté, que pour la nécessité pratique d'aider les inspecteurs* ». J. CHARPENTIER – Le contrôle par les organisations internationales de l'exécution des obligations des Etats, *R.C.A.D.I* 1983, Tome 182, p. 313. L'expression « *au moins nominale* » n'est pas soulignée dans le texte d'origine.

procédures internationales⁷⁹⁹. Or, la Cour, comme la Commission en son temps, ne dispose d'aucune prérogative lui permettant de surmonter cette difficulté.

777. La Commission a maintes fois déploré son impuissance en la matière et s'est singulièrement attachée à la compenser par une évaluation appropriée des preuves. Parmi les nombreuses occasions où elle s'est plainte de cette déficience de ses pouvoirs, on peut noter le cas topique de l'affaire Selçuk. En l'espèce, alors que quatorze témoins avaient été appelés à comparaître, dix ont réellement participé à la procédure. Elle accorde une importance significative au fait qu'aucun des deux procureurs appelés n'a comparu. Durant l'enquête, le gouvernement turc expliqua que l'un d'entre eux n'avait aucun lien avec la requête, et que l'autre n'avait pas souhaité participer car il n'avait rien à ajouter sur cette affaire⁸⁰⁰. On peut également se référer au rapport rendu dans l'affaire Kaya c. Turquie. *« Elle relève à cet égard que la non-comparution du requérant et de M. Hikmet Aksoy ainsi que des deux procureurs à l'audition de Diyarbakır joue un rôle considérable quant au point de savoir si les faits sont établis avec le degré de certitude voulu. La Commission relève cependant que le requérant n'a pas assisté personnellement aux événements en cause et que son témoignage n'aurait eu qu'une faible valeur. En revanche, la contribution de Hikmet Aksoy aurait été précieuse car celui-ci prétend avoir vu la scène ; le fait qu'il ne se soit pas présenté signifie que les délégués n'ont pas pu le soumettre à un contre-interrogatoire afin d'évaluer sa crédibilité et la valeur probante de son témoignage⁸⁰¹ ».*

778. La Cour, pas plus que la Commission, n'est pas habilitée à procéder à des écoutes ou à des perquisitions. D'où l'impérieuse nécessité de solliciter l'aide de l'Etat visité pour accomplir certains actes. Bien que cette question soit l'objet de développement ultérieur, il importe de signaler un exemple remarquable du concours apporté par un Etat défendeur afin de pallier la carence des pouvoirs de l'ancienne Commission.

779. Au cours de l'audition effectuée par les délégués de la Commission, dans l'affaire Timurtas c. Turquie, les représentants du requérant ont produit un document qu'il considérait comme la photocopie d'un rapport d'intervention signé et établi par le commandant d'une gendarmerie. La question de l'authenticité de cette pièce fut mise en débat. La Commission ne disposant d'aucun moyen de vérification pouvait rejeter le document ou tenir compte de la mise en doute de sa valeur probante. Elle choisit une

⁷⁹⁹ D. R. PINZON – Presumption of veracity, non-appearance, and default in the individual complaint procedure of the interamerican system on human rights, *Revista I.I.D.H* 1998, p. 125.

⁸⁰⁰ Commission EDH, Selçuk et Asker c. Turquie, n°23184/94 et 23185/94, Rapport du 28 novembre 1996, § 145.

⁸⁰¹ Tel est le résumé d'une partie du rapport figurant dans l'arrêt rendu par la Cour : Kaya c. Turquie, 19 février 1998, Recueil 1998-I, § 38.

troisième option, qui ne fut d'ailleurs pas plus concluante : « à la demande des délégués de la Commission, les autorités ont procédé à une perquisition en vue de retrouver l'original du rapport en question, mais en vain, ce qui d'après le Gouvernement rend son authenticité sujette à caution⁸⁰² ».

780. Par la magie du droit, ce qui est une contrainte pratique pesant sur l'efficacité de l'enquête devient une ressource juridique pour l'organe international. C'est un atout d'autant plus important pour la répartition équilibrée de la charge de la preuve qu'il interdit à l'Etat défendeur de tirer profit de son mutisme ou de la rétention d'informations.

2 – L'interdiction de la passivité du défendeur

781. L'objectif de l'obligation de collaborer est d'empêcher l'Etat défendeur d'adopter une attitude de passivité qui entraverait l'établissement de la réalité des faits contestés. Cette appréciation peut s'appuyer sur une démonstration assez simple menée à partir d'une représentation abstraite du comportement des parties au cours de l'instance.

782. Pour ce faire, considérons un système de preuve qui fait peser la charge de l'administration de la preuve sur le requérant⁸⁰³. Admettons, pour les besoins de la démonstration, que les faits invoqués par le requérant et contestés par l'Etat ont réellement eu lieu. Les deux parties le savent, mais il est extrêmement difficile au requérant de se procurer des éléments de preuve aptes à établir la vérité. De son côté, l'Etat défendeur détient la preuve décisive de la réalité des faits ou dispose des moyens d'y parvenir.

783. Selon les règles constitutives de ce système, il appartient à la victime de produire les éléments susceptibles de convaincre le tribunal de la justesse de sa version des faits litigieux sous peine de voir retenue la version contraire défavorable à sa cause. Une telle configuration donne à l'Etat le choix entre deux stratégies concurrentes. Soit il exerce son droit à la preuve – nous dirons qu'il choisit de collaborer à la réunion des preuves -, soit il ne l'exerce pas - nous dirons qu'il choisit une attitude de passivité. La question cruciale est de savoir quelle stratégie il va adopter, ce qui revient à se demander laquelle, de la stratégie de collaboration ou de passivité, sert le mieux ses intérêts⁸⁰⁴.

⁸⁰² Timurtaş c. Turquie, 13 juin 2000, Recueil 2000-VI, § 28.

⁸⁰³ Selon une conception formelle du principe ancien qui impose au demandeur (dans ce cas la victime) de rapporter la preuve des faits qu'il allègue : *actori incumbit probatio*.

⁸⁰⁴ Il serait probablement naïf de croire que les parties au procès poursuivent autre chose que le couronnement des thèses qu'elles présentent. Il n'est donc pas nécessaire de s'attarder sur le constat que chaque partie construit une stratégie afin de gagner le procès (ou, en langage utilitariste, maximiser son utilité).

784. Sans aucune hésitation, l'Etat va s'abstenir de produire la pièce décisive puisque cet acte présente pour lui un gain moindre que la rétention d'information. En effet, si le requérant ne parvient pas à produire la preuve du fait litigieux il perdra le procès, sauf si cette preuve est apportée par l'Etat. L'Etat n'a donc aucun avantage à adopter la stratégie de collaboration. De même, si le requérant parvient à produire la preuve requise par le succès de sa prétention, la meilleure stratégie est encore la passivité. En collaborant, l'Etat diminue ses chances de gagner le procès. En pratiquant la rétention d'information, il économise des actes procéduraux et de l'énergie, ce qui est d'autant plus intéressant pour lui s'il sait que la version du requérant est conforme à la réalité des faits.

785. Autrement dit, quelle que soit l'attitude du requérant, l'optimum d'utilité pour l'Etat est la passivité. Dans le langage de la théorie des jeux on dit que pour l'Etat, la stratégie de passivité domine la stratégie de collaboration en ce sens que les bénéfices de la première stratégie, quelle que soit l'attitude du requérant, sont supérieurs à ceux que peut lui apporter la stratégie opposée⁸⁰⁵. D'où l'utilité de l'obliger à participer à la recherche des preuves en supprimant purement et simplement la possibilité d'une option stratégique. Tout autre choix aboutirait d'ailleurs à augmenter considérablement les difficultés du requérant à prouver la violation de ses droits et donnerait un avantage supplémentaire à l'Etat.

786. Cette justification, inséparable de la volonté de constituer un dossier le plus complet possible, est suffisamment forte pour qu'elle se traduise par une reconnaissance générale dans le droit international.

⁸⁰⁵ La théorie des jeux peut être sommaire définie comme une branche des mathématiques qui étudie les choix effectués en interaction. Plus largement elle vise également à définir les critères d'optimalité d'un système afin de définir la meilleure configuration possible pour atteindre un objectif donné. Voir sur ce point, G. GIRAUD – *La théorie des jeux*, Paris, Flammarion, Champs Université, Economie, 2000, p 17. En droit ses usages sont multiples, mais cette théorie est délaissée par la doctrine française tandis qu'elle a fait des Etats-Unis et plus largement du droit anglo-saxon son domaine de prédilection. Voir, pour une vue d'ensemble de la question : D. BAIRD ; R. GERTNER ; R. PICKER – *Game Theory and the Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1994.

B – Une reconnaissance dans le contentieux international

787. La réflexion menée sur la reconnaissance de l'obligation de coopérer à la recherche des preuves dans le contentieux international commence par prendre acte de la belle unanimité de la doctrine qui prête à cette exigence une portée générale tout en débattant sur le principe juridique sur lequel elle s'appuie. Ce questionnement, qui a l'intérêt d'illustrer le statut doctrinal de l'obligation de collaborer, présente néanmoins une importance mesurée au regard de la diversité des sources positives de cette règle du droit international.

1 – La reconnaissance doctrinale

788. SANDIFER ne nuançait pas son propos ; pour lui « *the parties to international judicial proceedings have a more extensive obligation to produce all evidence within their control than that normally imposed upon litigants in municipal proceedings*⁸⁰⁶ ». Selon WITENBERG, il y a en droit international un « *principe essentiel* » qui impose aux parties de collaborer à la preuve⁸⁰⁷. Somme toute, la doctrine s'accorde à reconnaître un caractère juridique à l'exigence de la collaboration des parties à la recherche des éléments de preuve⁸⁰⁸.

789. Pourtant, il est difficile de passer sous silence le débat doctrinal suscité par la question du fondement de l'obligation de collaboration en droit international. Il naît dans un contexte où les décisions arbitrales William A. Parker, rendue par la Commission générale des réclamations Etats-Unis Mexique⁸⁰⁹, et Georges Pinson, rendue par la Commission franco-mexicaine⁸¹⁰, restées célèbres pour avoir engagé la réflexion sur cette exigence, se référaient à l'honneur ou à l'intérêt de la justice pour la justifier. La doctrine s'est donc enquis d'un principe juridique susceptible d'ancrer l'obligation de collaboration dans le droit international

⁸⁰⁶ D. V. SANDIFER – *Evidence before international tribunals*, op. cit., p. 115.

⁸⁰⁷ J.C WITENBERG – *La théorie des preuves...*, op. cit., p. 49. D'après cet auteur, « *ce principe est passé très tôt en droit international arbitral. Il y a aujourd'hui trouvé sa forme de grand principe général* ». Bien entendu, pour lui le principe n'est pas le monopole des procédures arbitrales ; aussi, tandis qu'il tente de mettre en exergue le devoir du juge de participer à la recherche des preuves, il déclare : « *les parties, tenues, ainsi qu'on l'a dit, de concourir à la procédure de preuve, obligées de collaborer à la manifestation de la vérité, « quelle qu'elle puisse être », aux termes de l'arrêt Parker de 1926, vont être tenues et obligées de respecter les pouvoirs reconnus au juge international de participer à la procédure de preuve et de collaborer, pour sa part, à la recherche de la vérité* ». J.C WITENBERG – *La théorie des preuves...*, op. cit., p. 54.

⁸⁰⁸ Il semble que seule la définition des implications exactes de l'obligation fassent débat. Voir les développements consacrés à cet aspect du débat doctrinal par M. KAZAZI. M. KAZAZI – *Burden of proof and related issues...*, op. cit., p. 134-136. Voir également G. NIYUNGEKO – *La preuve devant les juridictions internationales*, op. cit., p. 173-174.

⁸⁰⁹ United-States-Mexico General Claims Commission, William A. Parker, 31 mars 1926, R.S.A IV, p. 39.

⁸¹⁰ French-Mexican Claims Commission, Georges Pinson, 19 octobre 1928, R.S.A V, p. 413.

positif. Parmi les principes émergeant comme hypothèse, une place à part doit être réservée au principe de l'exécution de bonne foi des règles internationales, en raison de l'adhésion qu'il semble avoir recueillie dans ce débat⁸¹¹. Le point de départ de ce raisonnement est le caractère consensuel de la justice internationale : si les parties décident de recourir à un juge pour régler leur différend, elles s'engagent par là-même à aider à l'accomplissement de la mission qu'elles lui assignent, et le refus de participer à la réunion des preuves pertinentes peut ainsi apparaître comme contraire à l'accord exprimé⁸¹².

790. Une illustration de ce raisonnement apparaît dans l'ouvrage que E. ZOLLER tire de sa thèse consacrée à la bonne foi en droit international public : « *On admet d'une manière générale, que lorsque l'Etat a consenti à recourir à la juridiction internationale, il doit accepter toutes les conséquences qui découlent de cette manifestation de volonté. Il doit s'y prêter de bonne grâce et, à cette fin (...) ne pas entraver la mise en œuvre du procès international* ». « *La bonne foi est donc un élément fondamental du mécanisme de la preuve. Le juge ne peut décider que sur la base d'une collaboration sincère entre les parties et lui-même*⁸¹³ ».

791. Quelle que soit la validité et la justesse de ce raisonnement appliqué à la justice internationale en général⁸¹⁴, il n'est pas utile d'avancer davantage dans son exposé, non seulement parce qu'il peut susciter des objections fortes mais surtout parce qu'il existe un autre susceptible de recueillir une adhésion moins discutable au sein de la communauté des juristes. Il est en effet de bonne méthode de clore cette discussion – et de s'interroger sur son intérêt – en observant qu'il n'est pas besoin de fonder en principe une exigence assise sur des normes positives consacrées par des conventions internationales ou par la jurisprudence.

792. Ce qu'il faut retenir de ce débat doctrinal c'est qu'il a notamment permis d'élucider le sens exact de la notion de coopération en droit international. Certains auteurs avait fait remarquer que lorsque l'arrêt Parker mettait à la charge des Etats une obligation générale et inconditionnelle de produire tout document se rapportant au différend, il énonçait une norme qui ne serait qu'exceptionnellement suivie, et qu'il s'agissait en quelque sorte

⁸¹¹ Voir sur ce point, G. NIYUNGEKO – *La preuve devant les juridictions internationales*, op. cit., p. 176.

⁸¹² Le raisonnement peut être, *mutatis mutandis*, également transposé aux procédures d'établissement des faits (fact-finding) devant des institutions non juridictionnelles ; c'est du moins l'impression que laisse K. T. SAMSON quand il estime qu'en s'engageant à respecter une convention internationale qui institue une procédure de contrôle, les Etats contractent de ce fait l'obligation de collaborer à la mise en œuvre de la surveillance internationale : « *In the case of procedures based upon international obligations, the duty to cooperate is implicit in the acceptance of those obligations* ». K. T. SAMSON – *Procedural law*, in B. G. RAMCHARAN (Ed.) – *Fact-finding in the field of human-rights*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1982, p. 57.

⁸¹³ E. ZOLLER – *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1977, p. 141 et 149.

⁸¹⁴ Il y a lieu de relever que dans la thèse de E. ZOLLER, le statut juridique de la bonne foi est fortement nuancé, sinon contesté.

d'une exigence irréaliste de la justice internationale⁸¹⁵. Aussi ont-ils convenu que l'obligation de coopérer ne s'applique que dans la mesure où une enquête est diligentée par un organe international. C'est d'ailleurs la signification qui est consacrée par les instruments internationaux.

2 – Les consécutions internationales

793. L'obligation de collaborer à la manifestation de la vérité est en effet consacrée à la fois par des conventions internationales, des règlements de procédure, des résolutions (a) ou par des décisions rendues par les juridictions ou arbitres internationaux (b).

a) Les consécutions textuelles

794. Dans le champ des sources textuelles, elle se trouve parfois comprise dans une formulation générale qui invite les parties à coopérer avec l'institution internationale en charge du règlement du différend. Ainsi, l'article 75 de la Convention de La Haye pour le règlement pacifique des conflits internationaux de 1907 stipule que « *les Parties s'engagent à fournir au Tribunal, dans la plus large mesure qu'Elles jugeront possible, tous les moyens nécessaires pour la décision du litige* ». De son côté, la Convention européenne sur le règlement pacifique des différends de 1957 précise que « *les parties faciliteront les travaux de la Commission spéciale de conciliation et, en particulier, lui fourniront dans la plus large mesure possible tous documents et informations utiles. Elles useront des moyens dont elles disposent pour lui permettre de procéder sur leur territoire et selon leur législation à la citation et à l'audition des témoins ou d'experts et à des transports sur les lieux*⁸¹⁶ ».

La même prescription est inscrite aux paragraphes 2 b) des articles 29 et 28 des statuts des tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda qui prévoient que « *Les Etats répondent sans retard à toute demande d'assistance ou à toute ordonnance émanant d'une Chambre de première instance et concernant, sans s'y limiter : b) la réunion des témoignages et la production des preuves*⁸¹⁷ ». Le raisonnement *a fortiori* vaut également s'agissant de la Cour pénale internationale. A cet égard, M. UBEDA, après avoir relevé que l'article 86 du

⁸¹⁵ Voir M. KAZAZI – *Burden of proof and related issues...*, op. cit., p. 134-136. Voir également G. NIYUNGEKO – *La preuve devant les juridictions internationales*, op. cit., p. 173-174.

⁸¹⁶ Article 14.

⁸¹⁷ Y. NOUVEL – *La preuve devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, R.G.D.I.P 1997, p. 934.

statut de Rome consacre l'obligation générale de coopérer, remarque « *qu'elle est suivie d'obligations précises visant des aspects spécifiques de la coopération, dans les articles 87 à 102 du statut, obligations qui seront précisées dans le règlement de procédure et de preuve adopté par l'Assemblée des Etats parties conformément à l'article 51 du statut*⁸¹⁸ ».

795. De son côté, la Convention américaine des droits de l'homme n'a pas omis d'exiger cette participation des Etats qu'elle lie. En son article 48 § 1 d), qui n'est guère différent de la première version de l'article 28 § 1 a) de la Convention européenne des droits de l'homme, elle précise que la Commission interaméricaine des droits de l'homme, « *si cela s'avère nécessaire et approprié* », « *entreprendra une enquête, pour la conduite efficace de laquelle elle sollicitera, et les Etats intéressés lui fourniront, tout le concours nécessaire*⁸¹⁹ ». Cette assistance des Etats parties est également prévue par le règlement de procédure de la Cour selon lequel les Etats ont le devoir d'apporter leur coopération « *en ce qui concerne tout acte de procédure que la Cour décide de poser ou d'ordonner sur le territoire de l'Etat partie à l'affaire*⁸²⁰ ».

b) Les consécutions jurisprudentielles

796. En complément ou parfois en absence de textes normatifs, les juridictions internationales ont, elles aussi, apportées leur contribution à la consécution de cette obligation procédurale. Il faut garder à l'esprit que ce sont des sentences demeurées célèbres comme William A. Parker et Georges Pinson, qui ont attiré l'attention sur cette exigence et donné de la vigueur à la réflexion qui la concerne. De l'affaire Parker, la doctrine retient généralement ce passage, d'ailleurs repris dans l'affaire Georges Pinson : « *it is the duty of the respective Agencies to cooperate in searching out and presenting to this tribunal all facts throwing any light on the merits of the claim presented. The Commission denies the "right" of the respondent merely to wait in silence in cases where it is reasonable that it should speak.*

⁸¹⁸ M. UBEDA – L'obligation de coopérer avec les juridictions internationales, in H. ASCENSCIO ; E. DECAUX et A. PELLET (Ed.) – *Droit international pénal*, op. cit., p. 953.

⁸¹⁹ H. FAUNDEZ LEDESMA – *El sistema interamericano de proteccion de los derechos humanos...*, op. cit., p. 285-286. La Cour interaméricaine des droits de l'homme, statuant sur les exceptions préliminaires soulevées dans l'affaire Velasquez, ne manque pas d'attirer l'attention sur le fait que la procédure de l'article 48, à côté de celle de l'article 50, impose aux Etats le respect de leurs obligations et, de manière plus spécifique, de coopérer dans le cadre de l'enquête diligentée pour l'instruction du procès. § 59 : « *The procedures of Articles 48 to 50 have a broader objective as regards the international protection of human rights: compliance by the States with their obligations and, more specifically, with their legal obligation to cooperate in the investigation and resolution of the violations of which they may be accused* ». Paradoxalement, la décision rendue sur le fond dans cette affaire est moins nette sur cette participation. Car elle met davantage l'accent sur l'intérêt pratique de la collaboration de l'Etat que sur sa valeur juridique, voir *infra* dans le texte.

⁸²⁰ Article 24 § 2.

(...) *while ordinarily it is incumbent upon the party who alleges a fact to introduce evidence to establish it, yet before this commission this rule does not relieve the respondent from its obligation to lay before the Commission all evidence within its possession to establish the truth, whatever it may*⁸²¹».

797. La Cour de justice des communautés européennes a, par un arrêt ancien rendu en matière de fonction publique déclarée qu'il appartient à l'institution défenderesse (le Conseil des communautés) « *de collaborer avec les ayans droit d'un de ses agents en vue de la découverte de la vérité*⁸²² ».

798. Tous ces éléments montrent que la collaboration des parties à la recherche des preuves est largement répandue dans l'ordre international et qu'elle bénéficie de bases juridiques dont la solidité est difficilement contestable. Il en est de même devant la Cour européenne des droits de l'homme, puisque cette participation trouve sa base juridique dans l'article 38 § 1 a) qui, depuis l'entrée en vigueur du protocole 11, s'est substitué à l'ancien article 28 § 1 a) de la Convention.

§ 2 – Une exigence conventionnelle

799. Il y aurait peu à dire sur l'exigence posée aujourd'hui par l'article 38 de la Convention si la transposition de cette obligation d'assistance n'était que la simple répétition d'une règle bien connue du droit international. Cependant, la singularité du contexte juridique de la Convention et le désir d'appréhender le plus fidèlement possible l'équilibre de la répartition de la charge de l'administration de la preuve invitent l'observateur à se poser plusieurs questions.

800. D'abord, il convient de s'interroger sur l'économie du nouvel article 38 § 1 a) de la Convention afin d'identifier les changements apportés par le protocole 11 et d'en mesurer la portée véritable. A cet égard, la lecture de cette nouvelle rédaction montre que les modifications opérées ont implicitement précisé que l'obligation de collaboration n'était pas une règle générale et inconditionnelle, mais qu'elle ne valait que dans le cadre de l'enquête menée par l'institution internationale.

801. En second lieu, on peut se demander si les traits spécifiques du mécanisme européen comme le principe de garantie collective et l'ouverture du contentieux international

⁸²¹ United-States-Mexico General Claims Commission, William A. Parker, 31 mars 1926, R.S.A IV, p. 39.

⁸²² C.J.C.E, 16 juin 1971, Anne Duraffour contre Conseil des Communautés européennes, Affaire 18-70, Recueil de Jurisprudence 1971, § 31, p. 515.

à des individus n'ont pas eu d'incidence sur le champ d'application de la règle de collaboration. Sur ce terrain, la restructuration du mécanisme international ne précise pas si l'obligation s'applique aux seuls Etats parties au litige ou si elle concerne également les autres Etats contractants. Bien plus, le nouveau règlement de procédure, qui traduit les exigences du protocole 11, ajoute à la difficulté en consacrant l'obligation de toutes les parties, y compris le requérant individuel, de prêter son concours à la mise en œuvre des mesures d'instruction.

802. Ainsi, on s'aperçoit que d'un côté, l'article 38 § 1 a) opère une clarification de l'obligation de coopérer (A), alors que, par ailleurs, elle ne réduit pas l'imprécision de son champ d'application *rationae materiae* (B).

A – La clarification du nouvel article 38 § 1 a)

803. L'obligation de collaboration est posée, dès 1950 par l'article 28 de la Convention qui prévoit qu'afin d'établir les faits, la Commission « *procède à un examen contradictoire de la requête avec les représentants des Parties* ». Et, « *s'il y a lieu* », elle « *procède à une enquête pour la conduite efficace de laquelle les Etats intéressés fourniront toutes facilités nécessaires, après échange de vues* ».

804. En 1978, dans l'affaire Irlande contre Royaume-Uni, la Cour met pour la première fois en exergue « *l'importance fondamentale du principe, consacré par l'article 28 en son alinéa a) (art. 28-a) in fine, selon lequel les Etats contractants doivent coopérer avec les organes de la Convention*⁸²³ ». Quelques années plus tard, elle répète cette affirmation dans l'arrêt Artico en usant d'une formulation différente qui « *rappelle (...) que les Etats contractants doivent coopérer avec les organes de la Convention dans la recherche de la vérité*⁸²⁴ ».

805. Prises à la lettre, ces affirmations portent à croire que pour les Etats liés par la Convention il existe une obligation inconditionnelle de verser spontanément au dossier les preuves nécessaires à la solution du litige. Le droit à la preuve n'existerait pas à leur profit, la production de preuve ne serait pas une faculté, et l'on en viendrait à soutenir – au prix d'une transformation de la notion de droit à la preuve – que la victime au procès a le droit d'exiger de l'Etat toute preuve utile au règlement du différend. Cette appréciation est d'ailleurs renforcée par le lien que la précédente version de l'article 28 établit entre l'objectif

⁸²³ Irlande c. Royaume-Uni, 18 janvier 1978, op. cit., § 148 *in fine*.

⁸²⁴ Artico c. Italie, 13 mai 1980, série A n°37, § 30.

d'établissement des faits et la poursuite de l'examen contradictoire de la requête par la Commission⁸²⁵. Outre qu'elle désavouerait les développements accordés au droit à la preuve dans la première partie de cette recherche, une telle approche créerait une contradiction au sein des normes applicables au sein du système probatoire qui ferait de la preuve à la fois l'objet d'un droit et d'une obligation.

806. La nouvelle rédaction de l'article 38 de la Convention ne peut plus donner prise à cette conception. Lorsqu'elle consacre le principe du contradictoire, elle le sépare soigneusement de la référence à l'enquête et l'obligation faite aux Etats d'accorder toute facilité à la mise en œuvre de cette mesure d'instruction. Il s'ensuit que l'obligation de collaboration ne vaut que dans le cadre d'une enquête qui ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une décision discrétionnaire de la Cour.

807. S'agissait-il simplement de lever une ambiguïté ou d'alléger la rédaction de l'ancien article 28 ? Le rapport explicatif du protocole 11 ne répond pas, mais on peut se réjouir de ce que la nouvelle version consacre purement et simplement l'obligation d'aider les membres de la Cour ou toute autre personne désignée par elle à mener une enquête au cas où l'institution en exprimerait la volonté. D'ailleurs, la jurisprudence, qui n'a pas répété l'affirmation générale de l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, rapporte clairement l'obligation de coopération à la conduite de l'enquête internationale.

808. S'il fallait une autre preuve de la portée restreinte de l'obligation de coopérer à la recherche des preuves, on pourrait remarquer que lorsque la Cour utilise la présomption de causalité en faveur d'une personne qui dénonce, sur la base d'un commencement de preuve suffisant, la violation de son intégrité physique au cours d'une garde à vue ou d'une détention, elle n'invoque pas l'article 38 § 1 a), ni avant lui l'article 28 § 1 a) de la Convention pour sanctionner le mutisme de l'Etat.

⁸²⁵ M. TRECHSEL dans son article publié en 1977 rapporte que la question de savoir si l'enquête faisait partie de l'examen contradictoire ou non dans l'ancienne rédaction de l'article 28 avait déjà donné lieu à une controverse opposant M. GURADZE et M. FAWCETT. Selon le premier les parties devaient être représentées durant l'enquête qui n'est qu'un élément de « l'examen contradictoire », tandis que pour le second, l'article 28 faisait une nette distinction entre examen et enquête. C'est d'ailleurs cette seconde conception, appuyée par une étude des travaux préparatoires, qui emporte l'adhésion de M. TRECHSEL. Voir S. TRECHSEL – L'établissement des preuves devant la Commission européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 139.

B – L'imprécision du champ d'application rationae materiae de l'obligation

809. Le principe de la collaboration à la preuve posé par l'article 38 § 1 a) de la Convention n'est donc pas la simple reprise de l'ancien article 28 qui ordonnait aux Etats intéressés de faciliter le travail de la Commission. Cependant, il a conservé l'héritage d'une ambiguïté qui, si elle n'a pas encore produit d'effets dans la pratique, mérite d'être relevée. En effet, les rédacteurs du protocole 11 n'ont pas cherché à préciser le contenu de la catégorie des « *Etats intéressés* » qui sont les destinataires de l'obligation (1). Par contre, le nouveau texte recèle une innovation en ce qu'il inclut le requérant individuel dans le champ de l'obligation de collaborer à la recherche des preuves (2).

1 – Une obligation applicable aux « *Etats intéressés* »

810. L'expression « *Etats intéressés* » employée par la Convention peut donner lieu à au moins deux types d'appréciation selon que l'interprète la veuille restrictive ou extensive, s'il choisit d'ignorer les implications du principe de la garantie collective, ou si, au contraire, il veut lui donner toute son amplitude.

811. Une interprétation restrictive peut ainsi considérer que les auteurs de la Convention ont entendu formuler une obligation qui ne concerne que les Etats parties au procès qu'ils soient demandeurs ou défendeurs⁸²⁶. En effet, le choix d'accoler l'adjectif « intéressé » à l'« Etat » semble jouer un rôle limitatif en créant une distinction entre les « Etats intéressés » et les autres Etats. Bien que l'on ne dispose pas d'information sur ce point, on est naturellement enclin à assimiler d'emblée cet intérêt au lien d'instance. Mais une approche extensive peut accorder à la notion d' « *Etats intéressés* » une valeur plus grande en considérant qu'elle vise la catégorie des Etats qui – parties, intervenants, ou tiers au procès – peuvent prêter leur concours à l'organe de contrôle de l'application de la Convention.

812. Cette seconde acception procède de l'idée que le principe de garantie collective, qui est au fondement du mécanisme de surveillance instauré par la Convention, signifie que tout Etat membre du Conseil de l'Europe est intéressé à la protection des droits de l'homme. Il faut garder à l'esprit qu'il peut saisir la Cour des violations qu'il suspecte, et qu'il peut, sous réserve de la réunion de certaines conditions, participer aux instances en qualité

⁸²⁶ L'interrogation suscitée par la notion d' « *Etats intéressés* » est succinctement abordée par M. TRECHSEL dans son commentaire précité sur l'article 28 1-a, qui ne manque pas de relever les éléments développés dans le texte ci-dessus, voir p. 655.

d'intervenant. Dans ce contexte, serait-il vraiment surprenant de donner à cette norme procédurale une portée *erga omnes* ?

813. En renfort de cette conception, il importe de noter qu'en vertu du quatrième protocole additionnel à l'accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe du 16 décembre 1961, les Etats s'engagent à ne pas entraver l'exercice de la mission des juges⁸²⁷. En vertu de ce protocole, une série de garanties est accordée aux juges « *non pour leur bénéfice personnel, mais en vue d'assurer en toute indépendance l'exercice de leur fonction*⁸²⁸ ». « *Pendant l'exercice de leurs fonctions ainsi qu'au cours des voyages accomplis dans l'exercice de leurs fonctions* » ils bénéficient d'une immunité d'arrestation ou de détention et de saisie de leurs bagages personnels et une immunité de juridiction en ce qui concerne les actes accomplis en leur qualité officielle, qu'il s'agisse de paroles ou d'écrits⁸²⁹. De même, ils sont exemptés de toute mesure restrictive de la liberté de mouvement et de toute formalité d'enregistrement des étrangers⁸³⁰. L'article 3 précise les facilités de déplacement utiles à l'exercice de leur mission, tandis que l'article 4 stipule l'inviolabilité de toute correspondance, communications officielles, documents et papiers de la Cour qui ne peuvent être ni retenus, ni censurés.

814. En venant compléter ces interdictions d'entraver le bon déroulement de la procédure par une obligation positive, une interprétation dynamique de l'article 38 § 1 a) pourrait bien considérer que le principe de la garantie collective des droits constitue une source juridique adéquate pour fonder l'obligation de tout Etat partie à la Convention de prêter son concours à la réalisation d'une enquête diligentée en vue du règlement du litige, fut-il d'origine individuel.

815. Cette lecture, qui paraît tout aussi légitime que la première, conduit donc à définir la catégorie des « *Etats intéressés* » comme un ensemble comprenant tout Etat susceptible d'aider la Cour dans l'accomplissement de sa tâche.

816. La pratique n'est certes pas encore venue délimiter l'exact contour de la catégorie, si l'on excepte que dans la célèbre affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, certains témoins

⁸²⁷ Ce protocole précise l'article 40 du statut du Conseil de l'Europe qui prévoit que « *le Conseil de l'Europe, les représentants des membres et le secrétariat jouissent, sur les territoires des membres, des immunités et privilèges nécessaires à l'exercice de leurs fonctions* ». De même, ils sont exemptés de toute mesure restrictive de la liberté de mouvement et de toute formalité d'enregistrement des étrangers (article 2 b)). L'article 3 précise les facilités de déplacement utiles à l'exercice de leur mission, tandis que l'article 4 stipule l'inviolabilité de toute correspondance, communications officielles, documents et papiers de la Cour qui ne peuvent être ni retenus, ni censurés.

⁸²⁸ Article 6.

⁸²⁹ Article 2 a).

⁸³⁰ Article 2 b).

ont été interrogés sur le territoire norvégien avec l'autorisation du gouvernement de cet Etat⁸³¹. A cette circonstance exceptionnelle il faut ajouter l'audition de témoins à Londres par les délégués de la Commission pour l'établissement des faits de l'affaire Chypre c. Turquie ayant conduit à l'adoption du rapport du 4 juin 1999⁸³². Il n'est pas exclu que le règlement de certains conflits qui mettent en cause la protection des minorités ou des violations massives de la Convention, par exemple, conduisent à solliciter la participation d'un Etat tiers à l'instance pour permettre aux délégués de la Cour européenne des droits de l'homme d'accomplir leur mission avec davantage d'efficacité. A cette occasion, ces derniers pourraient faire valoir que la Convention, loin d'instituer une simple faculté, le contraint à prêter main forte à la Cour, car aucune violation – et c'est l'idéal sous-jacent à la garantie collective et peut-être à l'ordre public européen – ne doit laisser un Etat lié par la Convention indifférent.

817. Il est intéressant de relever que dans cette hypothèse, une règle classique et relativement stable en droit international, verrait son champ d'application traditionnel élargi par la double nécessité de donner toute son amplitude à la fonction de l'organe de contrôle de la Convention et de respecter les principes fondateurs de cet instrument international. La règle serait ainsi dotée d'une signification originale inspirée, sinon commandée, par le contexte spécifique dans lequel elle a été transposée.

2 – La situation du requérant individuel

818. Peut-on considérer que l'obligation de collaboration formulée à l'article 38 doit également s'appliquer au requérant individuel ? Bien que la Convention ne vise que les « *Etats intéressés* » s'agissant d'accorder des « *facilités* » à la réalisation de l'enquête, on ne peut oublier que l'examen contradictoire de la requête avec les représentants des parties poursuit également l'objectif d'établir les faits. De même, on ne peut manquer de relever qu'en visant les représentants des parties (le « p » majuscule a cédé la place à une minuscule), la nouvelle rédaction de l'article 38 § 1 a) ajuste la lettre de la Convention à la promotion du requérant individuel au sein du procès.

819. Ce point de détail n'est pas anodin car il signifie que l'obligation de prêter son concours à la réussite de l'enquête incombe également à celui qui ordinairement se prétend victime de la violation. Plus qu'une actualisation, il semble que la Convention ait voulu tirer profit du « *toiletage* » de l'ancien article 28 pour suggérer une règle nouvelle. La

⁸³¹ Commission EDH, Irlande c. Royaume-Uni, Rapport du 25 janvier 1976, série B n°23-I, p. 255.

⁸³² Commission EDH, Chypre c. Turquie, n°25781/94, Rapport du 4 juin 1999, §53-55.

confirmation de cette extension se fait jour à la lecture de l'actuel règlement de procédure de la Cour. Alors que les commentateurs n'ont guère prêté attention à l'article 42 relatif aux mesures d'instruction, si ce n'est pour rappeler qu'il est directement inspiré des articles 34 du règlement intérieur de la Commission et 43 du règlement B de la Cour⁸³³, il convient de relever qu'un paragraphe qui ne figurait pas dans les règlements précédents, ni dans le premier projet discuté par le comité d'expert⁸³⁴, est venu enrichir le patrimoine juridique des requérants individuels. En effet, en vertu de l'article 42 § 4, « *les parties aident la chambre ou ses délégués dans la mise en œuvre des mesures d'instruction* ». L'innovation ne concerne évidemment pas les Etats qui, dès la première rédaction de la Convention, étaient déjà soumis à cette obligation. En revanche, elle corrobore l'hypothèse d'une extension du champ d'application de la règle tout en réaffirmant le principe de l'égalité procédurale des parties devant la Cour. Certes, elle cristallise une contrainte sans l'inventer véritablement car, la règle est que le caractère inquisitorial de l'instance permet à la Cour, comme à la Commission en son temps et dans l'exercice de ses missions d'instruction, de requérir de tous les participants au procès les éléments qu'elle estime utile à la solution du litige. Cependant, l'ajout conserve une dimension symbolique importante et, de surcroît, clarifie les rôles procéduraux des parties.

820. En définitive, il apparaît que les traits caractéristiques du contentieux européen sont la source d'une double originalité s'agissant du champ d'application de l'obligation de collaborer à la réunion des preuves. Le principe de garantie collective tend à légitimer l'extension de l'obligation au-delà des parties au procès, tandis que l'accès des individus à la juridiction internationale met à la charge de ces derniers une collaboration généralement réservée aux autorités étatiques.

Sous-section 2 – Une mise en œuvre complexe

821. La complexité de l'obligation de coopération provient de la diversité et de la multiplicité des implications concrètes que son exécution comporte (§ 1). Pour évaluer la portée de cette mise en acte, au-delà du repérage des nombreuses opérations qu'elle a suscitées, il convient d'étudier les sanctions que la Cour lui réserve (§ 2).

⁸³³ P. LAMBERT – Le règlement de la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 163.

⁸³⁴ Voir le modèle de règlement intérieur de la Cour européenne des droits de l'homme, CDDH (97) 22, inédit.

§ 1 – Les implications concrètes

822. La réalité de l’instruction dévoile que sous des formes multiples, la collaboration à la recherche des preuves se réalise suivant deux modalités complémentaires. De manière tout à fait classique, les parties sont appelées à communiquer les documents sollicités par la Cour. Mais, l’exigence peut aller au-delà de cette simple production de preuves disponibles et devenir une obligation d’aider la Cour, comme en son temps la Commission, à recueillir les preuves sur le terrain notamment dans le cadre de la visite des lieux et de l’audition de témoins. Par conséquent, il apparaît que la mise en œuvre de l’obligation de coopérer conduit les parties à communiquer des documents (A) et à faciliter la recherche des preuves (B).

A – Communiquer des documents

823. Pour se procurer les éléments de preuve nécessaires à la solution du litige, l’organe international de contrôle de l’application de la Convention peut invoquer l’article 38 1 a) afin d’obliger l’Etat à lui communiquer les documents relatifs à l’affaire⁸³⁵. C’est d’ailleurs parce que l’Etat italien n’avait pas satisfait à une demande de précisions relative à la conduite de procédures internes dont la régularité était mise en cause par le requérant que la Cour européenne des droits de l’homme a prononcé une violation de l’obligation de collaborer dans l’affaire Artico. Face à la difficulté de reconstituer fidèlement les démêlés de monsieur Artico avec la justice de son pays, la Commission s’était heurtée à la passivité ou à la mauvaise volonté de l’Etat défendeur qui soutenait notamment que des obstacles d’ordre administratif rendaient impossible la production des documents qu’elle avait requis⁸³⁶.

824. Dans l’affaire Timurtaş, un père alléguait que son fils avait été victime de multiples violations à la suite d’une détention non reconnue. Comme dans toutes les affaires de disparitions forcées, les indices disponibles étaient minces. Le requérant soumit au délégué de la Commission un document censé être la photocopie d’un rapport d’intervention

⁸³⁵ Nous laisserons de côté les rapprochements qui pourraient être établis avec les obligations assumées par les Etats en vertu de l’article 52 de la Convention dans la mesure où elles ne produisent pas d’effets au plan contentieux. Mais elles font naître une obligation de communiquer des renseignements sur l’application de la Convention. Pour exemple d’application de cet article, on peut se reporter au rapport rédigé par MM T. BAN, F. SUDRE et P. VAN DJIK pour le Secrétariat général du Conseil de l’Europe : Analyse de la correspondance entre le Secrétariat Général du Conseil de l’Europe et la Fédération de Russie au titre de l’article 52 de la Convention européenne des droits de l’homme, R.U.D.H 2000, p. 356-360.

⁸³⁶ Artico c. Italie, 13 mai 1980, série A n°37, § 29, 30.

corroborant le fait que son fils et un autre homme avaient été arrêtés. Cependant, le gouvernement turc contestait l'authenticité de son document qui ne comportait aucune apposition officielle. Il soutenait que le vrai rapport qui apparaît sur la photocopie était un document distinct couvert par le secret et non transmissible à la Commission.

825. « *La Cour estime que dans les circonstances particulières de l'espèce, le Gouvernement était au premier rang pour aider la Commission au sens de l'ancien article 28 § 1 a), en la laissant consulter la pièce qu'il prétend être le document authentique porteur du numéro de référence figurant sur la photocopie. Le Gouvernement ne peut se contenter d'invoquer le caractère prétendument secret de cette pièce qui, de l'avis de la Cour, n'aurait pas empêché de la mettre à la disposition des délégués de la Commission – dont aucun n'est turc (paragraphe 11 du rapport de la Commission) –, afin qu'ils pussent simplement comparer les deux documents sans prendre connaissance du contenu. En conséquence, la Cour estime qu'il y a lieu de tirer des conclusions du fait que le Gouvernement a manqué à produire la pièce en question sans fournir de justification valable⁸³⁷* ». Elle conclut à la violation de l'obligation de coopérer avec les organes de la Convention.

826. Si la Commission sollicitait, pour d'évidentes raisons de commodité, des documents relativement précis, dans les litiges où se posaient le problème de la violation de l'obligation de mener une enquête effective, elle sollicitait l'intégralité du dossier national relatif à l'affaire. Après elle la Cour a précisé dans son arrêt Tanrikulu que « *lorsqu'une requête soulève un grief relatif à l'absence d'enquête effective, (...) il incombe à l'Etat défendeur de fournir toute la documentation afférente à ladite enquête⁸³⁸* ».

827. Curieusement, en statuant sur la base de l'article 38 § 1 a) la Cour a parfois mêlé le sort des documents sollicités par la Commission à celui des éléments de preuve proposés par l'Etat défendeur mais non versé au dossier. Ainsi, dans l'arrêt Tanrikulu, : « *elle constate qu'à l'audience le Gouvernement a mentionné deux rapports de police, datés respectivement des 7 et 20 septembre 1993. Or ni la Commission ni la Cour n'en ont reçu copie⁸³⁹* », avant de conclure à la violation de l'obligation de collaborer. C'est dire la diversité des implications de cette norme qui enjoint les Etats à faciliter la recherche des preuves.

⁸³⁷ Timurtaş c. Turquie, 13 juin 2000, Recueil 2000-VI, § 67. Dans l'affaire Cakici relative à une allégation de disparition forcée, la Cour relève une violation de l'obligation de coopération car « *a constaté que le Gouvernement n'avait pas donné aux délégués de la Commission l'occasion d'accéder aux originaux des registres de garde à vue, ni facilité la comparution devant ses délégués du témoin* ».

⁸³⁸ Tanrikulu c. Turquie, 8 juillet 1999, Recueil 1999-IV, 71 ; Velikova c. Bulgarie, 18 mai 2000, Recueil 2000-VI, § 77.

⁸³⁹ Tanrikulu c. Turquie, 8 juillet 1999, Recueil 1999-IV, § 71.

B – Faciliter la recherche des preuves

828. Les Etats contribuent à l'efficacité de l'enquête à travers l'aide à la recherche de témoins (1) et par l'adoption de mesures qui facilitent la visite des lieux (2).

1 – L'aide à la recherche de témoins

829. L'audition des témoins pour établir les faits de la cause suscite au moins deux séries de remarques. D'une part, l'article 38 oblige les Etats à permettre la rencontre entre les témoins recherchés et les délégués de la Cour (a). D'autre part, la collecte de témoignage doit parfois s'accorder de la mise en place d'un dispositif destiné à protéger ces participants à la procédure (b).

a) La comparution des témoins

830. Afin d'éviter la perte de temps et d'énergie que provoquerait une recherche des témoins par les membres de la délégation de la Cour sur le territoire d'un Etat contractant, l'assistance requise par l'article 38 § 1 de la Convention consiste notamment à organiser la rencontre entre les personnes recherchées et les représentants de la juridiction.

831. Si cette hypothèse n'a pas encore été sanctionnée s'agissant de délégations envoyées par la Cour, c'est une donnée qui ressort de la jurisprudence relative aux enquêtes diligentées par la Commission européenne des droits de l'homme. Pour s'en convaincre, il suffit de relever que dans plusieurs affaires comme *Tanrikulu c. Turquie*, la haute juridiction de Strasbourg reproche au gouvernement turc de n'avoir « *fourni aucune explication satisfaisante ou convaincante quant à la non-comparution de témoins à l'audition devant les délégués de la Commission*⁸⁴⁰ ». On sent parfois poindre l'agacement, ou la légitime déception de la Cour lorsqu'elle relève qu'un témoin pourtant agent de l'Etat turc n'a pas participé à la procédure. Elle note, dans son arrêt *Kilic*, que « *la Commission a été gênée, pour établir les faits, par la non-comparution de M. Ziyaeddin Akbulut, préfet de Şanlıurfa à l'époque de l'incident. Le Gouvernement a été invité à deux reprises à assurer la comparution de M. Akbulut. Pour la Commission, le témoignage de celui-ci était important pour faire la lumière sur les mesures prises par les autorités quant aux allégations selon*

⁸⁴⁰ *Tanrikulu c. Turquie*, 8 juillet 1999, Recueil 1999-IV, § 71. Voir, *Kılıç c. Turquie*, 28 mars 2000, Recueil 2000-III, § 54, *Timurtaş c. Turquie*, 13 juin 2000, Recueil 2000-VI, § 72.

lesquelles Kemal Kılıç et d'autres collaborateurs du journal *Özgür Gündem* à Şanlıurfa étaient menacés et sur les informations dont disposaient les autorités⁸⁴¹ ». Dans ces conditions elle constate la violation de l'obligation de coopérer qui résulte de l'article 38 de la Convention.

832. Bien entendu, l'assistance ne s'arrête pas à permettre la comparution des témoins, elle implique le respect de certains principes qui n'entravent pas la sincérité ou la liberté du témoignage. C'est ainsi que les fonctionnaires qui sont entendus comme témoins par la délégation « *doivent être à sa disposition et déliés, dans la mesure où cela s'impose, de leur secret professionnel*⁸⁴² ». Dans ces circonstances ils sont protégés contre toute mesure disciplinaire encourue dans des situations ordinaires.

b) La protection des témoins

833. Une fois les témoins identifiés et retrouvés, il peut se poser le problème crucial de leur protection dans le cadre de la procédure. En effet, celui qui témoigne dans une procédure internationale de protection des droits de l'homme risque de s'exposer à des remontrances, des intimidations, des mesures coercitives jusqu'aux représailles qui mettent en jeu son intégrité physique. A la suite des affaires honduriennes tranchées par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, plusieurs témoins furent assassinés, d'autres furent menacés de mort⁸⁴³, ils furent également l'objet de diverses représailles en subissant notamment une campagne de diffamation « *les dépeignant comme manquant de loyauté envers leur pays et les exposant à la haine publique, aux injures et même à des attaques physiques ou morales*⁸⁴⁴ ». C'est pourquoi, « *la protection du droit à la vie comme droit fondamental de la personne humaine s'inscrit de plus en plus au niveau international dans l'adoption de procédures institutionnelles ou conventionnelles d'examen des violations des droits de l'homme*⁸⁴⁵ ». Il s'agit d'une impérieuse nécessité, non seulement parce que les mesures punitives peuvent être extrêmement variées, mais aussi parce qu'elles peuvent provenir aussi bien des autorités étatiques que de groupes privés.

⁸⁴¹ Kılıç c. Turquie, 28 mars 2000, Recueil 2000-III, § 51.

⁸⁴² S. TRECHSEL – Article 28 § 1-a, op. cit., p. 655.

⁸⁴³ Cour IADH, ordonnance du 15 janvier 1988, § 3, R.U.D.H 1992, p. 165.

⁸⁴⁴ Cour IADH, ordonnance du 19 janvier 1988, § 3, R.U.D.H 1992, p. 165.

⁸⁴⁵ F. BOUCHET-SAULNIER – La protection du droit à la vie des témoins dans les procédures internationales d'enquête, in D. PREMONT et F. MONTANT (Ed.) – *Le droit à la vie. Quarante ans après l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme : évolution conceptuelle, normative et jurisprudentielle*, Travaux de l'association des consultants internationaux en droits de l'homme, Genève, 1992, p. 41.

834. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, hormis le doute qui planait à l'égard d'un des témoins de l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni* assassiné après qu'il eut été auditionné par la Commission, il n'existe pas de cas connu de mise à mort consécutive d'une déposition devant la Cour⁸⁴⁶. Par contre, la Cour a été, à plusieurs reprises, confrontée à divers faits d'intimidation visant les tiers et les requérants témoins.

835. Si, avec madame BOUCHET-SAULNIER, on ne peut manquer de relever le caractère lacunaire du droit applicable à la qualité de témoin dans ce type de procédure, on peut s'interroger sur la nécessité de préciser cette réglementation. Faut-il élaborer des instruments spécifiques ou, à défaut, prévoir dans les instruments généraux des règles particulières à cet effet ? L'examen du droit positif relève que la protection des témoins emprunte à la fois aux règles générales et obéit à des dispositions et à des stipulations spécifiques.

836. D'abord, il convient de noter que les conventions internationales protectrices des droits de l'homme confèrent aux témoins, au même titre que les autres individus, une série de garanties comme le droit à la vie, à l'intégrité physique et mentale, au respect de la vie privée, ainsi qu'une protection contre la diffamation. Cette palette, plus ou moins étendue, selon la convention, constitue une première ligne de protection. Elle tend à diminuer l'intérêt de règles spécifiques puisque les règles générales pourraient suffire.

837. Cette analyse n'est pas démentie par le raisonnement mené par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans une ordonnance en date du 15 janvier 1988 concernant la protection de témoins ayant comparu dans les affaires honduriennes. Suite à l'assassinat de plusieurs d'entre eux, la Cour de San José rendit une ordonnance sur la base d'une argumentation d'une remarquable lucidité : « *Conformément à l'article 1 (1) de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, les Etats parties doivent respecter les droits et libertés qui y sont reconnus et garantir à toute personne se trouvant sous leur juridiction le libre et plein exercice de ces droits et libertés. En conséquence, les Etats parties devront adopter les mesures requises en vue de préserver la vie et garantir la sécurité individuelle à tous ceux dont les droits pourraient être menacés, et cela d'autant plus que ces menaces sont en relation avec leur participation à des procédures portant sur la protection des droits de l'homme* ».

⁸⁴⁶ J. A. FROWEIN – Rapport sur la mise en œuvre de la réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 8^{ème} colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Budapest 20-23 septembre 1995, 1995, p. 162.

838. Dans ces conditions, si un témoin fait l'objet de représailles, il peut, à son tour, introduire une action devant les autorités nationales ou internationales en vue de faire reconnaître la violation de ces droits. Cependant, il n'est pas certain que cet alignement du statut des témoins sur celui des bénéficiaires ordinaires des droits conférés par les traités internationaux soit suffisant. Les actes accomplis en qualité de témoin appellent parfois une attention plus précise en raison de leur nature, en outre, il paraît utile, au sein d'instruments généraux de rappeler que la participation à la manifestation de la justice doit ouvrir le bénéfice de certaines immunités.

839. C'est pourquoi les mécanismes juridictionnels de protection comportent des indications minimales d'un dispositif qui peut être simple ou complexe en fonction des dangers encourus. En droit interaméricain des droits de l'homme c'est une source secondaire qui fournit la base juridique pertinente en la matière. L'article 50 du règlement de la Cour interaméricaine des droits de l'homme adopté en novembre 2000 prévoit que « *Les Etats ne peuvent poursuivre les témoins ou les experts, ni exercer de représailles contre eux ou leurs parents, à cause de leurs déclarations ou d'avis formulés devant la cour* ». Devant la Cour de Strasbourg, c'est sur le fondement de l'article 2 § 1 de l'Accord européen concernant les personnes participant aux procédures devant la Cour européenne des droits de l'homme, que se réalise la protection des témoins⁸⁴⁷. Selon cet instrument, les témoins, à l'instar des autres personnes visées par l'article 1 de cet accord, « *jouissent de l'immunité de juridiction à l'égard de leurs déclarations faites oralement ou par écrit à la Commission ou à la Cour, ainsi qu'à l'égard des pièces qu'elles leur soumettent*⁸⁴⁸ ».

840. Lorsque le problème de la protection des témoins se pose, plusieurs moyens sont à la disposition des organes internationaux. Le premier auquel l'on songe et qui est d'ailleurs le plus courant est de conserver l'anonymat du témoin. Mais parfois, il peut-être nécessaire de renforcer ce dispositif. Ainsi, dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, des mesures furent prises pour protéger l'anonymat des témoins présentés par le gouvernement défendeur en raison du contexte de violence politique et militaire régnant en Irlande. Notamment, parmi la centaine de témoins, trois ont été entendus en l'absence des représentants des parties et sans « *cross-examination* »⁸⁴⁹. La volonté de garder sauve l'intégrité des témoins l'a donc emporté sur celle de respecter une stricte conception de

⁸⁴⁷ Les témoins sont visés, à côté des experts, par l'article 1 b) dudit accord.

⁸⁴⁸ Il est intéressant de noter que pour H. KRUGER, « *the contracting States' duty to cooperate also comprises the duty to cooperate in preserving evidence and ensuring the safety of applicants and witnesses* ». H. KRUGER – Gathering evidence, in M. DE SALVIA et M. E. VILLIGER (Ed.) – *L'éclosion du droit européen des droits de l'homme*, Mélanges en l'honneur de C. A. NOOGAARD, Baden-Baden, Nomos, 1998, p. 257.

⁸⁴⁹ Commission EDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, Rapport du 25 janvier 1976, série B n°23-I, p. 178-180.

l'équité de l'administration des preuves qui aurait permis aux représentants du gouvernement irlandais de les interroger. Certains furent entendus sur la base aérienne de Sola en Norvège avec l'autorisation des autorités norvégiennes⁸⁵⁰.

2 – La facilitation de la visite des lieux

841. La nouvelle rédaction de l'article 38 n'a pas retenu la référence à l'échange de vues qui devait avoir lieu entre la Commission et l'Etat sur le territoire duquel l'enquête se déroule⁸⁵¹, mais encore faut-il remarquer qu'il est difficilement concevable que l'enquête puisse se dérouler sans un minimum de concertation avec les autorités nationales. Il ne faut donc pas exagérer l'importance de ce choix rédactionnel qui vise davantage à alléger le texte de la Convention qu'à inviter la Cour à ignorer une mesure de courtoisie élémentaire d'autant plus importante qu'elle est nécessaire à la bonne marche de l'enquête. Selon J. VELU et R. ERGEC, cette consultation « *a pour objet de mettre au point les modalités de date et de lieu suivant lesquelles l'enquête se déroulera*⁸⁵² ». En outre, au-delà de cette dimension purement pratique, on peut convenir avec S. TRECHSEL que l'échange de vue n'est, au fond, que l'expression du caractère contradictoire que doit revêtir l'enquête⁸⁵³. En somme, la consultation évoquée par l'ancienne rédaction aura toujours lieu dans la mesure où elle prépare et encadre le concours de l'Etat à la conduite de l'enquête.

842. Cette assistance à la visite des lieux peut amener les Etats à « *veiller à ce que la délégation dispose de moyens de transport et de lieux de travail ou qu'elle soit nourrie et logée*⁸⁵⁴ ». En raison de la diversité des situations qui peuvent se présenter, elle peut comporter toute une série d'actes matériels qui ne sont précisés par aucun texte, si ce n'est par les documents rédigés le cas échéant à la suite de l'échange de vues entre l'Etat et la Cour. A cela s'ajoute le fait que ce concours peut également avoir une incidence financière pour l'Etat visité lorsque l'enquête fait suite à une demande formulée par lui. C'est ce qui ressort de l'article 42 § 5 du règlement de procédure de la Cour, qui prévoit que les frais correspondant à

⁸⁵⁰ R. PELLOUX – L'affaire irlandaise et l'affaire Tyrer devant la Cour européenne des droits de l'homme, *A.F.D.I* 1978, p. 384.

⁸⁵¹ Voir sur ce point J. A. FROWEIN – Rapport sur la mise en œuvre de la réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 161.

⁸⁵² J. Velu et R. Ergec – *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 896.

⁸⁵³ S. TRECHSEL – Article 28 § 1-a, op. cit., p. 654.

⁸⁵⁴ S. TRECHSEL – Article 28 § 1-a, op. cit., p. 655.

une mesure d’instruction incombent à la Partie contractante requérante ou défenderesse qui en sollicite l’exécution, à moins que la chambre en décide autrement⁸⁵⁵.

843. L’attitude adoptée par les Etats lors de l’enquête est, par ailleurs, encadrée par le quatrième protocole additionnel à l’accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l’Europe qui contient de nombreuses stipulations protégeant aussi bien l’inviolabilité des documents afférents à l’affaire que la liberté d’aller et de venir des représentants de la Cour et leur garantissent l’immunité à l’égard de tous les actes accomplis dans l’exercice de leur mission⁸⁵⁶. Mais l’obligation de coopération reste lettre morte si la Cour ne manifeste pas de fermeté lorsqu’elle doit en assurer la surveillance.

§ 2 – La sanction de l’obligation

844. Il n’est pas inutile de rechercher si les sanctions que le droit international attache à la violation de l’obligation de coopération (A) diffèrent de celles appliquées par la Cour (B).

A – La sanction en droit international

845. Les textes internationaux ne précisent pas les sanctions qui frappent l’absence de coopération des Etats. Ce silence habilite les organes de surveillance à déterminer en toute liberté les conséquences qu’ils doivent tirer du manquement à cette obligation. Paradoxalement, l’étude de la pratique ne révèle pas l’existence d’une grande diversité car les conclusions tirées de cette violation sont généralement empreintes du souci de rechercher la réalité des faits plutôt que d’appréhender le défaut de collaboration comme un acquiescement implicite aux actes qui sont dénoncés. Si la tendance générale est de considérer que l’absence de participation à la recherche des preuves fait présumer vraie la version des faits défavorable à l’Etat défaillant, les juges ne sont pas liés par ce raisonnement et peuvent parfois s’en départir⁸⁵⁷.

⁸⁵⁵ Devant la Cour interaméricaine il existe une règle comparable puisque l’article 45 du règlement de procédure prévoit que « la partie qui propose une preuve prend à sa charge les frais qu’elle occasionne ».

⁸⁵⁶ voir *supra*.

⁸⁵⁷ G. NIYUNGEKO – *La preuve devant ...*, op. cit, p. 179. Il importe de rappeler que, selon WITENBERG, face à une absence de collaboration d’un Etat partie au litige, « le juge formera sa représentation du fait sur les seuls éléments qui lui sont fournis par l’adversaire. Il s’en tiendra à ces éléments, et tiendra pour constantes les articulations de fait adverses. Tout naturellement, la résistance de l’Etat requis, l’obstruction qu’il oppose

846. Dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme, le traité fondateur a confié aux organes de contrôle le soin de fixer, dans leurs règlements de procédure et dans la pratique, les conséquences attachées au manquement à l'obligation de collaborer. La réaction de la Commission interaméricaine des droits de l'homme est encadrée par l'article 39 de son règlement intérieur du 8 décembre 2000 en vertu duquel les faits allégués dans la requête dont les passages pertinents ont été transmis à l'Etat mis en cause sont présumés vrais si cet Etat ne fournit pas de renseignements appropriés dans le délai imparti par la Commission interaméricaine. à moins qu'une conclusion opposée ressorte de l'examen d'autres éléments présents dans le dossier⁸⁵⁸.

847. Le mécanisme de la présomption de véracité est comparable à la procédure par défaut employée devant la Cour internationale de justice⁸⁵⁹. Lorsque l'Etat défendeur garde le silence sur les dénonciations qui sont à la base de la requête, il est réputé avoir acquiescé aux griefs allégués. La sanction est à la fois simple et énergique, mais elle n'a pas un caractère automatique.

848. B. SANTOSCOY met en garde contre une interprétation trop généreuse de la lettre du règlement : « *il est important* » précise-t-elle, « *de souligner que cette disposition ne peut s'appliquer que lorsque les faits allégués par le requérant peuvent être tenus pour vrais en raison d'autres éléments à conviction dont la CIDH (commission interaméricaine des droits de l'homme) dispose*⁸⁶⁰ ». Cette réserve est confirmée par l'analyse d'une abondante jurisprudence menée par D. R. PINZON, qui met en exergue la souplesse des solutions adoptées dans le système interaméricain de protection à mesure que les situations originales se présentent⁸⁶¹. Cet organe international n'a pas une conception mécanique de la présomption de véracité, elle cherche avant tout à faire preuve de clairvoyance en s'abstenant de déduire immédiatement la vérité d'une thèse du silence de l'adversaire.

aux investigations envisagées, sont équipollentes à un aveu implicite ». J. C. WITENBERG – La théorie des preuves devant les juridictions internationales, op. cit., p. 55. Mais l'état du droit ne confirme pas la permanence d'une conception aussi rigide. La tension entre l'inférence automatique et l'aménagement d'une marge d'appréciation semble, au contraire, la constante de la pratique.

⁸⁵⁸ Cet article remplace sans le modifier au fond l'article 42 de l'ancien règlement intérieur de cette institution.

⁸⁵⁹ Les hypothèses de non collaboration devant la C.I.J peuvent être sanctionnées sur la base de l'article 53 du statut de cette juridiction qui dispose : « *lorsqu'une des parties ne se présente pas, ou s'abstient de faire valoir ses moyens, l'autre partie peut demander à la Cour de lui adjuger ses conclusions* ».

⁸⁶⁰ B. SANTOSCOY – *La Commission interaméricaine des droits de l'homme et le développement de sa compétence par le système des pétitions individuelles*, Paris, P.U.F, Publications de l'U.H.E.I, 1995, p. 100.

⁸⁶¹ D. R. PINZON – Presumption of veracity, non-appearance, and default in the individual complaint procedure of the interamerican system on human rights, *Revista I.I.D.H* 1998, p. 131-135.

849. Quant à la Cour de San José, son règlement ne reprend pas la fameuse règle de présomption de véracité applicable devant la Commission interaméricaine ; mais il fixe tout de même une conduite à adopter lorsqu'une partie ne comparait pas et lorsqu'elle ne dépose pas de conclusions. Face à ce qui pourrait s'apparenter à un défaut de collaboration, le règlement, sans autre précision, engage cette juridiction à poursuivre *ex officio* l'instruction de l'affaire jusqu'à son terme⁸⁶². Cette maigre indication, qui ne dicte pas les effets attachés à l'obligation d'assistance des Etats, laisse donc toute latitude à la Cour interaméricaine pour choisir les sanctions adaptées à chaque espèce.

850. C'est à nouveau l'affaire Velasquez Rodriguez qui lui a permis de tracer sa ligne directrice en la matière. Dans cette affaire, qui concerne un cas de disparition forcée, il faut rappeler que selon ses propres termes, la Cour devait « *rendre sa décision sans l'assistance précieuse d'une participation plus active de l'Etat du Honduras* » qui n'avait pas versé de preuve relative au fond du procès. Elle commence par poser que dans un contentieux international des droits de l'homme, « *l'Etat ne peut, dans les procédures concernant des violations des droits de l'homme, faire valoir le fait que les demandeurs aient omis de fournir des éléments de preuve, étant donné que, dans de nombreux cas, ces derniers ne pouvaient être obtenus sans sa coopération*⁸⁶³ ».

851. D'après elle, « *la manière dont le gouvernement a mené sa défense aurait suffi à prouver la plupart des allégations de la Commission suivant le principe selon lequel le silence de l'accusé ou ses réponses évasives ou ambiguës pouvaient être interprétés comme reconnaissance de la véracité de ces allégations, du moins tant qu'aucun fait figurant au dossier ou la conviction du juge ne viennent les démentir*⁸⁶⁴ ». Car, à la différence du droit pénal, le droit international des droits de l'homme ne reconnaît aucune présomption d'innocence, ni aucun droit de se taire pour éviter une condamnation au profit des Etats mis en cause. Néanmoins, la Cour de San José n'a pas fait le choix d'une attitude rigide puisqu'elle indique qu'elle a accueilli des éléments de preuve produits hors délai et ordonné la communication de preuves supplémentaires. Au fond, tout s'est passé comme si elle avait offert au gouvernement hondurien, au-delà des espérances légitimes qui auraient pu naître de la lecture de son règlement intérieur d'alors, une sorte de « seconde chance » ou du moins, une opportunité de régulariser sa situation en complétant le dossier. Malgré cette clémence, « *la Cour, bien entendu, ne renonça nullement à son pouvoir discrétionnaire d'apprécier le*

⁸⁶² Article 27 § 1 du règlement de procédure entré en vigueur le 1^{er} juin 2001.

⁸⁶³ Cour IADH, Velásquez Rodríguez c. Honduras, 29 juillet 1988, Serie C n°. 4, § 135.

⁸⁶⁴ Il s'agit d'un rappel de la présomption de véracité utilisée par la Commission dans cette même affaire.

*silence ou l'inaction du Honduras ou à son devoir d'évaluer les éléments de preuve dans leur ensemble*⁸⁶⁵ ».

852. Ni trop ferme, ni permissive, la juridiction internationale a réagi avec une souplesse dont le dessein affiché n'était pas de sauver la cause de l'Etat, mais de faire la lumière sur la complexité des faits dénoncés.

B – La sanction dans la Convention

853. Que peut faire la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle constate un manquement à l'obligation d'assistance à la réunion des preuves ? Si aucun texte ne lui prescrit une attitude précise⁸⁶⁶, elle dispose d'un ensemble d'exemples fournis par la pratique de la Commission et par les solutions envisagées par la doctrine. Bien que ces sources d'inspiration ne soient pas exhaustives, il faut souligner que la Cour aura du mal à tracer une voie originale face à ce type de violation. Suivant la méthode de la Commission, elle pourra adopter la technique du rapport intérimaire (1) ou, quittant en partie les expériences positives, inspirer sa réaction des trois propositions de M. TRECHSEL (2).

1 – La technique du rapport intérimaire

854. Lorsque la Commission était confrontée à l'inertie de l'Etat défendeur, elle tentait de le rappeler à l'ordre, au besoin en sollicitant l'aide du Comité des ministres qu'elle saisissait après l'adoption d'un rapport intérimaire. Cette procédure fut suivie à plusieurs reprises. Au cours de la deuxième affaire Chypre c. Turquie, le gouvernement turc avait participé à la phase de recevabilité mais n'avait pas déposé de conclusions ni de preuves sur le fond de l'affaire. L'institution internationale décida d'adopter un rapport intérimaire transmis au Comité des ministres afin que celui-ci enjoigne les autorités turques à respecter les obligations résultant de l'ancien article 28 § 1 a). C'est d'ailleurs ce que fit le Comité par une résolution du 4 décembre 1980 malheureusement demeurée sans conséquence.

⁸⁶⁵ Cour IADH, Velásquez Rodríguez, 29 juillet 1988, Serie C n°. 4, § 138.

⁸⁶⁶ L'article 69 du règlement de procédure prévoit que « lorsque, sans donner de raisons suffisantes, une partie ne se présente pas, la chambre passe outre si cela lui paraît compatible avec une bonne administration de la justice ». Le seul texte auquel on peut se référer fait montre d'une réserve qui ouvre à la Cour le choix entre diverses possibilités.

855. La méthode du rapport intérimaire fut à nouveau appliquée dans l'affaire Loizidou,⁸⁶⁷ puis dans la dernière affaire Chypre c. Turquie. Ce dossier aboutit notamment à l'adoption d'une résolution qui déclare que le Comité des ministres « *soutient la décision de la Commission de poursuivre l'examen de la présente affaire, malgré le refus du gouvernement défendeur de coopérer, en vue de rédiger un rapport conformément à l'article 31 de la Convention* » ; et « *invite instamment la Turquie en tant que Haute Partie contractante à la Convention, à remplir les obligations qui lui incombent en vertu de celle-ci et en conséquence à participer à l'examen de la Commission du bien-fondé de la requête sus indiquée selon l'article 28 de la Convention*⁸⁶⁸ ». Si le gouvernement persiste dans la passivité, il existe une gamme de réactions possibles. Elles peuvent être appréhendées à travers les solutions que S. TRECHSEL envisageait déjà en 1977.

2 – Les trois propositions de M. TRECHSEL

856. Face au manque de collaboration, il formulait trois propositions⁸⁶⁹ : « *La Commission pourrait tout simplement considérer comme établis les faits tels qu'ils sont allégués par la partie requérante* ». « *La Commission pourrait aussi se dessaisir de l'affaire en signalant la défaillance de la partie défenderesse au comité des ministres* ». « *La Commission pourrait s'en tenir aux moyens présentés par la partie requérante en les soumettant à une appréciation critique* ».

857. La première proposition présente le défaut de confondre le silence et la vérité, mais elle est pratique du point de vue procédural, et sa conséquence ne manque ni de fermeté, ni de courage. Elle n'est pas éloignée de la procédure par défaut en vigueur devant la Cour internationale de justice et, appliquée avec nuance elle équivaut à la présomption de véracité employée par la Commission interaméricaine des droits de l'homme⁸⁷⁰.

⁸⁶⁷ Se reporter au rapport de la Commission du 8 juillet 1993, § 14 et 15.

⁸⁶⁸ Comité des ministres, Résolution DH (97) 335 du 11 juillet 1997.

⁸⁶⁹ S. TRECHSEL – L'établissement des preuves devant la Commission européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 131. Il formula à nouveau les mêmes propositions dans son commentaire de l'article 28 : S. TRECHSEL – Article 28, op. cit., p. 655-656.

⁸⁷⁰ C'est, en substance, ce que proposait M. LOUCAIDES dans une étude consacrée au standard de preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme : « *whenever an individual applicant's version, based only on his own statements, presents a prima facie plausible case of violation, the Commission should, even at the initial stage of the examination of the question of admissibility of the application, direct its attention to the respondent State, requesting explanations and evidence to disprove the applicant's allegations, and should not hesitate to draw conclusions against State based on unsatisfactory answers, lack of explanations or cooperation on its part, including, of course, intentional non-participation in the examination or investigation of the case* ». G. LOUCAIDES – Standards of proof in proceedings under the European convention of human

858. La deuxième suggestion est un peu compliquée et allonge la durée de la procédure internationale. Le problème est qu'elle dessert la défense des droits en paralysant, il est vrai pour un temps limité, l'action intentée par la victime. Elle fut d'ailleurs rejetée par la majorité de la Commission dès la première affaire Chypre c. Turquie au cours de laquelle le gouvernement turc avait déjà refusé de participer à la procédure au fond.

859. Quant à la troisième hypothèse selon laquelle la Commission aurait pu poursuivre l'instruction en soumettant les moyens soulevés dans la requête à une appréciation critique, elle marque l'adhésion à la théorie du caractère objectif du contentieux international des droits de l'homme, qui est moins profitable au requérant que la présomption de véracité tout en satisfaisant à l'idéal de justice. Cette proposition apparemment équilibrée ne devrait pas être appliquée sans accorder un certain crédit au requérant en raison du silence de l'Etat défendeur. Sans cette précaution, elle risquerait d'encourager les Etats à demeurer insensible aux sollicitations de l'institution internationale.

860. Dans la pratique, la Cour a jusqu'à maintenant été confrontée aux manquements des Etats du fait de leur défaut de collaboration avec la Commission. Se ralliant à la première proposition, en général, elle a constaté le manquement à l'obligation de coopération dénoncée par la Commission sans le faire figurer dans le dispositif de l'arrêt, et accepté purement et simplement les faits établis par cette dernière.

861. Dans l'arrêt Ergi, qui mettait la Turquie en cause en raison du décès d'une femme tuée sur la terrasse de sa maison par une balle tirée lors d'une embuscade dressée par des forces de l'ordre, la Commission n'avait pas pu établir à partir de preuves incontestables que la balle avait été tirée par un des agents de l'Etat. Cependant, la Cour va tenir pour certain le fait que la mort est imputable aux forces de l'ordre. Pour elle, « *étant donné que les autorités de l'Etat défendeur n'ont pas fourni d'éléments se rapportant directement à la préparation et à la conduite de l'embuscade, la Cour, comme la Commission, juge que l'on peut raisonnablement déduire que des précautions suffisantes n'ont pas été prises pour épargner la vie de la population civile*⁸⁷¹ ». Dans le différend qui opposait M. Tanrikulu à l'Etat turc, le gouvernement contestait la version retenue par la commission au motif qu'elle s'appuyait sur des documents récents recueillis au cours de l'enquête alors qu'il estimait avoir produit les pièces principales du litige au début de la procédure. Ce n'était guère qu'une tentative de refuser les conclusions de l'enquête et soutenir implicitement que les organes de

rights, in *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges en l'honneur de J. VELU*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 1442-1443.

⁸⁷¹ Ergi c. Turquie, 28 juillet 1998, Recueil 1998-IV, § 79.

la Convention sont limités par les pièces que l'Etat défendeur veut bien leur communiquer. La Cour rejette cette argumentation et retient les faits tels qu'établis par la Commission. Dans l'affaire Tekin où le requérant alléguait avoir subi des sévices corporels, elle décide que faute de comparution de témoins clés et d'explications propres à la justifier, l'Etat défendeur n'est pas fondé à se plaindre de l'insuffisance des éléments sur lesquels la Commission a appuyé ses constatations⁸⁷².

862. A l'exemple de la Commission interaméricaine, ni la Commission, ni la Cour n'appliquent cette sanction de manière automatique. Pour ce qui est de la Commission, on peut se référer à son rapport relatif à l'affaire Chypre c. Turquie du 4 juin 1999. Alors que l'institution était prête à entendre sous couvert d'anonymat deux témoins proposés par le gouvernement défendeur, ces derniers ne se sont pas présentés et le gouvernement n'a pas fourni d'explication sur leur absence. La Commission déclare n'avoir procédé aucune inférence de cet incident de procédure⁸⁷³.

863. Dans l'affaire Tanrikulu, la requérante soutenait que les agents de l'Etat étaient responsables de la mort du docteur Zeki Tanrikulu dans des conditions contraires à l'article 2 de la Convention. Malheureusement, ni la Commission, ni la Cour ne disposaient d'éléments corroborant l'affirmation selon laquelle les forces de l'ordre ou des personnes agissant avec leur assentiment avait provoqué la mort du docteur. Or, la Cour avait reconnu qu'au cours de l'établissement des faits par la Commission, l'Etat turc avait manqué à son obligation de coopération. Allait-elle s'appuyer sur ce manquement qu'elle jugea « *gravement préoccupant* » pour estimer établie une violation du droit à la vie en l'absence de tout élément de preuve ? La solution retenue montre que le défaut de coopération de l'Etat ne conduit pas nécessairement à lui imputer toutes les violations invoquées par les requêtes. Selon l'arrêt : « *la Cour n'exclut pas que l'on puisse, en certaines circonstances, tirer des conclusions du fait qu'un Gouvernement, sans raison valable, ne produit pas des éléments sollicités. Elle estime cependant que la présente affaire ne révèle aucune circonstance de nature à justifier une conclusion telle que celle que propose la requérante*⁸⁷⁴ ». Elle estima donc qu'il n'avait pas été établi au-delà de tout doute raisonnable que le docteur Zeki Tanrikulu avait été tué par les forces de l'ordre ou avec leur connivence⁸⁷⁵. De même, dans l'arrêt Kiliç c. Turquie relatif à l'homicide d'un journaliste, l'absence de coopération de l'Etat ne fait pas pencher la conviction de la Cour en faveur de la version du requérant en raison du manque d'éléments

⁸⁷² Tekin c. Turquie, 9 juin 1998, Recueil 1998-IV, § 38.

⁸⁷³ Commission EDH, Chypre c. Turquie, n°52781/94, Rapport du 4 juin 1999, § 144.

⁸⁷⁴ Tanrikulu c. Turquie, 8 juillet 1999, Recueil 1999-IV, § 98.

⁸⁷⁵ Tanrikulu c. Turquie, 8 juillet 1999, Recueil 1999-IV, § 99.

versés au dossier. La Cour décide qu'il n'est pas établi au-delà de tout doute raisonnable que des personnes liées à l'Etat étaient responsables de l'assassinat⁸⁷⁶.

864. La nuance est de nouveau perceptible dans la sanction de l'obligation de coopération devant la Cour. Elle est le signe d'un pragmatisme qui profite parfois à l'Etat. Car, ce dernier, en collaborant peu, voire pas du tout, peut se livrer à un pari ayant pour premier terme le risque de la condamnation au fond, ou le risque du non-constat de violation. Le manquement à l'obligation de coopération n'est pas appréhendé comme une violation profitant à la victime, mais comme un incident procédural qui, ne figurant pas au dispositif n'a aucune traduction sur le plan indemnitaire. Cette jurisprudence paraît juste si l'on considère qu'on ne peut déduire automatiquement du manque de coopération que tous les faits avancés par une requête doivent être considérés comme vrais, cependant, elle n'encourage pas l'Etat à coopérer et, d'une certaine manière, le protège tout en le sanctionnant pour défaut de coopération dès lors qu'elle ne conclut pas une violation d'une règle de fond en se servant du critère du doute raisonnable. Heureusement, elle se montre plus sévère s'agissant de la violation de l'obligation d'enquête.

Section II – La participation des Etats à la réunion des preuves à travers les procédures nationales

865. On ne peut manquer de s'interroger sur la préférence que la Cour a toujours manifestée pour l'interrogation des parties alors que, dans certaines situations une visite des lieux ou une audition de témoins avait été sollicitée et qu'il aurait semblé parfois utile de prononcer d'office la réalisation d'une expertise⁸⁷⁷. Il n'est pas suffisant d'invoquer le bénéfice qu'elle tirait de l'impressionnant travail de la Commission qui procédait plus

⁸⁷⁶ Kılıç c. Turquie, 28 mars 2000, Recueil 2000-III, § 64.

⁸⁷⁷ Au 28 février 2002, la Cour n'avait procédé qu'à trois mesures d'instruction formelles au nombre desquelles figurent une expertise, une audition de témoins au palais des droits de l'homme et une à Ankara, Papamichalopoulos et autres c. Grèce (*article 50*), 31 octobre 1995, série A n°330-B (pour l'expertise). Brozicek c. Italie, 19 décembre 1989, série A n°167. Yöyler c. Turquie, en cours d'instruction. En soit, le nombre de mesures d'instruction n'est pas alarmant car, si l'on compare l'activité foisonnante de la Cour de justice des communautés européennes à celle de la Cour, on s'aperçoit que le juge de Luxembourg n'est pas plus actif dans ce domaine. Selon L. NEVILLE BROWN et T. KENNEDY, les mesures d'instructions formelles demeurent rares puisqu'au 1^{er} janvier 1989, cette juridiction n'avait entendu que 16 experts et recueilli des témoignages que dans 44 affaires : L. NEVILLE BROWN et T. KENNEDY – *The Court of justice of the European communities*, 5^{ème} édition, London, Sweet and Maxwell, 2000, p. 278. Bien entendu, si l'on prend comme référence la Cour de San José, on est porté à juger la Cour de Strasbourg trop timide. M. FRUMER a des mots extrêmement durs pour qualifier la situation : « on notera par comparaison que la Cour de Strasbourg se montre plus timorée ». P. FRUMER – *Entre tradition et créativité juridiques : la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, R.B.D.I. 1995/2, p. 527.

volontiers à l'audition de témoins et la visite des lieux et qui se réfère aux mêmes critères d'évaluation des preuves que la Cour. Il importe également de souligner qu'il est parfois difficile, voire inutile d'utiliser certaines mesures d'instruction. D'abord, les pouvoirs de la Cour sont encore imparfaits, mais surtout, saisie à propos de faits qui se sont déroulés parfois plus de quatre années auparavant, et qui quelquefois n'ont pas donné lieu à une enquête sérieuse des autorités nationales, elle peut raisonnablement considérer certaines enquêtes inutiles d'autant qu'elle ne dispose probablement pas de moyens suffisants pour faire face à toutes les sollicitations de ce type.

866. Consciente des problèmes posés par sa retenue, la Cour expérimente depuis peu une solution jurisprudentielle en vue de répondre à une difficulté d'ordre juridictionnel. Elle impose, sur la base de fondements diversifiés, aux Etats de mener une enquête officielle et effective dans certaines circonstances qu'elle définit. Elle instaure, à travers cette obligation positive, une division du travail d'établissement des faits entre les autorités nationales et elle. Ainsi, pour réduire les imperfections de son intervention (sous-section 1) la Cour utilise un palliatif fondé sur la dynamisation des procédures nationales (sous-section 2).

Sous-section 1– Les imperfections de l'intervention de la Cour

867. L'insuffisance de l'intervention de la Cour provient moins de l'absence d'utilisation de ces pouvoirs que du privilège sans conteste qu'elle accorde à la demande d'information. C'est dans cette préférence marquée qu'il faut rechercher les raisons profondes de la retenue de la juridiction internationale dans des conditions où la nécessité de garantir une protection effective des droits semble commander le recours à une visite des lieux ou à une expertise.

868. La première explication tient au fait que la mise en œuvre de telles mesures est peu commode. Elle requiert la mobilisation de personnels, de moyens financiers et comporte nécessairement un allongement de la durée de la procédure. Par conséquent, la juridiction internationale utilise davantage la demande d'information que les autres mesures d'instruction. La deuxième raison est intimement liée à la première puisqu'elle justifie la parcimonie du juge par la concurrence de solution d'un usage plus facile. Plutôt que de se lancer sur le terrain de l'établissement des faits, le juge préfère prendre acte de la carence du dossier et imputer le bénéfice du doute à la victime ou à l'Etat selon des critères qui lui sont propres. Cette solution n'augmente pas la durée du procès et n'aggrave pas son coût financier.

869. Pour aller plus loin et comprendre les risques et la signification de cette insuffisance, il importe de souligner que l'intervention de la Cour est découragée par les inconvénients du recours aux mesures d'instruction (§ 1) et de prendre conscience des carences qu'elle entraîne dans la protection des droits (§ 2).

§ 1 – Une intervention découragée

870. La faiblesse du nombre d'enquêtes menées par la Cour s'explique principalement par la réserve qu'elle s'était imposée à l'égard du contrôle des faits établis par la Commission. La suppression de cet avantage au profit de la nouvelle Cour n'entraînera pas nécessairement une modification de l'appréciation que l'on peut porter sur le dispositif international. En effet, si la réalisation d'enquêtes demeure découragée, c'est en raison de leur coût jugé excessif (A) et de leur efficacité réduite (B).

A – Le coût excessif des enquêtes

871. L'enquête peut être découragée par le coût qu'il présente pour les parties (1) et par le manque de moyens de la Cour (2).

1 – Le coût pour les parties

872. L'usage d'une technique procédurale est comparable à l'introduction d'une requête en justice, son intérêt peut s'évaluer au regard des dépenses financières qu'il entraîne mais aussi du temps qu'il laisse s'écouler avant de produire les effets escomptés. Si les résultats espérés compensent les sommes mises en jeu et la durée de l'attente, alors la technique présente une utilité suffisante pour être utilisée. Ainsi, pour apprécier le coût des enquêtes il faut envisager aussi bien la place qu'elles occupent dans la durée de l'instruction que les engagements financiers qu'elles comportent.

873. L'un des principaux soucis de la restructuration du mécanisme international de protection des droits consacrés par la Convention était de lui permettre de faire face à l'important volume des requêtes qui engorgent le système de garantie. Cette préoccupation fait naître une exigence de célérité dans le traitement des litiges, quelle que soit leur nature ou

leur importance⁸⁷⁸. D'où le désintérêt évident pour une intervention selon des modalités qui empêchent de régler le différend dans un délai raisonnable. Ce désintérêt est d'ailleurs renforcé par la volonté légitime de ne pas décourager les requérants individuels qui n'ont accès à la Cour qu'après avoir parcouru le chemin souvent long de l'épuisement des voies de recours internes.

874. Cette justification a sans doute joué un rôle non négligeable dans la retenue de la Cour lorsqu'un plaideur la sollicitait de faire usage de ses propres pouvoirs d'investigation pour vérifier si les faits établis par la Commission correspondaient à la réalité. L'expérience de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, qui n'hésite pas à se lancer dans une révision complète de la version retenue par la Commission interaméricaine porte d'ailleurs à réfléchir. Les observateurs de ce système ne manquent pas de se plaindre de l'allongement de la durée des procès causé par cette pratique et recommande à la Cour de faire davantage confiance au rapport de la Commission de Washington⁸⁷⁹.

875. La nécessité de garantir un examen des requêtes dans un délai satisfaisant motive en partie le fait que la Cour a longtemps répugné à procéder elle-même à des enquêtes. Bien entendu, l'inconvénient est encore présent même si l'unification du mécanisme de protection est de nature à réduire la durée de la procédure internationale.

876. Le deuxième élément à prendre en considération est le coût financier de la mesure d'instruction. Le principe retenu par le règlement de procédure de la Cour est simple : c'est l'Etat, défendeur ou requérant, qui sollicite la mesure qui supporte les frais de sa mise en œuvre. Si la mesure est sollicitée par la victime, par un tiers, ou est prononcée d'office par la

⁸⁷⁸ Voir, outre les commentaires consacrés au protocole 11, le Protocole 11 à la Convention européenne des droits de l'homme et Rapport explicatif, Doc. H (94) 5, 1994, Conseil de l'Europe, p. 19.

⁸⁷⁹ Non seulement la Cour de San José duplique les actes déjà accomplis par la Commission interaméricaine, mais en plus elle ne siège que trois ou quatre fois par an et ne travaille pas, en pratique, avec le système des chambres. Pour la critique, voir en particulier : A. E. DULITZKY – La duración del procedimiento : responsabilidades compartidas, in Instituto interamericano de derechos humanos – *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, 1998, p. 380-381. Voir également, T. BUERGENTHAL ; D. CASSELL – The future of the inter-american human rights system, in Instituto interamericano de derechos humanos – *El futuro ...*, op. cit., p. 566 ; D. W. CASSEL – Fact-finding in the Inter-american system, in A. F. BAYEFISKY (Ed.) – *The United nations human right system...*, op. cit., p. 108. Dans un article consacré à la pratique de la Cour interaméricaine de 1979 à 1996, le juge CANCADO TRINDADE indiquait qu'en novembre 1996, le secrétariat de cette juridiction annonçait qu'à la fin de l'année, la Cour de San José n'aurait pas entendu moins de 156 experts et témoins dans l'examen au fond de 9 requêtes. A. A. CANCADO TRINDADE – The operation of the Inter-american court of human rights, in D. J. HARRIS and S. LIVINGSTONE (Ed.) – *The inter-american system of human rights*, Oxford, Clarendon press, 1998, p. 148. Ces développements furent en partie repris dans A. A. CANCADO TRINDADE – Le système interaméricain des droits de l'homme : état actuel et perspectives d'évolution à l'aube du XXI^{ème} siècle, *A.F.D.I* 2000, p. 571. Cet allongement de la procédure a d'ailleurs pesé sur la rédaction du règlement de procédure entré en vigueur le 1^{er} juin 2001 qui prévoit que l'intervention de la Cour de San José dans l'établissement des faits sera exceptionnelle. Se reporter à l'article 43 de ce texte

Cour, il appartient à la chambre de décider si elle doit être à la charge du Conseil de l'Europe ou de celui qui l'a demandée⁸⁸⁰.

2 – Le problème des moyens de la Cour

877. Le caractère subsidiaire du recours international est une donnée structurelle qui fait des autorités nationales les premiers garants du respect de la Convention. La Cour n'a pas été conçue pour être le juge de première instance des litiges mettant en cause les violations des droits de l'homme. Le nombre croissant d'affaires qui lui sont soumises est moins le signe de la qualité de la protection qu'elle offre que la révélation de l'insuffisance des mécanismes nationaux à honorer les engagements contractés à l'égard des individus. Il est surtout la source d'un engorgement qui met en danger la crédibilité même de la juridiction internationale.

878. Elle ne dispose pas de moyens humains et financiers suffisants pour réaliser des enquêtes sur place et des auditions de témoins au rythme où le traitement des litiges dans un délai raisonnable pourrait l'exiger. Dans le discours qu'il a prononcé lors de la cérémonie commémorative du 50^{ème} anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme, M. Lucius WILDHABER a plaidé une fois de plus pour l'obtention de ressources supplémentaires « *en vue du recrutement de juristes chargés de préparer les affaires et en vue du maintien d'un système informatique efficace* ». Pour lui, « *pour que la Cour ait vraiment une chance de traiter autant d'affaires qu'elle en reçoit, il faudra accroître son budget d'environ 3,8 millions d'euros, soit environ 3 millions de dollars* ».

879. Devant un tel dénuement, il est très difficile d'envisager des solutions institutionnelles aux problèmes d'établissement des faits par la Cour. D'ailleurs, l'amélioration des structures n'est pas une voie conforme au rôle de garant subsidiaire de la Cour si elle est guidée par la nécessité de régler la question des faits. Mieux vaut tenir bon sur les principes en tenant pour un mal nécessaire la réserve de la Cour en ce domaine. Certes, si on laissait libre cours à l'imagination on pourrait voir fleurir nombre de propositions visant par exemple à créer une chambre ou on ne sait quel organe interne chargé spécialement de procéder à des enquêtes sur place et à l'audition de témoins pour les affaires concernant les articles 2, 3 et 5 de la Convention. Cela reviendrait à ressusciter la Commission avec des moyens réduits et en l'intégrant pleinement à la juridiction. Pour intéressante qu'elle soit, car on n'est pas loin de penser qu'un organe d'établissement des faits est indispensable à

⁸⁸⁰ Article 42 § 5 du règlement de procédure.

l'efficacité de la protection internationale des droits, cette proposition comporte une augmentation de la dotation financière de la Cour qui assombrit ses chances de voir le jour.

880. De même, il pourrait apparaître utile d'affiner l'enquête du secrétaire général prévue par l'article 52⁸⁸¹. En vertu de cet article les Etats parties doivent fournir sur demande du secrétaire général du Conseil de l'Europe les explications sur la manière dont leurs droits internes assurent l'application effective de toutes les dispositions de la Convention. Profitant de cette base juridique, il serait possible de fournir aux Etats un questionnaire précis et détaillé sur les faits susceptibles d'affecter le respect des trois articles précités à partir des expériences vécues par la Commission. Mais ce serait un effort vain parce que les litiges ont souvent un caractère individuel suffisamment accusé pour exiger la restriction des enquêtes à la situation personnelle des victimes.

881. Dans certaines circonstances, mettant notamment en cause les conditions générales de protection des droits ou la portée externe de l'article 3, il peut sembler opportun que la Cour se réfère aux documents produits par d'autres organes internationaux de protection des droits comme le Comité européen pour la prévention de la torture. Mais le juge expérimente déjà cette solution qui, si elle gagne à être systématisée, ne fournit pas une réponse globale à la question des moyens.

882. C'est pourquoi le palliatif qui consiste à imposer aux Etats de mener des enquêtes effectives au cours de l'épuisement des voies de recours internes paraît une voie intéressante à explorer, d'autant que souvent les enquêtes internationales ont une efficacité réduite.

B – L'efficacité réduite du recours à l'enquête

883. Il n'est pas toujours souhaitable ni possible de recourir à une investigation à chaque fois qu'une divergence importante sur la réalité des faits éclate au cours du procès. Plusieurs facteurs peuvent réduire l'efficacité de l'enquête internationale. Dans l'affaire grecque la Commission a donné plusieurs indications concernant les difficultés rencontrées par les organes d'enquête. Elle a mis l'accent sur le fait que la crainte des représailles peut réduire au silence les témoins qui hésitent à décrire et à révéler les faits. C'est d'ailleurs pour

⁸⁸¹ L'actuel article 52 remplace l'ancien article 57 de la Convention. Sur cet article, voir P. MAHONEY – Article 57, in L-E PETTITI ; E. DECAUX ; P-H IMBERT (Ed.) – *La Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., p. 881.

cette raison que la Convention, le règlement de procédure et le protocole additionnel sur les immunités posent quelques principes concernant la protection des témoins⁸⁸².

884. Elle a également fait remarquer que, s'agissant d'actes de torture il est probable qu'ils soient commis sans témoin. A cela s'ajoute le fait que certains actes contraires à la Convention peuvent être perpétrés sans laisser de traces. Ainsi, certaines atteintes à l'intégrité physique peuvent ne pas laisser subsister d'indices, cela est encore plus évident s'agissant de tortures morales. De plus, lorsque la plainte est examinée par l'organe international, il s'est généralement écoulé suffisamment de temps pour que les preuves aient disparu ou soient difficilement utilisables au cours d'une procédure judiciaire⁸⁸³. Ces obstacles ne manqueront pas de s'opposer également à l'efficacité des investigations menées par la nouvelle Cour. Pour pallier le manque de pouvoir coercitif la Cour dispose de la possibilité de solliciter l'obligation de coopération des Etats. Cette question ayant déjà été abordée, il convient de porter l'attention sur les problèmes posés par le temps écoulé depuis la survenance des faits.

885. Ce temps peut réduire l'efficacité d'une enquête, voire la rendre inutile. L'hypothèse peut être illustrée à partir du rapport rendu par la Commission dans la célèbre affaire Mac Cann. Le litige, soulevé par plusieurs requérants contre le Royaume-Uni suite à la mort d'une personne au cours d'une opération militaire à Gibraltar donnait lieu à une importante controverse sur la réalité des faits. Pour dissiper cette contradiction, les requérants demandèrent à la Commission de mener ses propres investigations et firent de nombreuses suggestions lui proposant notamment d'entendre plusieurs témoins et d'adresser plusieurs questions aux gouvernements espagnol et belge.

886. La Commission répondit qu'une audience comporterait l'audition de témoins d'évènements qui se produisirent depuis huit ans déjà. Elle considéra qu'il était peu probable qu'après tant d'années les versions des témoins pourraient faire la lumière sur cette affaire. En outre, elle releva qu'au moins l'un d'entre eux était mort. Elle conclut que les témoignages proposés ne l'aideraient pas dans sa tâche⁸⁸⁴.

887. Dans d'autres situations, l'enquête n'est pas seulement difficile ou inutile, elle peut se révéler impossible. Le cas de figure le plus évident et le mieux connu est sans doute la question de l'établissement des faits dans le cadre du contentieux externe de l'article 3. La jurisprudence de la Cour autorise les bénéficiaires de la Convention à la saisir de la violation

⁸⁸² Voir *supra*.

⁸⁸³ Commission EDH, Affaire Grecque, 1969, vol II, (1^{ère} partie) p. 14. Voir également F. BOUCHET-SAULNIER – *Les procédures internationales d'établissement des faits en matière de droits de l'homme*, Thèse Nice, dact. 1988, p. 609-611.

⁸⁸⁴ Commission EDH, Mac Cann et autres c. Royaume-Uni, n°18984/91, Rapport du 4 mars 1994, § 177. Voir également Commission EDH, Assenov et autres c. Bulgarie, n°24760/94, Rapport du 10 juillet 1997, § 94.

de l'article lorsqu'une mesure d'éloignement peut les conduire sur un territoire où ils risquent de subir des traitements contraires à l'article 3, que les menaces proviennent de groupes privés ou d'autorités publiques. Tout le problème est de savoir si la menace est réelle ou si elle est une pure invention⁸⁸⁵.

888. En règle générale, les moyens de preuve dont les victimes disposent sont extrêmement ténus dans la mesure où les éléments précis susceptibles d'appuyer leurs déclarations se trouvent dans les pays vers lesquels ils risquent d'être envoyés. Dans ce type de contentieux, l'Etat a beau jeu de s'appuyer sur la faiblesse du dossier tandis que la victime réclame à son profit un abaissement du standard de preuve applicable à sa cause. Il est vrai que solliciter une enquête de la Cour pour établir les faits est un acte vain. Elle ne dispose pas de moyens suffisants pour dépêcher une délégation dans des pays parfois lointains, comme la Colombie pour se référer à l'affaire H.L.R c. France⁸⁸⁶ ; outre l'allongement excessif de la durée de la procédure et l'efficacité hasardeuse d'une telle aventure. L'investigation apparaît donc impossible et la Cour doit faire appel à diverses stratégies pour sortir le déroulement de l'instance de l'impasse.

§ 2 – Les carences dans la protection des droits

889. Il n'est pas facile d'indiquer les carences qu'une intervention juridictionnelle trop timide pourrait entraîner parce que les arrêts de référence ont généralement été instruits sous l'empire du système dual de protection. Pour autant, le contentieux de la satisfaction équitable, parce qu'il n'était réglé que par la Cour offre un terrain d'observation privilégiée, qui préfigurait en quelque sorte la solitude de la nouvelle Cour dans le traitement des dossiers.

890. Au demeurant, si dans le domaine de l'octroi de la satisfaction équitable l'usage des pouvoirs de la Cour révèle une pratique contestable (A), c'est sans doute parce que sans le dynamisme du juge, l'effectivité des droits peut courir des risques sérieux (B).

A – Une pratique contestable

891. De même que l'octroi d'une satisfaction équitable à la victime relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour, aucun barème préétabli ne guide la fixation du montant de

⁸⁸⁵ Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni, 30 octobre 1991, série A n° 215, § 103 ; Cruz Varas et autres c. Suède, 20 mars 1991, série A n° 201, §69-70 ; Chahal c. Royaume-Uni, 15 novembre 1996, Recueil 1996-V, § 97 ; Soering c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, série A n° 161.

⁸⁸⁶ H.L.R. c. France, 29 avril 1997, Recueil 1997-III.

l'indemnité ordonnée. Cette absence, loin de constituer un obstacle à une protection effective des droits, favorise l'adoption de critères d'évaluation adaptés aux particularités de chaque espèce. Le problème est qu'elle fait également la part belle à un aléa qui ne sied pas à l'exercice le plus sérieux de la fonction juridictionnelle. C'est d'ailleurs un des reproches qui a pu être formulé à l'encontre de la Cour qui n'indique pas toujours aux parties et aux observateurs les bases du calcul qu'elle effectue tout en allouant des compensations financières disparates dans des cas similaires.

892. A l'évidence, le préjudice moral ne se prête pas à un calcul précis et incontestable, mais il n'en est pas de même pour certains préjudices matériels. En principe, pour remplir son office la juridiction dispose des preuves fournies par les parties dans la mesure où la victime est censée chiffrer sa demande de réparation et qu'en réponse l'Etat est appelé à apporter des informations destinées à contredire ou à tempérer cette estimation lorsqu'il ne se borne pas à la nier. Parfois, les informations peuvent manquer et la Cour est susceptible d'agir d'au moins trois manières différentes. Elle peut recourir à une mesure d'instruction comme la demande de documents ou la désignation d'un ou de plusieurs experts. Elle a la possibilité de réserver sa décision en demandant aux parties d'étayer leurs observations sur les points demeurés obscurs. Elle peut également décider de statuer sur la base du dossier incomplet. La première option est de loin la plus rare, tandis que les deux autres et la dernière en particulier sont les plus usitées. La conséquence est que la satisfaction équitable s'éloigne de l'appréciation la plus exacte possible du préjudice à la faveur de la timidité de la Cour.

893. Le contentieux relatif au droit de propriété est celui qui a montré le plus nettement les inconvénients de l'absence de recours aux mesures d'instruction. Ils ont été notamment mis en exergue par le professeur FLAUSS dans son commentaire de l'arrêt Hentrich contre France rendu sur la question de la satisfaction équitable⁸⁸⁷. Rejoignant notamment l'opinion dissidente du juge MARTENS, il dénonce tant l'incohérence de la politique juridictionnelle de la Cour qui dans l'affaire Papamichalopoulos a ordonné une expertise dans des conditions similaires alors qu'elle s'en est abstenue en l'espèce, que l'empirisme qui a présidé à la fixation du montant de l'indemnisation. L'étude des aspects pertinents de cette affaire permet d'illustrer le risque de dévalorisation du mécanisme de garantie provoqué par le refus du juge d'intervenir dans la recherche des preuves.

⁸⁸⁷ J-F. FLAUSS – La banalisation du contentieux indemnitaire devant la Cour européenne des droits de l'homme, *R.T.D.H* 1996, p. 93.

894. Par un arrêt en date du 22 septembre 1994, la Cour européenne des droits de l'homme condamne la France pour violation de l'article 1^{er} du protocole 1 au motif que Mme Hentrich n'avait pas pu contester utilement la préemption de son bien par l'administration fiscale⁸⁸⁸. Sur le terrain de la satisfaction équitable, elle considère que le constat de violation constitue une réparation suffisante quant au dommage moral allégué et condamne l'Etat à verser à la requérante la somme de 56 075 francs français pour frais et dépens. Cependant, la juridiction internationale décide de réserver la question de la compensation financière due au titre de dédommagement du préjudice matériel à cause de l'insuffisance des renseignements fournis sur ce point. Elle précise toutefois que, « *vu la violation constatée de l'article 1 du Protocole n° 1, la meilleure forme de réparation consisterait en principe dans la rétrocession du terrain par l'Etat. Faute de quoi, le calcul du préjudice matériel doit partir de la valeur vénale actuelle du terrain*⁸⁸⁹ ».

895. Au cours de l'examen de la question du préjudice matériel, le gouvernement précisa que la rétrocession était impossible. Il revenait alors à la Cour de fixer le montant de l'indemnisation. Or, de part et d'autre, le préjudice avait donné lieu à des estimations fort éloignées. Alors qu'en 1993 la requérante l'évaluait à 1 000 000 de francs, elle sollicita une réparation estimant la valeur du terrain à 2 875 550 francs, soit 42 500 francs l'are, et demanda la somme de 200 000 FRF pour perte de jouissance en plus du paiement d'intérêts au taux légal, calculés à compter du l'arrêt sur le fond et sur les deux montants en question. Quant au gouvernement, il proposait de verser une indemnité de 130 000 francs calculée à partir de la valeur vénale du terrain à la date du procès estimée entre 700 000 et 800 000 francs, et en retranchant les versements déjà effectués et le rappel d'impôts⁸⁹⁰. D'un côté, une estimation globale supérieure à 3 075 550 francs, de l'autre une somme de 130 000 francs.

896. Sans aucune explication la Cour décide de retenir le chiffre d'un million de francs avancé par la requérante en 1993 dont elle retranche les sommes qu'elle a perçues en 1981. La Cour accorde donc à l'intéressée une indemnité de 800 000 francs au titre de la réparation du dommage matériel⁸⁹¹.

⁸⁸⁸ L'arrêt a également conclu à la violation de l'article 6 de la Convention faute de procès équitable et en raison de la durée excessive de la procédure. Hentrich c. France, 22 Avril 1994, série A n° 296-A, observations H. ASCENSIO, in E. DECAUX ; P. TAVERNIER et al. – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 1994), *J.D.I* 1995, p. 776-778.

⁸⁸⁹ Hentrich c. France, 22 Avril 1994, série A n° 296-A, § 70.

⁸⁹⁰ Soit 205 688,29 francs et 29 000 francs. Après réactualisation puis capitalisation des intérêts, il fixe ces deux derniers montants à 703 377,77 francs pour les premiers, et 93 000 francs pour le second.

⁸⁹¹ Hentrich c. France (article 50), 3 juillet 1995, série A n° 320-A, observations P. TAVERNIER in E. DECAUX ; P. TAVERNIER et al. – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 1995), *J.D.I* 1996, p. 236-237.

897. Pour le juge MARTENS la décision rendue ne repose pas sur des fondements solides. « *Les parties étaient très divisées tant sur les principes juridiques pertinents que sur les faits. Leurs estimations de la valeur réelle du terrain saisi étaient très éloignées et, qui plus est, non étayées par des documents. Dans ces conditions, la Cour ne devrait pas se retrancher derrière "l'équité", mais statuer sur les points de droit et inviter les experts à lui remettre les éléments qui lui permettraient d'apprécier la valeur du terrain, au besoin en équité. Pour statuer en équité, comme pour prendre toute autre décision de justice, il faut disposer d'une vue claire et fiable des faits* ».

898. Précisément, pour disposer de cette vue claire et fiable des faits, quelques mois plus tard, dans des conditions comparables, la Cour décida d'avoir recours à des experts, d'où l'incohérence dénoncée par la professeur FLAUSS qui relève au cours d'un commentaire détaillé que les chiffres retenus par la Cour ne sont pas plus légitimes que les seconds chiffres avancés par la requérante. Une expertise eût sans aucun doute donné davantage de satisfaction tant sur le plan de la technique juridictionnelle qu'au regard de la justesse de l'évaluation finale.

899. D'une manière générale, le contentieux des biens, pour autant qu'il conduit les parties à des estimations très différentes, peut-être considéré comme le domaine privilégié de cette mesure d'instruction. Pour les autres litiges, il est probablement plus indiqué d'utiliser la demande d'information qui est une technique d'intervention qui augmente moins la durée de la procédure.

900. A cet égard, on peut relever que lorsque la Cour réserve la question de la satisfaction équitable, c'est pour permettre aux parties d'étayer leurs évaluations par l'exercice du droit à la preuve. Quand cette disposition ne parvient pas aux résultats escomptés, il semble logique qu'elle demande aux parties la production de preuves supplémentaires et qu'elle tire, le cas échéant, les conséquences de leur passivité. Mais parfois, il arrive que la Cour se contente des éléments dont elle dispose pour statuer en équité.

901. Dans l'arrêt Oğur c. Turquie la Cour juge l'Etat turc responsable de la mort du fils de la requérante en violation de l'article 2 de la Convention. Celle-ci, en plus d'une réparation pour préjudice moral, réclamait que l'Etat soit condamné à lui verser une indemnité pour compenser le préjudice matériel qu'elle invoquait. Elle soutenait qu'elle était sans ressource depuis le décès de son fils qui assurait l'entretien de la famille en travaillant comme veilleur de nuit. L'arrêt rejette sa demande en relevant que « *le dossier ne contient aucune indication sur les revenus que percevait le fils de la requérante en travaillant comme veilleur de nuit, sur l'aide qu'il apportait à la requérante, sur la situation familiale et, le cas échéant,*

*sur d'autres éléments pertinents. Dans ces conditions, le Cour ne saurait accueillir la demande de réparation présentée à ce titre*⁸⁹² ».

902. Dans une opinion dissidente particulièrement virulente à l'égard de la majorité de la Cour, le juge BONELLO « *estime qu'une fois constatée l'insuffisance des éléments relatifs au dommage matériel la Cour aurait pu et dû inviter la requérante à soumettre des précisions concernant sa demande* ». A l'évidence, le juge reproche à la Cour de n'avoir pas utilisé les moyens à sa disposition pour faire toute la lumière sur les circonstances en débat. A sa décharge, il faut noter qu'elle a statué plus de huit ans après la survenance des faits, et qu'elle a pu ainsi considérer qu'une telle durée pouvait rendre sans fondement légitime la demande de réparation pécuniaire pour disparition du soutien de famille. Il s'agit d'un arbitrage qui, comme tous les arbitrages, peut susciter la controverse. Ce qui est certain, c'est que l'on demeure sans indication sur la réalité de la situation financière de la plaignante et sans évaluation précise des conséquences de la disparition de son fils sur l'état des finances familiales.

B – Les risques pour la protection des droits

903. Confier au juge le choix de décider de la mise en œuvre des mesures d'instruction est une sage décision. Elle peut néanmoins engendrer des risques pour la protection des droits si le juge s'en sert trop fréquemment ou si, au contraire, il en fait un usage trop timide. La pratique de la Cour prive l'hypothèse de l'ardeur excessive de tout intérêt et si l'on veut s'enquérir des conséquences qu'elle est susceptible de produire, il faudrait accorder plus d'attention au procès interaméricain des droits de l'homme. Par contre, les dangers provoqués par le non-usage des pouvoirs inquisitoriaux méritent d'être étudiés d'autant que la disparition de la Commission ne manquera pas de réduire le nombre d'investigation menée sur le fondement de la Convention. Le premier qui vient à l'esprit est le risque de conservation de l'inégalité des parties (1). Ensuite, on peut envisager le risque d'une mise à l'écart de la recherche de la vérité (2).

1 – La conservation de l'inégalité des parties

⁸⁹² Oğur c. Turquie, 20 mai 1999, Recueil 1999-III, § 98 ; observations O. DE FROUVILLE, in E. DECAUX ; P. TAVERNIER et al. – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 1999), *J.D.I* 2000, p. 111-112.

904. L'accès de l'individu à la Cour dans les mêmes conditions que l'Etat ne suffit pas à donner vie à l'idéal d'égalité qui anime le respect des garanties fondamentales du procès équitable. Le déséquilibre circonstanciel du procès provient également de la difficulté de la victime à rassembler les preuves de la violation qu'elle dénonce. L'inertie de la Cour dans la recherche de ces éléments parfois décisifs préserve l'avantage que l'Etat possède dans la relation qu'il entretient avec les individus.

905. La jurisprudence de la Cour a d'ailleurs sanctionné les carences des juges nationaux sur le fondement de l'irrespect du principe de l'égalité des armes lorsqu'ils se refusaient à ordonner certaines mesures d'instruction nécessaires à l'établissement des faits invoqués par les titulaires des droits de l'homme. C'est dire que le risque de conserver l'inégalité en défaveur de la victime n'est pas une simple hypothèse destinée à enrichir la recherche. Ces éléments ayant déjà été abordés au cours de la réflexion, on se bornera à systématiser brièvement l'essentiel à travers une double affirmation : d'une part, la timidité du juge peut profiter à l'Etat, d'autre part, cette timidité ne se marie pas avec les affirmations généreuses de la Cour⁸⁹³.

2 – La mise à l'écart de la recherche de la vérité

906. L'intervention de la Cour dans la réunion des preuves est concurrencée par des solutions de rechange. Au lieu de choisir d'employer une mesure d'instruction, la juridiction peut recourir à l'attribution du risque de la preuve ou encore profiter de la liberté de la preuve et des *amici curiae* pour utiliser des documents généraux qui suppléent à l'absence de visite des lieux.

907. Dans ces deux cas, la juridiction internationale s'éloigne sciemment de la certitude qu'elle peut approcher de plus près par une connaissance personnelle des faits mis en cause. Il ne s'agit pas de soutenir que la vérité est un objectif que l'on peut atteindre par les moyens du droit. Il n'en demeure pas moins que la collecte d'indices toujours plus nombreux, l'audition de témoins, l'expertise et la visite des lieux assurent une représentation bien plus fidèle de la vraisemblance des faits querellés que tout autre méthode.

908. Le principe même de l'attribution du risque de la preuve, qui n'est autre que l'affectation du bénéfice du doute à l'une des thèses qui s'affrontent, contient l'aveu de la persistance d'une incertitude dans l'esprit du juge. Or, on peut s'étonner qu'une institution

⁸⁹³ Se reporter au paragraphe relatif à l'égalité des armes, n° 680 et suivants.

dotée de larges pouvoirs d'investigation utilise cette technique procédurale parfois sans avoir employé tous les moyens disponibles pour faire la lumière sur les faits controversés. Saisi sous cet angle, le risque de la preuve sanctionne tant l'échec de l'exercice du droit à la preuve par les parties que l'inertie d'un dispositif qui laisse hors d'usage les remèdes aux problèmes qu'il rencontre. Mieux vaut attribuer le bénéfice du doute que d'utiliser tous les moyens nécessaires pour le dissiper. C'est une maxime qui résume l'attitude du juge en faisant apparaître ce qu'elle a de curieux et surtout l'économie qu'elle comporte au prix de l'abandon de la recherche de la vérité.

909. Il faut bien voir cependant que la mise en œuvre d'une mesure d'instruction peut se révéler inutile parce que les faits concernés ont eu lieu depuis longtemps. En outre, s'agissant du contentieux externe de l'article 3 notamment, l'envoi d'une délégation dans un pays étranger à l'espace de la Convention est plus coûteux que la décision d'adopter une position ferme en abaissant au profit de la victime le standard de preuve applicable en la matière.

910. Ce qu'il importe de retenir c'est que l'absence d'enquête au profit de l'attribution du risque de la preuve a nécessairement pour conséquence d'accroître la part de l'incertitude qui entoure le jugement de l'affaire, et d'éloigner le système probatoire de la vérité des faits.

911. L'autre solution de rechange à l'intervention de la Cour est l'usage de documents généraux en vue de remplacer une visite sur place. Les rapports du Comité européen de prévention contre la torture peuvent ainsi se substituer aux mesures d'instruction devenues, du coup, inutiles. Par exemple, pour examiner si les conditions de détention d'un requérant dans une prison grecque étaient compatibles avec les exigences de l'article 3 de la Convention, la Cour s'appuya sur un rapport du Comité européen de prévention contre la torture établissant que dans des cellules, qui sont aux dires du gouvernement similaires à celles dont le requérant se plaignait, il y avait un important surpeuplement et les conditions sanitaires étaient épouvantables. Le plus important c'est que la Cour assume la visite du Comité à la place de la mesure qu'elle aurait pu exécuter par ses propres moyens : « *In the present case, although the Court has not conducted an on-site visit, it notes that the applicant's allegations are corroborated by the conclusions of the CPT report of 29 November 1994 regarding the Police Headquarters in Alexandras Avenue*⁸⁹⁴ ».

⁸⁹⁴ Dougoz c. Grèce, 6 mars 2001, § 46. Pour d'autres exemples, se reporter à la première partie, titre I, chapitre II, section I, consacrée aux moyens de preuve utilisés par la Cour.

912. La Cour européenne des droits de l'homme n'emploie pas ses pouvoirs d'enquête et s'en remet à d'autres institutions. Elle ne le fait pas complètement pour autant qu'elle évalue la force probante des documents produits à l'aide de son strict critère du doute raisonnable. L'utilité de cette méthode n'est pas contestable notamment parce qu'elle constitue une voie moyenne entre d'une part, une mesure d'instruction qui allonge le procès et augmente son coût financier et, d'autre part, la confiance sans mesure accordée à des organismes sur lesquels la Cour ne peut exercer aucun contrôle.

913. Mais, la retenue de la Cour quant à l'usage des mesures d'instruction risque de poser le problème de l'effectivité et de l'efficacité de son contrôle. Effectivité parce que la Cour ne réalise pas un véritable contrôle des faits en préférant tirer les conséquences de l'insuffisance des preuves au plan du jugement. Efficacité parce qu'il est peu utile de rendre un jugement à partir de faits qui sont mal établis et même faux. Dans cette dernière hypothèse, la satisfaction équitable parfois perçue par la victime ne suffit pas à compenser la faible portée de l'arrêt rendu. Le théâtre de la justice abusée par les plaideurs est une des images les moins gratifiantes pour le mécanisme de contrôle international de la Convention, mais également une des situations les plus coûteuses pour la Cour.

914. Ces risques ne sont pas hypothétiques quand on sait que la Cour, submergée par le volume des requêtes à traiter, sera probablement moins prompte que la Commission à intervenir dans la réunion des preuves. Il ne faut pas oublier que même pour cet organe principalement chargé d'établir les faits, la hâte et le défaut d'enquête ont pu produire des situations équivoques. Le professeur E. DECAUX en a d'ailleurs relevé une qui peut illustrer brièvement le propos à l'occasion d'une affaire où les requérants se plaignaient de la violation des articles 2, 3, 8, 1 du protocole 1 et de l'article 14 de la Convention à la suite de la reprise des essais nucléaires par la France. Sans nier l'intérêt de l'irrecevabilité prononcée en l'espèce, la décision de la Commission étonne par le caractère lacunaire de l'établissement des faits et le caractère sélectif des références utilisées. Le professeur DECAUX a beau jeu de démontrer qu'il s'agit davantage d'une « *synthèse de presse* » que de l'œuvre d'un organe quasi-juridictionnel. Sa critique sera encore plus incisive quand elle se situera sur le plan des techniques utilisées par cette institution de la Convention : « *La méthode de travail de la Commission – ou plutôt de son secrétariat – ne lui permet (...) pas de faire nettement le départ entre les éléments pertinents et dûment vérifiés, qui sont indispensables à son*

raisonnement juridique, et les allégations des parties reprises hâtivement sous sa plume, en leur conférant un caractère apparent de vérité objective⁸⁹⁵ ».

915. On comprend aisément que devant de tels risques, la Cour européenne des droits de l'homme a dû trouver une parade qui sauvegarde le crédit dont elle jouit auprès des justiciables. Elle expérimente depuis peu un palliatif apparemment efficace qui repose sur la dynamisation des procédures nationales.

Sous-section 2 – Un palliatif fondé sur la dynamisation des procédures nationales

916. Depuis l'arrêt Akdivar⁸⁹⁶, la Cour impose aux Etats de mener une enquête officielle et effective lorsqu'ils sont saisis d'allégations plausibles de violation de l'intégrité de la personne ou du droit à la sûreté et lorsqu'ils ont connaissance de faits mettant en cause le respect du droit à la vie. Apparue comme un moyen efficace de dynamiser les procédures nationales que le manque de diligence, voire la mauvaise foi des autorités nationales, pourrait paralyser, cette obligation positive a pour objet principal de renforcer la protection des droits dans l'ordre juridique interne.

917. Cependant, observée à travers la problématique de l'équilibre de l'instruction, cette amélioration se présente comme un outil permettant à la Cour d'échapper à l'écrasante charge de travail impliquée par une intervention plus fréquente dans la recherche des preuves. Elle opère une division des tâches en confiant la réunion de tous les éléments pertinents aux dispositifs nationaux. L'avancée réalisée sur le plan de la protection fait corps avec la résolution de difficultés contentieuses. Cette synergie apparaît lorsque l'on s'intéresse à l'affirmation (§ 1) et à l'affinement (§ 2) de l'obligation d'enquêter.

⁸⁹⁵ E. DECAUX – Commission européenne des droits de l'homme, Décision du 4 décembre 1995 sur la recevabilité de la requête présentée par MM. Tauria et al. contre la France, *R.G.D.I.P* 1996, p. 746-747.

⁸⁹⁶ Akdivar et autres c. Turquie, 16 septembre 1996, Recueil 1996-IV.

§ 1 – L’affirmation de l’obligation d’enquêter

918. Il ne serait pas juste de nier l’apport de l’obligation d’enquêter à la garantie des droits. Cette norme assure l’effectivité des règles matérielles dans la mesure où elle fournit en partie les moyens de redresser les violations constatées. Il faut en effet reconnaître que dans certaines circonstances, « *tout recours est voué à l’échec si l’Etat ne rassemble pas au profit de la victime les preuves nécessaires*⁸⁹⁷ ». La Cour ne dit pas autre chose en rendant son jugement sur l’affaire Aydin qui constate « *qu’aucune enquête approfondie et effective n’a été menée sur les allégations de la requérante, ce qui a amoindri l’efficacité des autres recours dont [la requérante] aurait pu se prévaloir*⁸⁹⁸ ».

919. Néanmoins, le constat de l’enrichissement du patrimoine juridique des individus n’interdit pas nécessairement de penser que son affirmation correspond à une volonté de pallier les carences de l’usage des mesures d’instruction. A ce titre, l’affirmation de l’obligation d’enquêter fait figure de consécration stratégique (A). Puisant au cœur du mécanisme instauré par la Convention, la Cour tente ainsi d’exploiter au mieux le caractère subsidiaire du recours international (B).

A – Une consécration stratégique

920. Lorsque les procédures nationales ne sont pas à même d’établir les faits, la charge de travail juridictionnel non accomplie se reporte sur l’organe international. La Commission a souligné maintes fois son embarras face à la carence de la recherche des preuves en droit national. Dans l’affaire Ertak elle déclare : « *lorsque, comme en l’espèce, les récits des événements sont contradictoires et discordants, la Commission regrette particulièrement l’absence d’examen judiciaire ou d’une autre enquête indépendante approfondie au niveau interne sur les faits en question*⁸⁹⁹ ». Ce sont ces circonstances qui l’ont souvent obligée à procéder à une visite des lieux comportant l’audition de plusieurs témoins. Il est donc légitime de craindre que le déficit des procédures nationales viennent

⁸⁹⁷ V. COUSSIRAT-COUSTERE, La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme en 2000, *A.F.D.I* 2000, p. 595. Velikova c. Bulgarie, 18 mai 2000, Recueil 2000-VI, § 90 ; Tas c. Turquie, 14 novembre 2000, § 93 ; Bilgin c. Turquie, 16 novembre 2000, op. cit., § 120-122.

⁸⁹⁸ Aydin c. Turquie, 25 septembre 1997, Recueil 1997-VI, § 109.

⁸⁹⁹ Commission EDH, Ertak c. Turquie, n°20764/92, Rapport du 4 décembre 1998, § 160. Se reporter également à : Commission EDH, Selçuk et Asker c. Turquie, 28 novembre 1996, op. cit., § 145 ; Commission EDH, Z.D c. Turquie, n°25801/94, Rapport du 6 septembre 1999, § 149 ; Commission EDH, Timurtas c. Turquie, n°25531/94, Rapport du 29 octobre 1998, § 212.

aggraver les problèmes de la nouvelle Cour qui est aux prises avec le flot croissant de requêtes dont elle est saisie et qui ne peut être maîtrisé si elle doit se livrer fréquemment à des inspections internationales.

921. Ces données, qui donnent à penser que la Cour a intérêt à exiger la réalisation d'enquête en droit national, ne suffisent pas à prouver qu'elle a effectivement énoncé cette règle pour alléger sa charge. A proprement parler, la thèse de la consécration stratégique, à moins que la Cour ne la reconnaisse, ne peut résulter d'une preuve directe et incontestable. Elle attire l'attention sur la coïncidence entre deux faits et tente d'en donner une explication plausible. Elle peut d'ailleurs s'appuyer sur certaines déclarations de témoins privilégiés de l'activité de la Cour.

922. On peut ainsi se référer à l'analyse du juge JAMBREK dans son opinion dissidente sur l'affaire *Mentes*. « *Toutefois, selon moi, ces difficultés rejaillissent non seulement sur les enquêtes administratives et les procédures judiciaires internes mais aussi, et peut-être encore davantage, sur la capacité du juge international d'établir et d'évaluer les faits d'une cause. Plusieurs raisons militaient ici pour que les requérantes soient relevées de leur obligation d'épuiser les voies de recours internes. Cette exemption a cependant pour conséquence malheureuse de faire peser sur les organes de Strasbourg une charge supplémentaire, à savoir la tâche d'établir les faits en cas de plainte sur le terrain de la Convention ; or ils n'ont pas vocation à accomplir cette tâche ni ne sont outillés pour le faire. Le système de la Convention confie ce rôle d'abord aux autorités nationales, notamment aux cours et tribunaux. Un tribunal international n'est pas à même d'assurer seul ce rôle de protection, mais il doit pouvoir s'appuyer sur le système interne de protection des droits de l'homme. Il est donc préférable d'encourager celui-ci à devenir plus effectif et efficace, même s'il témoigne de quelques faiblesses dans les circonstances spécifiques de la cause*⁹⁰⁰ ».

923. De son côté, le greffier MAHONEY, en étudiant spécialement l'obligation d'enquête sous l'angle de la règle d'épuisement des voies de recours internes, a lui aussi insisté sur le risque de perte de crédibilité qui guette le système international de protection s'il est appelé à se comporter comme une juridiction de première instance alors qu'il ne dispose pas des moyens nécessaires pour honorer cette fonction⁹⁰¹.

924. On peut également invoquer la parole de MM. HARMAN, WILDHABER et KRÜGER, qui indiquent dans le rapport du groupe d'évaluation au Comité des ministres sur

⁹⁰⁰ *Mentes et autres c. Turquie*, 28 novembre 1997, Recueil 1997-VIII.

⁹⁰¹ P. MAHONEY – A duty to investigate under the European convention on human rights, in *Liber amicorum Hèctor FIX-ZAMUDIO*, San José, vol. II, 1998, p. 1016.

la Cour européenne des droits de l'homme, que « *la Cour s'est elle-même prémunie de la nécessité de s'engager dans des missions d'investigation, avec leurs problèmes corollaires, en prévoyant dans sa jurisprudence que les carences procédurales telles l'absence d'enquête ou de recours peuvent en elles-mêmes emporter violation de la Convention*⁹⁰² ».

925. Ces témoignages autorisés renforcent la thèse de la consécration stratégique et conduisent à nuancer la parenté, voire la filiation, que l'on serait tenté d'établir entre la jurisprudence Akdivar et la jurisprudence Velasquez inaugurée huit années auparavant. A juste titre, les auteurs ne manquent pas d'établir un rapprochement entre l'affirmation de l'obligation d'enquête dans le système de protection européen et sa consécration antérieure dans le système interaméricain⁹⁰³. On ne peut contester le fait que la Cour européenne des droits de l'homme s'est référée à la jurisprudence de son homologue américain, mais le contexte d'apparition de cette obligation n'est pas identique devant les deux juridictions. En particulier, la thèse de la consécration stratégique est dénuée de pertinence dès lors que l'on tente de l'appliquer à la jurisprudence de la Cour de San José.

926. D'abord, cette juridiction ne répugne pas à intervenir dans le domaine de la réunion des éléments de preuve, allant jusqu'à réduire l'intérêt de la logique implicite de l'architecture du mécanisme international de protection interaméricain qui confie spécialement à la Commission interaméricaine la tâche d'établir les faits, et n'autorise la saisine de la juridiction qu'une fois cette mission accomplie. Ensuite parce que l'arrêt Velasquez Rodriguez qui pose l'obligation d'enquête nationale ne se prête pas à une telle interprétation tant il est tourné vers le développement des droits en délaissant le bénéfice que la Cour de San José pourrait tirer de l'observation de l'amélioration des voies de recours internes⁹⁰⁴.

B – L'exploitation de l'épuisement des voies de recours internes

902 Rapport du groupe d'évaluation au Comité des ministres sur la Cour européenne des droits de l'homme, *R.U.D.H* 2001, p. 158, § 63.

903 G. COHEN-JONATHAN – Un arrêt de principe de la « nouvelle » Cour européenne des droits de l'homme : Selmouni contre France (28 juillet 1999), *R.G.D.I.P* 2000, p. 193 ; P. MAHONEY – A duty to investigate under the european..., op. cit., p. 1021.

904 La même analyse peut être menée, *mutatis mutandis*, pour le Comité des droits de l'homme des Nations Unies qui estime que l'obligation d'enquêter est une norme implicite comprise dans l'article 4 (2) du protocole additionnel. Comité des droits de l'homme, Guillermo Ignacio Dermit Barbato and Hugo Haroldo Dermit Barbato v. Uruguay, Communication No. 84/1981, 27 February 1981, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/38/40), § 9.6 ; Comité des droits de l'homme, Herrera Rubio v. Colombia, Communication No. 161/1983 (2 Novembre 1987), U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/43/40), § 10.5.

927. « *Le mécanisme de plainte devant la Cour revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de sauvegarde des droits de l'homme. Cette subsidiarité s'exprime dans les articles 13 et 35 § 1 de la Convention*⁹⁰⁵ ». En affirmant cela, l'arrêt Kudla n'invente rien ; il se borne à rappeler le rouage fondamental de la protection instituée par la Convention européenne des droits de l'homme. Il s'articule autour du principe de l'épuisement des voies de recours internes, lesquelles n'entrant en ligne de compte que si elles possèdent le caractère effectif inscrit à l'article 13.

928. Les autorités nationales sont en première ligne de protection des droits conférés par la Convention. La Cour ne peut être saisie qu'après que le système juridique national se soit prononcé sur les allégations de violation des droits garantis par le traité. Dans ce contexte, on peut comprendre qu'il soit apparu d'autant plus opportun à la Cour de tirer un profit maximal de la collaboration que la Convention postule entre elle et les institutions nationales qu'il est légitime de faire peser sur ces dernières des obligations positives destinées à augmenter l'effectivité de la garantie de ces droits⁹⁰⁶.

929. Il n'est pas rare que les Etats opposent à la recevabilité des requêtes qui les mettent en cause l'exception de non-épuisement des voies de recours internes. Le succès de ce moyen ce heurte à une interprétation souple de la règle de subsidiarité qui, appréciée sans excès de formalisme, a connu des développements remarquables en relation avec l'obligation d'enquêter.

930. Conformément aux principes généraux du droit international, la Cour a toujours dispensé les titulaires des droits d'épuiser les voies de recours internes qui n'étaient ni adéquats, ni effectifs⁹⁰⁷. La nouveauté vient de l'importance que la juridiction accorde à l'existence de circonstances spéciales susceptibles de justifier la dispense. Pour résumer la position de la Cour, il est possible d'emprunter au doyen COHEN-JONATHAN ce passage du commentaire de l'arrêt Selmouni : « *En l'occurrence, nous dit-t-il, la Cour habilite les requérants à agir directement devant les instances de Strasbourg alors même qu'auparavant, ils n'avaient pas entrepris la moindre démarche pour obtenir réparation devant les*

⁹⁰⁵ Kudla c. Pologne, 26 octobre 2000, Recueil 2000-XI § 152.

⁹⁰⁶ Sur les obligations positives voir par exemple : F. SUDRE – Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme, *R.T.D.H* 1995, p. 364.

⁹⁰⁷ Dans le droit fil des arrêts qui le précède, l'arrêt Mentés affirme que selon « *les « principes de droit international généralement reconnus », certaines circonstances particulières peuvent dispenser le requérant de l'obligation d'épuiser les recours internes qui s'offrent à lui. Il incombe au Gouvernement excipant du non-épuisement de convaincre la Cour que le recours était effectif et disponible tant en théorie qu'en pratique à l'époque des faits, c'est-à-dire qu'il était accessible, était susceptible d'offrir au requérant le redressement de ses griefs et présentait des perspectives raisonnables de succès* ». Mentés et autres c. Turquie, 28 novembre 1997, Recueil 1997-VIII, § 57.

*juridictions internes. La Cour justifie cette dispense en faisant valoir qu'elle doit appliquer la règle de l'épuisement des voies de recours en tenant compte, de manière réaliste, du contexte juridique et politique dans lequel se situent les recours offerts ainsi que de la situation personnelle des requérants*⁹⁰⁸ ».

931. Il faut revenir à l'arrêt Aksoy pour avoir une saine compréhension de cette politique jurisprudentielle. Dans sa requête dirigée contre la Turquie M. Aksoy se plaignait d'avoir été arrêté et torturé durant son emprisonnement. Au cours du procès, le gouvernement a soulevé en vain l'exception de non-épuisement des voies de recours internes au motif que, contrairement à ce qu'avancait la requête⁹⁰⁹, M. Aksoy n'avait pas dénoncé les traitements litigieux devant le procureur compétent. L'action fut néanmoins retenue par la Commission et par la Cour européenne des droits de l'homme, car l'inertie des pouvoirs publics dans cette affaire était apparue extrêmement choquante dans la mesure où elle constituait manifestement une violation des dispositions pertinentes du droit turc. L'arrêt indique : « *à admettre même que le requérant ne se soit pas plaint auprès du procureur des mauvais traitements subis au cours de sa garde à vue, les blessures que ceux-ci avaient provoquées devaient être parfaitement visibles lors de l'entretien. Or le procureur choisit de ne pas s'enquérir de la nature, de l'étendue et de la cause de ces blessures, alors qu'en droit turc il avait l'obligation d'enquêter*⁹¹⁰ ». Pour empêcher le renouvellement d'une situation aussi grave, il ne fallait pas seulement sanctionner l'Etat turc mais inclure au nombre des prescriptions de la Convention l'obligation d'enquête violée en l'espèce.

932. Une seconde innovation prend sa source dans la sanction du caractère effectif de l'enquête. Cette situation est différente : l'enquête peut avoir été engagée, mais compte tenu de sa lenteur ou de son inefficacité, le requérant est réputé avoir épuisé les voies de recours internes. C'est une des précisions de l'arrêt Selmouni qui juge qu'une procédure concernant des allégations de traitement contraires à l'article 3 ne satisfait pas à la condition d'effectivité requise par la Convention dès lors qu'elle est d'une lenteur excessive⁹¹¹. L'exception de non-épuisement des voies de recours internes ne peut donc être invoquée avec succès par le gouvernement défendeur. Dans l'affaire Ertak, le requérant engageait la responsabilité de l'Etat en prétendant que son fils avait disparu après avoir été arrêté par les

⁹⁰⁸ G. COHEN-JONATHAN – Un arrêt de principe ..., op. cit., p. 197.

⁹⁰⁹ M. Aksoy fut tué par balles après s'être adressé à la Commission. Son action fut reprise et poursuivie par son père.

⁹¹⁰ Aksoy c. Turquie, 18 décembre 1996, Recueil 1996-VI, § 56. Se reporter aux observations de : P. LEGROS et P. COENRAETS – La règle d'épuisement des voies de recours internes et l'accès effectif à une juridiction dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *R.T.D.H* 1998, p. 33.

⁹¹¹ Selmouni c. France, 28 juillet 1999, op. cit., § 79. Voir, en plus des commentaires déjà cités : F. SUDRE – Torture et garde à vue : un arrêt de principe, *JCP G* 1999, II, 10193, p. 1988.

autorités turques. De son côté, le gouvernement soutenait que le requérant n'avait pas épuisé les voies de recours internes. D'après lui, s'il s'était plaint de la disparition de son fils au procureur, son action s'était toujours limitée à une demande d'information. La Cour, accorda la dispense d'épuisement des voies de recours internes au motif que les allégations du requérant n'avaient pas été examinées sérieusement : « aucune démarche utile n'a été accomplie pour rechercher des témoins qui avaient affirmé avoir vu Mehmet Ertak lors de sa garde à vue, et notamment pour entendre le plaignant », « l'enquêteur n'avait pas en sa possession le dossier de l'enquête ouverte par le procureur suite à la plainte » du père. « Les autorités n'ayant pas mené d'enquête effective sur la disparition alléguée et ayant constamment démenti l'arrestation de Mehmet Ertak, la Cour constate que le requérant ne disposait d'aucun fondement pour exercer utilement les recours civils et administratifs qu'évoque le Gouvernement ; elle considère qu'il a fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour épuiser les voies de recours internes qui lui étaient offerts⁹¹² ».

933. Toutefois la Cour tempère la hardiesse de son interprétation par la vérification des démarches entreprises par les requérants. Dans certains arrêts, elle recherche notamment si le requérant « a fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui », pour permettre à l'Etat de statuer sur la violation de la Convention qu'il allègue⁹¹³. Mais on peut se demander s'il ne s'agit pas d'une concession qui n'a de portée que rhétorique au regard de la rareté des cas où cette vérification joue en défaveur des individus.

934. L'utilisation de la règle de subsidiarité pour corriger les carences de l'intervention de l'organe international dans la réunion des preuves est une solution opportune. Dans l'idéal de la Convention, une bonne application des normes qu'elle contient doit réduire au minimum le nombre d'affaires recevables devant la Cour, et exclure, autant que possible, la mise en œuvre des pouvoirs d'enquête. Conformément à cet idéal, la Cour s'est attachée à préciser peu à peu le fondement et le contenu de cette obligation positive.

§ 2 – L'affinement de l'obligation d'enquête nationale

⁹¹² Ertak c. Turquie, 9 mai 2000, Recueil 2000-V, § 121.

⁹¹³ Kurt c. Turquie, 25 mai 1998, Recueil 1998-III, §§ 79-83 et Çakıcı c. Turquie, 8 juillet 1999, Recueil 1999-IV, §§ 77-80.

935. L'affinement de l'obligation d'enquête, procédant d'abord par une diversification des fondements (A) s'est poursuivi à travers la définition des caractères de l'enquête effective (B).

A – La diversification des fondements

936. La combinaison de normes semble constituer le support technique de la diversification des fondements de l'obligation d'enquête. Alors que la Commission s'appuyait sur la liaison des articles 1 et 13 de la Convention pour reprocher aux Etats le défaut d'enquête effective⁹¹⁴, tantôt la Cour fait appel à l'article 13 ou à l'article 1 qu'elle associe avec les articles 2, 3 et 5 de la Convention afin de sanctionner l'inertie des autorités nationales face à des faits graves susceptibles de constituer des violations des droits de l'homme. La jurisprudence est foisonnante et s'est développée pêle-mêle de sorte qu'il n'est pas aisé de séparer avec une constante rigueur les bases juridiques de l'obligation d'enquête. Aussi faut-il, sans omettre de s'interroger brièvement sur la spécificité de chacun de ces fondements, les identifier en isolant tour à tour le droit à un recours effectif (1), droit à la vie (2), le droit à l'intégrité de la personne (3) et le droit à la sûreté (4).

1 – Le droit à un recours effectif

937. Si dans l'affaire Akdivar la Cour avait sanctionné l'absence d'enquête au stade de l'examen de l'exception de non-épuisement des voies de recours internes, dès l'arrêt Aksoy, elle fait appel au droit au recours effectif posé par l'article 13 de la Convention pour constater un manquement identique.

938. L'article 13 pose l'obligation pour les Etats membres d'offrir un recours effectif à toute personne relevant de leur juridiction dès lors qu'elle invoque un grief défendable dénonçant la violation d'un droit garanti par la Convention⁹¹⁵. « *La règle de l'article 13 n'a donc pas d'existence indépendante, en ce sens qu'elle ne garantit pas un droit*

⁹¹⁴ Commission EDH, Selçuk et Asker c. Turquie, 28 novembre 1996, op. cit., § 145 ; Commission EDH, Kurt c. Turquie, n°24276/94, Rapport du 5 décembre 1996 ; Commission EDH, Tanrikulu c. Turquie, n°23763/94, Rapport du 15 Avril 1998, § 212 ; Commission EDH, Kilic c. Turquie, n°22492/93, Rapport du 23 octobre 1998, § 173.

⁹¹⁵ « *Un individu qui, de manière plausible, se prétend victime d'une violation des droits reconnus dans la Convention doit disposer d'un recours devant une 'instance' nationale afin de voir statuer sur son grief et, s'il y a lieu, d'obtenir réparation* » : Silver et autres c. Royaume-Uni, 25 mars 1983, série A n° 61, § 113 ; Lithgow et autres c. Royaume-Uni, 8 juillet 1986, série A n° 102, § 205.

général de recours contre tout acte de l'autorité publique. Elle se conjugue nécessairement avec une clause normative de la Convention dont la violation est invoquée⁹¹⁶ ».

939. Selon l'arrêt Aksoy, « *les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur fait cette disposition* ». En outre, « *la portée de l'obligation découlant de l'article 13 varie en fonction de la nature du grief que le requérant fonde sur la Convention. Toutefois, le recours exigé par l'article 13 doit être "effectif" en pratique comme en droit, en ce sens particulièrement que son exercice ne doit pas être entravé de manière injustifiée par les actes ou omissions des autorités de l'Etat défendeur* ».

940. Et dans cette espèce, la Cour précise qu'eu « *égard à l'importance fondamentale de la prohibition de la torture et à la situation particulièrement vulnérable des victimes de tortures, l'article 13 impose aux Etats, sans préjudice de tout autre recours disponible en droit interne, une obligation de mener une enquête approfondie et effective au sujet des cas de torture* ». Il est intéressant de remarquer qu'en énonçant cette norme, la Cour a rapproché son instrument de référence de la « *Convention contre la torture ou autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* » adoptée en 1984 par les Nations unies, dont l'article 12 impose une obligation de procéder « *immédiatement à une enquête impartiale* » chaque fois qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'un acte de torture a été commis. Pour la Cour de Strasbourg, « *pareille exigence découle implicitement de la notion de « recours effectif* », au sens de l'article 13⁹¹⁷ ».

941. Bien entendu, l'obligation ne vaut pas seulement en cas d'allégation de torture, elle est également pertinente à chaque fois qu'un « *individu formule une allégation défendable de sévices contraires à l'article 3* ». Dans ces circonstances, « *la notion de recours effectif implique, outre une enquête approfondie et effective (...), un accès effectif du plaignant à la procédure d'enquête et le versement d'une indemnité là où il échet* ». Les mêmes formules

⁹¹⁶ A. DRZEMCZEWSKI et C. GIAKOUMOPOULOS – Article 13, in L-E PETTITI ; E. DECAUX ; P-H IMBERT (Ed.) – *La Convention européenne des droits de l'homme*, commentaire article par article, 2^{ème} édition, Paris, Economica, 1999, p. 458. Voir également : L. FAVOREU et al. – *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, Précis, 2000, p. 436 ; F. SUDRE – *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, P.U.F, Droit fondamental, 4^{ème} édition, 1999, p. 297-298.

⁹¹⁷ Aksoy c. Turquie, 18 décembre 1996, Recueil 1996-VI, § 98 ; Aydin c. Turquie, 25 septembre 1997, Recueil 1997-VI, § 103. Cette référence à l'implicite se retrouve également dans les communications du Comité des droits de l'homme qui affirment l'obligation d'enquête nationale en se fondant sur l'article 4 § 2 du protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Selon cet article « *dans les six mois qui suivent (la communication de la plainte à l'Etat concerné), ledit Etat soumet par écrit au Comité des explications ou déclarations éclaircissant la question indiquant, le cas échéant, les mesures qu'il pourrait avoir prises pour remédier à la situation* ». Voir Comité des droits de l'homme, Guillermo Ignacio Dermitt Barbato and Hugo Haroldo Dermitt Barbato v. Uruguay, Communication No. 84/1981, 27 February 1981, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/38/40), § 9.6 ; Comité des droits de l'homme, Herrera Rubio v. Colombia, Communication No. 161/1983 (2 November 1987), U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/43/40), § 10.5.

sont reprises pour consacrer l'obligation d'enquête en relation avec les griefs concernant le droit à la vie.

942. Il importe de relever que l'avènement de cette obligation d'investigation nationale a constitué une véritable revalorisation de l'article 13 qui était demeuré dans l'ombre du formidable développement des exigences du procès équitable garanties par l'article 6 de la Convention. Il a notamment permis de rappeler l'autonomie du droit à un recours effectif en ce sens que « *l'article 13 peut entrer en jeu même sans violation d'une autre clause - dite "normative" - de la Convention*⁹¹⁸ ». L'importance du droit à un recours effectif est telle que dans l'arrêt *Kaya c. Turquie*, alors qu'il n'a pas été établi que le frère du requérant a été tué illégalement, en violation de l'article 2 de la Convention, la Cour constate une violation de la Convention au motif que les autorités n'ont pas mené d'enquête effective sur les circonstances dans lesquelles le frère du requérant a trouvé la mort à la fois sur le fondement de l'article 2 puis sur le fondement de l'article 13.

2 – Le droit à la vie

943. L'enquête imposée par le respect du droit à la vie se déduit en particulier de la conjonction de l'article 2 et de l'article 1 de la Convention. On sait que l'article premier du traité délimite de domaine d'application des normes qu'il contient. L'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* enseigne qu'il « *renvoie aux clauses du Titre I et ne joue donc que combiné avec elles; sa violation résulte automatiquement de la leur, mais elle n'y ajoute rien*⁹¹⁹ ». En conséquence, il joue un rôle interprétatif et n'apparaît pas dans le dispositif des arrêts. A bien y regarder, il n'aurait pas été inconcevable de fonder l'obligation d'enquête uniquement sur l'article 2. Cette conception est d'ailleurs implicite dans l'opinion dissidente qui accompagne le rapport de la Commission relatif à l'affaire *Diaz ruano*. La requête était introduite par un père qui soutenait que le gouvernement espagnol devait être déclaré responsable du décès de son fils au cours d'une garde à vue.

944. Après l'examen des versions contradictoires, la Commission établit qu'au cours de la garde à vue le fils du requérant s'était emparé d'une arme à feu et l'avait utilisée contre les policiers. Il fut tué au cours de la riposte en situation de légitime défense, ce qui entraîna le rejet de la requête.

⁹¹⁸ *Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, série A n° 28, § 64 ; *Boyle et Rice c. Royaume-Uni*, 27 avril 1988, série A n° 131, § 52.

⁹¹⁹ *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, série A n° 52, § 238 ; *Neumeister c. Allemagne*, 27 juin 1968, série A n° 8, § 15, *Affaire "linguistique belge" (fond)*, 23 juillet 1968 série A n° 6, § 1.

945. Cependant, plusieurs aspects des faits étaient demeurés obscurs. Certains membres de la Commission furent ainsi amenés à formuler une opinion dissidente fort intéressante : « *Il est vrai que la situation n'est pas entièrement clarifiée. Or, cette incertitude est également imputable au Gouvernement. En effet, dans le cas d'une mort violente, comme celle qui est à la base de la présente requête, on doit pouvoir s'attendre à une investigation approfondie des faits. Dans le cas d'espèce, cependant, il semble bien que l'enquête ait été incomplète. Par exemple, il semble avoir été omis d'établir si des traces de poudre se trouvaient sur la main de la victime ou sur la main du deuxième agent. Par ailleurs, le taux d'alcoolémie des deux agents n'a pas été relevé. Or, il s'agit là de méthodes d'investigation élémentaires qui doivent être prises immédiatement et ex officio*⁹²⁰ ».

946. Cette manière d'appréhender l'obligation d'enquête nationale ne fut pas reprise par la Cour qui dans le premier arrêt qu'elle rendit sur l'article 2 affirma : « *l'obligation de protéger le droit à la vie qu'impose cette disposition, combinée avec le devoir général incombant à l'Etat en vertu de l'article 1 de la Convention de "reconnaître à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés définis [dans] la (...) Convention", implique et exige de mener une forme d'enquête efficace lorsque le recours à la force, notamment par des agents de l'Etat, a entraîné mort d'homme*⁹²¹ ».

947. Il n'est pas inutile de souligner que l'arrêt Chypre c. Turquie⁹²² rappelle que l'obligation d'enquête est applicable à la fois lorsque le recours à la force par des agents de l'Etat a entraîné mort d'homme⁹²³ et lorsque le recours à la force meurtrière n'est pas le fait d'agents de l'Etat⁹²⁴. D'ailleurs, le simple fait que les autorités nationales aient été informées du décès d'une personne au cours d'une garde à vue donne *ipso facto* naissance à l'obligation⁹²⁵. Il en va de même lorsqu'elles ont connaissance d'une agression qui s'analyse en une tentative de meurtre⁹²⁶. Il importe peu que les membres de la famille du défunt ou

⁹²⁰ Commission EDH, Diaz Ruano c. Espagne, n°16988/90, Rapport du 31 août 1993, Opinion dissidente de M. TRECHSEL à laquelle M. J.C. SOYER, Mme G. THUNE et M. L. ROZAKIS déclarent se rallier, ainsi que M. A.S. GÖZÜBÜYÜK en ce qui concerne l'article 2.

⁹²¹ Mc Cann et autres c. Royaume-Uni, 27 septembre 1995, série A n° 324, § 161 ; Tanrikulu c. Turquie, op. cit., § 101 ; Akdeniz c. Turquie, 31 mai 2001, § 90 ;

⁹²² Chypre c. Turquie, op. cit., § 131.

⁹²³ Mc Cann et autres c. Royaume-Uni, 27 septembre 1995, op. cit., § 161, Kaya c. Turquie, 19 février 1998, Recueil 1998-I, § 105.

⁹²⁴ Ergi c. Turquie, 28 juillet 1998, Recueil 1998-IV, § 82 ; Yaşa c. Turquie, 2 septembre 1998, Recueil 1998-VI, § 100.

⁹²⁵ Orak c. Turquie, 14 février 2002, § 82 ; Denizci et autres c. Chypre, 23 mai 2001, n° 25316-25321/94 and 27207/95, § 378.

⁹²⁶ Yaşa c. Turquie, 2 septembre 1998, Recueil 1998-VI, § 100.

d'autres personnes aient ou non porté officiellement plainte au sujet de la mort auprès des autorités compétentes en matière d'enquête⁹²⁷.

948. Sans doute ces conditions constituent-elles un élément de différenciation de l'obligation d'enquête de l'article 2 et de l'article 13. S'agissant de la protection du droit à la vie, le caractère défendable du grief présenté à une autorité nationale n'a pas à être établi ; dès lors qu'il y a connaissance de faits graves, l'obligation d'enquête entre en considération. Mais ce n'est là qu'un premier aspect de la distinction car, la jurisprudence de la Cour ne met pas les investigations exigées par l'article 2 et celles imposées par l'article 13 sur un pied d'égalité. L'affaire Kaya a été pour elle l'occasion de faire état de cette distinction : « *lorsque la famille formule une allégation défendable d'homicide illégal commis par des agents de l'Etat, la notion de recours effectif, au sens de l'article 13, implique, outre le versement d'une indemnité là où il convient, des investigations approfondies et effectives propres à conduire à l'identification et à la punition des responsables et comportant un accès effectif de la famille à la procédure d'enquête. Vues sous cet angle, les exigences de l'article 13 vont plus loin que l'obligation procédurale que l'article 2 fait aux Etats contractants de mener une enquête effective*⁹²⁸ ».

949. Il convient également de noter que la question de l'accès de la famille au dossier de l'enquête n'a jamais été soulignée dans le cadre de l'application de l'article 2 – exclusion faite des cas où il est associé à l'article 13. Pour autant, on peut s'interroger sur l'utilité de constater le manquement résultant de l'insuffisance de l'investigation menée par les autorités nationales à la fois sur le fondement de l'article 13 et de l'article 2 pour la même affaire. Sur ce point, la jurisprudence a livré quelques explications et réalisé quelques aménagements, en particulier sur le terrain de la protection de l'intégrité de la personne.

3 – La protection de l'intégrité de la personne

950. L'article 3 de la Convention ne pose pas uniquement une interdiction absolue des traitements inhumains et dégradants et de la torture ; combiné avec l'article 1, il est aussi le siège de l'obligation positive de procéder à des investigations approfondies. Selon l'arrêt Assenov, « *lorsqu'un individu affirme de manière défendable avoir subi, aux mains de la police ou d'autres services comparables de l'Etat, de graves sévices illicites et contraires à l'article 3, cette disposition, combinée avec le devoir général imposé à l'Etat par l'article 1*

⁹²⁷ Ergi c. Turquie, 28 juillet 1998, Recueil 1998-IV, § 82.

⁹²⁸ Kaya c. Turquie, 19 février 1998, op. cit., § 107.

de la Convention de « reconnaître à toute personne relevant de [sa] juridiction, les droits et libertés définis (...) [dans la] Convention », requiert, par implication, qu'il y ait une enquête officielle effective⁹²⁹ ». Parfois, l'article 1 n'apparaît pas et la prohibition de la torture et des traitements inhumains et dégradants est associée au droit à un recours effectif. Cette conjonction a notamment été le fondement du rejet de l'exception préliminaire soulevée par l'Etat français dans le célèbre procès au cours duquel M. Selmouni se plaignait des mauvais traitements infligés par des policiers au cours d'une garde à vue⁹³⁰.

951. L'obligation d'enquête découlant du respect de l'intégrité de la personne peut être sanctionnée de manière autonome, c'est-à-dire même si la Cour n'a pas reconnu la violation des prohibitions absolues posées par l'article 3. Selon les termes de l'arrêt Satik, le manquement à cette obligation constitue en soi une violation de l'article 3⁹³¹: Ainsi, dans l'arrêt Dikme, la Cour insiste sur le fait qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention tant à raison des mauvais traitements infligés au requérant pendant sa garde à vue qu'à raison de l'absence d'une enquête officielle effective à ce sujet⁹³². L'autonomie est d'autant plus marquée que certains arrêts prononcent une violation de l'obligation d'enquête alors même qu'ils ne constatent pas une violation de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants. Cette hypothèse s'est réalisée dans l'examen de l'affaire Assenov précitée et dans l'affaire Labita c. Italie. Ce dernier litige opposait l'Italie à un ancien serviteur de la mafia qui prétendait avoir subi des traitements contraires à l'article 3 durant sa détention. La Cour ne s'estima pas suffisamment convaincue de l'existence des traitements dénoncés. En revanche, elle conclut à la violation de l'obligation procédurale d'enquête sur le fondement de l'article 3⁹³³.

952. Par ailleurs, la jurisprudence a récemment entrepris de clarifier l'apparent désordre produit par la diversification des fondements de l'obligation d'enquête. Elle retient pour principe que la sanction du manquement doit s'établir sur la base du droit à un recours effectif. Il en sera autrement dans des circonstances particulières, notamment lorsque le requérant aura omis d'invoquer l'article 13 de la Convention. Se refusant de soulever d'office la violation de cette stipulation, la Cour est contrainte de mener son analyse à l'aune de

⁹²⁹ Assenov c. Bulgarie, 28 septembre 1998, Recueil 1998-VII, § 102. Caloc c. France, 20 juillet 2000, Recueil 2000-IX, § 89.

⁹³⁰ Selmouni c. France, 28 juillet 1999, op. cit., § 79.

⁹³¹ Satik et autres c. Turquie, 10 octobre 2000, § 62 : « *The inadequacy of that investigation is in itself inconsistent with the duty devolving on the authorities of a respondent State under Article 3 of the Convention to initiate an investigation* »

⁹³² Dikme c. Turquie, 11 juillet 2000, Recueil 2000-VIII, point 4 du dispositif.

⁹³³ Labita c. Italie, 6 avril 2000, Recueil 2000-IV, § 129 et § 136.

l'article 3. Cette solution ne tardera pas à s'appliquer à la garantie du droit à la vie et du droit à la sûreté.

4 – Le droit à la sûreté

953. Dans la célèbre affaire Kurt c. Turquie, la Cour insiste sur le fait que « *la détention non reconnue d'un individu constitue une totale négation de ses garanties et une violation extrêmement grave de l'article 5. Les autorités qui ont mis la main sur un individu sont tenues de révéler l'endroit où il se trouve. C'est pourquoi il faut considérer que l'article 5 leur fait obligation de prendre des mesures effectives pour pallier le risque d'une disparition et mener une enquête rapide et efficace dans l'hypothèse d'une plainte plausible selon laquelle une personne a été appréhendée et n'a pas été revue depuis*⁹³⁴ ».

954. A la différence des autres articles de la Convention, l'article 5 n'a pas besoin d'être combiné avec l'article 1 ou l'article 13 pour fonder l'obligation d'enquête. Ni l'arrêt Cakici⁹³⁵, ni l'arrêt Timurtas⁹³⁶, tous deux postérieurs à la jurisprudence Kurt, n'ont démenti cette spécificité. Elle s'explique difficilement car on peine à découvrir un caractère spécial qui justifie cette interprétation particulière. Au demeurant, cette base juridique n'exclut pas le double emploi avec le droit à un recours effectif.

955. La diversité des fondements de la garantie procédurale témoigne de l'ampleur de la mission qui lui est assignée : élever notablement le niveau de la protection nationale en assurant le plein exercice des voies de recours internes. Elle est utile au requérant qui peut trouver appui dans différents articles de la Convention pour faire valoir l'obligation procédurale. Mais il eût été plus simple pour la Cour de considérer cette obligation d'enquête comme un moyen qu'elle soulève d'office sur le fondement de l'article 13 de la Convention. Cette technique aurait le mérite de rendre plus systématique le contrôle de l'enquête nationale.

B – Le contrôle de l'enquête nationale

⁹³⁴ Kurt c. Turquie, 25 mai 1998, Recueil 1998-III, § 124; Observations O. De FROUVILLE in E. DECAUX et P. TAVERNIER – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 1998), *J.D.I* 1999, p. 241-244. Akdeniz c. Turquie, 5 mai 2001, § 106.

⁹³⁵ Çakıcı c. Turquie, 8 juillet 1999, Recueil 1999-IV, § 104.

⁹³⁶ Timurtas c. Turquie, 13 juin 2000, Recueil 2000-VI, § 103. J. BENZIMRA-HAZAN – En marge de l'arrêt Timurtas contre la Turquie : vers l'homogénéisation des approches du phénomène de disparitions forcées de personnes, *R.T.D.H* 2001, p. 983. Voir également Taş c. Turquie, 14 novembre 2000, Recueil 2000-XI, § 84.

956. Pour que l'enquête soit conforme aux prescriptions de la Convention⁹³⁷, elle doit tout d'abord être officielle, c'est-à-dire être engagée par une procédure diligentée directement par les autorités de l'Etat ou placée sous leur contrôle⁹³⁸. Cette exigence est susceptible d'être tempérée par la présence de circonstances spécifiques. Si dans l'affaire Chypre c. Turquie, la Cour a refusé d'admettre que la participation du défendeur à l'enquête du Comité des personnes disparues des Nations unies ne pouvait l'exonérer de l'obligation de mener une enquête officielle et effective, c'est parce que les procédures de ce comité « *ne répondent pas en elles-mêmes à l'exigence d'enquête effective découlant de l'article 2 de la Convention, eu égard notamment à l'étroite portée des enquêtes du CMP*⁹³⁹ ». Ce comité a été créé en 1981 afin d'examiner « *les cas des personnes portées disparues au cours des combats intercommunautaires et des événements de juillet 1974, ou par la suite* » et de « *dresser des listes exhaustives des personnes portées disparues (...), précisant selon le cas si elles sont en vie ou décédées et, dans ce dernier cas, la date approximative de leur décès* ». L'arrêt de la Cour reprend le constat de la Commission selon lequel « *en raison de la nature des enquêtes qu'il mène*⁹⁴⁰ », ce comité ne peut servir de substitut aux autorités nationales, s'agissant des obligations procédurales qu'elles assument en vertu de la Convention. *A contrario*, on peut penser que si un organe international mène des enquêtes conformes aux prescriptions de la jurisprudence européenne, l'assistance de l'Etat à l'inspection internationale lui permettra de s'acquitter de ses obligations conventionnelles.

957. L'organe d'enquête doit bien évidemment être impartial et indépendant. Il se peut que la Cour constate une violation de l'obligation d'enquêter lorsqu'elle éprouve « *de sérieux doutes quant à la capacité des organes administratifs de mener une enquête indépendante, comme le requiert l'article 2 de la Convention* ». Dans l'affaire Ogur qui concernait la mort d'un veilleur de nuit causée par des coups de feu tirés par des forces de sécurité turques, la juridiction relève que l'indépendance des enquêteurs n'étaient pas assurée. Ainsi, « *l'instructeur, nommé par le préfet, était lieutenant-colonel de gendarmerie et, en cette qualité, dépendait de la même hiérarchie locale que les forces de sécurité sur lesquelles il menait son enquête* ». « *Quant au comité administratif, auquel il incombait de décider si des poursuites pouvaient être ouvertes contre les forces de sécurité concernées, il était*

⁹³⁷ Si l'on excepte l'obligation déjà mentionnée selon laquelle les autorités nationales doivent garantir l'accès aux documents se rapportant à l'enquête.

⁹³⁸ La sanction de l'obligation d'enquêter ne met pas toujours l'accent sur ce caractère, mais elle le rappelle souvent. Güleç c. Turquie, 27 Juillet 1998, Recueil 1998-IV, § 77, Mc Cann et autres c. Royaume-Uni, 27 septembre 1995, op. cit., § 169, Kaya c. Turquie, 19 février 1998, Recueil 1998-I, § 86.

⁹³⁹ Chypre c. Turquie, op. cit., § 135.

⁹⁴⁰ Chypre c. Turquie, op. cit., § 149. Voir également § 27 qui rapporte les critiques de la Commission.

composé de hauts fonctionnaires de la province et présidé par le préfet, lequel, en l'espèce, était administrativement responsable de l'opération menée par les forces de sécurité ». De plus, selon un témoignage, « *il n'était pas possible de s'opposer au préfet : soit les membres signent l'ordonnance préparée par celui-ci, soit ils sont remplacés par d'autres membres qui, eux, sont prêts à le faire*⁹⁴¹ ».

958. Une autre condition tient à l'exigence de diligence que la Cour impose à l'enquête. C'est en partie à cause de la violation de cette règle que la responsabilité de la France a été établie dans l'arrêt Selmouni. Dans l'affaire Indelicato, un détenu affirmait avoir reçu des coups de pieds, de poings et de matraque, des insultes et d'autres vexations de la part des gardiens de la prison. Or, si une enquête fut entreprise suite au dépôt d'une plainte pénale par l'intéressé en 1992, les débats ne débutèrent qu'en 1998, et à la date de l'arrêt, le 10 octobre 2001, l'affaire était encore pendante devant le procureur de Livourne après qu'une cour d'appel ait annulé la première décision intervenue dans ce litige. La Cour estime que « *compte tenu du retard très important dans la conduite de la première enquête, de la négligence dans l'identification des responsables présumés, ainsi que de la longueur de la première enquête et de la nouvelle - par ailleurs toujours en cours depuis février 2000 -, la Cour estime que les autorités italiennes n'ont pas adopté les mesures positives que l'existence d'un grief défendable imposait en l'espèce*⁹⁴² ». Le facteur temps joue par ailleurs, un rôle paradoxal et l'on est pas loin de penser que la Cour exige que l'enquête soit réalisée dans un délai raisonnable lorsqu'elle sanctionne l'enquête rapidement terminée alors qu'elle n'a pas abouti à des résultats satisfaisants. Ainsi, si dans l'affaire Kiliç relative au meurtre d'un journaliste la Turquie est condamnée sur le fondement de l'absence d'enquête effective, c'est en raison de « *la faible ampleur* » mais aussi « *de la courte durée des investigations menées en l'espèce*⁹⁴³ ».

959. La quatrième condition, qui est la plus difficile à formuler, tient au caractère sérieux et adéquat de l'enquête réalisée. Par cette exigence, la Cour apprécie la manière de conduire la procédure et critique les choix opérés par les enquêteurs qui peuvent accomplir des actes sans portée véritable dont l'objet inavoué est d'assurer l'impunité des auteurs des exactions dénoncées. Dans l'arrêt Aydin, « *la Cour constate que, pour qu'une enquête sur une allégation de viol commis en garde à vue par un agent de l'Etat soit approfondie et effective,*

⁹⁴¹ Öğür c. Turquie, 20 mai 1991, Recueil 1999-III, § 91. Voir également, Güleç c. Turquie, 27 Juillet 1998, Recueil 1998-IV, § 80.

⁹⁴² Indelicato c. Italie, 18 octobre 2001, § 37. Voir également, Labita c. Italie, 6 avril 2000, Recueil 2000-IV, § 133.

⁹⁴³ Kiliç c. Turquie, 28 mars 2000, Recueil 2000-III, § 83.

il faut que la victime soit examinée, avec tous les égards nécessaires, par des médecins possédant des compétences particulières en ce domaine et dont l'indépendance ne soit pas limitée par des instructions données par les autorités de poursuite quant à la portée de l'examen qu'ils doivent pratiquer. Or on ne saurait conclure que les examens médicaux ordonnés par le procureur aient satisfait à cette exigence⁹⁴⁴ ». La Cour va même jusqu'à se prononcer sur l'absence de minutie d'une autopsie du corps d'un jeune homme âgé de 22 ans décédé au cours d'une garde à vue au motif que certaines parties du corps n'avaient pas été disséquées, ni pesées et que de nombreux détails attestaient que les causes véritables du décès n'avaient pas été recherchées⁹⁴⁵. Elle a agi de même, dans l'arrêt Salman qui relève que les difficultés d'établir la responsabilité de l'Etat dans le décès d'un homme au cours de sa détention provient des lacunes de l'examen médical post-mortem. Pour elle « l'absence de photographies médico-légales adéquates du corps et le défaut de dissection et d'examen histopathologique des blessures et des marques qu'il présentait ont empêché toute analyse précise de la datation et de l'origine de ces marques, ce qui constituait un élément décisif pour établir si le décès d'Agit Salman avait été causé par de mauvais traitements dans les vingt-quatre heures précédant sa mort⁹⁴⁶ ». La Cour a également marqué son attachement au sérieux de la pratique des institutions nationales en décidant que l'enquête menée par les autorités turques dans l'affaire Ogur n'étaient pas conformes à la Convention notamment en raison de l'absence d'autopsie ou du fait qu'aucun membre des forces de sécurité mêlé à l'opération ayant conduit à la mort du veilleur de nuit n'avait été appelé à témoigner⁹⁴⁷.

960. Quitte à donner l'apparence de mépriser la latitude de choix essentielle aux agents qui en sont chargés, la jurisprudence a dressé, au fil d'un contrôle ferme, les critères de l'effectivité de l'enquête. Ils forment un encadrement juridique qui garantit que toutes les dispositions rationnelles et raisonnables ont été prises pour faire la lumière sur les situations litigieuses. Leur respect affecte l'équilibre de l'instance internationale en réglant définitivement la question de l'établissement des faits. En cela, ils constituent un palliatif efficace aux difficultés posées à l'intervention de la Cour dans la recherche des preuves.

Conclusion du chapitre II

⁹⁴⁴ Aydin c. Turquie, op. cit., § 107.

⁹⁴⁵ Tanli c. Turquie, 10 avril 2001, § 150.

⁹⁴⁶ Salman c. Turquie, 27 juin 2000, Recueil 2000-VII, § 106.

⁹⁴⁷ Ögür c. Turquie, 20 mai 1991, op. cit., § 90. Voir également l'arrêt Berktaş c. Turquie, 1^{er} mars 2001, § 188.

961. Pour assurer l'efficacité du dispositif d'investigation mis en place au profit de la Cour, les sources juridiques de la procédure commandent la participation de l'Etat à la réunion des preuves. La Convention pose le principe en son article 38 § 1 a). Elle est en partie complétée par le quatrième protocole additionnel à l'accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe qui précise quelques modalités de mise en œuvre de cette coopération nécessaire. Ensuite, la pratique vient donner vie à l'exigence en posant ses implications concrètes et en sanctionnant leur manquement.

962. Ce jeu combiné de normes supplée le manque de pouvoirs contraignants de la Cour qui ne peut obliger des personnes à témoigner, ni condamner le parjure et encore moins procéder à des écoutes ou à des perquisitions de son propre chef. Elle est également impuissante à rechercher les témoins dans un délai raisonnable et assurer leur protection contre la réprimande de groupes privés ou rattachés à l'Etat pour les déclarations faites durant l'instruction de la requête. C'est pour cette raison qu'elle doit faire preuve de fermeté lorsqu'elle est appelée à tirer les conséquences du manque de collaboration des Etats visités. Jusqu'à présent, elle n'a pas systématiquement déduit la violation des dispositions de fond de la Convention du défaut de participation de l'Etat visité par la Commission. Peut-être est-ce par souci de réalisme, mais elle ne manquera pas de se voir reprocher de méconnaître l'inégalité des parties au procès et de ménager un espace qui invite les Etats à jouer le jeu de la participation mesurée dans l'espoir d'être seulement condamnés pour violation de l'article 38 § 1 a) (violation qui ne figure même pas au dispositif) tandis que la juridiction reconnaîtra « *qu'il n'est pas établi au-delà de tout doute raisonnable* » que les exactions prétendues ont eu lieu.

963. Par ailleurs, la collaboration de l'Etat à l'enquête internationale ne suffit pas toujours à établir les faits. Lorsque le temps a effacé leur trace, lorsque le souvenir des témoins ne permet pas de recueillir des informations fiables, les visites des lieux et les auditions de témoins sont inutiles. En proclamant l'obligation des Etats de mener une enquête effective, la jurisprudence fournit une solution à ce problème. Dès lors qu'il appartient aux autorités nationales de réunir tous les éléments pertinents, l'asymétrie de l'accès aux preuves qui défavorise la victime au procès disparaît puisque, soit elle dispose du dossier des procédures internes, soit la Cour en demande la communication intégrale, ce qui simplifie son contrôle. Cette innovation jurisprudentielle est d'autant plus opportune qu'elle est appelée à réduire les hypothèses d'intervention de la Cour dans la recherche des preuves. Elle instaure une division du travail entre le niveau local et le niveau international qui économise la durée du procès et diminue les frais de la procédure.

964. Il s'agit d'une solution moins coûteuse que l'augmentation de l'effectif de la juridiction internationale, plus efficace que l'examen périodique et détaillé de la situation de la protection nationale des droits, moins compliquée que la réitération d'un ou de plusieurs organes internes à la Cour que l'on chargerait du rôle d'établir les faits. Sans doute présente-t-elle des inconvénients qui se révéleront au fur et à mesure, pour l'heure il s'agit du palliatif le plus efficace, d'autant qu'il sied à ravir au caractère subsidiaire de la garantie internationale des droits.

Conclusion du Titre I

965. La réalisation judiciaire des droits de l'homme exige la mise en place d'une répartition équilibrée de la charge de l'administration de la preuve. Faire peser sur la victime la responsabilité de réunir et de produire toutes les preuves de la violation dont elle se prévaut reviendrait bien des fois à fragiliser l'effectivité des droits en les privant d'un recours international adéquat. En effet, dans certaines circonstances, les preuves de l'irrespect de la Convention se trouvent entre les mains de l'Etat. Il appartenait donc au système probatoire de corriger l'asymétrie préjudiciable à la qualité du contrôle de la Cour.

966. La solution retenue consiste à permettre au juge de participer à la recherche des preuves. Il peut ainsi s'adresser à toute personne utile, procéder à l'audition de témoins, mener des enquêtes sur place, de sa propre initiative ou à la demande des parties ou des tiers. Jusqu'à maintenant, il n'a pas encore pu donner toute la mesure de son dynamisme puisque l'entrée en vigueur du protocole 11 est encore récente et qu'auparavant il disposait du travail accompli par la Commission qui était chargée, en premier lieu, de l'établissement des faits. Cependant, l'observation du passé autorise la formulation de quelques remarques car la nouvelle Cour a simplement hérité de la tâche de l'ancienne Commission et elle est appelée à l'accomplir dans des conditions quasi-identiques.

967. L'attribution de pouvoir d'investigation à la Cour modifie complètement la problématique de la charge de l'administration de la preuve. D'abord, la charge de l'administration de la preuve est atténuée, voire abolie dans une telle configuration. La Cour n'a pas une conception précise de son titulaire, elle la répartit au cours de l'instruction. C'est un bénéfice pour l'effectivité du contrôle en ce qu'il délivre le plus souvent la partie la plus faible d'un fardeau qu'elle aurait pu avoir à assumer dans une autre organisation du système probatoire. Du coup, la problématique se transforme en prenant pour thème central l'observation des conditions de réalisation de l'enquête du juge.

968. Or, la réalisation d'investigations sur le territoire d'un Etat, pour avoir des chances raisonnables d'efficacité, se doit d'obtenir le concours de cette partie au procès. La Convention pourvoit à ce besoin en obligeant les Etats intéressés à fournir l'assistance nécessaire à la réussite de l'enquête. Cette prescription ne suffit pourtant pas à régler tous les problèmes. D'abord, il faut reconnaître l'inachèvement des pouvoirs du juge qui ne peut ni contraindre les témoins, ni punir leur parjure et encore moins perquisitionner pour retrouver les informations nécessaires. Ensuite, la Cour manque des moyens humains et financiers qui

assureraient la mise en œuvre de ses pouvoirs d'investigation tandis qu'elle tente de faire face à l'accroissement des saisines et de respecter la règle du délai raisonnable. Enfin, le caractère subsidiaire du recours la met aux prises avec des faits qui se sont produits depuis si longtemps que le souvenir des témoins n'est plus fiable et que les autres traces ont déjà disparu. Ces trois éléments sont de nature à compromettre les résultats de l'intervention du juge et conserver l'inégalité d'accès aux preuves. On peut légitimement craindre de la Cour une réserve qui serait la source d'une inégalité au cours du procès et l'éloignerait malheureusement assez loin de la réalité des faits controversés. L'équilibre doit donc devenir une quête constante de la Cour qui, sans chercher à travestir les faits à la faveur des individus, doit leur venir en aide si leur incapacité à réunir des preuves existantes est établie.

969. Pour résoudre ces problèmes, la Cour dispose d'au moins deux parades. En premier lieu, elle a enrichi les obligations procédurales des Etats en les obligeant, dans certaines circonstances, à mener une enquête officielle et effective qui fait la lumière sur les faits litigieux. Par ce moyen, elle prévient certaines difficultés et tend à réduire la survenance des problèmes les plus épineux d'établissement des faits. Elle développe la logique inscrite dans la Convention qui n'a pas entendu créer une juridiction internationale de première instance, et consolide la garantie qu'elle offre aux titulaires des droits de l'homme.

970. En second lieu, la Cour peut recourir à l'attribution du risque de la preuve afin de régler au fond, la question de la responsabilité de la production des preuves. Sur ce terrain, elle aborde le dossier de l'affaire avec un pragmatisme qui donne tantôt des sujets de satisfaction, tantôt des motifs de crainte, mais dans tous les cas, il suscite toujours la curiosité.

Titre II – Une attribution pragmatique de la charge de la preuve dans le jugement

« Quand la balance reste en suspens, quand la vérité, même cette vérité restreinte que permet la procédure, ne peut pas être découverte, c'est alors qu'il importe de déterminer sur qui pèse le fardeau de la preuve ».

H. MOTULSKY – Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs, Dalloz, réimpression 1991, p. 130.

971. La question du risque de la preuve se pose au moment de juger. Le doute qui entoure un ou plusieurs faits pertinents peut survivre à l'exercice du droit à la preuve et à la mise en œuvre des mesures d'instruction. Dans cette hypothèse, il appartient à la Cour de désigner la partie qui en subira les conséquences. On dit alors qu'elle désigne celle qui supporte le risque de la preuve. Il s'agit pour elle de considérer comme fausse une affirmation en raison du manque de preuve. Symétriquement, elle présume vraie l'affirmation contraire alors qu'elle ne dispose pas nécessairement de supports plus solides. C'est une technique qui semble confiner à l'absurde, mais elle est le seul moyen pour le juge de remplir son office car il ne peut s'abstenir de rendre son jugement au motif que les preuves incontestables ne figurent pas au dossier.

972. Durant l'instruction, la charge est diffuse, inconsistante voire inexistante, mais on ne peut douter de sa réalité dans la phase du jugement. En quelque sorte, le risque de la preuve est la manifestation positive de ce que l'on entend par l'expression charge de la preuve. Selon le mot de M. TRECHSEL « *porter le fardeau de la preuve signifie, porter le risque de l'échec de la preuve*⁹⁴⁸ ». La portée de la défaite dépend bien entendu de l'importance du fait en question. Si le fait est décisif pour l'issue du procès, alors subir la sanction du risque de la preuve équivaut à le perdre, si le fait en débat a une moindre influence sur l'issue du litige, alors tout n'est pas perdu.

973. Aucun texte ne précise à la Cour européenne des droits de l'homme les critères d'attribution de cette charge. Le doute doit-il profiter à la victime ou à l'Etat ? La réponse à

⁹⁴⁸ S. TRECHSEL – L'établissement des preuves devant la Commission européenne des droits de l'homme, *in La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, op. cit., p. 132.

cette interrogation peut être un indicateur de la qualité de la protection offerte par la Cour aux individus. Si le doute profite systématiquement à l'Etat, cela signifiera que la Cour a adopté une position *contra victima* qui réduit à néant les efforts constatés sur le terrain du droit à la preuve et de la répartition de la charge de l'administration de la preuve. Rompant au stade décisif l'harmonie du fond du droit et de la technique juridique, la Cour ferait du recours international un simulacre de protection, une œuvre inachevée qui n'aurait d'intérêt que si l'établissement des faits ne souffre d'aucune lacune. Si, au contraire, le doute joue toujours en faveur de la victime, on pensera que le mécanisme international témoigne de la vigueur de la garantie au risque de couronner les allégations parfois mensongères de la partie la plus faible au procès.

974. L'enjeu est donc crucial et appelle une réponse adaptée. On sait que la Cour se défend de suivre une conception stricte de la charge de la preuve⁹⁴⁹. En particulier elle affirme qu'elle n'adhère pas au principe selon lequel la charge de la preuve repose sur le demandeur⁹⁵⁰. Cette conception est justifiée par les caractères spécifiques des litiges qui mettent en cause les droits fondamentaux. Il semble, pour parler comme Marc André EISSEN, que les principes traditionnels « *s'accordent assez mal, il faut bien l'avouer, avec les caractères spécifiques de la procédure qui se déroule devant la haute juridiction de Strasbourg*⁹⁵¹ ». Sans qu'il soit besoin de s'y attarder, il importe de remarquer que les plaideurs ne sont pas, dans le rapport ante-judiciaire, dans une situation d'égalité. La problématique des droits de l'homme est toute entière celle des relations qu'entretiennent l'individu et le pouvoir. Généralement, l'initiative de la situation qui a engendré le litige n'est pas celle de l'individu. De plus, ce dernier, se trouvant dans la position moins confortable de demandeur, n'a pas toujours connaissance de tous les éléments qui ont conduit à commettre l'action litigieuse. Il convient, cependant, de ne pas trop exagérer la portée de ces considérations dans la mesure où, lorsque le litige parvient à la Cour de Strasbourg, les acteurs en ont déjà plusieurs fois débattu en épuisant les voies de recours internes. Néanmoins, une application sans nuance de la règle classique *actori incumbit probatio* pourrait être à l'origine de nombreuses difficultés pour la victime devant la Cour.

⁹⁴⁹ Irlande c. Royaume-Uni, 18 janvier 1978, série A n° 25, § 160 ; Artico c. Italie, 13 mai 1980, série A n°37, § 30.

⁹⁵⁰ Dans l'arrêt Timurtas « *la Cour souligne que la procédure prévue par la Convention ne se prête pas toujours à une application rigoureuse du principe affirmanti incumbit probatio (la preuve incombe à celui qui affirme)* ». Timurtas c. Turquie, 13 juin 2000, op. cit., § 66.

⁹⁵¹ M-A EISSEN – La présentation de la preuve dans la jurisprudence et la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit, p. 148.

975. Il est donc de la plus grande importance d'aller au-delà du discours afin de rechercher quels sont les critères qui président en pratique à l'attribution du risque de la preuve. Mais il ne faudrait pas borner l'enquête à cette description, même accompagnée d'une critique. Il faut aller plus loin en s'interrogeant sur la contribution des pratiques observées à la protection des droits de l'homme. Ainsi, l'interrogation comportera deux volets qui concilient l'étude du droit positif et la mise en perspective de ses conséquences. De ce point de vue, on ne manquera pas de relever combien le droit de la Convention manie l'art du paradoxe.

976. D'un côté, en dépit des affirmations les plus répandues, les principes d'attribution du risque de la preuve semblent obéir à une certaine orthodoxie (Chapitre I) ; de l'autre, on peut s'étonner de l'originalité de la contribution de ces principes à la protection des droits(Chapitre II).

Chapitre I – L'orthodoxie des principes d'attribution du risque de la preuve

977. Il est un principe appliqué par de nombreuses juridictions en vertu duquel, celui qui affirme un fait doit supporter le risque qui s'y rattache. Ce principe est énoncé en forme d'adage de différentes manières, *actori incumbit probatio*, *affirmanti incumbit probatio*, *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Or, une telle distribution des rôles peut se révéler préjudiciable à la protection des droits puisqu'elle peut conduire à faire peser le fardeau sur une victime handicapée par l'impossibilité d'accéder aux preuves. C'est pourquoi la Cour se refuse à adhérer à ce principe qui semble en désaccord avec la mission du procès européen des droits de l'homme.

978. Faute de ligne directrice claire, les opinions dissidentes révèlent parfois que les juges ne sont pas toujours d'accord sur les conséquences à tirer de l'insuffisance des preuves du dossier⁹⁵². Certes, dans certaines matières, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé bon de poser quelques principes relatifs à la charge de la preuve. C'est l'apport de l'arrêt *Akdivar* pour les exceptions préliminaires⁹⁵³, de l'arrêt *Tomasi* pour l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants⁹⁵⁴ qui affichent tous deux la position de la Cour dans leur domaine respectif. Mais, dans l'ensemble, la Cour se défie des systèmes en se laissant le loisir de décider au gré des circonstances de l'attribution du risque de la preuve.

979. Pourtant, l'observation montre qu'elle applique l'adage *actori incumbit probatio*⁹⁵⁵. Pour bien comprendre le sens de l'adage, il ne faut pas renvoyer le terme *actori* à l'action d'introduire la requête, ce qui signifierait que la charge de la preuve repose sur celui qui décide de saisir le juge. Mais, selon une lecture moderne, il faut considérer qu'il désigne celui qui affirme un fait (et non celui qui le nie). Envisagé de cette manière, le principe paraît bien trouver application dans la pratique de la Cour. Bien entendu, on ne peut nier les tempéraments dont il a été l'objet. Cependant, ces aménagements ne se distinguent pas par leur originalité. Il s'agit de techniques puisées dans les outils classiques des méthodes juridictionnelles. D'où la pertinence de l'image d'orthodoxie qui se dessine à travers

⁹⁵² Par exemple, l'opinion du juge ZEIKIA sous l'arrêt *Neumeister c. Autriche*, 27 juin 1968, série A n°8 ; Le juge O'DONOGHUE sur l'affaire *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, série A n°32 Le juge De MEYER dans l'affaire *Boner c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1994, série A n°300-B ; opinion du juge FOIGHEL sous l'arrêt *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas (article 50)*, 30 octobre 1997 Recueil 1997-VII.

⁹⁵³ *Akdivar* et autres c. Turquie, 16 septembre 1996, Recueil 1996-IV.

⁹⁵⁴ *Tomasi c. France*, 27 août 1992, série A n° 241-A, §§ 108-111.

⁹⁵⁵ VAN DROOGHENBROECK S. – *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, prendre une idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, Presses de la Faculté de Saint-Louis, 2001, § 307.

l'application du principe classique *actori incumbit probatio* (Section I) et le recours à des tempéraments classiques (Section II).

Section I – L'application du principe classique *actori incumbit probatio*

980. Dans le rapport qu'il a présenté lors du huitième colloque consacré à la Convention, M. FROWEIN feint de se demander si « *les normes de preuve ou les règles concernant la charge de la preuve appliquées par le système national doivent être les mêmes pour la procédure de Strasbourg*⁹⁵⁶ ». Il n'y a pas d'incompatibilité majeure qui s'y oppose, du moins si l'on prend le temps de bien comprendre la signification du principe classique (sous-section 1). D'ailleurs, l'observation du droit positif montre que son domaine d'application s'étend à tous les droits garantis par la convention (sous-section 2).

Sous-section 1 – Le principe *actori incumbit probatio*

981. L'étude et la présentation du principe *actori incumbit probatio* soulèvent deux problèmes : pour établir sa présence dans la pratique de la Cour, encore faut-il disposer d'outils fiables pour reconnaître son application (§ 1), d'autre part, après s'être interrogé sur ses traits caractéristiques et sur son contenu, il importe de rechercher quelles sont les justifications de la mise en œuvre de ce principe (§ 2).

§ 1 – La reconnaissance du principe

982. Quels éléments ont produit l'illusion d'une absence de principe d'attribution du risque devant la Cour (A) ? Quel est le contenu exact du principe *actori incumbit probatio* (B) ? Telles sont les deux questions qui constituent le préalable à la mise en évidence de l'orthodoxie de la pratique de la Cour.

⁹⁵⁶ Rapport sur la mise en œuvre de la réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme, Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, 8ème colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Budapest 20-23 septembre 1995, 1995, p. 164.

A - L'illusion de l'absence de principe

983. L'illusion de l'absence de principe général de répartition du risque de la preuve procède d'une méconnaissance du sens exact de la notion de risque de la preuve trop souvent confondue avec celle de charge de l'administration de la preuve⁹⁵⁷. Confondant imprudemment les deux significations, on aurait ainsi l'illusion de la non-existence du risque de la preuve devant la Cour. D'où la difficulté de mettre en exergue un principe général d'imputation du risque de la preuve. De surcroît, cette contrariété se trouve renforcée par l'ambiguïté des formules jurisprudentielles.

984. L'équivoque qui s'attache à certaines expressions marquant l'établissement des faits suggère que l'existence d'un principe général attributif du risque de la preuve n'est que pure conjecture. L'usage de formules aussi impersonnelles que « *il ressort du dossier* »⁹⁵⁸, « *il résulte du dossier* »⁹⁵⁹, « *les éléments fournis à la Cour* »⁹⁶⁰, « *les pièces du dossier révèlent..* »⁹⁶¹, est peu évocateur, d'autant qu'il ne correspond pas exclusivement au triomphe du requérant ou de l'Etat. Bien plus, on pourrait croire ces usages gratuits et soutenir qu'il n'y aurait pas lieu de rechercher en eux une volonté inexprimée ou une régularité de l'orientation jurisprudentielle. De l'ambiguïté sémantique serait ainsi inférée l'absence de signification de la pratique. En effet, comment pourrait-on soutenir qu'il existe un principe général d'imputation du risque de la preuve lors même que les formules qui sont censées l'exprimer sont indéchiffrables ? C'est en ce sens que l'incertitude portant sur le sens des mots constitue une entrave à la mise en évidence de ce principe général. Par conséquent il est impératif de lever l'ambiguïté qui s'attache aux formules jurisprudentielles.

985. Cet éclaircissement appelle toutefois quelques remarques préalables. D'abord, il faut refuser *a priori* l'hypothèse de la gratuité des éléments de la motivation. Toute recherche à caractère scientifique prenant pour objet l'activité humaine, fut-elle juridique,

⁹⁵⁷ Se reporter à l'introduction de la deuxième partie.

⁹⁵⁸ Martins Moreira c. Portugal, 26 octobre 1988, série A n°143, p. 18, § 51 ; Ezelin c. France, 26 avril 1991, série A n°202, § 47 ; Lopez Ostra c. Espagne, 9 décembre 1994, série A n°303-C, § 52.

⁹⁵⁹ « *Il résulte du dossier que pour diverses raisons le déroulement de la procédure laissa beaucoup à désirer* » Dobbertin c. France, 25 Février 1933, série A n° 256, § 44. Dans l'affaire Lawless c. Irlande, 1er juillet 1961, série A n°3, p. 54, § 19 : « *considérant qu'il résulte des débats...* ».

⁹⁶⁰ Evidemment, les expressions peuvent varier, par exemple : « *Les renseignements non contestés fournis à la Cour montrent...* », Delcourt c. Belgique, 17 janvier 1970, série A n°11, p. 15, § 29 ou encore, « *les données fournies à la Cour ne montrent pas...* » dans l'affaire Bendenoun c. France, 24 Février 1994, série A n° 284, p. 20 ; voir également, Navarra c. France, 23 Novembre 1993, série A n° 273-B, § 24 ; Ashingdane c. Royaume-Uni, 28 mai 1985, série A n° 93, § 48 ; « *les données recueillies par la Cour...* » ou « *Les données rassemblées par la Cour...* » ; Kamasinski c. Autriche, 12 décembre 1989, série A n°168, respectivement, § 69, § 95.

⁹⁶¹ Campbell et Fell c. Royaume-Uni, 28 juin 1984, série A n°80, p. 48, § 109.

postule l'existence d'un sens caché derrière l'empirisme apparent des acteurs. L'existence d'un large éventail de choix possibles d'interprétation, loin d'être une anomalie du parcours intellectuel en est la raison d'être. Néanmoins, il faut admettre que l'appréciation de la motivation des décisions de justice est toujours délicate et qu'elle n'autorise que de prudentes conclusions. En l'espèce, seule la répétition de l'emploi de ces formules dans un sens déterminé peut fonder la démonstration.

986. Quel est le sens de ces expressions ? Que nous enseignent-elles ? Pour répondre à ces questions, il est possible de s'inspirer des travaux réalisés par la doctrine administrative française. Car, curieusement, les expressions stéréotypées⁹⁶² utilisées par le Conseil d'Etat sont très proches de celles utilisées par la Cour européenne des droits de l'homme, de sorte qu'un exposé des données du droit interne peut éclairer cette réflexion. Il ne faut pas en déduire que la Cour s'est inspirée des méthodes du Conseil d'Etat français, car d'autres juridictions comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme usent de tournures impersonnelles dans l'indication des faits. C'est ainsi que dans la célèbre décision Velasquez Rodriguez, la Cour de San José précise « *qu'il ressort des pièces que, dans le cas présent, l'Etat hondurien s'est totalement abstenu de mettre en œuvre les mécanismes théoriquement adéquats pour enquêter sur la disparition de M. Manfredo Velasquez, comme il s'est abstenu d'accomplir ses devoirs de réparation des dommages causés et de sanction des responsables, tels qu'ils résultent de l'article 1.1 de la Convention* »⁹⁶³ (américaine des droits de l'homme). Par contre, faute d'étude de cet aspect de la pratique de cette juridiction, il est préférable de se référer aux données de la procédure administrative contentieuse française.

987. En droit administratif français, la doctrine est confrontée à l'emploi de formules telles que « *il ressort du dossier* », « *il est établi par l'instruction*⁹⁶⁴ », « *il n'est pas établi par l'instruction* ». L'ambiguïté de l'emploi de ces termes a longtemps entretenu l'idée qu'il n'y avait pas de charge de la preuve devant la juridiction administrative.

988. Mais, aujourd'hui toute controverse semble tarie et un consensus s'est formé autour de quelques conclusions qui permettront d'éclairer l'étude des décisions de la Cour. Depuis la thèse de M. COLSON, il est admis que l'expression « *considérant qu'il résulte de l'instruction* », dont M. PACTET pensait qu'elle n'avait aucune signification précise, n'implique aucune prise de position du juge quant à la charge de la preuve. Elle signale

⁹⁶² Sur les « *expressions stéréotypées* », voir : Y. GAUDEMET – *Les méthodes du juge administratif*, Paris, L.G.D.J., 1972, p.104.

⁹⁶³ Cour IADH, Velasquez Rodriguez, 29 juillet 1989, op. cit., § 178 ; Godínez Cruz Case, 20 janvier 1989, serie C n° 5, § 85.

⁹⁶⁴ C.E, 24 juin 1949, Consorts Lecomte, *R.D.P* 1949, p. 583, note M. WALINE.

seulement que le juge est parvenu à une certitude suffisante qui peut profiter à n'importe lequel des plaideurs. En réalité, en présence de la certitude du juge, la question de la charge de la preuve ne se pose pas. Pas d'incertitude, pas de risque à attribuer. Partant, c'est à tort que l'on penserait que la neutralisation de la charge de la preuve dans le contentieux administratif s'étend au delà de l'administration de la preuve. Monsieur PACTET le soulignait déjà en 1952, « *en dernière analyse, celui qui supporte la charge de la preuve, c'est celui qui ne bénéficie pas du doute* »⁹⁶⁵.

989. En revanche, « *Il n'est pas établi que..* », « *il ne ressort pas du dossier que...* », « *il ne résulte pas de l'instruction...* », marque une prise de position sur la charge de la preuve. En effet, ces tournures laissent apparaître l'incertitude du juge. Aucune des thèses soutenues devant lui n'a été établie avec certitude. Ces formules, selon l'expression de M. TRUCHET, « *constatent une double carence* »⁹⁶⁶. En vérifiant l'hypothèse d'une présomption d'intérêt général de l'activité administrative, l'auteur commentait cette phrase : « *Il ne ressort pas du dossier que la distinction ainsi faite ait été inspirée par des motifs étrangers par l'intérêt général* ». Pour lui, « *le requérant n'a pas pu démontrer que l'administration était allée contre l'intérêt général ; l'administration n'a pas été plus capable de démontrer qu'elle s'en était inspirée* ». « *Placé dans une situation de doute insoluble, le juge tranche en faveur de l'administration : il « fait comme si » elle avait respecté l'intérêt général* »⁹⁶⁷. Cette analyse peut être transposée à l'étude du système probatoire de la Cour de Strasbourg.

990. Il s'ensuit qu'il faut exclure de l'étude du risque de la preuve les jugements dans lesquels la Cour indique clairement que le juge est parvenu à une certitude sur les faits. Dans l'affaire Eriksson, s'est posée la question de savoir si la juridiction nationale avait adopté des mesures destinées à obtenir des expertises médicales suffisantes. L'examen des allégations et preuves contradictoires des plaideurs ne laisse pas de place au doute. Selon l'arrêt, « *les éléments fournis à la Cour montrent que des mesures furent prises pour obtenir des expertises médicales suffisantes* »⁹⁶⁸. Cette situation ne peut en aucun cas être considérée comme relevant du risque de la preuve, faute d'incertitude exprimée.

⁹⁶⁵ P. PACTET – *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, Paris, Pedone, 1952, p. 58 ; C. DEBBASCH – *La charge de la preuve devant le juge administratif*, op. cit., p. 44 ; G. TEBOUL – *Usages et coutumes dans la jurisprudence administrative*, L.G.D.J, 1989, p. 78.

⁹⁶⁶ D. TRUCHET – *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris, L.G.D.J, 1977, p. 218.

⁹⁶⁷ D. TRUCHET – *Les fonctions de la notion...*, op. cit., p. 219.

⁹⁶⁸ Eriksson c. Suède, 22 juin 1989, série A n° 156, p. 28, § 75.

991. Il faut remarquer que lorsque le processus probatoire chasse le doute de l'esprit du juge, celui-ci utilise généralement des expressions positives. A l'inverse, lorsque le processus probatoire laisse subsister le doute, le juge utilise en règle générale des formules négatives. Dans l'affaire Bendenoun relative à l'article 6, le requérant se plaignait de n'avoir pas reçu la communication de certains documents contenus dans le dossier de l'administration fiscale. La Cour devait rechercher s'il avait accompagné sa demande aux autorités compétentes d'une motivation spécifique. « *Les données recueillies par la Cour ne montrent pas qu'il ait jamais avancé aucun argument précis à l'appui de sa thèse selon laquelle, nonobstant sa reconnaissance des infractions douanières et ses aveux pendant l'instruction pénale, il ne pouvait combattre l'accusation de fraude fiscale sans posséder une copie dudit dossier* »⁹⁶⁹. Il s'agit, à peu près, de la version négative de l'expression utilisée dans l'affaire Eriksson sus-citée. Des thèses opposées défendues par les plaideurs, la Cour écarte celle du requérant sans pour autant indiquer qu'elle est plus certaine que celle de l'Etat. En effet, elle aurait pu, comme dans l'affaire Eriksson, dire que les données recueillies par elle montrent que monsieur Bendenoun n'a jamais avancé d'argument précis comme il le prétendait. Ce choix est un signe de la double carence évoquée par M. TRUCHET.

992. Si les formules négatives sont souvent le signe d'une incertitude, il n'en est pas toujours ainsi. Pour trancher le litige relatif à la liberté d'expression qui opposait M. Jersild au Danemark, la Cour devait notamment rechercher si les entretiens télévisés litigieux entendaient identifier certaines personnes racistes et dépeindre leur mentalité et leur milieu social. Elle conclut que « *rien ne permet de douter que les entretiens qui ont suivi ont atteint ce but* »⁹⁷⁰. Il n'est pas sûr que cette phrase, en dépit de sa forme négative, sanctionne une hésitation du juge quant au but atteint par les entretiens. C'est pourquoi l'on ne peut se fier à la seule forme affirmative ou négative des tournures employées. Cependant, elle constitue un élément d'appréciation dont les erreurs doivent être corrigées par la prise en compte du contenu de la motivation.

993. Le caractère énigmatique que l'on pourrait prêter aux tournures étudiées n'est qu'un prolongement de la confusion des deux acceptions de la charge de la preuve. Moins équivoques qu'impersonnelles, elles manifestent, en leur forme affirmative, une conviction qui écarte la problématique du risque de la preuve, et en leur forme négative l'attribution du risque de la preuve. Mais la forme n'est qu'un signe. Ce qu'il faut rechercher c'est le sens

⁹⁶⁹ Bendenoun c. France, 24 Février 1994, série A n° 284, § 52.

⁹⁷⁰ Jersild c. Danemark, 23 septembre 1994, série A n° 298-A, § 33.

général des phrases. En définitive, pour savoir à quelle partie est imputé le risque de la preuve, il suffit de repérer lequel des plaideurs obtient la faveur de la double carence.

994. La distinction présentée jette une lumière plus crue sur la pratique de la Cour et permet d'accomplir un pas supplémentaire vers la mise en relief du principe général d'attribution du risque de la preuve. Mais encore faut-il de ce principe saisir la réalité, c'est-à-dire s'enquérir de son sens et en fournir quelques illustrations.

B - Le contenu du principe

995. Certains auteurs ont parfois accordé à la maxime *actori incumbit probatio* une signification littérale en vertu de laquelle le demandeur supporte la charge de la preuve. D'autres, plus désireux de décrire les nuances du droit positif, pensent que la maxime signifie que celui qui allègue un fait doit établir son existence. Ces deux conceptions, alors qu'elles semblent procéder l'une de l'autre, conduisent à des appréciations extrêmement différentes de la pratique.

996. Pour l'illustrer, l'attention peut se porter sur les interprétations suscitées par la jurisprudence Eckle⁹⁷¹ selon laquelle lorsque la durée du procès apparaît *prima facie* excessive, il appartient à l'Etat de se justifier en apportant des éléments de preuve en persuadant le juge de la compatibilité du délai contesté aux normes conventionnelles.

997. Saisie d'une requête mettant en cause la validité de procédures étalées sur plus de dix-sept et dix ans la Cour déclare : « *pareil laps de temps est certes exorbitant et devra, en règle générale, être regardé comme dépassant le « délai raisonnable » de l'article 6 § I. En pareil cas, il incombe à l'Etat défendeur de fournir des explications*⁹⁷² ». Cette formule est comparable à celle employée dans l'arrêt H. c. France dans lequel, au stade du contrôle du comportement des organes judiciaires, la Cour indique que « *le gouvernement souligne que le rôle du tribunal administratif de Strasbourg se trouvait encombré à l'époque, mais il ne fournit aucun élément de nature à établir le caractère conjoncturel de la situation et à montrer que des remèdes ont été adoptés*⁹⁷³ ». Comment faut-il interpréter ces arrêts au regard des acceptions possibles du principe traditionnel d'attribution de la charge de la preuve ?

⁹⁷¹ Eckle c. Allemagne, 15 Juillet 1982, série A n° 51, § 80.

⁹⁷² Eckle c. Allemagne, op. cit., p. 36, § 80.

⁹⁷³ H. c. France, 24 octobre 1989, série A n° 162-A, § 56.

998. Il y a lieu de noter que dans le commentaire qu'ils consacrent à l'arrêt H, les professeurs SUDRE et DUGRIP ne manquent pas de relever qu'en raison de la durée manifestement excessive du procès, la Cour a transféré la charge de la preuve à l'Etat qui devait dès lors, « *justifier ses retards* »⁹⁷⁴.

999. La réalité du transfert n'est pas en soi contestable, mais le statut qu'il faut lui accorder au regard du principe *actori incumbit probatio* peut diverger selon que l'on adhère à une conception formaliste ou non formaliste de la maxime traditionnelle. Si l'on considère qu'en principe la charge de la preuve repose sur celui qui introduit l'instance – le demandeur *stricto sensu* –, ce transfert apparaît comme une exception à la règle sus-citée. A l'inverse, l'autre approche engagerait à nier l'existence d'un renversement de la charge de la preuve puisque demander à l'Etat de prouver les justifications dont il se prévaut est tout à fait conforme au jeu normal de la répartition du risque de la preuve. Ainsi continuerait-on à y voir une pure application du principe *actori incumbit probatio*⁹⁷⁵.

1000. A l'évidence, ce que l'arrêt Eckle enseigne c'est que si la durée d'une procédure litigieuse apparaît d'emblée déraisonnable, elle fait naître une présomption simple qui entraîne une imputation du risque de la preuve à l'Etat. L'arrêt H est encore plus clair. Le gouvernement français argue de l'encombrement du rôle pour expliquer la durée du procès. Pour que cette justification soit admise, il lui appartient de prouver le caractère conjoncturel de cette situation. De deux choses l'une : d'un côté on peut considérer qu'il s'agit d'une situation d'exception parce que la victime est dispensée de la charge de la preuve au détriment de l'Etat, de l'autre on peut soutenir qu'il s'agit du jeu normal du principe *actori incumbit probatio* puisque la Cour ne fait guère qu'imputer à l'Etat le risque de sa propre allégation.

1001. C'est qu'il ne faut retenir, sous peine d'aboutir à des conclusions contradictoires, qu'une seule conception de la maxime. C'est d'ailleurs l'attitude qui prévaut de nos jours, au sein de la doctrine du droit international⁹⁷⁶, comme celle du droit interne français, qui n'accorde plus de valeur au sens littéral du principe *actori incumbit probatio*.

1002. Bien que le terme « *actor* » soit traduit en français par le terme « demandeur », il ne désigne pas pour autant la partie qui a pris l'initiative de l'instance. Le « demandeur » auquel il est renvoyé est celui qui formule une allégation. Il désigne tour à tour l'une où

⁹⁷⁴ O. DUGRIP et F. SUDRE – Du droit à un procès équitable devant les juridictions administratives : l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 24 octobre 1989, *R.F.D.A* 1990, p. 215, note 37.

⁹⁷⁵ Il serait exagéré d'affirmer qu'il y a eu des divergences doctrinales à propos de l'arrêt Eckle, mais il importe de relever que certains auteurs ont évité de parler de renversement de la charge de la preuve J. VELU et R. ERGEC – *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 442, pt. 521.

⁹⁷⁶ G. NIYUNGEKO – *La preuve devant ...*, op. cit, p. 20 ; B. Cheng – Burden of proof before the International Court of Justice, *I.C.L.Q.*, 1953, p. 595.

l'autre des parties. L'imputation du risque de la preuve suit le mouvement dialectique du débat tel qu'il est censé se dérouler théoriquement. Aussi admettrons-nous que le principe général se décompose en au moins deux directives : « *ei incumbit qui dicit, non qui negat* » et « *reus in excipiendo fit actor* ». D'une part, le risque de la preuve repose sur celui qui affirme et non sur celui qui nie ; d'autre part, il appartient à l'adversaire d'établir, à son tour, une exception, c'est-à-dire une justification ou tout objet de preuve qui pourra convaincre le juge de rétablir le jeu probatoire en sa faveur⁹⁷⁷. Ce faisant, il devient alors « demandeur à la preuve ».

1003. Dès lors, il faut considérer que l'utilisation du principe *actori incumbit probatio* implique la référence à la situation de « demandeur à la preuve »⁹⁷⁸. Par conséquent, lorsqu'une partie se verra imputer le risque de la preuve qui se rattache au fait dont il affirme l'existence, qu'il s'agisse de l'Etat et du requérant, il conviendra de reconnaître l'application du principe *actori incumbit probatio*. Instruit des outils qui permettent l'identification du principe, il importe de s'interroger sur les raisons qui justifient son application dans le procès européen des droits de l'homme.

§ 2 – La justification de l'application du principe

1004. Au plan des sources matérielles, il est évident que la pratique de la Cour, à l'instar des juridictions internationales et communautaires, garde l'empreinte de la vie juridique nationale. On peut émettre l'hypothèse qu'une juridiction internationale composée de représentants de différents Etats marie leurs traditions intellectuelles et culturelles respectives⁹⁷⁹ et qu'elle soit poussée à suivre la convergence des modèles nationaux et internationaux (A). Ce raisonnement fait percevoir l'origine du principe, mais il n'enseigne rien sur les fondements juridiques sur lesquels il repose (B).

⁹⁷⁷ F. BOULANGER – Réflexions sur le problème de la charge de la preuve, *R.T.D.C* 1966, p. 737.

⁹⁷⁸ La doctrine en droit international indique également, sans traduire directement l'expression française de « demandeur à la preuve », que la maxime *actori incumbit probatio* ne doit pas être entendue comme faisant référence à la notion formelle de demandeur : CASCADO TRINDADE – The burden of proof with regard to the exhaustion of local remedies in international law, *R.D.H* 1976 Vol. IX-1 n°1, p. 82. J. KOKOTT – *The burden of proof in comparative and international human-rights law*, The Hague, London, Boston, Kluwer law international, 1998, p. 174.

⁹⁷⁹ R. PELLOUX – Les mécanismes de protection prévus par la Convention européenne des droits de l'homme à la lumière du droit comparé, in *Etudes offertes à Jacques LAMBERT*, Paris, Cujas, 1975, p. 681.

1005. L'ancienneté des juridictions internes a fait de leurs pratiques une source d'inspiration pour les juridictions internationales et communautaires⁹⁸⁰. Cette reprise de solutions nationales n'est pas aveugle, elle n'exclut pas l'adoption de mesures d'adaptation nécessaires aux particularités d'une vie juridique différente. Cependant, ces dernières occupent une place si négligeable s'agissant de l'attribution du risque de la preuve qu'il n'y a pas lieu d'en faire état. C'est dire combien la greffe a été satisfaisante. Ce contexte suggère que les sources matérielles du principe de la Cour sont autant internes qu'internationales.

1006. Devant les juridictions judiciaires françaises le principe *actori incumbit probatio, reus excipiendo fit actor* demeure la règle⁹⁸¹. S'il donne encore lieu à des débats qui mettent en cause son fondement et sa portée, la place qu'il occupe est reconnue par une doctrine unanime⁹⁸². S'agissant des juridictions administratives françaises, quelles que soient les nuances qui lui sont apportées, le principe général demeure la référence dans le droit administratif français. La doctrine, qui s'est davantage attachée à montrer les aménagements dont il a fait l'objet, n'a jamais nié le fait que celui qui affirme supporte le risque de la preuve qui s'y rattache⁹⁸³.

1007. S'agissant des procédures internationales, il est possible de se référer à M. WITENBERG, qui soutenait qu'« *il existe bien en droit international une règle répartissant la charge de la preuve, et (...) cette règle consiste précisément à imposer au demandeur et au défendeur la charge respective des preuves, ou, tout au moins de commencer de prouver les faits qu'ils allèguent respectivement, à l'appui ou à l'encontre de leur prétentions respectives* »⁹⁸⁴. La décision Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-

⁹⁸⁰ G. RIPERT – Les règles de droit civil applicables aux rapports internationaux, *R.C.A.D.I.*, 1933-II, p. 646 ; M-F. FURET – L'application des concepts du droit privé en droit international public, *R.G.D.I.P.* 1964 ; p. 912-913 ; D. V. SANDIFER – *Evidence before international tribunals*, revisited edition, University Press of Virginia, 1975, p. 127.

⁹⁸¹ Il l'est également pour les juridictions civiles italiennes. L'article 2697 du code civil italien énonce le principe général dans son ensemble : « *onere della prova chi vuol fare valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda* ». Le principe n'est pas non plus ignoré du droit anglo-saxon dont l'adversory system lui imprime une netteté particulière. R. CROSS ; C. TAPPER – *On evidence*, London, eighth edition by C. TAPPER, Butterworths, 1995, p. 133.

⁹⁸² Références des ouvrages généraux à mettre à jour à la fin de l'année 1999. A l'exception de X. LAGARDE – *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 208.

⁹⁸³ S. KTISTAKI – L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 403, note de bas de page 78 ; B. PACTEAU – Preuve, op. cit., p. 4, § 21 ; C. DEBBASCH – La charge de la preuve..., op. cit., p. 44 ; R. DENOIX de SAINT-MARC et D. LABETOULLE – Les pouvoirs d'instruction du juge administratif, *E.D.C.E.* 1970, p. 87.

⁹⁸⁴ J-C WITENBERG – La théorie des preuves devant les juridictions internationales, *R.C.A.D.I.* 1936-II, p. 44-45. Voir également : C. De VISSCHER – *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges en*

ci illustre remarquablement cette affirmation. Selon la Cour internationale de justice, « *c'est en définitive au plaideur qui cherche à établir un fait qu'incombe la charge de la preuve* »⁹⁸⁵. Il semble également que ce principe ait trouvé droit de cité dans le contentieux communautaire.

1008. Lorsqu'en 1953 le professeur L'HUILLIER constatait que ce qu'il qualifiait alors de « *contentieux administratif supranational* »⁹⁸⁶ avait puisé son inspiration à la source du droit administratif français, il n'entrevoyait peut-être pas que l'avenir allait consacrer par delà les structures, la similitude des méthodes probatoires. Encore faut-il remarquer que la ressemblance sur ce point ne vaut pas seulement pour le droit français car il s'agit de l'adoption d'un principe fort répandu dans les Etats européens.

1009. Au demeurant, la référence au droit interne dans le contentieux communautaire est parfois clairement exprimée par les avocats généraux. Elle vise à légitimer, en la présentant comme naturelle puisque dérivée de la tradition juridique des Etats membres, l'application du principe classique d'imputation du risque au règlement d'un litige donné. Ainsi, concluant sur l'affaire Blackspur DIY Ltd e.a. c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes⁹⁸⁷, l'avocat général TESAURO déclarait que « *de façon générale, le procès communautaire est depuis toujours régi, en ce qui concerne la répartition de la charge de la preuve, par le principe selon lequel il incombe à la partie qui affirme certains faits d'identifier et de produire les éléments de preuve susceptible de convaincre le juge de l'existence de ces faits. Cette règle répond du reste à un principe fondamental communément admis en matière procédurale, sous réserve de quelques nuances différentes, par l'ensemble des Etats membres* »⁹⁸⁸.

1010. Le principe est également mis en évidence par la doctrine⁹⁸⁹ à la lumière d'une jurisprudence aussi ancienne que constante. Dans le cadre du recours en annulation de la

droit international public, Paris, Pedone, 1972, p. 53 ; D. V. SANDIFER – *Evidence before international tribunals*, op. cit., p. 127 ; G. NIYUNGEKO – *La preuve devant...*, op. cit., p. 12 et suivantes ; L. DELBEZ – *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, L.G.D.J., 1962, p. 115.

⁹⁸⁵ C.I.J., Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Rec. 1984, p. 437. Egalement, C.I.J., Différend frontalier (Burkina faso c. République du Mali), 22 décembre 1986, Rec. 1986, p. 587 ; C.I.J., Temple de Préah Vihéar, fond, 15 juin 1962, Rec. 1962, p. 16 : « *Tant le Cambodge que la Thaïlande fondent leurs prétentions respectives sur une série de faits ou d'allégations qui sont affirmés ou avancés par l'un ou l'autre. Or, la charge de les prouver incombe évidemment à la partie qui les affirme ou les avance* ».

⁹⁸⁶ J. L'HUILLIER – Une conquête du droit administratif français : le contentieux de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, Dalloz, 1953, chro., p. 64.

⁹⁸⁷ C.J.C.E., 16 septembre 1997, Blackspur DIY Ltd e.a. c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes, C-362/95, Rec. p. I-4791.

⁹⁸⁸ C. Tesauro, conclusions sur Blackspur..., op. cit., p. 4784-4785, point 26.

⁹⁸⁹ G. VANDERSEN et A. BARAV – *Contentieux communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 50 ; M-C. BERGERES – *Contentieux communautaire*, Paris, P.U.F., droit fondamental, op. cit., p. 113 ; M. BREALEY – The burden of proof before the European Court, *E.L.R* 1985, p. 262. On peut rappeler, à titre d'exemple, qu'il

décision communautaire⁹⁹⁰, du recours en manquement ou du recours préjudiciel d'appréciation de validité⁹⁹¹, il appartient au requérant ou à l'institution communautaire d'établir chacun à leur tour les faits qu'ils invoquent.

1011. Cette convergence des systèmes nationaux et internationaux montre que la Cour européenne des droits de l'homme s'est probablement inspirée des modèles nationaux pour dresser sa ligne de conduite. Toutefois, elle laisse ouverte la question de la base juridique de la transposition de ce principe dans le procès européen des droits de l'homme.

B – A la recherche d'une justification juridique

1012. La lecture des sources écrites n'offre pas d'absolues certitudes (1), et l'on sait que la jurisprudence proclame que la Cour n'applique pas ce principe. Aussi faut-il chercher dans des considérations extra-juridiques les justifications de sa mise en œuvre (2).

1 – L'ambiguïté des sources écrites

1013. Selon M. NIYUNGEKO, en droit international, certaines dispositions des compromis, statuts ou règlements de procédure forment les bases juridiques du principe. Si elles ne le consacrent pas de manière expresse, il peut en tout cas en être déduit. Généralement, les textes qui régissent le fonctionnement et la procédure des juridictions internationales prévoient que les parties doivent joindre à leurs conclusions toutes les pièces qui étayent leurs allégations. Pour cet auteur « *on peut considérer que ce genre de disposition constitue une application particulière du principe qui impose aux plaideurs la preuve de leurs allégations* »⁹⁹². Cette observation s'appuie sur une disposition du statut de la C.I.J qui prévoit en son article 43 § 2 : « *la procédure écrite comprend la communication à juge et à partie des mémoires, des contre-mémoires et, éventuellement des répliques, ainsi que de toute pièce et document à l'appui* ». Elle s'appliquerait en principe à la procédure de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dont le nouveau règlement de procédure prévoit en son article 33 § 1, qu'une requête introduite en vertu de l'article 61(1) de la convention

appartient à celui qui invoque le détournement de pouvoir d'établir les éléments qui le constituent. J. BOULOUIS ; M. DARMON et J-G. HUGLO – *Contentieux communautaire*, Paris, Dalloz, Précis, 2^{ème} édition 2001, p. 214.

⁹⁹⁰ T.P.I., 6 juin 1996, Italie c. Commission, C-198/94, Rec. II-2797, § 37.

⁹⁹¹ C.J.C.E., 13 juin 1996, Binder gmbh & co. International c. Hauptzollamt Stuttgart-West, C-205/94, Rec. I-2871, § 20.

⁹⁹² G. NIYUNGEKO – *La preuve devant les juridictions internationales*, op. cit., p. 16.

américaine des droits de l'homme devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme, doit notamment comporter les preuves à l'appui des arguments de droit et de l'établissement des faits.

1014. Pourtant, dans la décision *Velasquez Rodriguez c. Honduras*, en dépit de quelques éléments autorisant les observations précédentes, la Cour de San José a soutenu que ni la Convention américaine, ni ses propres statuts, ni même ses règles de procédure n'indiquaient de « *normes de preuve* »⁹⁹³. C'est donc que les conclusions de M. NIYUNGEKO peuvent au moins susciter des réserves.

1015. Ses affirmations s'exposent à une critique de fond qui en limite la portée. Il est incontestable que les textes précités fournissent une assise juridique à la nécessité stratégique de produire des éléments de preuve. Toutefois, ils n'impliquent pas de manière nécessaire que le risque de la preuve sera supporté par celui qui allègue. Ce serait exagérer la portée des dites dispositions que de croire qu'elles signifient *a priori* l'imputation du risque de la preuve. En outre, du point de vue scientifique, le parti de cette thèse est de distinguer le droit à la preuve de la charge de la preuve, or, les dispositions interprétées par M. NIYUNGEKO sont précisément celles qui organisent la jouissance de cette garantie procédurale. Par conséquent, la thèse de la justification extra-juridique devient la seule hypothèse pertinente.

2 – L'hypothèse de la justification extra-juridique

1016. Prenant acte de l'absence de règle écrite dictant à la Cour la conduite à adopter en cas d'insuffisance de preuve, on peut relever que le juge résout la difficulté par un raisonnement qui constitue une évaluation des preuves et des mérites des prestations des adversaires. Ce raisonnement fait appel à des considérations extra-juridiques dans la mesure où la question de savoir quelle version des faits doit être retenue en l'absence de preuves décisives n'est pas nécessairement une question qui implique l'application d'une règle de droit⁹⁹⁴.

⁹⁹³ Cour IADH, *Velasquez c. Honduras*, op. cit., § 127 : « *The Court must determine what the standards of proof should be in the instant case. Neither the Convention, the Statute of the Court nor its Rules of Procedure speak to this matter* ». C. Cerna – Questions générales de droit international examinées par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, *A.F.D.I* 1996, p. 726 ; J-G. MAHINGA – La contribution de la Cour interaméricaine des droits de l'homme à la protection de la personne humaine : premières tendances, *R.I.D.C.*, 1992, p. 50-51.

⁹⁹⁴ Certains normativistes, recherchant la norme derrière tout phénomène juridique, pourraient objecter qu'en refusant le bénéfice du doute à une allégation, le juge sanctionne l'application d'une règle implicite selon laquelle il appartenait à son auteur de rapporter la preuve attendue. Que le pouvoir de poser cette norme procède de l'obligation de trancher le litige régulièrement soumis au juge compétent. L'argument est juste mais il justifie uniquement l'existence d'une règle attributive du risque de la preuve ; il ne peut rien enseigner sur son contenu qui relève du pouvoir discrétionnaire du juge. Il n'y a aucune contradiction à soutenir, d'une part

1017. Pour étudier ces justifications, point n'est besoin de rappeler le détail des débats incessants dont elles ont fait l'objet dans la théorie générale des preuves telle qu'exposée en droit civil⁹⁹⁵. En outre, il n'est pas possible de s'appuyer sur les opinions dissidentes qui intéressent ce thème car elles ne développent pas une pensée suffisamment structurée et précise. En réduisant le propos à la situation de la Cour, il est préférable de résumer les justifications théoriques et pratiques invocables en faveur ou en défaveur de l'application du critère classique d'imputation du risque.

1018. Cette application peut être justifiée par le recours à la logique dans la mesure où il paraît rationnel de faire supporter le fardeau de la preuve à celui qui réclame la reconnaissance d'un droit. Si la norme est le *sollen* qui relie une classe de faits à une sanction, réclamer son application judiciaire implique que l'on fournisse les éléments qui établissent l'existence de cette classe de faits. En ce sens, il est logique que cette charge repose sur celui qui allègue l'existence des faits opératoires de la règle de droit⁹⁹⁶. Cet argument a pour conséquence d'entraîner une présomption de légalité des actes de l'Etat dont la validité a été confirmée au cours de l'épuisement des recours internes effectifs. Il appartient donc à celui qui les conteste de rapporter la preuve de l'illégalité.

1019. Mais cette présomption est battue en brèche dès lors qu'à son tour, l'Etat affirme la présence de certaines conditions dont il doit également établir l'existence. Il n'est pas moins rationnel de soutenir que celui qui propose au juge de consacrer une autre directive individuelle qui lui est favorable est à son tour appelé à établir ses fondements.

que le juge applique une norme en attribuant le doute, et de dire, d'autre part que cette norme – qui n'est connue que dans le jugement – est le produit d'un raisonnement qui mobilise des considérations extra-juridiques. Sur la justification extra-juridique voir par exemple, W. TWINING – *Rethinking evidence, exploratory essays*, Evanston, Northwestern university press, 1994, p. 191 et p. 211-212 ; H. L. A. HART – *Le concept de droit*, op. cit., p. 171-174 ; C. PERELMAN – *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 2^{ème} édition, 1979, p. 176.

⁹⁹⁵ De nombreuses justifications ont été invoquées, l'apparence, la sécurité juridique, la logique pour ne citer que celles-là. Selon C DE VISSCHER, « *on peut admettre comme justifié par l'équité, tout comme par la logique, le principe que la charge incombe à celui dont la prétention va à l'encontre soit d'un état de choses tenu pour normal ou habituel soit du sens naturel et ordinaire des termes employés* ». C. DE VISSCHER – *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges en droit international public*, Paris, Pedone, 1972, p. 53. Pour une présentation de l'ensemble des thèses on peut consulter, outre les ouvrages généraux et les thèses portant sur la preuve, F. BOULANGER – *Réflexions sur le problème de la charge de la preuve*, op. cit., p. 737 ; H. MOTULSKY – *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Dalloz, réimpression 1991, p. 138 – 148.

⁹⁹⁶ Il serait absurde de présumer qu'un fait avancé mais non établi doit être retenu au bénéfice du doute. Ce serait tout simplement nier l'exigence de preuve qui est au fondement du débat contradictoire, et réduire la justice à un jeu dans lequel toute affirmation est considérée comme vraie. Le juge serait conduit à faire reposer le fardeau sur celui qui nie le fait, ce qui le placerait presque toujours devant la charge d'apporter la preuve d'un fait négatif. Au résultat, puisque son adversaire serait appelé à combattre l'équivalent d'une présomption de violation de la règle de droit celui qui affirme un fait en justice gagnerait presque automatiquement le procès. Ces conséquences logiques seraient contraires à l'idée la plus élémentaire que l'on peut se faire de la justice. D'où l'application du principe *actori incumbit probatio*.

1020. L'application du principe classique peut également être justifiée par le recours à des valeurs qui, si elles ne sont pas nécessairement dénuées de lien avec le droit, ne sont pas des normes juridiques. Par exemple, on peut soutenir que c'est une certaine conception de la responsabilité qui invite le juge à imputer à celui qui affirme un fait le risque probatoire qui s'y rattache. La mise en œuvre du principe peut aussi reposer sur une justification fonctionnelle. Il semble en effet que le principe d'utilité commande d'attribuer à celui qui a intérêt à la confirmation judiciaire du fait allégué la charge correspondante. Ainsi, la maxime *actori incumbit probatio* apparaît comme un outil efficace destiné à assurer de façon optimale la réunion des pièces au dossier.

1021. Toutefois, certains arguments militent en défaveur de sa mise en œuvre dans le contentieux européen des droits de l'homme. Le plus important d'entre eux repose sur la valeur d'équité, car si l'on tient compte du déséquilibre de l'accès aux preuves pertinentes, il est clair que l'imputation du risque de la preuve à l'individu accentue l'inégalité des parties au procès en faveur de l'Etat. Mais cette inégalité est circonstancielle, et cet argument n'a pour effet que de modérer l'application du principe dans des circonstances bien précises.

1022. On peut aller plus loin en estimant par exemple que les opinions que l'on invoque en faveur de la reconnaissance juridique des droits de l'homme s'opposent à la transposition du principe classique dans le système probatoire de la Cour. En effet, si l'homme doit être protégé de l'Etat dans la vie quotidienne, il doit l'être également dans le procès qui n'est que le prolongement de son incapacité à limiter l'ingérence du pouvoir dans la sphère individuelle. Mais, cette conception est impuissante à traduire les fins concrètes de la technique juridique en allant au-delà de l'équilibre compensatoire qu'elle semble promouvoir. Lorsque les parties ont un égal accès aux preuves et que la requête individuelle n'arrive pas à établir les faits qu'elle dénonce, si la Cour conclut à la violation de la Convention, elle court le risque de se laisser abuser par des allégations mensongères. Or, ce ne serait rendre justice que de se référer à une telle ligne de conduite car, « *quand on rend justice, on met tout en balance*⁹⁹⁷ », y compris la parole du plus faible.

1023. En somme, le principe *actori incumbit probatio* est appliqué en raison de sa souplesse. Lorsque la Cour déclare qu'elle n'a pas de conception stricte de la charge de la preuve, elle n'indique pas qu'elle ne l'applique jamais ; elle prévient les plaideurs qu'elle ne s'estime pas liée par lui. Quitte à en suspendre l'application lorsque les parties se révèlent

⁹⁹⁷ P. Corneille, *Le cid*, Acte IV, scène 5.

inégales dans la recherche des preuves, la Cour peut s'en servir sans nuire à sa mission de protection des droits car il est l'expression d'un pragmatisme conforme au cadre qu'elle s'est fixé, à savoir pas de présomption de culpabilité à l'encontre de l'Etat défendeur. A cet égard, la pratique montre que le critère du « demandeur à la preuve » s'applique à tous les droits qu'elle garantit.

Sous-section 2 – Le domaine général d'application du principe

1024. Que l'on considère le contentieux de la satisfaction équitable (§ 1), l'examen de la recevabilité (§ 2) ou du fond de l'affaire (§3), le principe général constitue le principe directeur de l'attribution du risque de la preuve⁹⁹⁸.

§ 1 - L'application du principe dans le cadre de l'octroi d'une satisfaction équitable

1025. L'imputation du risque de la preuve dans le cadre de l'octroi de la satisfaction équitable devant la Cour européenne des droits de l'homme est un thème bien connu de la doctrine⁹⁹⁹. D'ailleurs, cette partie du contentieux de Strasbourg ne se distingue pas des situations analogues ou proches du droit international général¹⁰⁰⁰. Pour obtenir une réparation, il appartient au requérant de prouver l'existence du dommage dont il se prévaut (A) ainsi que le lien de causalité qui l'unit à la violation constatée par la Cour (B).

A - La preuve du dommage

1026. Lorsque le doute portant sur la réalité du dommage survit à l'instruction, le requérant verra sa demande rejetée parce qu'il ne s'est pas acquitté de la charge de la preuve. Cette solution s'applique qu'il s'agisse d'allégation de dommage matériel ou de dommage moral.

⁹⁹⁸ LEGEAIS R. – Le droit de la preuve à la Cour européenne des droits de l'homme, *in Mélanges offerts à P. COUV RAT, La sanction du droit*, Paris, P.U.F, Publication de la faculté de droit et de sciences économiques de Poitiers, 2001, p. 261.

⁹⁹⁹ Pour une étude détaillée consacrant un passage suffisant à la question de la charge de la preuve : J. L. SHARPE – Article 50, *in* L-E PETTITI ; E. DECAUX ; P-H IMBERT (Ed.) – *La Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit, p. 809.

¹⁰⁰⁰ Voir G. NIYUNGEKO – *La preuve devant les juridictions internationales*, op. cit., p. 45-47.

1027. S'agissant des dommages matériels, la pratique de la Cour est constante et fort ancienne. Le principe est rappelé avec force dans l'arrêt Neumeister rendu spécialement sur la satisfaction équitable : « *En ce qui concerne, (...) les dommages matériels allégués, il incombait à Neumeister, ainsi que gouvernement et Commission s'accordent à le penser, d'établir non seulement leur réalité mais l'existence d'un lien de causalité les rattachant à la violation que la Cour a constatée*¹⁰⁰¹ ». Cette solution apparaît d'ailleurs si évidente aux juges VILHJALMSSON, LAGERGREN, WALSH, EVANS et GERSING, que dans leur opinion dissidente sur l'arrêt Sporrong, ils déclarent qu'« *il incombe aux requérants de prouver qu'ils ont subi une perte pécuniaire sous les trois chefs de leur demande: perte de revenu durant les périodes litigieuses, diminution de la valeur marchande de leurs propriétés et impossibilité d'entreprendre un réaménagement complet de celles-ci*¹⁰⁰² ». Il en résulte que de nombreux arrêts montrent qu'il appartient aux requérants de démontrer la réalité des préjudices matériels dont ils se prévalent devant la Cour¹⁰⁰³.

1028. Dans certaines situations, la décision de violation implique de manière automatique l'octroi d'une réparation pour préjudice matériel car celui-ci a dû être établi pour obtenir la décision de violation au fond. A titre d'exemple on peut citer l'arrêt Selçuk qui est sans équivoque : « *la Cour rappelle ses constats d'après lesquels les habitations des requérants, leurs biens meubles et le moulin de Mme Selçuk ont été détruits par les forces de l'ordre. Vu ce constat, il y a assurément lieu d'octroyer une réparation pour préjudice matériel* ». « *Toutefois, les requérants n'ayant pas étayé, à l'aide de preuves littérales ou autres, leurs prétentions quant à la quantité et à la valeur des biens perdus, le Gouvernement n'ayant pas produit d'observations détaillées et la Commission n'ayant formulé aucune constatation à cet égard, l'évaluation par la Cour des montants à octroyer ne peut que comporter une part de spéculation et reposera sur des principes d'équité*¹⁰⁰⁴ ». La Cour peut aller plus loin en présument la perte de chances dans certaines affaires. L'arrêt Delta le prouve s'agissant d'un préjudice résultant de la violation du procès équitable, la motivation retient : « *le requérant n'a pas joui de toutes les garanties de l'article 6 (art. 6). La Cour ne saurait certes spéculer sur ce qu'eût été l'issue du procès dans le cas contraire, mais n'estime pas*

¹⁰⁰¹ Neumeister c. Autriche (article 50), 7 mai 1974, série A n°17, § 40 ; Gerger c. Turquie, 08 juillet 1999, § 73.

¹⁰⁰² Sporrong et Lönnroth c. Suède (article 50) 18 décembre 1984, série A n°88, § 2.

¹⁰⁰³ Ringeisen c. Belgique, 22 juin 1972, série A n° 15, § 24 ; Foti et autres c. Italie (article 50), 21 novembre 1983, série A n°69, § 18 ; Feldbrugge c. Pays-Bas (article 50), 27 juillet 1987, série A n°124-A, § 10 ; Gillow c. Royaume-Uni (article 50), 14 septembre 1987 série A n°124-C, § 12 ; Scheele c. Luxembourg, 17 mai 2001, § 36.

¹⁰⁰⁴ Selçuk et Asker c. Turquie, 24 avril 1998, Recueil 1998-II, § 106.

déraisonnable de penser que l'intéressé a éprouvé une perte de chances réelles¹⁰⁰⁵ ». La Cour agit de même dans l'affaire Aydin dans laquelle après avoir constaté qu'un viol était constitutif d'une violation de l'article 3 de la Convention, elle estime logiquement que la preuve du préjudice moral n'est plus utile au stade de l'attribution de la satisfaction équitable¹⁰⁰⁶.

1029. Le principe *actori incumbit probatio* est également appliqué lorsqu'il s'agit d'établir la preuve des préjudices moraux. Il a d'ailleurs justifié le rejet de demande de réparation de M. Pakelli dans l'affaire qui l'opposait à la République Fédérale d'Allemagne. Selon l'arrêt, l'avocat de monsieur Pakelli, qui avait réussi à faire constater une violation du droit à l'assistance judiciaire consacré par l'article 6 de la Convention ne démontre pas l'existence du préjudice moral invoqué : « Rien ne prouve que M. Pakelli ait ressenti, en raison de l'absence de défenseur, une impression pénible d'isolement, de désarroi et d'abandon¹⁰⁰⁷ ». Malheureusement, comme il constitue un objet de preuve subjectif, le préjudice moral est extrêmement difficile à établir. C'est pourquoi la Cour a parfois présumé l'existence de ce dommage en permettant ainsi aux victimes d'obtenir une indemnisation sans accomplir l'effort difficile que cette preuve aurait normalement impliqué. L'arrêt Maj avait conduit au constat de la violation de l'obligation de régler les litiges dans un délai raisonnable dans le chef de l'Italie. Sur le terrain de la satisfaction équitable, l'arrêt affirme qu'il « ne ressort pas des pièces du dossier que le requérant ait souffert des dommages matériels résultant de la violation de l'article 6 § 1. En revanche, il a dû subir un certain tort moral et a exposé des frais et dépens¹⁰⁰⁸ ». Dans un arrêt *Kemmache c. France*, après avoir rendu précédemment sur le fond une décision de violation du droit à la sûreté, la Cour considère « que le requérant a dû éprouver un tort moral auquel lesdits constats de violation ne remédient pas à eux seuls¹⁰⁰⁹ ». De même, statuant à propos de préjudices causés par une violation de l'article 8 de la Convention, la Cour déclare, dans l'affaire *Mialhe c. France*, que les requérants « ont dû éprouver un tort moral¹⁰¹⁰ » qui ouvre droit à réparation. La Cour ne se montre donc pas exigeante pour cet objet de la preuve. Elle tempère ainsi la rigueur du principe général à travers une bienveillance qui correspond à un abaissement de son standard

¹⁰⁰⁵ *Delta c. France*, 19 décembre 1990, série A n° 191-A, § 43 ; *Goddi c. Italie*, 9 avril 1984, série A n° 76, §§ 35-36 ; *Colozza c. Italie*, 12 février 1985, série A n° 89, § 38.

¹⁰⁰⁶ *Aydin c. Turquie*, 25 octobre 1997, op. cit., § 131. La Cour statue « compte tenu de la gravité de la violation de la Convention subie par la requérante pendant sa garde à vue et du préjudice psychologique durable que son viol peut être réputé lui avoir causé ».

¹⁰⁰⁷ *Pakelli c. Allemagne*, 25 avril 1983, série A n° 64, § 48.

¹⁰⁰⁸ *Maj c. Italie*, 19 février 1991, série A n° 196-D, § 18.

¹⁰⁰⁹ *Kemmache c. France* nos 1 et 2 (article 50), 2 novembre 1993, série A n° 270-B.

¹⁰¹⁰ *Mialhe c. France* n° 1 (article 50), 29 novembre 1993, 277-C, § 11.

de preuve. Mais, à l'évidence, cette mansuétude est limitée car elle ne se retrouve pas dans le contrôle de l'existence du lien de causalité entre la violation constatée et le préjudice invoqué.

B – La preuve du lien de causalité

1030. Il n'est pas rare de voir la Cour rejeter la demande du requérant au motif qu'il n'avait pas réussi à établir que le dommage résultait de la violation constatée à Strasbourg. Ainsi dans le litige qui opposait M. Kopp au gouvernement suisse la demande de satisfaction équitable est rejetée car « *en ce qui concerne le dommage matériel, la Cour estime que M. Kopp n'a pas été en mesure de prouver l'existence d'un lien de causalité entre les écoutes téléphoniques dont il a fait l'objet et le préjudice allégué¹⁰¹¹* ». La Cour peut aussi constater que certaines amendes infligées à la victime en droit interne résultent de la violation d'un droit garanti par la Convention¹⁰¹². Le plus souvent, par une motivation lapidaire, elle se borne à constater l'absence de lien de causalité sans fournir de plus amples détails. Mais il arrive parfois, comme dans l'affaire Hassan et Tchaouch qu'elle soit plus explicite. L'arrêt avait retenu une violation de l'article 9 de la Convention mais, saisie d'une demande de satisfaction équitable, « *la Cour estime que M. Tchaouch, le second requérant, n'a pas établi de lien de causalité directe entre la violation constatée en l'espèce et le manque à gagner ou les autres dommages matériels qu'il aurait subis. La présente affaire ne porte pas sur les circonstances du prétendu renvoi du second requérant de son poste de professeur de religion islamique, mais sur l'atteinte à son droit à la liberté de religion qu'a entraînée la destitution des dirigeants de la communauté religieuse dont il est un membre actif¹⁰¹³* ».

1031. Cette application fréquente ne surprend pas dans la mesure où il s'agit d'une exigence classique en droit de la responsabilité¹⁰¹⁴. Certaines opinions séparées qui critiquent l'absence d'octroi d'une satisfaction équitable des victimes qui ont gagné le procès sur le fond, donnent à penser que la preuve du lien de causalité ne serait pas utile si l'on considère que les actes déclarés illicites sont en soi une violation. Il faut en effet rappeler que dans

¹⁰¹¹ Kopp c. Suisse, 25 mars 1998, Recueil 1998-II, § 83.

¹⁰¹² Polat c. Turquie, 8 septembre 1999, § 55 : « *La Cour relève que les amendes infligées au requérant sont une conséquence directe de la violation constatée de l'article 10. En revanche, la Cour estime non suffisamment établi le lien de causalité entre la violation et les autres dommages matériels allégués par le requérant* ».

¹⁰¹³ Hassan et Tchaouch c. Bulgarie, 26 octobre 2000, Recueil 2000-XI, § 117.

¹⁰¹⁴ Neumeister c. Autriche (article 50), 7 mai 1974, op. cit., § 40 Eckle c. Allemagne (article 50), 21 juin 1983, série A n°65, § 20 ; Bönisch c. Autriche (article 50), 2 juin 1986, série A n°103, § 11 ; Halford c. Royaume-Uni, 25 juin 1997, Recueil 1997-III, § 75 et 76 ; Higgins c. France, 19 février 1998, § 48 ; Gerger c. Turquie, 08 juillet 1999, § 73 ; Arslan c. Turquie, 8 septembre 1999, § 58 ; Selmouni c. France, 28 juillet 1999, Recueil 1999-V, § 123 ; Ardemagni et Ripa c. Italie, 1er mars 2001, § 13 ; F.R c Suisse, 28 juin 2001, § 45.

certaines circonstances, la Cour estime que le constat de violation constitue une satisfaction suffisante pour la victime. Selon le juge BONELLO, « *le constat d'une violation d'un droit fondamental ne réjouit pas le gouvernement mis en cause. Il ne contente toutefois pas davantage la victime s'il ne s'accompagne de rien d'autre. La soif morale de justice n'est guère différente de la soif naturelle. Espérer satisfaire la victime d'une injustice par des paroles savantes, c'est comme tenter de désaltérer un enfant mourant de soif en lui racontant des histoires*¹⁰¹⁵ ».

1032. Avec clarté et simplicité, le contentieux de la satisfaction équitable montre un exemple peu contestable de l'application du principe traditionnel d'attribution du risque de la preuve devant la Cour. Il est vrai que l'examen de cette partie des litiges ne place pas la Cour dans une situation différente de celles des autres juridictions nationales ou internationales chargées d'accorder une réparation. Il paraît donc naturel qu'un principe dont l'application est jugée satisfaisante dans des circonstances identiques soit transposé au contentieux européen des droits de l'homme. C'est peut-être la même analyse qui a poussé la Cour à faire usage des solutions classiques dans le domaine de l'examen de la recevabilité des recours.

§ 2 - L'application du principe dans l'examen de la recevabilité des recours

1033. Assujetti à l'obligation d'épuiser les voies de recours internes, celui qui a l'initiative de la procédure en droit international doit prouver qu'il a satisfait à cette condition¹⁰¹⁶. La jurisprudence de la Cour n'a guère fait que reprendre sur ce point la pratique de la Commission européenne des droits de l'homme¹⁰¹⁷. Mais si le gouvernement soulève une exception, en application de la maxime traditionnelle, c'est à lui d'en supporter la charge.

¹⁰¹⁵ Nikolova c. Bulgarie, 25 mars 1999, dans cet arrêt lire également l'opinion du juge GREVE. Aquilina c. Malte, 29 avril 1999.

¹⁰¹⁶ A.A Cançado Trindade – The burden of proof with regard to the exhaustion of local remedies in international law, *R.D.H* 1976 Vol. IX-1 n°1, p. 85-87.

¹⁰¹⁷ Commission EDH, Autriche c. Italie, 11 janvier 1961, *Annuaire*, vol n° 4, p. 167 ; Donnelly et autres c. Royaume-Uni (Première décision), 5 avril 1973, *Annuaire*, n° 16, p. 264. Cependant, les faits allégués pendant la discussion relative aux exceptions préliminaires ne font pas naître une charge dont seul l'Etat devrait s'acquitter. Lorsque M. Drozd et Janousek, pour contester les arguments des Etats français et espagnol, prétendent que ces derniers sont responsables des jugements rendus pas les juridictions andorranes, ils supportent le risque de la preuve qui s'y rapporte. Ainsi, pour accueillir l'argumentation des gouvernements, la Cour déclare que « *le dossier ne contient aucun élément donnant à penser que ces dernières - les autorités de ces Etats - aient tenté de s'immiscer dans le procès des requérants* » Drozd et Janousek c. France, 26 Juin 1992, série A n° 240, § 96.

Loin d'être originales, ces solutions sont inspirées d'une jurisprudence internationale qui se recommande d'une longue tradition¹⁰¹⁸.

1034. A l'occasion de la décision Navarra, le gouvernement soutenait que le requérant n'avait pas épuisé les voies de recours internes faute d'avoir intenté contre l'Etat une action en indemnité en vertu de l'article 781-1. Selon la Cour, *« si une action en indemnité peut entrer en ligne de compte aux fins de l'article 26 de la Convention, il ne prescrit l'épuisement que des recours à la fois relatifs aux violations incriminées, disponibles et adéquats. Ils doivent exister à un degré suffisant de certitude non seulement en théorie mais aussi en pratique, sans quoi leur manquent l'effectivité et l'accessibilité voulues ; il incombe à l'Etat défendeur de démontrer que ces exigences se trouvent réunies »*¹⁰¹⁹.

1035. Un autre exemple est fourni par l'affaire Hentrich au cours de laquelle le gouvernement reprochait à la requérante de n'avoir pas demandé l'application d'une loi en cassation alors qu'elle l'avait fait en appel. Il entendait ainsi s'opposer à l'examen des griefs relatifs à la procédure par la Cour Européenne des droits de l'Homme. Cette argumentation fut rejetée car *« l'omission de la requérante ne pourrait (...) justifier cette branche de l'exception que si le gouvernement avait persuadé la Cour que lors de l'introduction du pourvoi une allégation de violation de ladite loi aurait permis un tel espoir de succès qu'il y avait recours effectif. Or, il n'a pas cité une seule décision de la Cour de cassation qui, à l'époque, serait allée dans ce sens »*¹⁰²⁰. Il est clair que dans cette situation il appartenait au gouvernement de produire des arrêts tendant à démontrer le caractère effectif du recours.

1036. Les juges de Strasbourg ont fixé de manière solennelle, leur ligne directrice dans l'arrêt Akdivar qui correspond incontestablement au principe général. Selon la Cour, *« l'article 26 prévoit une répartition de la charge de la preuve. Il incombe au gouvernement excipant du non-épuisement de convaincre la Cour que le recours était effectif et disponible tant en théorie qu'en pratique à l'époque de faits, c'est-à-dire qu'il était accessible, était susceptible d'offrir au requérant le redressement de ses griefs et présentait des perspectives raisonnables de succès. Cependant, une fois cela démontré, c'est au requérant qu'il revient d'établir que le recours évoqué par le gouvernement a en fait été employé ou bien, pour une*

¹⁰¹⁸ J. CHAPPEZ – *La règle d'épuisement des voies de recours internes*, Paris, Pédone, 1972, p. 237.

¹⁰¹⁹ Navarra c. France, 23 Novembre 1993, série A n° 273-B ; § 24. Dans l'affaire Hauschildt du 24 mai 1989, série A n° , p. 19 § 41 : *« Il incombe au gouvernement de convaincre la Cour que M. Hauschildt disposait là d'un recours effectif à l'époque dont il s'agit, soit à l'ouverture de son procès (...) puis des audiences d'appel »*.

¹⁰²⁰ Hentrich c. France, 22 septembre 1994, série A n°296-A, § 32.

raison quelconque, n'était ni adéquat ni effectif compte tenu des faits de la cause ou encore que certaines circonstances particulières le dispensaient de cette obligation »¹⁰²¹.

1037. Si cette ligne directrice est discutée au sein de la Cour¹⁰²², elle s'impose avec une belle stabilité qui est la marque de son adéquation à la protection des droits de l'homme. A cette constance s'ajoute l'impression d'une remarquable cohérence dans la pratique qui fait appel au même principe s'agissant de l'examen au fond du litige.

§ 3 - L'application du principe dans le cadre de l'examen au fond du litige

1038. D'une manière générale il faut admettre que le requérant doit prouver les faits qui fondent la violation *prima facie*, et qu'il appartient à l'Etat de prouver les exceptions ou les dérogations apportées à l'exercice des droits de l'homme. C'est un principe appliqué à tous les droits protégés (A), et à toutes les étapes du contrôle effectué (B).

A - Un principe appliqué à tous les droits protégés

1039. Pour démontrer l'application générale du principe *actori incumbit probatio* à l'ensemble des droits protégés, il serait fastidieux de les considérer un à un, lassant ainsi le lecteur plus qu'il ne faut pour le convaincre. Dès lors, tout regroupement de situations contentieuses est nécessairement arbitraire car il est difficile d'utiliser un critère significatif servant à classer les hypothèses étudiées¹⁰²³. L'exposé ne s'appuiera donc que sur des

¹⁰²¹ Akdivar et autres c. Turquie, 16 septembre 1996, Recueil 1996-IV, § 68 ; Aytekin c. Turquie, 23 septembre 1998, Recueil 1998-VII § 82 ; Selmouni c. France, 28 juillet 1999, Recueil 1999-V, § 76 ; Beis c. Grèce, 20 mars 1997, Recueil 1997-II, § 32 ; Bauman c. France, 22 mai 2001, § 40.

¹⁰²² En réalité c'est moins le principe qui est discuté que son application dans certaines décisions. Exemple peut-être pris des opinions dissidentes des juges GOTCHEV et GÖLCÜCLÜ respectivement dans les affaires Akdivar précitée et Aksoy. Aksoy c. Turquie, 18 décembre 1996, Recueil 1996-VI.

¹⁰²³ Si l'on peut présenter un archétype du raisonnement de la Cour, qu'il soit permis de rappeler un passage de l'arrêt Goddi. Cette décision se prononce notamment sur la plainte du requérant qui prétendait que les autorités italiennes avaient négligé de veiller à ce qu'il pût se rendre à une audience dans une affaire qui le concernait alors qu'il était incarcéré. La Cour fut appelée à s'intéresser au comportement de l'administration pénitentiaire : « *Quant aux autorités de la prison, l'intéressé allègue leur avoir signalé l'existence des poursuites et la date de l'audience, mais le Gouvernement le conteste. Ni le premier ni le second n'ont fourni de preuves à l'appui de leurs affirmations et la Cour ne possède aucun autre élément pour trancher cette question de fait controversée. Aucune faute des autorités italiennes ne se trouve donc établie sur ce point* ». Cet exemple montre que le requérant s'est vu attribuer le risque de la preuve des faits qu'il avait avancés au cours du procès. Goddi c. Italie, 9 avril 1984, série A n° 76, §§ 29. De même dans l'arrêt Sabuktekin c. Turquie, la requérante alléguait que son époux avait été délibérément tué par les forces de l'ordre ou à l'instigation de celles-ci, en raison de ses activités au sein d'un parti pro-kurde. Or, même si elle offrait en preuve le témoignage de son beau-frère, la Cour a relevé que cette allégation n'était pas corroborée par les pièces du dossier. Il faut dire que des témoignages opposés avaient fait naître un doute dans l'esprit du juge et

exemples choisis soit pour leur aptitude à servir de référent à l'ensemble des cas non présentés, soit en raison des incertitudes qu'ils pourraient susciter sur le domaine d'application du principe général. On illustrera l'existence du principe en matière de manière succincte, en matière de protection contre les traitements inhumains et dégradants (1), du droit à la de sûreté (2) le cadre du droit à un procès équitable (3).

1 – En matière de protection contre les traitements inhumains et dégradants

1040. En commentant la décision H.L.R.¹⁰²⁴, M. CHAUVIN, indique qu'en dehors du domaine de l'éloignement des étrangers, la charge de la preuve repose tantôt sur le requérant, tantôt sur l'Etat. A l'inverse, pour ce qui est de l'éloignement des étrangers, « *la preuve repose toujours sur le requérant jamais sur l'Etat* »¹⁰²⁵.

1041. Cette appréciation de la jurisprudence n'est pas tout à fait exacte en ce qu'elle distingue les situations mettant en cause l'éloignement des étrangers des autres hypothèses relevant de l'article 3. En réalité, il appartient toujours au requérant de prouver la réalité et la gravité du traitement dont il se plaint ; que ce traitement ait déjà eu lieu ou qu'il soit virtuel.

Saisie d'un recours fondé sur l'article 3, la Cour devait rechercher si le châtement corporel infligé à un enfant était incompatible avec les exigences de la Convention. Elle n'a pas fait droit à cette demande en constatant que « *le requérant ne fournit aucune preuve d'effets graves ou durables du traitement dénoncé, dépassant les conséquences à escompter de mesures prises sur un plan purement disciplinaire* »¹⁰²⁶. La même solution, par ailleurs critiquée, a prévalu dans l'affaire Klass. Dans l'affaire Aerts c. Belgique du 30 juillet 1998, la Cour devait trancher la question de savoir si le maintien pendant sept mois d'un internement dans une annexe psychiatrique d'un établissement pénitentiaire ordinaire, et non dans un établissement spécial désigné par la commission de défense sociale compétente constituait un traitement inhumain et dégradant. Le requérant fondait sa prétention notamment sur le fait que ce maintien était à l'origine de l'aggravation de son état mental. Illustrant le fait que le doute profite à l'Etat, la Cour rejette le recours de M. Aerts au motif que la preuve de l'aggravation

que dans cette situation, il ne pouvait profiter à la requérante. Sabuktekin c. Turquie, 19 mars 2002, § 94-95. Dans le texte, nous verrons qu'en retour, lorsque l'Etat invoque une exception, il en supporte le risque.

¹⁰²⁴ H.L.R. c. France, 29 avril 1997, Recueil 1997-III.

¹⁰²⁵ N. CHAUVIN – L'interprétation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme : réelle avancée ou restriction déguisée ? Commentaire sur l'arrêt H.L.R. c. France, *R.U.D.H* 1997, p. 350.

¹⁰²⁶ Costello-Roberts c. Royaume-Uni, 25 Mars 1993, Série A n° 247-C.

n'a pas été rapportée, « *il n'a pas été montré à suffisance que le requérant a souffert d'un traitement pouvant être qualifié d'inhumain ou dégradant* »¹⁰²⁷.

1042. Lorsqu'elle est confrontée aux différends relatifs à l'éloignement des étrangers, la Cour de Strasbourg exige du requérant la preuve qu'il court un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3. Si cela n'apparaissait pas dans l'affaire Soering¹⁰²⁸, de nombreuses décisions l'ont montré¹⁰²⁹. Dans l'affaire Cruz Varas, le requérant supportait le risque de la preuve de l'imputabilité des blessures physiques, attestées par des certificats médicaux, qu'il avait subies par le passé¹⁰³⁰. Il devait également établir la réalité des activités politiques clandestines qu'il présentait comme le motif de la répression éventuelle qu'il pourrait encourir¹⁰³¹. Le complexe de fait qu'il lui appartenait de prouver correspond à chacune de ses allégations. Dans la droite lignée de cette solution, on peut relever les arrêts Vilvarajah, Chahal, ou H.L.R.¹⁰³².

1043. Il y a lieu de relever que conformément au principe général, le gouvernement supporte le risque des faits qu'il allègue. Ainsi, dans la décision D. c. Royaume-Uni, la Cour note, à propos de la situation éventuelle du requérant dans l'île de Saint-Kitts, que « *le traitement médical qu'il pourrait espérer y recevoir ne saurait combattre les infections qu'il risquerait de contracter du fait de l'absence de logement et de nourriture correcte et des problèmes sanitaires dans lesquels se débat la population de Saint-Kitts (...). S'il est possible qu'il ait un cousin à Saint-Kitts (...), rien ne prouve que cette personne serait prête à s'occuper d'un homme en fin de vie, ou en mesure de le faire. Aucun élément n'indique qu'il*

¹⁰²⁷ Aerts c. Belgique, 30 juillet 1998, op. cit., § 66.

¹⁰²⁸ Soering c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, série A, n° 161. Ce différend soulevait la question de la validité, au regard de l'article 3, de l'extradition d'une personne vers une destination où il serait passible de la peine de mort. La position de principe que la Cour adopte l'a dispensée d'envisager la question sous l'angle de la gravité du traitement virtuel dont le requérant se plaignait. De même dans la décision D. c. Royaume-Uni, il s'agit de savoir si le renvoi d'une personne atteinte du sida en phase terminale vers l'île de Saint Kitts l'expose à un traitement inhumain et dégradant. Il ne fait pas de doute dans l'esprit de la Cour qu'« *il existe un risque sérieux que les conditions défavorables qui l'attendent à Saint-Kitts réduisent encore son espérance de vie déjà courte et lui causent des souffrances physiques et morales extrêmes* ». A nouveau, la question du risque de la preuve ne s'est pas posée puisque la Cour avait admis que, compte tenu de son état, l'arrêt des soins entraînerait des conséquences plus graves. D. c. Royaume-Uni, 2 mai 1997, Recueil 1997-III, § 52.

¹⁰²⁹ Sur ce point, voir J-F. FLAUSS, chronique *A.J.D.A.*, 1998, p. 46. L'attitude de la Cour se vérifie également lorsque l'affaire donne lieu à un règlement amiable. Ainsi en est-il de la décision Paez où, s'en remettant à la pratique similaire de la Commission, la Cour indique : « *Quant au bien-fondé de la plainte du requérant, il rappelle que la Commission a estimé qu'il n'existait pas de motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé courrait un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3 de la Convention s'il était expulsé vers le Pérou. Le requérant n'a présenté aucun élément de preuve démontrant qu'il soit recherché par les autorités péruviennes ou qu'il les intéresse particulièrement. Rien n'indique non plus qu'il ait jamais été désigné comme un membre important du Sentier lumineux* » ; Paez c. Suède, 30 octobre 1997, Recueil 1997-VII, § 8.

¹⁰³⁰ Cruz Varas et autres c. Suède, 20 mars 1991, série A n° 201, p. 30, § 77.

¹⁰³¹ Cruz Varas et autres c. Suède, op. cit, p. 31, § 79.

¹⁰³² Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni, 30 octobre 1991, série A n° 215 ; Chahal c. Royaume-Uni, 15 novembre 1996, Recueil 1996-V ; H.L.R. c. France, 29 avril 1997, Recueil 1997-III.

bénéficierait d'autres formes de soutien moral ou social. De même, rien ne prouve qu'un lit lui serait réservé dans l'un des deux hôpitaux de l'île qui, selon le Gouvernement, soignent les malades atteints du sida (...) »¹⁰³³.

1044. Il s'ensuit qu'au regard du risque de la preuve, l'éloignement des étrangers et les autres hypothèses examinées au titre de l'article 3 de la Convention ont le même statut : le requérant supporte le risque de la preuve de la gravité et de la réalité des traitements dont il se plaint.

2 – En matière de sûreté

1045. En garantissant un recours aux personnes arrêtées ou détenues, l'article 5 § 4 consacre aussi le droit pour celles-ci d'obtenir, dans un bref délai à compter de l'introduction du recours, une décision judiciaire concernant la régularité de leur détention et mettant fin à leur privation de liberté si elle se révèle illégale¹⁰³⁴. Dès lors que la période considérée comme excessive a été établie, il appartient à l'Etat de « *démontrer l'existence de motifs exceptionnels de nature à justifier la période en question* »¹⁰³⁵.

1046. Pour justifier la privation de liberté à l'encontre d'un individu, l'Etat peut invoquer l'exception prévue à l'article 5 c) de la Convention selon laquelle l'Etat doit disposer de raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci. Et, pour que la Cour puisse déterminer si la substance de la garantie offerte par la Convention est demeurée intacte, « *il incombe au Gouvernement de lui fournir au moins certains faits ou renseignements propres à la convaincre qu'il existait des motifs plausibles de soupçonner la personne arrêtée d'avoir commis l'infraction alléguée*¹⁰³⁶ ». Le même raisonnement est appliqué dans le cadre du droit à un procès équitable.

3 – Dans le cadre du droit à un procès équitable

¹⁰³³ D. c. Royaume-Uni, op. cit., § 50.

¹⁰³⁴ Van der Leer c. Pays-Bas, 21 février 1990, série A n° 170, § 35.

¹⁰³⁵ Musial c. Pologne, 25 mars 1999, Recueil 1999-II, § 48 ; pour conclure à l'absence de circonstances exceptionnelles la Cour indique (§ 47) : « *il n'a nullement été établi qu'il y ait en l'espèce un lien de causalité entre, d'une part, la complexité des questions médicales ayant valablement pu être prises en considération pour évaluer l'état de santé du requérant et, d'autre part, le retard intervenu dans la préparation du rapport d'expertise* ».

¹⁰³⁶ Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni, 30 août 1990, série A n° 182, §§ 32 et 34.

1047. En appelant l'établissement de plusieurs objets de preuve, la démonstration du manquement à l'obligation de régler les litiges dans un délai raisonnable est n'est pas une opération simple. En effet, après avoir fixé la période à prendre en considération, la Cour doit d'abord se demander si, au regard des circonstances de l'espèce, l'affaire était complexe avant de rechercher l'imputabilité des lenteurs constatées.

1048. La preuve de la complexité de l'affaire ne donne pas souvent lieu à une motivation probatoire. Mais dans la mesure où l'Etat invoque la complexité, il lui appartient de la prouver¹⁰³⁷.

Conformément au principe général, la preuve de l'imputabilité à l'Etat semble revenir au requérant. La solution du différend qui opposait MM. Ciricosta et Viola au gouvernement italien corrobore cette affirmation. En l'espèce, les requérants arguaient du mauvais fonctionnement du système judiciaire italien qu'ils rendaient responsable de la durée de leur procès qui excédait 15 ans. Plus précisément, ils prétendaient que la surcharge de travail dont souffraient les juges italiens était la cause des multiples renvois dont ils se plaignaient. La Cour Européenne des droits de l'Homme rejeta leurs conclusions en relevant que « *les éléments du dossier n'étaient nullement les allégations des intéressés selon laquelle toutes les demandes de renvois ont été justifiées par la surcharge de travail du juge* »¹⁰³⁸.

1049. Parvenue à la conviction que la durée du procès est excessive, la Cour doit rechercher s'il existe des motifs de nature à exonérer l'Etat de sa responsabilité. De jurisprudence constante, « *un engorgement passager du rôle d'un tribunal n'engage pas la responsabilité internationale de l'Etat concerné si celui-ci prend, avec la promptitude voulue, des mesures efficaces pour y remédier*¹⁰³⁹ ». Aussi appartient-il à l'Etat de démontrer que la situation litigieuse présente un caractère passager qui ne reflète pas un dysfonctionnement de son appareil judiciaire. L'Etat peut être sanctionné aux motifs que les éléments produits ne persuadent pas le juge du caractère conjoncturel de l'encombrement du rôle¹⁰⁴⁰. Témoin récent de cette attitude, l'arrêt *Phillis* indique : « *Le Gouvernement n'ayant fourni aucune*

¹⁰³⁷ Messina c. Italie, 26 février 1993, série A n°257-H, § 27 : Pour justifier une durée supérieure à sept ans d'une procédure inachevée au moment du procès devant la Cour, « *le gouvernement se borne à exciper la complexité de l'affaire, sans fournir de précisions sur l'objet, l'ampleur et le résultat des investigations menées par les magistrats saisis* ».

¹⁰³⁸ Ciricosta et Viola c. Italie, 4 novembre 1995, série A n° 337-A, § 29.

¹⁰³⁹ Zimmermann et Steiner c. Suisse, 13 juillet 1983, série A n° 66, p. 12, § 29 ; Guincho, 10 juillet 1984, série A n° 81, p. 17, § 40.

¹⁰⁴⁰ Deumeland c. Allemagne, 29 mai 1986, série A n° 100, p. 28, § 82 : « *Les éléments fournis par le Gouvernement ne permettent pas de conclure qu'il y ait en l'espèce une augmentation soudaine et imprévisible du nombre des procès, génératrice d'un encombrement conjoncturel* ». Voir également, H. c. France, 24 octobre 1989, op. cit., p. 22, § 56 ; Ferrantelli et Santangelo du 7 août 1996, Recueil 1996-III, p. 948, § 42, dans cette affaire il semble bien que « *l'inexplicable stagnation de près de deux ans* » révèle un doute en la défaveur de l'Etat.

autre explication du retard pris par le Conseil suprême de discipline, la Cour conclut qu'un délai de plus de sept ans pour l'examen d'une affaire reconnue comme simple ne saurait satisfaire à l'exigence de « délai raisonnable » prévue par la Convention¹⁰⁴¹ ».

1050. De jurisprudence constante, c'est le requérant qui supporte le risque de la preuve de la partialité subjective des membres d'une juridiction. « *L'impartialité subjective des membres d'un organe régi par l'article 6 doit se présumer jusqu'à preuve du contraire*¹⁰⁴² ». Il n'est pas rare de voir les arguments du requérant rejetés au motif qu'il « *n'a fourni aucune donnée propre à inspirer à la Cour un doute à ce sujet*¹⁰⁴³ ». Il en est de même pour la preuve de l'usage d'une faculté offerte par le droit interne qui repose toujours sur le requérant¹⁰⁴⁴.

B - Un principe appliqué à toutes les étapes du contrôle effectué

1051. La preuve des faits constitutifs d'une ingérence incombe en principe au requérant. Mais, lorsque l'Etat invoque d'autres faits destinés à contredire son adversaire, c'est lui qui en supporte le risque. La preuve des exceptions – « *reus in excipiendo fit actor* » – appartient à l'Etat. Ainsi, le doute concernant l'existence d'exceptions à la règle de publicité est en défaveur de l'Etat¹⁰⁴⁵. De même, en posant que la renonciation à l'exercice d'un droit ne se présume pas, la Cour impute aux gouvernements la responsabilité d'établir cet objet de

¹⁰⁴¹ *Phillis c. Grèce*, 27 juin 1997, § 50. Cette motivation est devenue aujourd'hui un stéréotype très fréquent. *Lucas c. France*, 28 novembre 2000, § 29 ; *Piron c. France*, 14 novembre 2000, § 56 ; *Guisset c. France*, 26 septembre 2000, Recueil 2000-IX, § 84 ; *Ballestra c. France*, 12 décembre 2000, § 43 ; *Thurin c. France*, 28 novembre 2000, § 25 ; *De Moucheron et autres c. France*, 17 octobre 2000, § 29 ; *Frydlender c. France*, 27 juin 2000, Recueil 2000-VII, § 44 ; *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, 25 janvier 2000, Recueil 2000-I, § 103 ; *Palmigiano c. Italie*, 11 janvier 2000, § 19 ; *Francesco Aggiato c. Italie*, 26 avril 2001, § 28 ; *C. c. Pologne*, 3 mai 2001, § 56 ; *Maini c. France*, 26 octobre 1999, § 99 ; *Leterme c. France*, 29 avril 1998, Recueil 1998-III, § 69.

¹⁰⁴² Renvoi à la première partie, titre II, Chapitre I, Section I.

¹⁰⁴³ *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, série A n° 43, p. 25, § 58 ; *Deumeland c. Allemagne*, 29 mai 1986, série A n° 100, p. 30, § 92, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, 28 juin 1984, série A n° 80, § 84 ; *Debled c. Belgique*, 22 septembre 1994, série A n° 292-B § 37 ; *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, 25 juin 1992, série A n° 239, § 50 ; *Castillo Algar c. Espagne*, 28 octobre 1998, Recueil 1998-VIII, § 44 ; *D.N c. Suisse*, 29 mars 2001, § 45.

¹⁰⁴⁴ *Paulsen-Medalen et Svensson c. Suède*, 19 février 1998, Recueil 1998-I, § 45 : « *L'intéressé n'a fourni aucune précision à l'appui de son argument selon lequel il aurait expressément réclamé ce droit et que les services compétents ne pouvaient ou ne voulaient lui donner une décision formelle sur sa requête en droit de visite* ».

¹⁰⁴⁵ *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, série A n° 43, § 59.

la preuve¹⁰⁴⁶. La preuve de l'existence de nécessités locales de nature à justifier la limitation à l'exercice des droits est également mise à la charge des Etats qui s'en prévalent¹⁰⁴⁷.

1052. Un tel principe conduit ainsi le juge à imputer aux Etats le risque de la preuve de la justification des ingérences qu'il constate dans la mise en œuvre des droits. Au-delà de la légalité des mesures attaquées et du but poursuivi par l'Etat, il est intéressant de remarquer que la preuve de la proportionnalité de l'ingérence litigieuse repose en principe sur le gouvernement défendeur.

1053. Exemple peut être tiré de l'affaire Ezelin dans laquelle le requérant se plaignait d'une ingérence dans l'exercice du droit de se réunir pacifiquement. Il s'agissait pour la Cour de rechercher si les condamnations qui suivirent la participation de cet avocat à une manifestation ayant dégénéré constituaient une ingérence. Maître Ezelin avait-il proféré des menaces ou tracer des inscriptions au cours de ladite manifestation ? La motivation indique que le doute profite au requérant puisque la Cour conclut : *« il ne ressort pas du procès-verbal dressé par le commissaire principal de Basse-Terre, ni d'aucun autre élément du dossier, que Me Ezelin ait lui-même proféré des menaces ou tracé des inscriptions »*¹⁰⁴⁸.

1054. Dans l'affaire Bowman c. Royaume-Uni, la requérante avait été condamnée pour avoir distribué des tracs indiquant la position de certains candidats sur l'avortement durant la campagne pour les élections législatives alors qu'elle n'était pas candidate. Devant la Cour, elle se plaignait d'une violation de la liberté d'expression. Pour résoudre le litige la Cour devait notamment déterminer si l'ingérence constatée dans l'exercice de la liberté d'expression était nécessaire dans une société démocratique. Existait-il des motifs pertinents et suffisants justifiant l'attitude de l'Etat ? Le gouvernement soutenait, entre autres, que la requérante pouvait utiliser d'autres voies pour transmettre l'information aux électeurs. La motivation de l'arrêt témoigne de ce qu'il supportait le risque de cette allégation. En effet, *« la Cour relève l'argument du Gouvernement selon lequel la requérante aurait pu employer d'autres méthodes pour transmettre l'information aux électeurs. Elle n'est cependant pas convaincue qu'en pratique l'intéressée ait eu accès à d'autres modes efficaces de communication. Par exemple, il n'a pas été prouvé qu'elle ait disposé d'un quelconque moyen de s'assurer que les informations figurant dans les brochures seraient publiées dans un*

¹⁰⁴⁶ Neumeister c. Autriche, 7 mai 1974, série A n° 17, § 36 ; Pfeifer et Plankl c. Autriche, 25 février 1992, série A n° 227, § 37 ; Schuler-Zraggen c. Suisse, 24 juin 1993, série A n° 263, § 58.

¹⁰⁴⁷ Tyrer c. Royaume-Uni du 25 avril 1978, série A n° 26, § 38 ; Piermont c. France, 27 avril 1995, série A n° 314, § 58 ; Matthews c. Royaume-Uni, 8 février 1999, Recueil 1999-I, § 50.

¹⁰⁴⁸ Ezelin c. France, 26 avril 1991, série A n° 202 § 41.

*journal ou diffusées à la radio ou à la télévision*¹⁰⁴⁹». Dans l'affaire Kokkinakis c. Grèce, qui impliquait l'appréciation d'actes de répression de prosélytisme au regard de l'article 9 de la convention, la Cour relève que les juridictions grecques n'avaient pas précisé suffisamment en quoi le requérant aurait essayé de convaincre son prochain par des moyens abusifs. « *Aucun des faits qu'elles relatèrent ne permet de le constater* ». « *Dès lors, il n'a pas été démontré que la condamnation de l'intéressé se justifiait, dans les circonstances de la cause, par un besoin social impérieux*¹⁰⁵⁰ ».

1055. Toutefois, il faut relever que l'examen de la proportionnalité des mesures ne consiste pas toujours à confronter deux allégations opposées, mais plutôt un ensemble d'allégations émises dont chaque auteur doit tour à tour apporter la preuve. C'est pourquoi l'affaire Velosa Barreto peut apparaître, à tort, comme un irrespect du principe traditionnel.

1056. En se fondant sur l'article 8 de la Convention Européenne des droits de l'Homme, M. Barreto intenta une action devant les organes internationaux de contrôle de l'application du traité. Au cours du procès devant la Cour, il soutenait que les juridictions portugaises n'avaient pas cherché à établir un équilibre entre l'intérêt général et ses propres intérêts en le déboutant de son action tendant à recouvrer l'usage de la maison qu'il avait louée. La Cour, après s'être livrée à une appréciation des jugements nationaux qui ne semble pas respecter le principe de subsidiarité, le déboute au motif « *qu'il n'est pas démontré* » et que « *rien n'indique qu'en statuant comme elles l'ont fait les juridictions portugaises aient agi d'une manière arbitraire et déraisonnable, ou failli à leur obligation de ménager un juste équilibre entre les intérêts en jeu* »¹⁰⁵¹. Une telle motivation indique que c'est bien au requérant qu'incombait la charge de la preuve.

1057. Dans la célèbre affaire Handyside, le requérant soutenait que le traitement infligé au schoolbook et à son éditeur était d'autant moins nécessaire qu'une foule de publications vouées à la pornographie dure (hard core pornography), (...) bénéficierait d'une extrême tolérance. La Cour, note qu'elle « *n'a pas à comparer les diverses décisions prises, même dans des situations de prime abord voisines, par les autorités chargées des poursuites et par des tribunaux dont l'indépendance s'impose à elle comme au gouvernement défendeur. En outre et surtout, elle ne se trouve pas devant des situations vraisemblables. Il ne ressort pas des pièces du dossier, et le gouvernement l'a relevé, que les publications et spectacles en question s'adressaient, à l'égal du schoolbook, à des enfants, et adolescents qui y avaient*

¹⁰⁴⁹ Bowman c. Royaume-Uni, 19 février 1998, Recueil 1998-I, § 46 ; Özgür Gündem c. Turquie, 16 mars 2000, Recueil 2000-III, §§ 49-50.

¹⁰⁵⁰ Kokkinakis c. Grèce, 25 mai 1993, série A n°260-A, p. 21 § 49.

¹⁰⁵¹ Velosa Barreto c. Portugal, 21 Novembre 1995, série A n° 334, § 30.

*aisément accès*¹⁰⁵² ». La destination de l'ouvrage est incertaine, la défense de l'Etat est accueillie sur ce point, au bénéfice du doute.

1058. Ces exemples, qui montrent que la complexité de l'appréciation de la proportionnalité des ingérences entraîne parfois plusieurs transferts du risque de la preuve, ne suffisent pas à nier que le jeu de la maxime *actori incumbit probatio* fait généralement supporter à l'Etat la charge de justifier le caractère licite des ingérences constatées.

Section II – La nécessité d'une application tempérée du principe classique

1059. La théorie générale de la preuve reconnaît qu'il est extrêmement difficile de régler tous les cas d'incertitude en se référant à la règle classique. En outre, il faut convenir avec le juge COSTA, que « *les conséquences du respect de cette règle seraient injustes dans un procès relatif aux droits de l'homme et aboutiraient souvent à rendre la preuve de la violation pratiquement impossible*¹⁰⁵³ ». Pour peu que le juge agisse comme un automate voué à l'application d'un critère unique d'imputation du risque de la preuve, le principe *actori incumbit probatio* constitue une menace pour l'effectivité des droits (sous-section 1). Consciente de la subtilité que l'on attend d'elle, la Cour a réagi en assouplissant la portée du principe et en allant parfois jusqu'à le remettre en cause (sous-section 2).

Sous-section 1 – Une menace pour l'effectivité des droits

1060. Il ne s'agit pas seulement de mettre en évidence quelques arrêts qui montrent l'effet contre-productif de l'application du critère du « demandeur à la preuve ». Il faut aller plus loin en situant la critique sur le plan théorique (§ 1) avant de se placer sur le terrain empirique en discutant la pratique de la Cour (§ 2).

¹⁰⁵² Handyside c. Royaume-Uni, 7 décembre 1976, série A n°24, § 57.

¹⁰⁵³ J-P. COSTA – Le raisonnement juridique de la Cour européenne des droits de l'homme, in O. PFRESMANN et G. TIMSIT (Ed.) – *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 122.

§ 1 – La critique théorique

1061. Si le principe classique ne convient pas, en toute circonstance, à la protection des droits de l'homme, il faut lui substituer un aménagement plus satisfaisant. Il paraît indiqué de recourir à la prise en compte de la charge effective des parties afin que le plus apte à fournir les preuve supporte les conséquences de son absence au dossier (A). Le plus surprenant c'est que certains arrêts de la Cour semblent recommander aux juridictions nationales de s'aligner sur cette proposition (B).

A – La prise en compte de la charge effective des parties

1062. Appliquée sans nuance, la maxime traditionnelle d'attribution de la charge de la preuve peut conduire à des effets contre-productifs. La preuve peut être si difficile à établir pour le requérant qu'il est certain de perdre le procès si la Cour lui impute le risque de la preuve. C'est qu'il est bien plus logique d'attribuer le risque probatoire à celui qui a le plus de facilité à rapporter la preuve du fait litigieux. Il est bien plus rationnel d'ôter le bénéfice du doute à celui qui avait le devoir de prendre toute précaution, et adopter toutes les mesures appropriées pour respecter ou faire respecter les droits et d'empêcher ainsi la survenance du litige. En principe, avant de prendre la décision attaquée par le titulaire des droits, il dispose d'informations qui sont autant de preuves qui devraient être versées au dossier. En somme l'élément le plus important pour la Cour est l'attitude à adopter en face de la charge effective de la victime.

1063. Il n'est pas d'étalon apte à mesurer de manière incontestable la charge effective des parties au procès, tout au plus peut-on recueillir quelques faibles indices dont l'exploitation se révèle d'ailleurs problématique. On sait qu'elle est, en premier lieu, étroitement liée à la nature de l'objet de la preuve. Que la preuve d'un fait subjectif est en principe plus difficile que la preuve d'un fait objectif, de même que la preuve d'un fait négatif fait naître des difficultés plus grandes que la preuve des faits positifs¹⁰⁵⁴. En second lieu, il importe de rappeler que la charge effective dépend étroitement de la position ante judiciaire des parties par rapport aux informations et aux moyens de preuve qui sont en débat dans le procès. Les documents administratifs sont bien plus faciles à produire pour l'administration que pour les individus qui veulent s'en servir pour gagner le litige. En troisième lieu, la

¹⁰⁵⁴ Se reporter aux développements consacrés à l'objet de la preuve dans la première partie, Titre II chapitre I.

charge effective est liée à la capacité technique des parties. De même qu'un patient éprouve toujours un grand mal à établir l'erreur médicale, une victime devant la Cour peut manquer de compétence pour rapporter une preuve à caractère technique.

1064. Certes, ces quelques éléments ne peuvent faire office de critère de mesure de la charge effective de la preuve, mais faute de mieux, ils constituent des indices précieux, et confirment qu'il faudra se contenter de ces enseignements insuffisants pour poursuivre la réflexion.

1065. Ce qu'il faut établir maintenant c'est que la charge effective de la preuve peut ou doit constituer une variable déterminante pour résoudre les dilemmes d'attribution du risque de la preuve. Faire du statut de « demandeur à la preuve » l'unique condition d'attribution du risque revient à faire supporter à certains requérants une preuve impossible à rapporter alors qu'il apparaît aussi efficace qu'équitable de transférer à la charge à son adversaire lorsqu'il peut établir cette preuve avec plus d'aisance. Raisonner ainsi, c'est proposer d'utiliser comme critère secondaire l'importance de la charge effective de la preuve dès lors qu'il s'agira de décider de l'affectation du bénéfice du doute. Ainsi, plus la charge effective supportée par une partie sera élevée, moins il sera efficace de lui faire supporter le risque de la preuve¹⁰⁵⁵.

1066. Il reste qu'il est ardu de déterminer le seuil à partir duquel la charge effective de la preuve sera intolérable et appellera la décision de transfert. En outre, il faut rappeler que ce transfert ne sera nécessaire que si le juge n'a pas eu recours à l'aménagement de l'objet de la preuve ou l'abaissement des standards de preuve qui constituent des solutions équivalentes pour régler ce type de problème.

1067. Pour autant, il conviendra de rechercher si la pratique de la Cour use de la charge effective de la preuve comme un critère utile à l'attribution du risque de la preuve lorsque la victime est prise au piège d'une application stricte du principe *actori incumbit probatio*. On peut d'ores et déjà aborder cette enquête avec optimisme puisqu'il semble que, dans le cadre du contrôle exercé sur les procédures nationales, la Cour ait laissé poindre son adhésion à ce raisonnement.

¹⁰⁵⁵ On ne peut manquer de souligner combien le critère de la charge effective évoque une conception matérielle de l'égalité des armes. A cet égard, à la différence de la Cour, certains auteurs français incluent la question de la charge de la preuve au chapitre du principe de l'égalité des armes. Par exemple, P. FANACHI – Le juge administratif et le droit au procès équitable, in E. PICARD (Ed.) – *Le juge de l'administration et les droits fondamentaux dans l'espace francophone*, I.D.E.F., Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 672-673 ; L. SERMET – *Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif français*, Paris, Economica, 1996, p. 246.

B – Les enseignements de la jurisprudence de la Cour

1068. Reposant sur le principe du respect de la marge d'appréciation, l'intervention de la Convention dans le domaine de l'attribution du risque de la preuve par les juridictions nationales se borne à la consécration européenne du principe de la présomption d'innocence. Largement répandu en Europe, il signifie entre autre qu'en matière de poursuite pénale, le doute doit toujours profiter à l'accusé : *in dubio pro reo*¹⁰⁵⁶. La jurisprudence de la Cour s'est soigneusement tenue à sa réserve sans venir au secours des requérants qui pourraient se voir imposer une charge effective dont l'importance nuirait définitivement à la garantie des droits.

1069. Cependant, la Cour s'est parfois affranchie de ses limites en reprochant aux juridictions nationales d'avoir pesé de manière inadéquate sur le fardeau de la preuve du requérant. Ce faisant, elle donne l'impression de se référer à une conception matérielle du principe de l'égalité des armes qui exigerait des juges de la Convention le respect d'une sorte d'équilibre ou de proportionnalité entre les charges effectives supportées par les parties au procès¹⁰⁵⁷.

1070. C'est contre cette approche que le juge MARTENS, rejoint par le juge PETTITI, s'était prononcé dans une opinion dissidente dans l'affaire *Dombo*. Sans pour autant recommencer la présentation de cette affaire, il importe de rappeler qu'elle a donné lieu à une décision de violation de l'article 6 § 1 en matière civile, au motif que les juridictions nationales s'étaient opposées au témoignage du représentant de la société requérante dans un litige qui concernait la preuve d'un accord verbal entre ladite société et une banque dont le représentant fut d'ailleurs admis à déposer¹⁰⁵⁸. Un passage de l'arrêt retient l'attention des juges : selon la Cour, l'égalité des armes implique « *l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause - y compris ses preuves - dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* ». Pour les juges, cette affirmation pourrait donner à penser que « *que la notion d'égalité des armes a des implications de fond, dans la mesure où elle comporterait aussi l'obligation d'adapter des règles procédurales de fond, telles celles de la preuve, afin de garantir à*

¹⁰⁵⁶ J. PRADEL – Rapport général, *in* La preuve en droit pénal, *Revue internationale de droit pénal*, Vol 63, 1992, p. 14.

¹⁰⁵⁷ Pour une réflexion sur l'ambiguïté des garanties procédurales, S. GUINCHARD – Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ?, *in* *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de G. FARJAT*, Paris, éditions Frison-Roche, 1999, p. 139.

¹⁰⁵⁸ *Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas*, 27 octobre 1993, série A n° 274, § 34.

chacune des parties une réelle égalité de chances de succès. Or, dans les litiges relatifs à des droits et obligations de caractère civil, la notion d'égalité des armes ne peut avoir qu'une signification formelle: les deux parties doivent jouir de possibilités égales d'exposer leur cause devant le tribunal et de présenter leurs arguments et leurs preuves ». Il n'est pas certain que l'arrêt Dombo justifiait de telles craintes, d'ailleurs la jurisprudence relative à l'égalité des armes n'a pas opéré le glissement tant redouté. Toutefois, sans invoquer le principe de l'égalité des armes, la Cour avait déjà eu l'occasion de porter une appréciation discrète sur l'attribution nationale de la charge de la preuve dans l'affaire H. c. Belgique.

1071. Rayé du tableau du conseil de l'ordre des avocats d'Anvers en 1957, monsieur H, installé comme conseiller fiscal sollicita sa réinscription au tableau à deux reprises en 1980 et en 1981. Ses demandes furent rejetées parce que la condition légale posé par le code judiciaire n'était pas satisfaite : en effet, le conseil de l'ordre ne constatait aucune circonstance exceptionnelle justifiant, plus de dix ans plus tard, l'annulation de la sanction qui l'avait frappé. Devant la Cour, le requérant contestait notamment le caractère équitable de la procédure en vigueur devant le conseil. Si tous les éléments qui ont motivé la décision de violation des exigences de l'article 6 § 1 ne peuvent retenir l'attention, il y lieu de relever que la Cour mit l'accent sur le fait que *« le requérant éprouvait une sérieuse difficulté à fournir une preuve appropriée des "circonstances exceptionnelles" qui auraient pu, selon la loi, entraîner sa réintégration et plus généralement à plaider sa cause avec l'efficacité voulue; en particulier, ni les dispositions pertinentes ni la jurisprudence des conseils de l'Ordre ne fournissaient d'indications sur ce qu'il fallait entendre par « circonstances exceptionnelles »¹⁰⁵⁹»*.

1072. Dans cette affaire, l'incursion de la Cour dans ce domaine où la liberté d'action des juridictions nationales est pourtant la règle est encore plus évidente que dans l'arrêt Dombo, même si elle demeure relativement timide. Paradoxalement, la prudence de la Cour est plus marquée dans le contrôle de la mise en œuvre des exigences du procès équitable que dans le cadre de la protection de la liberté d'expression. En cette matière, la jurisprudence a posé des principes dont on a peine à croire qu'ils sont étrangers à la volonté d'imposer aux juges nationaux des règles plus favorables aux titulaires des droits de l'homme.

1073. L'application de l'article 10 met parfois la Cour aux prises avec des sanctions nationales qui pénalisent les propos virulents qu'elle qualifie de jugement de valeur. A cette qualification s'attache une conséquence importante qui peut être illustrée à travers l'exemple

¹⁰⁵⁹ H. c. Belgique, 30 novembre 1987, série A n°127-B, § 53.

de l'arrêt *Lingens*¹⁰⁶⁰. Journaliste, monsieur Lingens avait violemment critiqué dans la presse le chancelier fédéral autrichien en estimant que ses actes relevaient de l'« *opportunisme le plus détestable* », « *immoral* » et « *dépourvu de dignité* ». Les juges compétents le condamnèrent pour diffamation en constatant qu'il n'avait pas été en mesure de prouver la justesse de ses propos.

1074. Pour résoudre la question de la justification de l'ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression du requérant, la Cour pose un principe décisif : « *Aux yeux de la Cour, il y a lieu de distinguer avec soin entre faits et jugements de valeur. Si la matérialité des premiers peut se prouver, les seconds ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude. La Cour relève, à ce propos, que les faits sur lesquels M. Lingens fondait son jugement de valeur n'étaient pas contestés, non plus d'ailleurs que sa bonne foi* »¹⁰⁶¹. Cette affirmation revient à interdire aux juges nationaux d'exiger la preuve des appréciations susceptibles d'être qualifiées de jugement de valeur par la Cour. L'ambition affichée de ce principe est d'accroître la qualité de la protection de la liberté d'expression, mais son support technique est bien l'imposition d'un certain régime d'attribution de la charge de la preuve au motif que ces jugements de valeur sont, à proprement parler, « *improuvables* ».

1075. Le parti pris de la Cour est encore plus clair dans l'arrêt *Thorgeir Thorgeirson* dans la mesure où la prise de position devient directe et explicite. Un écrivain islandais avait été condamné pour diffamation parce qu'il avait critiqué violemment et indistinctement les membres de la police dans deux articles de presse consacrés aux brutalités policières en Islande. Pour les juridictions nationales il n'avait pas réussi à établir que « *des membres non déterminés de la police de Reykjavik s'étaient livrés à une série d'actes d'agression graves ayant rendu infirmes leurs victimes, ainsi qu'à des falsifications et à d'autres délits* ». Alors que d'ordinaire la Cour évite ce type de motivation, elle déclare que « *dans la mesure où l'on entendait l'obliger à prouver l'exactitude de ses assertions, on le plaçait devant une tâche déraisonnable voire impossible*¹⁰⁶² ». Par conséquent, selon cet arrêt la Convention défend aux juges nationaux d'obliger certaines parties au procès à rapporter des preuves impossibles, ce qui signifie que dans ce cas, un transfert du risque de la preuve s'impose.

¹⁰⁶⁰ *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, série A n°103.

¹⁰⁶¹ *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, série A n°103, § 45.

¹⁰⁶² *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, 25 juin 1992, série A n°239, § 65, Observations E. DECAUX, in E. DECAUX ; P. TAVERNIER – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 1992), *J.D.I* 1993, p. 735-736.

1076. Ces quelques exemples montrent que sans proclamer de manière solennelle le principe de l'interdiction de faire supporter au titulaire des droits une charge de la preuve disproportionnée, la Cour a traduit dans la réalité de son contrôle cette exigence qui, en raison de la rareté de son application, ne peut figurer au nombre des principes directeurs de la jurisprudence de la Cour.

§ 2 –La critique de la pratique de la Cour

1077. Signe de la relative adaptation de la méthode de la Cour, il est possible de relever des exemples qui font figure de maladresses ou d'erreurs d'évaluation mais sans fournir une assise structurée à la critique. On se bornera à l'étude de quelques uns afin d'illustrer les désastres de la méconnaissance du critère de la charge effective de la preuve (A), avant de réserver à l'arrêt Klaas de 1993 les développements qu'il mérite en raison de la controverse qu'il a soulevée (B).

A – Les désastres d'une application sans nuance

1078. Lorsque par le jeu de la maxime *actori incumbit probatio* le titulaire des droits de l'homme se voit imputer le risque d'une preuve à caractère technique, il se trouve comme pris au piège d'une application aveugle d'un principe pourtant souple. Ce fut le cas de M. Herzegfalvy, dans l'affaire qui l'opposait au gouvernement autrichien. Délinquant interné en raison de graves troubles psychiatriques, il entendait, entre autres, faire constater que le fait de lui administrer de force de la nourriture et des neuroleptiques en l'isolant et en l'attachant à l'aide de menottes à un lit de sûreté constituait un traitement incompatible avec l'article 3 de la Convention.

1079. Pour résoudre ce problème la Cour devait rechercher si ce traitement était justifié par une nécessité thérapeutique. Le dossier renfermait de nombreuses affirmations contradictoires qui ne purent dissiper le doute sur cette question. La haute juridiction dut recourir à l'attribution du risque de la preuve dans des conditions extrêmement délicates. Fallait-il estimer que la preuve incombait au gouvernement, et à travers lui, au corps médical qui avait décidé d'appliquer ce traitement ou pouvait-on au contraire considérer qu'il appartenait au requérant au requérant de prouver que cette nécessité n'existait pas ?

1080. La motivation de la décision révèle que c'est la deuxième branche de l'alternative qui emporta la faveur de la Cour. Elle précise que « *les éléments fournis à la Cour ne suffisent pas à réfuter la thèse de gouvernement selon laquelle, d'après les principes psychiatriques communément admis à l'époque, un impératif médical justifiait le traitement litigieux*¹⁰⁶³ ». Le commentaire de J. CALLEWAERT qui prend pourtant comme postulat l'idée que la charge de la preuve n'existe pas devant la Cour, relève qu'« *il apparaît donc que de facto, une certaine charge de la preuve reposait quand même sur le M. Herczegfalvy, qui seul aurait pu – ou dû ? – établir ou faire établir la réalité des mauvais traitements allégués, aussitôt ceux-ci infligés*¹⁰⁶⁴ ». L'incongruité de cette attribution du risque de la preuve saute aux yeux dès lors que l'on essaie d'imaginer les efforts d'un aliéné qui tente vainement d'établir que le traitement médical dont il se plaint n'est pas nécessaire. Les difficultés auxquelles il se heurte rendent bien improbable le succès de son entreprise.

1081. C'est d'ailleurs en considération de la personnalité du requérant que le commentaire précité adresse une sévère critique à la solution de cette affaire. « *peut-on attendre d'un aliéné qu'il se comporte comme tout autre requérant, qu'il assure la défense de ses intérêts comme le ferait n'importe quel autre plaignant ?* ». Cependant, on peut également considérer que ce n'est pas tant la qualité d'aliéné du requérant qui fonde l'inadéquation de la solution de la Cour que le caractère éminemment technique de la preuve médicale. Le raisonnement de la Cour postule que si la médecine a pour objet de soigner, les actes médicaux ne doivent pas causer de souffrances qui sont étrangères aux besoins du patient. Toute la question est de savoir lequel, du patient ou d'un représentant du corps médical, est le plus apte à apprécier si un traitement est nécessaire ou non à la guérison ou à l'apaisement du malade. Lequel de cette relation binaire est le plus apte à démontrer le caractère approprié ou inapproprié des actes médicaux ? Faire peser la charge de la preuve sur le patient revient à exiger de lui une appréciation médicale du traitement dont il se prétend victime. Qu'il soit aliéné ou non ne change rien au fait que les médecins sont mieux placés que le patient pour démontrer qu'en l'état actuel de la médecine un certain traitement est considéré comme approprié à la situation du malade. A cet égard, invoquer la personnalité d'Herzegfalvy c'est faire appel à un argument *a fortiori*, car, à l'évidence, la charge effective du requérant a été extrêmement lourde à porter, et si elle eût été moins lourde pour une personne en possession de toutes ces facultés mentales, elle demeurerait encore trop imposante pour ouvrir une

¹⁰⁶³ Herczegfalvy c. Autriche, 24 Septembre 1992, Série A n° 222, p. 26, § 83 .

¹⁰⁶⁴ J. CALLEWAERT – L'affaire Herczegfalvy ou le traitement psychiatrique à l'épreuve de l'article 3... vice versa, *R.T.D.H* 1993, p. 440.

chance de succès au requérant. La preuve de la gravité des faits, dans cette situation, aurait dû appeler un transfert du risque de la preuve au profit du requérant.

1082. L'arrêt présenté peut être rapproché d'autres situations dans lesquelles la qualité des soins médicaux entrainait en ligne de compte et constituait un objet pertinent de la preuve. En arguant de la violation du droit au respect de la vie familiale, des requérants turques qui faisaient l'objet de mesure d'éloignement de la Suisse, furent notamment confrontés à ce type de preuve mais sans invoquer l'article 3 de la Convention. Mme Gül s'était vue délivrer un permis humanitaire l'autorisant à demeurer en Suisse en vue de subir un traitement médical à la suite d'un grave accident. L'arrêt montre clairement que la question de la preuve de la qualité des soins offerts en Turquie s'est posée et que le doute sur ce point a profité à l'Etat : *« s'agissant de Mme Gül, la question d'un retour en Turquie se pose en termes plus délicats, puisque c'est son état de santé qui fut pour l'essentiel à l'origine de la délivrance d'un permis humanitaire par les autorités helvétiques. Cependant, si sa situation paraissait particulièrement alarmante en 1987, date de son accident, il n'est pas démontré que par la suite, elle ne pouvait disposer des soins médicaux adéquats dans des hôpitaux spécialisés en Turquie¹⁰⁶⁵ ».*

1083. Ces deux exemples ont pour objet d'attirer l'attention sur les dangers d'une mise en œuvre aveugle du principe *actori incumbit probatio*. Les préjudices à la cause des victimes sont évidents et confirment la nécessité d'une approche plus nuancée. Toutefois, l'art de juger est un exercice délicat, et la présence de divers paramètres peut parfois conduire à l'adoption de décisions susceptibles d'ouvrir des controverses difficiles à clore.

B – La controverse de l'arrêt Klaas de 1993

1084. Une vive controverse éclata à la suite de l'arrêt *Klaas c. Allemagne* rendu en 1993¹⁰⁶⁶ qui imputa le risque de la preuve à une requérante qui invoquait l'article 3 pour les blessures qui lui avaient été causées à l'occasion d'une arrestation liée à une conduite suspecte d'un véhicule. Le problème principal concernait les causes de ses blessures : pour la requérante, elle avait subi une violence illégitime alors qu'elle obéissait aux forces de l'ordre, tandis que le gouvernement soutenait qu'elle avait provoqué par sa résistance l'emploi d'une force proportionnée qui fut l'occasion des blessures.

¹⁰⁶⁵ Gül c. Suisse, 19 février 1996, Recueil 1996-I, § 41.

¹⁰⁶⁶ Klaas c. Allemagne, 22 septembre 1993, série A n° 269.

Selon la Commission, comme Mme Klaas fut blessée pendant une arrestation alors qu'elle se trouvait entre les mains de la police, il incombait au Gouvernement d'apporter la preuve de faits jetant le doute sur le récit de la victime, en application de la jurisprudence Tomasi.

Au contraire, la Cour jugea que la requérante n'avait pas produit durant l'instance internationale, de nouveaux éléments de nature à infirmer les constats des juges nationaux qui estimèrent après avoir entendu des témoins et apprécié leur crédibilité que la requérante avait pu se blesser en résistant à son arrestation et que les agents n'avaient employé aucune force excessive.

1085. Les juges PETTITI, WALSH et SPIELMANN s'élevèrent contre la décision de la majorité en arguant notamment qu'elle avait improprement attribué la charge de la preuve. Ce qui fait débat dans cette affaire, c'est de savoir si les conditions posées par l'arrêt Tomasi ont été respectées et si la Cour ne s'est pas trop appuyée sur le constat des tribunaux nationaux pour rendre son jugement¹⁰⁶⁷.

1086. Quelques années plus tard, M. MAHONEY a tenté de justifier la décision rendue dans l'affaire Klaas en faisant apparaître à la fois les différences qu'elle présentait avec l'affaire Tomasi et les enjeux spécifiques qu'elle comportait au moment du jugement. Il fonde son argumentation sur la différence que l'on peut établir entre une situation dans laquelle une personne entre dans un poste de police et en ressort avec des blessures qu'elle n'avait pas auparavant, et une situation dans laquelle une « bagarre » survient durant une arrestation et que des dommages sont causés en réaction à une résistance. Il estime que dans l'arrêt Klaas, il n'y a pas remise en cause de la jurisprudence Tomasi, mais que dans cette affaire particulière, les juges nationaux ont pu rencontrer les protagonistes et d'autres témoins et évaluer la crédibilité des preuves et que ces conclusions valent mieux que celle de la Cour qui n'a pas disposé d'éléments supplémentaires¹⁰⁶⁸. Par ailleurs, le greffier poursuit en relevant qu'adopter le raisonnement de la minorité reviendrait à obliger les autorités nationales à instituer une véritable présomption de brutalités policières en cas d'allégations de

¹⁰⁶⁷ Tomasi c. France, 27 août 1992, op. cit., § 110. F. SUDRE – L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 août 1992, Tomasi c. France : mauvais traitement et délai raisonnable, *R.S.C.D.P.C.*, p. 109 ; E. DECAUX et P. TAVERNIER – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *J.D.I* 1993, p. 740.

¹⁰⁶⁸ P. MAHONEY – Determination and evaluation of facts in proceedings before the present and future European courts of human rights, in *Studies in honour of J. J. Cremona*, Berlin, Dunker & Humblot, Fondation internationale Malte, Of conflict, 1999, p. 128.

blesures à l'occasion d'une arrestation¹⁰⁶⁹. Ce qui, selon lui, va au-delà des exigences de la Convention.

1087. Il convient de remarquer qu'il appartient aux Etats de tirer les conséquences des arrêts de la Cour : en statuant en faveur de la requérante, la juridiction n'aurait pas nécessairement provoqué une sur-protection des personnes arrêtées, d'autant qu'elle aurait pu clarifier toute équivoque par un *obiter dictum* et qu'à leur tour les représentants de l'ordre auraient droit à la présomption d'innocence. La crainte de M. MAHONEY n'est pas en soi une justification de la décision de la Cour. D'ailleurs, il ne la présente pas comme telle.

1088. Son argumentation consiste à centrer l'analyse sur le manque de preuve quant aux causes des préjudices corporels. La jurisprudence Tomasi fait jouer une présomption d'imputabilité de ces préjudices en faveur des victimes s'il existe un commencement de preuve. Il s'agit d'une présomption simple qui peut être renversée par des preuves appropriées. Or, et c'est davantage à ce niveau que le vrai problème se situe, l'arrêt aurait été moins critiquable si la Cour ne s'était pas directement remis aux conclusions des juges nationaux mais s'était fondée sur sa propre appréciation des preuves du dossier. Le fait que la Cour n'a pas exercé sa compétence propre d'établissement des faits affaiblit l'autorité de cet arrêt et laisse planer le doute sur la justesse de l'évaluation de l'argumentation du gouvernement. Dans les arrêts qui suivirent, la Cour resta dans le droit fil de la jurisprudence Tomasi tout en abaissant le standard de preuve favorable à la cause des victimes.

Sous-section 2 – La réaction de la Cour face aux effets contre-productifs du principe

1089. La Cour européenne des droits de l'homme a développé plusieurs moyens pour effacer ou simplement atténuer les inconvénients du principe directeur de l'attribution du risque de la preuve. Selon une présentation graduée, on peut remarquer qu'elle a assoupli le principe (§ 1) et qu'elle est parfois allée jusqu'à le remettre en cause (§ 2).

§ 1 – Les assouplissements du principe

1090. Les standards de preuve sont l'instrument de l'atténuation des effets du critère du « demandeur à la preuve ». En modulant le niveau de preuve requis pour être convaincu de l'existence de certains faits qualifiés, la Cour va venir en aide à la victime sans pour autant la délivrer de la charge juridique qu'elle supporte. Cette pratique découvre que les standards de

¹⁰⁶⁹ P. MAHONEY – Determination and evaluation..., op. cit., p. 128-129.

preuve ont une propriété essentielle: leur capacité à alléger le fardeau de la preuve (A), dont il faudra prendre la mesure avant de s'intéresser à la réalité des assouplissements obtenus (B).

A – La capacité des standards de preuve à alléger le fardeau de la preuve

1091. L'assimilation des thèmes de la charge de la preuve et des standards de preuve est si fréquente dans la littérature juridique se rapportant à la Cour européenne des droits de l'homme que l'on a peine à croire qu'il est possible de les différencier¹⁰⁷⁰. C'est pourtant le parti de cette réflexion qui a déjà rangé les standards parmi les contraintes de fond qui affectent l'exercice du droit à la preuve¹⁰⁷¹. Toutefois, une distinction aussi claire que possible s'impose afin de poursuivre avec plus de sérénité l'étude du risque de la preuve.

1092. Cette incontestable propension à les rapprocher résulte probablement de la part restreinte accordée à la preuve dans les études consacrées à la Cour européenne des droits de l'homme. Abordés de manière succincte, tous les problèmes liés à la preuve sont généralement envisagés ensemble même si les auteurs n'ignorent pas nécessairement qu'ils peuvent être séparés. C'est donc moins l'ignorance ou la méprise, que les contraintes de sujet ou d'édition qui sont responsables de cette confusion regrettable. Cette erreur est d'autant moins facile à éviter que les deux notions peuvent être décrites comme des charges parce qu'elles nomment des contraintes. Une partie doit satisfaire un certain seuil de conviction (ou de persuasion) pour emporter l'adhésion du juge à sa version des faits (standard de preuve). Autrement, elle perd le procès, en raison du doute subsistant dans l'esprit du juge (risque de la preuve).

1093. Pourtant, la distinction doit être faite parce qu'il y a une « *indépendance logique*¹⁰⁷² », pour parler comme Bruce HAY, entre le risque de la preuve et le standard de preuve. Le standard de preuve désigne le degré de conviction exigé par la Cour pour parvenir à une certitude suffisante de la réalité d'un fait donné. Abstraitemment, un seuil est posé par la juridiction au-delà duquel la preuve est faite. Mais, savoir que la renonciation à l'exercice d'un droit doit résulter d'une preuve non équivoque¹⁰⁷³, ou que l'existence de nécessités

¹⁰⁷⁰ FROWEIN – Rapport sur la mise en œuvre de la réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 164 ; L. G. LOUCAIDES – Standards of proof in proceedings under the European convention of human rights, *in op. Cit.*, 1992, p. 1431 ». H. KRUGER – Gathering evidence, op. cit., p. 251.

¹⁰⁷¹ Première partie, Titre II, Chapitre II, section II.

¹⁰⁷² B. L. HAY et K. E. SPIER – Burdens of proof in civil litigation : an economic perspective, *J.O.L.S.*, vol. XXVI, July 1997, p. 416.

¹⁰⁷³ On sait que la renonciation à l'exercice d'un droit doit être établie de manière non équivoque. *Neumeister c. Autriche*, 7 mai 1974, série A n° 17, § 36 ; *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, série A n° 43, pp. 25-26, § 59 ; *Albert et Le Compte c. Belgique*, 10 février 1983, série A n° 58, § 35.

locales justifiant la limitation à l'exercice des droits doit résulter d'une preuve décisive¹⁰⁷⁴ ne permet pas de déterminer à quelle partie le doute peut profiter si ce standard n'est pas satisfait. Pour se convaincre de l'indépendance des deux notions, il suffit de constater que l'abaissement du standard de preuve affecté à la renonciation ne modifierait pas le régime d'attribution du risque de la preuve.

1094. A l'inverse, on ne peut nier que cette diminution constituerait un avantage pour l'attributaire du risque de la preuve qui pourrait dissiper le doute dans l'esprit du juge en produisant des efforts moins importants. D'où la possibilité de tempérer la rigueur que peuvent comporter certaines affectations du risque de la preuve par un aménagement du standard de preuve.

B – La réalité de l'assouplissement par l'usage des standards de preuve

1095. Bien que l'ensemble des exemples de la mansuétude de la Cour à l'égard du standard de preuve applicable à la cause des victimes puisse servir à illustrer la réalité des assouplissements, on se bornera à relever quelques espèces qui mettent en évidence la prise en compte des commencements de preuve (1) et du comportement des parties durant l'instruction (2).

1 – Les commencements de preuve

1096. Dans l'arrêt Messina, un requérant invoquait une violation du secret de sa correspondance protégé par l'article 8 de la Convention au motif que les lettres qui lui étaient destinées dans la prison où il était incarcéré étaient toutes détournées. La Cour fut placée dans une situation de grande incertitude puisque d'une part, le requérant ne pouvait, en raison du caractère négatif de l'objet de la preuve, démontrer la réalité de ses allégations, et d'autre part, le gouvernement niait cette version des faits et produisait un commencement de preuve. Mais, à l'instar de la Commission, la Cour jugea qu'un « *Etat contractant ne saurait affirmer avoir rempli les obligations qui lui incombent au titre de l'article 8 s'il se borne à produire un relevé des lettres envoyées à un détenu et arrivées à la prison. Faute de pièces ou autres*

¹⁰⁷⁴ Ce standard est applicable à l'existence de « nécessités locales » justifiant une restriction à l'exercice des droits. Tyrer c. Royaume-Uni, 25 avril 1978, série A n° 26, § 38 ; Piermont c. France, 27 avril 1995, série A n°314, § 58 ; Matthews c. Royaume-Uni, 8 février 1999, Recueil 1999-I, § 50.

*éléments propres à établir le contraire, la Cour n'a pas la certitude que les objets dont il s'agit aient atteint leur destinataire*¹⁰⁷⁵ ».

1097. L'article 6 § 3 c) de la Convention protège le droit de tout accusé à l'assistance judiciaire s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur lorsque les intérêts de la justice l'exigent. Dans l'affaire Pakelli c. Allemagne, le requérant reprochait à la Cour fédérale de justice d'avoir refusé de lui désigner un avocat comme défenseur d'office dans les débats qui s'étaient déroulés devant elle. Or, l'Etat défendeur contestait que la situation financière de M. Pakelli exigeait le bénéfice d'une assistance judiciaire.

1098. La Cour fut appelée à trancher ce litige en 1983 alors que la question de l'impécuniosité du requérant s'était posée durant une instance qui eut lieu en 1977. D'où la difficulté d'établir que l'intéressé n'avait pas les moyens de rémunérer son avocat. En l'absence de preuves décisives, la Cour va fonder sa conviction sur des indices qui font pencher la balance en faveur du requérant.

1099. Elle note que M. Pakelli avait produit en 1979 à la Commission un état de ressources et des attestations délivrées par les autorités turques compétentes sur la base des biens et revenus qu'il avait déclarés au fisc l'année précédente tendant à montrer qu'il était un petit commerçant de situation financière modeste. Il a d'ailleurs obtenu l'assistance judiciaire gratuite devant cette institution internationale sans que le gouvernement ne s'y oppose. L'arrêt relève : « *sans doute ces éléments ne suffisent-ils pas à prouver de manière absolue l'impécuniosité du requérant à l'époque, mais compte tenu de l'offre de preuve présentée par l'intéressé à la Cour fédérale de justice, et en l'absence de toutes indications nettes en sens contraire, ils conduisent à considérer comme réalisée la première des deux conditions de l'article 6*¹⁰⁷⁶ ».

1100. L'exigence du commencement de preuve ne délivre pas le titulaire de la charge juridique qui lui incombe, il allège seulement la charge effective. Dès lors, lorsque la Cour s'est référée au standard le moins élevé, elle n'est pas toujours parvenue à la décider en faveur de l'individu. Par exemple, statuant sur le bien fondé de la requête en violation de l'article 6 § 1 de la Convention introduite par M. Pardo contre la France, la Cour devait notamment trancher la question de savoir s'il avait eu la possibilité de plaider sa cause sur le fond devant une Cour d'appel. Pour appuyer son allégation, il avait produit une attestation de deux avocats présents à l'audience de l'affaire et une autre recueillie auprès d'un troisième qui aurait du y

¹⁰⁷⁵ Messina c. Italie, 26 février 1993, série A n°257-H, § 31 ; voir Colak c. Allemagne, 6 décembre 1988, série A n° 147, § 30, *a contrario*.

¹⁰⁷⁶ Pakelli c. Allemagne, 25 avril 1983, série A n° 64, § 34.

assister. De son côté, le gouvernement soutenait que les attestations proposées, à l'exception de celles produites par l'avocat du requérant, ne corroboreraient pas ses affirmations. En se fondant sur la base du dossier en sa possession, la Cour déclare que « *les pièces produites par le requérant ne lui paraissent pas fournir un commencement de preuve suffisant de l'exactitude de sa version*¹⁰⁷⁷ ».

1101. Parfois, la Cour peut tenir compte d'autres éléments comme le comportement des parties durant l'instruction.

2 – Le comportement des parties durant l'instruction

1102. Aux dires de la Cour, le comportement des parties peut entrer en ligne de compte dans la formation de sa conviction¹⁰⁷⁸. Il n'y a là rien de surprenant, la rhétorique enseigne depuis Aristote que la crédibilité d'une thèse peut être affectée par les actes ou la personnalité de celui qui la soutient. Cet aspect revêt une importance particulière lorsque la Cour ne dispose pas d'éléments incontestables pour établir les faits litigieux. De manière pragmatique, elle fera, le plus souvent, supporter l'inconvénient du doute à la partie qu'elle estime défaillante.

1103. Ce faisant, la Cour n'innove pas. Appliquée de manière raisonnable, cette solution a pour elle l'avantage de la rigueur et ne peut se voir qu'exceptionnellement reprocher d'aboutir à une injustice. Le droit comparé enseigne que la juridiction internationale de Strasbourg n'est pas la seule à agir de cette manière. En atteste le poids déterminant accordé par la Cour interaméricaine des droits de l'homme à la passivité du Honduras à contribuer à la réunion des éléments de preuve dans l'affaire Velasquez Rodriguez¹⁰⁷⁹.

1104. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, les applications sont diverses et peuvent profiter tant à la victime qu'à l'Etat. On peut illustrer ce type de situation par référence au manquement à l'obligation de coopération qui conduit la Cour, dans l'arrêt Tanrikulu à reprocher au gouvernement turc de n'avoir pas produit les preuves qu'il avait

¹⁰⁷⁷ Pardo c. France, 20 septembre 1993, op. cit., § 28.

¹⁰⁷⁸ Irlande c. Royaume-Uni, op. cit., § 161 ; Timurtaş c. Turquie, 13 juin 2000, Recueil 2000-VI, § 66. Saisie d'une contestation du rapport de la Commission dans l'affaire Selçuk et Asker, la Cour met en exergue le poids accordé au comportement du requérant : « *elle juge particulièrement important que les délégués de la Commission aient eu la possibilité de voir et d'entendre les requérants et d'autres témoins déposer et répondre à leurs propres questions, à celles des avocats du Gouvernement et des requérants. Elle note que la Commission a estimé convaincante et sincère l'attitude et le comportement des intéressés (rapport de la Commission, paragraphe 149)* », Selçuk et Asker c. Turquie, 24 avril 1998, Recueil. 1998-II, § 55.

¹⁰⁷⁹ Cour IADH, Velasquez Rodriguez, 29 juillet 1989, op. cit..

annoncées à l'audience¹⁰⁸⁰. Dans l'arrêt Dikme ce n'est plus une proposition spontanée de preuves qui est en cause, mais le fait de n'avoir pas produit les documents sollicités par la Commission. Sans se fonder sur l'obligation des parties de collaborer à la manifestation de la vérité la Cour note qu'il « *est regrettable que le Gouvernement n'ait pas été en mesure de produire, comme on le lui avait demandé, les documents pertinents du dossier ouvert à la suite du dépôt de plainte, ni d'expliquer quelles furent les démarches entreprises par les autorités administratives et judiciaires turques à la suite du non-lieu du 9 juillet 1993*¹⁰⁸¹ ».

1105. Ces exemples ne sont pas originaux dans la mesure où ils reposent sur l'idée que le jeu de la maxime classique est brouillé pour autant qu'une des thèses soutenues est appuyée par des preuves plus solides celles qui soutiennent la thèse adverse. Ainsi, c'est celle qui suscite le moins de doute qui sera retenue parmi les prémisses du jugement. Il ne s'agit pas d'une négation du principe, mais d'une limitation reposant sur une attitude logique. Mais dans certaines situations, la jurisprudence ne se contente pas d'aménager le principe, elle le remet en cause.

§ 2 – Une remise en cause limitée au profit de certaines garanties

1106. La haute juridiction de Strasbourg procède à un renversement de la charge de la preuve lorsqu'elle estime que la cause des victimes serait mise en péril par le principe classique d'imputation du risque. Le concept de renversement désigne une situation dans laquelle une affirmation est présumée vraie alors que les preuves décisives manquent, jusqu'à ce que son adversaire rapporte la preuve du contraire. Il s'agit d'un transfert du risque de la preuve qui délivre celui qui allègue un fait de sa responsabilité probatoire en imposant à son adversaire une preuve négative.

1107. Devant la Cour, ce transfert a lieu dans deux domaines. C'est d'abord le droit à la sûreté qui a profité de manière suffisamment claire de cet usage procédural (A). Ensuite, vint l'exemple bien connu du renversement du risque de la preuve au profit des personnes se prétendant victime d'une violation du droit au respect de l'intégrité physique et mentale des individus et du droit à la vie (B).

A – Le droit à la sûreté

¹⁰⁸⁰ Se reporter au paragraphe relatif à la sanction de l'obligation de coopération devant la Cour.

¹⁰⁸¹ Dikme c. Turquie, 11 juillet 2000, Recueil 2000-VIII, § 103.

1108. Dans la jurisprudence de la Cour, la référence à « *l'absence d'une autre explication plausible* » de l'Etat qui marque souvent le renversement de la charge n'a pas vu le jour dans le cadre de l'application de l'article 3 ; elle remonte à l'affaire Bozano contre France¹⁰⁸² qui concernait le droit à la sûreté garanti par l'article 5 de la Convention.

1109. Dans cette affaire, le requérant soutenait que son « *enlèvement* » et son « *transport forcé* » en Suisse l'avait privé de sa liberté de physique et de sa liberté de circulation, au mépris des articles 5 § 1 de la Convention et 2 § 1 du Protocole n°4. Alors qu'il avait été condamné à Gênes, l'intéressé s'était réfugié en France. Appréhendé lors d'un contrôle de routine, il fut placé sous écrou extraditionnel. Cependant à la suite d'un avis défavorable de la chambre d'accusation de Limoges qui estima la procédure suivie à Gênes incompatible avec le respect de l'ordre public français, le gouvernement refusa, ainsi que lui enjoignait la loi en vigueur, d'extrader M. Bozano. Il demeura néanmoins en prison parce qu'il était poursuivi pour certains délits commis en France. Remis en liberté, mais sous contrôle judiciaire, le requérant bénéficia d'un non lieu pour une accusation d'escroquerie et fut renvoyé devant le tribunal correctionnel de Limoges pour usage de fausse pièce d'identité. Le même jour, le juge d'instruction leva la mise sous contrôle judiciaire. Néanmoins, le soir même la police arrêta le requérant, lui notifia un arrêté d'expulsion pris plusieurs semaines auparavant, et le conduisit en voiture à la frontière franco-suisse. Les autorités suisses l'emprisonnèrent et l'extradèrent vers l'Italie afin qu'il purge la peine prononcée par le tribunal de Gênes.

Selon le requérant, son arrestation et sa détention étaient entachées d'arbitraire. En effet, les autorités françaises auraient voulu qu'il demeure dans l'ignorance de ce qui se préparait contre lui, pour mieux le placer devant le fait accompli. Les faits prônant à controverse, la Cour fut placée devant une incertitude inconfortable, particulièrement lorsque le requérant prétendit qu'au cours de son interpellation soudaine, il ne put même pas avertir son épouse et son conseil et que les autorités françaises ne lui avaient pas offert la possibilité d'être reconduit jusqu'à la frontière de son choix ou éventuellement jusqu'à la plus proche. Au contraire il dut effectuer un long trajet, les mains entravées et entouré de policiers qui le livrèrent à leurs collègues suisses. En butte à un doute, la Cour décida néanmoins en faveur de la version du requérant, « *sa description précise et détaillée des événements tend à l'établir : elle paraît plausible en l'absence de preuve ou explication contraire*¹⁰⁸³ ». Alors qu'aucune

¹⁰⁸² Bozano c. France, 18 décembre 1986, série A n°111.

¹⁰⁸³ Bozano c. France, 18 décembre 1986, série A n°111, § 59.

preuve ne corroborait sa version des faits, le renversement de la charge de la preuve lui permit de gagner le procès.

1110. Cette espèce apparaît isolée puisque la Cour ne semble pas avoir mis l'accent sur cette technique dans les arrêts qui suivirent. Toutefois, il est possible de lire la célèbre affaire Kurt contre Turquie comme une décision fondée en partie sur la mise en œuvre d'un renversement de la charge de la preuve pour ce qui est de la violation de l'article 5.

Saisie pour la première fois d'une prétention tendant à faire constater une disparition forcée, la Cour avait admis, à la suite de la Commission, que le fils de la requérante était détenu par des soldats et des gardes de village le 25 novembre 1993 au matin. Comme elle ne l'a jamais revu depuis, sa mère soutenait que les autorités turques avaient violé de nombreux articles de la Convention. Sur le terrain de l'article 5, la haute juridiction de la Cour note que la détention du requérant n'est pas consignée sur la main courante et qu'il n'existe pas d'informations officielles relatives à cette détention. Elle écarte également, pour manque de preuve plausible, l'argument du requérant qui rendait le groupe terroriste baptisé PKK responsable de cette disparition. Enfin, *« la Cour conclut que les autorités n'ont pas fourni d'explications plausibles et étayées quant à l'endroit où se trouve le fils de la requérante et à ce que celui-ci est devenu après avoir été appréhendé au village, et qu'aucune enquête valable n'a été menée alors que l'intéressée persistait à dire que son fils était détenu et qu'elle craignait pour sa vie¹⁰⁸⁴ »*. Tout se passe comme si la Cour s'est servie d'une présomption qui peut s'énoncer de la manière suivante : dès lors qu'un individu a été détenu par des autorités militaires, voire de police, et qu'il n'est pas réapparu, il appartient à l'Etat de fournir une explication plausible de cette situation. Cette formulation un peu générale, peut s'appuyer sur un autre passage de l'arrêt selon lequel *« les autorités qui ont mis la main sur un individu sont tenues de révéler l'endroit où il se trouve. C'est pourquoi il faut considérer que l'article 5 leur fait obligation de prendre des mesures effectives pour pallier le risque d'une disparition et mener une enquête rapide et efficace dans l'hypothèse d'une plainte plausible selon laquelle une personne a été appréhendée et n'a pas été revue depuis¹⁰⁸⁵ »*. A partir de cette règle de fond, on peut comprendre que la Cour mobilise la technique du renversement du risque de la preuve en faisant profiter le doute au requérant.

B – Le droit à la vie et le droit à l'intégrité physique et mentale de l'individu

¹⁰⁸⁴ Kurt c. Turquie, 25 mai 1998, Recueil 1998-III, § 128 ; Observations O. De FROUVILLE in E. DECAUX et P. TAVERNIER – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 1998), *J.D.I* 1999, p. 240.

¹⁰⁸⁵ § 124.

1111. Prenant acte de la difficulté de recueillir les pièces ou des témoignages attestant de l'exercice de sévices perpétrés pendant les gardes à vue, la Cour a institué une présomption de causalité à l'effet de dispenser les victimes d'établir l'imputabilité des actes qu'elles dénoncent. Le bénéfice de la présomption est ouvert dès lors que la Cour dispose de pièces médicales ou de témoignages qui établissent la vraisemblance de l'atteinte à l'intégrité ou à la vie de la personne. La difficulté de preuve dans ce cas peut résulter de divers facteurs qui sont parfois combinés, mais qui constitue chacun une raison suffisante pour justifier un renversement du risque de la preuve¹⁰⁸⁶.

1 – Les enseignements du droit comparé

1112. Le Comité des droits de l'homme use de la même présomption lorsqu'il est confronté au manque d'explication du gouvernement¹⁰⁸⁷. Dans l'affaire *Bleier vs Uruguay*, cet organe devait se prononcer sur le grief de disparition soulevée par la famille d'une victime de cette grave violation des droits de l'homme. Selon le Comité, l'arrestation et la détention de l'intéressé était corroborées par divers éléments. D'abord, le gouvernement n'avait pas expliqué ni réfuté l'information selon laquelle le nom d'Eduardo Bleier figurait sur la liste des prisonniers lue une fois par semaine dans la caserne de Montevideo où sa famille lui amenait des vêtements et récupérait les vêtements sales jusqu'à l'été 1976. En outre, des prisonniers ont déclaré l'avoir vu au centre de détention. A cela s'ajoute d'autres déclarations de témoins oculaires affirmant que Bleier était soumis à une torture sévère durant sa détention. « *With regard to the burden of proof, this cannot rest alone on the author of the communication, especially considering that the author and the State party do not always have equal access to the evidence and that frequently the State party alone has access to relevant information. It is implicit in article 4 (2) of the Optional Protocol that the State party has the duty to investigate in good faith all allegations of violation of the Covenant made against it and its authorities, especially when such allegations are corroborated by evidence submitted by the author of the communication, and to furnish to the Committee the information available to it in cases where the author has submitted to the Committee allegations supported by substantial witness*

¹⁰⁸⁶ H. FOURTEAU – *L'application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'impact des garanties européennes contre la torture et les traitements inhumains et dégradants*, Paris ; L.G.D.J 1996, p. 119.

¹⁰⁸⁷ Comité des droits de l'homme, *Edgardo dante santullo valcalda v. Uruguay*, communication n° 9/1977, 26 octobre 1979, U.N doc CCPR/C/OP/1, 1984 ; *Ann maria garcia lanza de netto v. Uruguay*, communication n° 8/1977, 3 avril 1980, U.N doc CCPR/C/OP/1, 1984.

*testimony, as in this case, and where further clarification of the case depends on information exclusively in the hands of the State party, the Committee may consider such allegations as substantiated in the absence of satisfactory evidence and explanations to the contrary submitted by the State party*¹⁰⁸⁸».

1113. Cette position fut notamment confirmée par la suite dans l'affaire Mukong qui concernait l'allégation de traitements inhumains et dégradants. «*Mr. Mukong has provided detailed information about the treatment he was subjected to; in the circumstances, it was incumbent upon the State party to refute the allegations in detail, rather than shifting the burden of proof to the author*¹⁰⁸⁹ ».

1114. Bien entendu, cette institution de l'Organisation des Nations Unies, n'a pas le monopole de cette technique qui est également appliquée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme¹⁰⁹⁰. Elle est également appliquée par la Cour européenne des droits de l'homme.

2 – L'application dans le cadre des articles 2 et 3 de la Convention

1115. Une jurisprudence abondante affirme que « *lorsque les événements en cause, dans leur totalité ou pour une large part, sont connus exclusivement des autorités, comme dans le cas des personnes soumises à leur contrôle en garde à vue, toute blessure ou décès survenu pendant cette période de détention donne lieu à de fortes présomptions de fait. Il convient en vérité de considérer que la charge de la preuve pèse sur les autorités, qui doivent fournir une explication satisfaisante et convaincante*¹⁰⁹¹ ».

1116. De ce fait, celui qui invoque la violation de l'article 3 est dispensé de prouver l'imputabilité des blessures qui sont avérées. Cette exigence aurait été particulièrement

¹⁰⁸⁸ Comité des droits de l'homme, *Bleier vs Uruguay*, 29 mars 1982, § 13.3.

¹⁰⁸⁹ § 9.2.

¹⁰⁹⁰ Cour IADH, *Velásquez Rodríguez*, 29 juillet 1988, Serie C n°. 4 ; Cour IADH., *Paniagua Morales y Otros*, 8 mars 1998, série C, n° 37, § 102 et § 134. Dans cette dernière affaire, des personnes avaient été détenues puis avait été retrouvées mortes. La juridiction a décidé que les responsables de la détention devaient être présumés responsables de la mort. Sur les mêmes bases, elle a également décidé d'imputer à l'Etat la torture révélée par les autopsies.

¹⁰⁹¹ *Salman c. Turquie*, op. cit., § 100. Avec des formulations parfois différentes : *Tomasi c. France*, 27 août 1992, série A n° 241-A, §§ 108-111 ; *Ribitsch c. Autriche*, 4 décembre 1995, série A n°336, § 34 ; *Aksoy c. Turquie*, op. cit., § 61 ; *Selmouni c. France*, op. cit., § 87 ; *Dikme c. Turquie*, 11 juillet 2000, op. cit., § 78 ; *Timurtas c. Turquie*, 13 juin 2000, op. cit., § 82 ; *Caloc c. France*, 20 juillet 2000, op. cit., § 84 ; *Buyukdag c. Turquie*, 21 décembre 2000, § 51 ; *Berkay c. Turquie*, 01 mars 2001, § 167 ; *Ismail Ertak c. Turquie*, 09 mai 2000, op. cit., § 132 ; *Demiray c. Turquie*, 21 novembre 2000, op. cit., § 42. F. TULKENS – L'interdit de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, les développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in *Mélanges offerts à P. COUV RAT, La sanction du droit*, Paris, P.U.F, Publication de la faculté de droit et de sciences économiques de Poitiers, 2001, p. 323-324.

difficile à satisfaire dans la mesure où généralement les seuls témoins de la garde à vue litigieuse ou des exactions commises pendant une détention sont précisément ceux que la victime accuse. L'institution de cette présomption apparaît ainsi comme une condition nécessaire à la vérification de l'existence de brutalités policières. En outre, elle opère un transfert de la charge de la preuve qui constitue sans nul doute un avantage décisif en faveur du requérant.

1117. C'est le grand arrêt Tomasi qui a attiré l'attention de la doctrine sur cette technique. Dans cette affaire, le requérant prétendait avoir subi des violences contraires à l'article 3 durant une garde à vue. Pour rendre son jugement, la Cour relève en premier lieu que le gouvernement ne prétend pas que les traces observées sur le corps du requérant remontent à une période antérieure à son arrestation, ni qu'elles résultent d'une action de l'intéressé contre lui-même, ni d'une tentative d'évasion. Ensuite, elle observe que, dès sa première comparution, il avait signalé les marques litigieuses au magistrat qui en avait pris note et désigné un expert. Enfin, elle rappelle que quatre médecins différents examinèrent le requérant dans les jours qui suivirent sa garde à vue. Leurs observations médicales « *précises et concordantes (...) indiquent des dates de survenue des blessures qui correspondent à celles du séjour dans les locaux de la police*¹⁰⁹² ».

1118. Il faut bien voir que cette manière de procéder a été notamment inspirée par les travaux de la Commission. Le différend entre l'Irlande et le Royaume-Uni a confronté l'ancienne compagne de la Cour à des allégations de violations de l'article 3. Sur ce point, les avis des parties différaient quant à l'attribution de la charge de la preuve. « *La Commission a fait des observations sur ce qui lui a semblé être l'approche du gouvernement du Royaume-Uni, à savoir que pour réfuter les allégations faites par les témoins cités en qualité de victimes, il lui suffisait de suggérer d'autres causes possibles de blessures, sa position étant que c'était au gouvernement requérant de prouver ses accusations et non au gouvernement du Royaume-Uni d'expliquer les blessures. La Commission n'a pas admis cette manière de voir dans les cas où les prétendues victimes étaient sous la garde des forces de sécurité à toutes les époques considérées. Elle a fait observer que dans ces cas, il aurait incombé au gouvernement du Royaume-Uni de produire des éléments de preuve établissant des faits qui jettent un doute sur la déposition de la victime proprement dite et qui soient étayés par les pièces médicales*¹⁰⁹³ ».

¹⁰⁹² Tomasi c. France, 27 août 1992, op. cit., § 110. F. SUDRE – L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 août 1992, Tomasi c. France : mauvais traitement et délai raisonnable, *R.S.C.D.P.C.*, p. 109.

¹⁰⁹³ Commission EDH, Irlande c. Royaume-Uni, Rapport du 25 janvier 1976, série B n°23-I, p. 137.

1119. La jurisprudence n'a pas limité l'application de cette règle à la protection de l'intégrité de la personne, elle l'a ensuite étendu au respect du droit à la vie. C'est l'apport de l'arrêt *Salman*, de l'arrêt *Velikova* qui concerne la responsabilité d'une mort survenue suite à des blessures infligées lors d'une garde à vue, de l'arrêt *Tanribilir* qui constate la violation de l'article 2 relativement au suicide d'un sympathisant kurde durant sa garde à vue, pour ne citer que ceux-là¹⁰⁹⁴.

1120. Pour profiter de cette jurisprudence favorable, il faut que les victimes amènent au juge certains commencements de preuve des violations qu'elles veulent faire constater. Sans revenir sur la question des moyens de preuve et de leur appréciation par la Cour, il convient de rappeler que si les certificats médicaux sont souvent produits, il arrive que la Cour puisse se satisfaire de témoignages tant pour les affaires qui ont trait à la sûreté qu'à l'intégrité de la personne et au droit à la vie¹⁰⁹⁵. Il en résulte un accroissement de la protection de ces droits qui peuvent profiter du transfert du risque de la preuve avec d'autant plus de facilité que le standard de preuve qui leur est applicable est abaissé par le juge.

Conclusion du chapitre I

1121. A bien y regarder, la Cour européenne des droits de l'homme use du principe classique d'imputation du risque de la preuve. Bien qu'elle s'en défende, elle fait peser le fardeau de la preuve sur celui qui affirme l'existence du fait pertinent. Un tel principe est commode car il distribue au fil du développement des argumentations les responsabilités de l'échec probatoire. Il s'applique, dans une certaine mesure, à tous les droits et à tous les stades de l'examen de la cause.

1122. Il trouve sa justification dans la combinaison d'éléments extra-juridiques, comme la logique ou le respect de certaines valeurs, et d'éléments qui ne sont pas dépourvus de substance normative puisque les valeurs en question prennent naissance dans les règles applicables aux litiges des droits de l'homme.

¹⁰⁹⁴ *Timurtas c. Turquie*, 13 juin 2000, op. cit., § 86 ; *Tanli c. Turquie*, 10 avril 2001, § 144-146 ; *Cicek c. Turquie*, 27 février 2001, § 147.

¹⁰⁹⁵ Se reporter à la section consacrée au standard de preuve Première partie Titre II, chapitre II. *Çakıcı c. Turquie*, 8 juillet 1999, Recueil 1999-IV, § 92 ; *Dikme c. Turquie*, 11 juillet 2000, §§ 81, 82, 83 ; *I bilgin c. Turquie*, 17 novembre 2001, op. cit., § 131

1123. Cependant, la Cour l'adoucit et s'en défait dès lors qu'il ne sert plus la logique de l'effectivité des droits. A travers cette flexibilité, le juge dispose des moyens d'assurer en permanence l'harmonie de la technique juridique et du fond du droit. Il est certain que la pratique donne l'exemple de maintes situations où le système probatoire a failli à sa mission protectrice. C'est là le prix de l'orthodoxie qui comporte le risque constant de l'inadaptation et implique une vigilance accrue de la juridiction.

1124. D'où le recours au critère de la charge effective de la preuve. Dès lors que la preuve est trop difficile ou impossible à rapporter pour la victime, pour peu qu'elle ait donné quelque consistance à sa version des faits, l'Etat doit subir les conséquences de l'incomplétude du dossier. C'est l'attitude qui paraît la plus apte à garantir l'effectivité de la protection des droits de l'homme et, à ce titre, la Cour devrait y recourir de manière plus systématique. Pour l'instant, la nuance domine encore l'attribution du risque de la preuve, et il n'est pas sans intérêt de mesurer les conséquences de cet état du droit.

Chapitre II - L'originalité des conséquences de l'attribution du risque de la preuve

1125. Réduire l'analyse du risque de la preuve à l'élucidation de ses principes de répartition, plus encore que de faire montre d'un manque d'imagination, serait trahir l'intention qui est au principe de cette recherche. S'il s'agit de mettre à jour tout ce que la preuve peut enseigner sur la protection des droits de l'homme devant la Cour de Strasbourg, l'observation doit ouvrir davantage le champ de la réflexion. D'où l'idée de poser deux hypothèses simples afin d'interroger les ressorts et les conséquences des principes qui viennent d'être présentés.

1126. La première naît d'une lecture moderne du célèbre mot de JHERING qui a ouvert cette étude. En assimilant la preuve à la « *rançon des droits* », la citation suggère que la valeur d'un droit dépend de son régime probatoire. Aussitôt que l'on en a pris connaissance, et pour peu que l'on décide de ne pas ignorer l'une des interrogations fondamentales pour les droits de l'homme, une question surgit : si la preuve décide de la valeur des droits, et si l'attribution du risque de la preuve n'est pas identique pour chacun des droits protégés par la Convention, ne peut-on pas supposer que tous les droits n'ont pas la même valeur ? Serait-il possible, à travers une mise en perspective de l'affectation du bénéfice du doute, d'établir une ou plusieurs catégories de droits dont le régime est plus favorable que celui d'autres classes de droits ? C'est le sens du premier questionnement qui va occuper nos réflexions.

1127. La seconde hypothèse qui peut naître de l'observation de la pratique d'attribution du risque de la preuve se rapporte à son usage argumentatif. Il s'agit de s'interroger sur la signification du recours au risque pour justifier la décision de la Cour. Il faut rappeler ce que la technique du risque de la preuve peut avoir d'absurde puisqu'elle consiste à retenir comme prémisse de l'arrêt une affirmation de fait non prouvée parce que l'affirmation contraire n'a pas été suffisamment étayée¹⁰⁹⁶. Les juges n'ignorent probablement pas la faiblesse de ce genre de raisonnement, mais ils continuent à l'utiliser alors qu'ils peuvent simplement masquer l'incertitude en se fondant directement sur la version des faits

¹⁰⁹⁶ C'est le problème fondamental des raisonnements ontologiques. Sans entrer dans les débats philosophiques qu'il suscite naturellement, on peut prendre l'exemple de la question de l'existence de dieu à travers une phrase de La Bruyère. « *L'impossibilité où je suis de prouver que Dieu n'est pas me découvre son existence* » (Les caractères, Des esprits forts, n°13). D'un point de vue strictement rationnel, le raisonnement de l'auteur des « Caractères » est absurde car ne pas pouvoir établir l'inexistence n'est pas établir l'existence. Cependant, le juge est tenu de trancher le litige, il doit tirer les conséquences de l'absence de preuve en faveur d'une cause dans un délai raisonnable.

qu'ils ont décidé d'accepter. Sur la base de ces observations, on peut former l'hypothèse que le risque de la preuve constitue un outil capable d'accroître la légitimité de certaines options juridictionnelles. Par exemple, il permet à la Cour d'éviter de se prononcer sur certaines questions au motif que les preuves avancées font défaut, il aide également à rendre plus acceptable la défaite d'une partie en lui présentant le rejet de ses moyens comme le résultat de sa propre insuffisance.

1128. Peut-être que ces hypothèses manquent de modestie au regard de l'étroitesse de l'angle d'approche que fournit l'étude du système probatoire. Mais sans nier la difficulté de partir de la technique juridique pour élever la réflexion à des idées générales, il apparaît nécessaire d'aller jusqu'au bout du cheminement intellectuel engagé par cette recherche. Ce progrès de la réflexion passe nécessairement par la mise en débat de la contribution du risque de la preuve à la problématique de la hiérarchie des droits de l'homme (Section I) d'une part, et à la justification des décisions de la Cour d'autre part (Section II).

Section I – La contribution du risque de la preuve à la problématique de la hiérarchie des droits de l’homme

1129. L’absence de hiérarchie des droits de l’homme fait figure de dogme en droit international des droits de l’homme. Tous les droits ont la même valeur, et soutenir le contraire semble bien relever de l’hérésie et du discours impopulaire des ennemis des droits de l’homme. Pourtant, cette question trouble les juges¹⁰⁹⁷ comme la doctrine¹⁰⁹⁸, et l’autorité du dogme tend à s’infléchir.

1130. Chacun sait la distinction entre droits intangibles et droits conditionnels, et chacun imagine qu’il y a peut-être une primauté logique du droit à la vie sur les autres droits puisque, que l’on pardonne cette évidence, la vie est nécessaire à l’exercice des droits de l’homme. L’hésitation se fait sentir et fait naître une suspicion légitime, car appuyée par certaines lectures du droit positif, sur l’égalité des droits.

1131. Ayant pour objet d’étudier la valeur pratique des droits, une recherche sur la preuve ne peut manquer de relever que s’il devait exister une hiérarchie des droits, elle ne présenterait d’intérêt réel que si elle avait une traduction dans la réalisation judiciaire des droits. Il est d’ailleurs difficilement concevable que cette gradation observable au plan contentieux soit sans rapport avec le point crucial que constitue l’attribution du risque de la preuve. Par conséquent, il est nécessaire d’évaluer ce que cette technique juridique peut enseigner sur le thème de la hiérarchie des droits.

1132. A cet égard, si l’attribution du risque de la preuve constitue un critère original de vérification de l’hypothèse de la hiérarchie (sous-section 1), les résultats de son usage apparaissent mitigés puisque sans nier qu’il pourrait exister une hiérarchie, elle ne confirme pas les thèses avancées en doctrine, pas plus qu’elle ne permet d’édifier une pyramide

¹⁰⁹⁷ Voir, l’opinion dissidente du juge PETTITI sur l’affaire Higgins et autres c. France du 19 février 1998, *in fine* : « *La dernière série des arrêts rendus par la Cour européenne avant de laisser place à la nouvelle Cour suscite des interrogations sur l’importance quantitative et qualitative accordée à l’article 6 dans la jurisprudence européenne nonobstant le risque pour la Cour de se comporter en quatrième juridiction. Certes, elle est inspirée du juste principe suivant lequel la règle procédurale est la meilleure des garanties du respect des droits. Mais la facilité de constats de violations en ce domaine en étendant la doctrine de l’apparence a peut-être trop orienté des choix dans les saisines, au détriment peut-être d’examen de cas de violations potentielles portant sur le noyau dur et la hiérarchie des droits fondamentaux.* »

¹⁰⁹⁸ F. SUDRE – Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : Y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l’homme ? *in Liber amicorum M-A Eissen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 382 ; voir également F. SUDRE – L’ordre public européen, *in* M-J. REDOR (Ed.) – *L’ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 109-132. T. MERON – On a hierarchy of international human rights, *A.J.I.L.*, vol. 80, 1986, p. 1 ; M. K. ADDO et N. GRIEF – Does Article 3 of The European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?, *J.E.D.I.*, 1998, vol 9, p. 510 ; D. BREILLAT – La hiérarchie des droits de l’homme, *in Droit et politique à la croisée des chemins, Mélanges offerts à Philippe ARDANT*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 353.

nouvelle. Ni confirmation, ni infirmation, elle fait en somme, figure d'invalidation partielle (sous-section 2).

Sous-section 1 – Un critère original de vérification de l'hypothèse de la hiérarchie

1133. La thèse de la hiérarchie des droits de l'homme se décline en deux versions inconciliables : une construite à partir du texte de la Convention qui distingue entre les droits intangibles et les droits conditionnels, et une autre qui prend appui sur la place que la jurisprudence assigne à certains droits dans une société démocratique. Elles ont néanmoins en partage le fait de situer l'analyse en dehors de la pratique contentieuse.

1134. Liée à la mesure de la valeur pratique des droits, la problématique de l'attribution du risque de la preuve invite à s'affranchir de cette limite en proposant d'envisager ces constructions à partir des techniques contentieuses. Mais pour mener à bien la tentative de vérification empirique de l'hypothèse d'une hiérarchie des droits, il faut préalablement prendre connaissance des approches non contentieuses qui domine la réflexion (§ 1) avant de montrer la pertinence d'une approche contentieuse de cette hypothèse (§ 2).

§ 1 – Des approches non contentieuses de la hiérarchie des droits

1135. Poser le problème de la hiérarchie des droits de l'homme c'est contester l'un des dogmes du droit international des droits de l'homme (A), pour lui opposer des ordres affirmés par la lettre de la Convention européenne des droits de l'homme ou par la jurisprudence (B).

A – La contestation d'un dogme

1136. Lorsque l'article 5 de la déclaration de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme tenue à Vienne indique que « *tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés* », elle ne fait guère que rappeler la place que l'Organisation des Nations Unies accorde à une conception égalitaire de la protection des droits de l'homme. Selon cette conception, « *la communauté internationale doit traiter des*

*droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant une égale valeur*¹⁰⁹⁹ ».

1137. Discours formulé à l'adresse des Etats, le principe de l'indivisibilité des droits assure l'importante fonction de préserver au mieux la condition de l'individu en refusant de suggérer au pouvoir que, grâce à une relative permissivité de la norme juridique, certains droits pourraient, plus que d'autres, subir ses assauts. En un mot « *tous méritent le même effort*¹¹⁰⁰ ».

1138. Cependant, l'autorité reconnue à ce principe dans les discours prononcés et dans les actions accomplies dans le cadre de la promotion et de la protection internationale des droits de l'homme contraste avec la faible valeur juridique dont elle bénéficie dans les instruments assurant une garantie concrète des droits. L'indivisibilité et l'égalité affirmées font ainsi figure d'idéal et relève ainsi du *de lege feranda*, dans la mesure où elles ne trouvent pas de confirmation dans des prescriptions juridiques. Dans ce contexte, le professeur SUDRE relève qu'il faut distinguer « *le discours philosophique, qui est de l'ordre des valeurs, et le discours juridique : on doit alors constater, sur le terrain du droit positif, que tous les droits de l'homme proclamés par les conventions internationales ne sont pas, pour les Etats, placés sur le même pied et dotés d'un même régime juridique*¹¹⁰¹ ».

B – L'affirmation de la hiérarchie des droits

1139. Deux thèses proposent un ordonnancement des droits : la première soutient qu'il y aurait une hiérarchie affirmée par le texte même de Convention (1) tandis que la seconde tente de découvrir cette classification dans la valorisation de certains droits dans la jurisprudence (2).

1 – Une hiérarchie affirmée par la Convention

1140. L'hypothèse d'une gradation des droits de l'homme, n'est pas une idée originale destinée à dynamiser une réflexion sur le système probatoire ; elle puise sa source

¹⁰⁹⁹ Déclaration de la conférence de Vienne, O.N.U, A/conf. 157/23, § 5.

¹¹⁰⁰ F. MAYOR – Préface à l'ouvrage de la Fédération française des clubs Unesco de la ligue des droits de l'homme : *La conquête mondiale des droits de l'homme*, Paris, Le cherche midi éditeur, Editions UNESCO, 1998, p. 10.

¹¹⁰¹ F. SUDRE – *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, P.U.F, Droit fondamental, 4^{ème} édition, 1999, p. 167, § 119.

dans l'existence d'une classification des régimes juridiques qui figure dans le texte même de la Convention et dans le discours du juge qui vise à valoriser certains droits.

La valeur des droits selon la lettre de la Convention

1141. Bien qu'elle constitue une affirmation juridique solennelle et énergique des droits de l'homme en Europe, la Convention consent à « *une mise en parenthèse des droits*¹¹⁰² » en période exceptionnelle. Mais cette suspension n'atteint pas tous les droits. Si bien qu'il s'opère une distinction entre ceux qui résistent aux mesures d'urgence et les autres droits. D'où l'affirmation selon laquelle c'est la lettre de la Convention qui la première, pose une hiérarchie entre ces droits qu'elle invite à classer en fonction de leur caractère intangible ou conditionnel.

Des droits intangibles

1142. A l'instar d'autres sources du droit international des droits de l'homme, la Convention affiche une courte liste de droits intangibles dont la jurisprudence a parfois rappelé le statut privilégié¹¹⁰³. Si l'article 15 § 1 de la Convention autorise les Hautes Parties contractantes « *en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, (...) à prendre des mesures dérogeant aux obligations* » qui résultent de la ratification du traité, son deuxième paragraphe place certains droits hors de portée de cette suspension pure et simple des engagements conventionnels.

¹¹⁰² J. MOURGEON – *Les droits de l'homme*, Paris, P.U.F, collection Que sais je ?, n°1728, 5^{ème} édition, 1990, p. 85 ; P. WACHSMANN – Les limitations à l'exercice des droits et l'étendue du contrôle juridictionnel, *R.U.D.H* 1991, p. 289.

¹¹⁰³ Pour une liste comparative des droits intangibles dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme : F. SUDRE – *Droit international et européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 157, § 111. Pour une comparaison entre la Convention et le Pacte international des droits civils et politiques, P. WACHSMANN – *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, Cours, 3^{ème} édition, 2000, p. 51 § 73. Voir également, à la fois pour une comparaison et pour une réflexion originale et prospective sur ce thème : C. LEDURE – *Garanties minimales contre la détention arbitraire et pour le droit à un procès équitable en période d'exception*, *R.B.D.I.*, 1994/2, p. 632.

La Convention attribue un caractère intangible à cinq droits : droit à la vie, droit de ne pas être torturé, ni de subir de traitements inhumains ou dégradants, interdiction de l'esclavage et de la servitude, le principe « pas de peine sans loi », et la règle *non bis in idem*. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ajoute le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique, le droit à la liberté de pensée de conscience et de religion, et l'interdiction de la prison pour dette ; ce qui porte le nombre de droits intangibles à sept droits pour cet instrument. La Convention américaine des droits de l'homme quant elle à confère ce statut à 11 droits. A la différence du Pacte, elle n'accorde pas ce bénéfice au principe « pas de prison sans dette », mais elle ajoute aux droits cités par les autres instruments, le droit à la protection de la famille, le droit à un nom, les droits de l'enfant, le droit à une nationalité, les droits politiques.

1143. Le droit à la vie figure en première place parmi ces droits choisis¹¹⁰⁴. Avec le professeur WACHSMAN, on peut penser que ce droit n'est intangible que « symboliquement¹¹⁰⁵ », puisque l'article qui le proclame stipule qu'il est tout de même susceptible de limitation¹¹⁰⁶. Mais encore faut-il remarquer qu'il ne perd pas pour autant sa place parmi les droits mis à l'abri des mesures prises dans le cadre de l'article 15 § 1.

1144. Dans son arrêt *Mac Cann* la Cour déclare que l'article 2 de la Convention « *garantit non seulement le droit à la vie mais expose les circonstances dans lesquelles infliger la mort peut se justifier ; il se place à ce titre parmi les articles primordiaux de la Convention, auquel aucune dérogation ne saurait être autorisée, en temps de paix, en vertu de l'article 15¹¹⁰⁷* ». Par ailleurs, dans une affaire récente, elle s'est appuyée sur la convergence des instruments du droit international des droits de l'homme pour affirmer que « *le droit à la vie constitue un attribut inaliénable de la personne humaine et qu'il forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme¹¹⁰⁸* ». En outre, « *combiné à l'article 3 (art. 15+3) de la Convention* », il constitue « *l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe* ».

1145. Consacrée par un article dont le laconisme passe pour un signe de fermeté, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants est la seconde obligation échappant à la clause des mesures adoptées pendant l'état d'urgence. D'après le célèbre arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, « *la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime.*

¹¹⁰⁴ Certains considèrent que l'ordre de citation des droits est parfois le signe de l'importance que les auteurs de la Convention leur accordaient. S'agissant de l'article 3 J. CALLEWAERT estime que « *le caractère absolu de l'article 3 se reflète d'abord dans la place de cette disposition au sein de la Convention : en tête du Titre I, juste après la norme consacrant le droit à la vie, tel un principe destiné à inspirer l'application de tous ceux qui suivent* ». J. CALLEWAERT – L'article 3 de la Convention européenne : une norme relativement absolue ou absolument relative ?, in Liber amicorum M-A EISSEN, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J, 1995, p. 15.

¹¹⁰⁵ P. WACHSMANN – *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, Cours, 3^{ème} édition, 2000, p. 52, § 74.

¹¹⁰⁶ G. GUILLAUME – Article 2, in L-E PETTITI ; E. DECAUX ; P-H IMBERT (Ed.) – *La Convention européenne des droits de l'homme*, commentaire article par article, 2^{ème} édition, Paris, Economica, 1999, p. 143 ; P. LEFEUVRE – La protection du droit à la vie dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, in D. PREMONT et F. MONTANT (Ed.) – *Le droit à la vie. Quarante ans après l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme : évolution conceptuelle, normative et jurisprudentielle*, Travaux de l'association des consultants internationaux en droits de l'homme, Genève, 1992, p. 54-55.

¹¹⁰⁷ *Mc Cann* et autres c. Royaume-Uni, 27 septembre 1995, op. cit., § 147 ; *Berktaç* c. Turquie, 1^{er} mars 2001, § 151 ; *Ekinçi* c. Turquie, 18 juillet 2000, § 70 ; *Ertak* c. Turquie, 9 mai 2000, Recueil 2000-V, § 134 ; *Pretty* c. Royaume-Uni, 24 avril 2002, § 37 ; *Sabuktekin* c. Turquie, 19 mars 2002, § 9.

¹¹⁰⁸ *Streletz, Kessler et Krenz* c. Allemagne, 22 mars 2001, § 50. Cette valeur importante est attestée par le fait que ce droit bénéficie du même statut particulier dans le cadre de la Convention américaine des droits de l'homme et dans le Pacte des droits civils et politiques des nations unies. Du reste, selon le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, « *c'est le droit suprême pour lequel aucune dérogation n'est autorisée, même dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation* ». Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-septième session, supplément n°40 A/37/40, annexe V, reproduit notamment parmi les documents annexes dans l'ouvrage collectif de D. PREMONT et F. MONTANT précité, p. 115.

*L'article 3 ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles n° 1 et 4, et d'après l'article 15 par. 2 il ne souffre nulle dérogation même en cas de danger public menaçant la vie de la nation¹¹⁰⁹ ». En s'inspirant de la convergence des normes internationales issues de sources différentes, la Cour est allée beaucoup plus loin en reconnaissant dans un arrêt Al-Adsani c. Royaume-Uni que « l'interdiction de la torture est devenue une règle impérative du droit international¹¹¹⁰ ». L'appel au *jus cogens* est manifeste et fait de l'article 3 le réceptacle d'une interdiction élevée à la dignité la plus haute du droit international.*

1146. A côté de ces deux droits souvent invoqués, la Convention range l'interdiction de l'esclavage et de la servitude contenue dans son article 4 § 1, ainsi que le principe de la légalité des peines posé par l'article 7. La jurisprudence indique d'ailleurs que « *la garantie que consacre l'article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention, comme l'atteste le fait que l'article 15 n'y autorise aucune dérogation en temps de guerre ou autre danger public¹¹¹¹ ».*

1147. A cela s'ajoute, le principe *non bis in idem*, prévu par l'article 4 du protocole 7 qui a la particularité de ne pas être cité au paragraphe 2 de l'article 15¹¹¹². Ce principe interdit de poursuivre et de punir à nouveau une personne pour des faits qui ont déjà fait l'objet d'un jugement devenu définitif.

Des droits susceptibles de dérogation

1148. Signe de leur fragilité permanente, à l'exclusion de ceux qui composent la liste qui vient d'être présentée, tous les droits de l'homme peuvent faire l'objet de dérogations en période exceptionnelle. Cela ne signifie pourtant pas qu'ils bénéficient tous du même régime juridique. La Convention établit en effet une nouvelle dichotomie qui sépare ceux qui revêtent un caractère absolu, et ceux qui sont susceptibles de limitation.

¹¹⁰⁹ Irlande c. Royaume-Uni, 18 janvier 1978, série A n° 25, § 163 ; Chahal c. Royaume-Uni, 15 novembre 1996, Recueil 1996-V, § 79 ; Selmouni c. France, 28 juillet 1999, Recueil 1999-V, § 95 ; Assenov et autres c. Bulgarie, 28 octobre 1998, Recueil 1998-VIII, § 93 ; V. c. Royaume-Uni, 16 décembre 1999, Recueil 1999-IX, § 69 ; Labita c. Italie, 6 avril 2000, Recueil 2000-IV, § 119 ; Kudła c. Pologne, 26 octobre 2000, § 163.

¹¹¹⁰ Al-Adsani c. Royaume-Uni, 21 novembre 2001, § 61. Voir F. SUDRE – Chronique du droit de la Convention européenne des droits de l'homme, *JCP G* 2000, I, 105, p. 130.

¹¹¹¹ S.W. c. Royaume-Uni, 22 novembre 1995, série A n°335-B §§ 34-36 ; C.R. c. Royaume-Uni, 22 novembre 1995, série A n°335-C, §§ 32-34 ; Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne, 22 mars 2001, § 50 ; Kwh c. Allemagne, 22 mars 2001, § 45.

¹¹¹² En vertu du paragraphe 3 de cet article, « aucune dérogation n'est autorisée au présent article au titre de l'article 15 de la Convention ».

1149. Parmi les nombreux droits qui, dans des circonstances normales, ne souffrent aucune limitation, on peut citer le droit à un procès équitable – exception faite du droit à la publicité du procès qui peut être limité –, le droit des parents au respect de leurs convictions dans l'éducation de leurs enfants, le droit à des élections libres, le droit à l'instruction, le droit à un recours, l'interdiction du travail forcé et obligatoire, l'interdiction de l'expulsion des nationaux et l'interdiction des expulsions collectives d'étrangers.

1150. Conscient de l'arbitrage impliqué par la coexistence de droits individuels et de la nécessité de satisfaire des besoins d'intérêt général, d'une part, et des risques occasionnés par l'utilisation abusive de ces garanties, d'autre part, la Convention permet aux Etats de restreindre de manière ponctuelle l'exercice de certains droits. C'est la raison pour laquelle les articles 8 à 11 de la Convention suivent une rédaction originale qui proclame respectivement les principes du droit au respect de la vie privée et familiale ; de la liberté de pensée, de conscience et de religion ; de la liberté d'expression et de la liberté de réunion et d'association dans un paragraphe premier et précise, dans un second paragraphe, les diverses conditions qui valident l'adoption de mesures qui restreignent leur exercice.

1151. En somme, le texte de la Convention organise trois catégories différentes de droits, d'abord ceux qui sont intangibles parce qu'ils ne peuvent faire l'objet de dérogation, même en période exceptionnelle. Ensuite ceux qui, en période normale ne peuvent faire l'objet de limitation, mais qui sont susceptibles de mesures dérogatoires adoptées en vertu de l'article 15 de la Convention. Et ceux qui, peuvent être suspendus en période exceptionnelle et peuvent, en période normale, être limités¹¹¹³.

2 – La valorisation des droits par la jurisprudence

1152. Le caractère incantatoire du discours du juge international de la Convention lui a permis de souligner la grande valeur qu'il attache aux droits qu'il place au fondement de la société démocratique. De l'analyse de ces données naquit une étude qui servira de guide à notre réflexion.

1153. Dans un article paru dans les mélanges Eissen, le professeur SUDRE a dressé un tableau de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui fait apparaître l'existence de droits prééminents et de droits secondaires dans un *corpus* pourtant réputé réfractaire à ce

¹¹¹³ P. WACHSMANN – *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, Cours, 3^{ème} édition, 2000, p. 51, § 73.

genre de classification. A partir de la notion d'ordre public européen rappelé dans l'arrêt Loizidou¹¹¹⁴, l'auteur va opérer une série de distinction fondée sur une lecture du droit positif qui ne manque pas de révéler ses options doctrinales. D'après lui, « *la notion d' « ordre public » fait écho au sentiment que doivent être respectées certaines règles fondamentales exprimant les intérêts supérieurs de la collectivité considérée et implique, nécessairement, la distinction entre ce qui relève de l'ordre public et ce qui n'en relève pas, entre ce qui est « fondamental » et ce qui ne l'est pas*¹¹¹⁵ ». Si la Convention est bien cet « *instrument constitutionnel de l'ordre public européen* », et que cette expression n'est pas une simple figure de rhétorique, on peut poser l'hypothèse que certains droits sont d'ordre public.

1154. Comme l'ordre public renvoie à « *l'idée de valeurs communes irréductibles considérées comme indispensables à une société déterminée* », le point de départ de la réflexion sera le patrimoine commun cité par le préambule de la Convention. Or, fait-il remarquer, c'est autour de la notion de « *société démocratique* » que la Cour a décliné les valeurs communes. C'est que, dit-il, les droits fondamentaux ont une fonction objective qui fait d'eux l'armature de la société démocratique et qui va offrir la clé de compréhension de la jurisprudence de la Cour. Cette conception fait écho avec un passage évocateur d'un arrêt rendu par la Cour quelques années après la rédaction de l'article : « *La démocratie représente sans nul doute un élément fondamental de « l'ordre public européen ». Ceci ressort d'abord du préambule à la Convention, qui établit un lien très clair entre la Convention et la démocratie en déclarant que la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales reposent sur un régime politique véritablement démocratique d'une part, et sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme, d'autre part*¹¹¹⁶ ».

1155. Partant, le professeur SUDRE se livre à un repérage des affirmations de la Cour qui lui permettent de constituer deux cercles de droits que la jurisprudence qualifie de « *fondamentaux* ».

1156. D'abord celui des droits « *inhérents* » à la démocratie : la liberté d'expression, la liberté de pensée, de conscience et de religion, le droit de ne pas subir de torture et de traitements inhumains et dégradants. Puisque l'importance de ce dernier a déjà été illustrée

¹¹¹⁴ Loizidou c. Turquie *exceptions préliminaires*, 23 mars 1995, série A n°310, § 75.

¹¹¹⁵ F. SUDRE – Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : Y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ? in *Liber amicorum M-A Eissen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 382 ; voir également F. SUDRE – L'ordre public européen, in M-J. REDOR (Ed.) – *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 109.

¹¹¹⁶ Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie, 30 janvier 1998, Recueil 1998-I, § 45.

dans les développements précédents, bornons nous à souligner que pour la Cour, la liberté d'expression n'occupe pas simplement « *une place éminente dans une société démocratique*¹¹¹⁷ », elle constitue surtout l'un de ses « *fondements essentiels* », « *l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun*¹¹¹⁸ ». De même, elle a maintes fois indiqué que « *telle que la protège l'article 9, la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une « société démocratique » au sens de la Convention*¹¹¹⁹ ».

1157. Ensuite vient le cercle des droits dont la Cour relève « *l'importance capitale* » ou « *la place éminente* » pour la préservation de la société démocratique. On y distingue trois séries de droits. En premier lieu, le principe de prééminence du droit qui se décline en droit à la liberté et à la sûreté, auquel s'ajoutent le droit à un procès équitable et le droit à la sécurité juridique¹¹²⁰. Il faut dire que la Cour a affirmé très tôt par son arrêt Golder la force de ce principe¹¹²¹. Elle a d'ailleurs profité de la récente affaire Altay c. Turquie, pour rappeler que la prééminence du droit, est « *l'un des « principes fondamentaux » d'une « société démocratique », auquel « se réfère expressément le préambule de la Convention*¹¹²² ». En second lieu, le principe du pluralisme politique. De jurisprudence constante, la Cour considère que l'article 3 du protocole 1 qui protège le droit à des élections libres « *consacre un principe caractéristique d'un régime politique véritablement démocratique*¹¹²³ », ce qui lui confère « *une importance capitale dans le système de la Convention* ». Et enfin le droit des parents au respect de leurs convictions en matière d'éducation¹¹²⁴. Dès 1976, la haute juridiction de

¹¹¹⁷ Barthold c. Allemagne, 25 mars 1985, série A n°90, § 58.

¹¹¹⁸ Handyside c. Royaume-Uni, 7 décembre 1976, série A n°24, § 49 ; Lingens c. Autriche, 8 juillet 1986, série A n° 103, § 41 ; Müller et autres c. Suisse, 24 mai 1988, série A n°133, § 33 ; Piermont c. France, 27 avril 1995, série A n°314, § 76 ; Jersild c. Danemark, 23 septembre 1994, série A n°298, § 31 ; Thoma c. Luxembourg, 29 mars 2001, § 44.

¹¹¹⁹ Kokkinakis c. Grèce, 25 mai 1993, série A n° 260-A, § 31 ; Hassan et Tchaouch c. Bulgarie, 26 octobre 2000, Recueil 2000-XI, § 60 ; Buscarini et autres c. Saint-Marin, 18 février 1999, Recueil 1999-I, § 34.

¹¹²⁰ Sur les liens entre prééminence du droit et procès équitable, voir par exemple : Kostovski c. Pays-Bas, 20 novembre 1989, série A n°166, § 44 ; Moreira de Azevedo c. Portugal, 23 octobre 1990, série A n°189, § 90. Il y a lieu de relever les déclarations récentes de l'arrêt Kudła à propos de l'exigence de célérité des procès : « *La fréquence croissante de ses constats de violation à cet égard a récemment amené la Cour à attirer l'attention sur « le danger important » que la « lenteur excessive de la justice » représente pour l'Etat de Droit dans les ordres juridiques nationaux « lorsque les justiciables ne disposent, à cet égard, d'aucune voie de recours interne* ». Kudła c. Pologne, 26 octobre 2000, § 148.

Sur le liens qui unissent la sécurité juridique et la prééminence du droit : Amann c. Suisse, 16 février 2000, Recueil 2000-II, § 56 ; Kruslin c. France, 24 avril 1990, série A 176-A, § 36.

¹¹²¹ Golder c. Royaume-Uni, 21 février 1975, série A n°18, § 34.

¹¹²² Altay c. Turquie, 22 mai 2001, § 65 ; Sakik et autres c. Turquie, 26 novembre 1997, Recueil 1997-VII, § 44 ; Brogan et autres c. Royaume-Uni, 29 novembre 1988, 145-B.

¹¹²³ Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique, 2 mars 1987, série A n° 113, § 45 ; Matthews c. Royaume-Uni, 18 février 1999, Recueil 1999-I, § 42.

¹¹²⁴ Bien entendu, l'analyse n'en reste pas là. Le professeur SUDRE compare ensuite la liste qu'il a établie à celle des droits intangibles, et indique que bien qu'ils soient « *dotés d'un régime juridique préférentiel, les*

Strasbourg a reconnu que le principe du pluralisme éducatif est « *essentiel à la préservation de la société démocratique telle que la conçoit la Convention*¹¹²⁵ ».

1158. Certes, comme toute interprétation du droit positif, l'analyse du professeur SUDRE peut susciter des réserves, voire des critiques, mais il est difficile de nier qu'à travers les nombreuses formules qui ont formé le matériau principal de son étude, la Cour n'a pas cherché à souligner le caractère privilégié de certains droits garantis par la Convention. Toutefois, cette valorisation demeurerait purement théorique si elle ne trouvait pas une traduction sur le terrain de la preuve.

§ 2 – Pour une approche contentieuse de la hiérarchie des droits

1159. L'un des mérites d'une réflexion sur l'attribution du risque de la preuve est de montrer l'utilité d'une approche contentieuse de la question de la hiérarchie des droits de l'homme (A), et de rappeler que ce problème est sous-jacent dans l'usage d'autres techniques probatoires utilisées par la Cour (B).

A – L'utilité d'une approche contentieuse

1160. Les conceptions de la hiérarchie des droits envisagent le régime juridique des droits dans une dimension non contentieuse. L'inconvénient de cette approche est de laisser de côté la réalisation judiciaire des droits qui est l'espace au sein duquel l'individu éprouve quotidiennement la valeur véritable des droits. En pratique, la distinction entre les droits intangibles et les conditionnels ne présente d'intérêt qu'au regard d'une situation d'état d'urgence qui par définition est exceptionnelle. De même, en période normale, la distinction entre les droits susceptibles de limitations et les autres ne s'éprouve qu'à partir du moment où un juge sera appelé à confirmer sa portée par la mise en œuvre d'un contrôle adapté.

1161. En conséquence, il peut sembler légitime de déplacer le terrain de l'observation vers l'application des techniques procédurales. L'attribution du risque de la preuve constitue, bien entendu, un critère particulièrement utile à l'observation dans la mesure où il lie intimement l'aspect technique du système de preuve et le fond du procès. Le plaideur qui a le

droits intangibles ne sont pas nécessairement, aux yeux de la Cour des droits prééminents dans une société démocratique ». F. SUDRE – Droits intangibles..., op. cit., p. 392.

¹¹²⁵ Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark, 7 décembre 1976, série A n°23, § 50.

bénéfice du doute de son côté est incontestablement avantageé, et la position qu'il défend se trouve valorisée d'autant. Mais le rapprochement du risque de la preuve et de la hiérarchie n'est pas une entreprise simple et il est concevable que la réflexion emprunte au moins deux voies concurrentes.

1162. En premier lieu, la recherche peut consister à vérifier si l'attribution du risque de la preuve varie selon que le juge soit en présence d'un droit intangible, d'un droit conditionnel susceptible de limitation ou d'un droit conditionnel absolu. Dans le prolongement de cette démarche, il est logique d'effectuer le même contrôle pour ce qui est des droits placés au fondement de la société démocratique, des droits présentant une certaine importance pour la démocratie, et les autres droits. Ainsi devrait-on parvenir à une confirmation ou une invalidation de ces classifications, qui ne seront pas dénuées d'intérêt même si elles ne valent que sur le plan contentieux.

1163. En second lieu, l'étude peut prendre pour point de départ la différence des régimes d'attribution des droits. On sait qu'il existe, d'une part, les cas d'application usuelle du principe *actori incumbit probatio*, et d'autre part, les cas de renversement de la charge de la preuve. L'idée est d'opposer les droits qui appellent l'application du principe classique à ceux qui bénéficient d'un régime d'exception, ce qui aboutirait à une classification bipartite initiale que l'on pourrait affiner après coup.

1164. La comparaison des mérites de chaque approche donne à penser qu'il n'est pas utile de choisir entre elles et qu'il y a lieu de les conserver toutes deux. La première permet de vérifier de manière directe si les thèses en présence ont une traduction contentieuse, tandis que la seconde consiste à faire apparaître à partir du seul prisme du risque de la preuve si une classification est possible. Bien plus encore, elle suggère que la gradation des droits, si elle existe, peut être avant tout le reflet d'un régime d'attribution du risque de la preuve et que ce n'est pas le droit substantiel qui dicte la classification, mais la pratique procédurale.

1165. Ces esquisses sont d'autant plus séduisantes qu'elles peuvent être rapprochées de la problématique des standards qui fournit, en quelque sorte, un premier exemple de l'approche contentieuse du problème de la problématique de la hiérarchie des droits.

B – Les prémisses de l'approche contentieuse

1166. Quoiqu'elle le fit de manière implicite, la technique a déjà évoqué l'idée d'une échelle dans la valeur des normes issues de la Convention. Cette dynamique est sous-jacente

dans le principe même de la gradation des standards (1) dont il convient d'envisager les conséquences (2).

1 – La gradation des standards

1167. A la diversité des standards utilisés par la Cour, correspondent de manière asymétrique mais réelle, deux niveaux de contrainte pesant sur le fardeau de la preuve. On sait la Cour exigeante, mais on sait également qu'elle a fait montre de souplesse et de mansuétude en fonction des circonstances particulières des litiges qu'elle devait trancher. L'exigence d'une preuve « au-delà de tout doute raisonnable¹¹²⁶ », d'une preuve décisive¹¹²⁷, non équivoque¹¹²⁸, côtoie ainsi le faible niveau de preuve impliqué par l'admission d'un commencement de preuve¹¹²⁹.

1168. Au sein de cette panoplie, on peut déceler une véritable gradation des exigences de la Cour en opposant les standards *maxima*, qui représentent les plus hauts degrés de contraintes pesant sur les plaideurs, aux standards *minima*, qui, de l'exigence d'une allégation sérieuse au commencement de preuve, sans oublier les aménagements ponctuels facilités par le principe de l'intime conviction, constituent un assouplissement de la rigueur ordinaire de la Cour.

1169. Cette présentation binaire a pour objet de souligner qu'au regard des standards de preuves, il existe nécessairement des régimes plus avantageux que d'autres. Peut-on vraiment considérer que la preuve de l'existence de nécessités locales justifiant la limitation des droits peut être mise à égalité avec la preuve de l'épuisement des voies de recours internes ? Pour le premier objet, la Cour requiert une preuve décisive, pour le second, un simple commencement de preuve. S'agissant des droits proprement dits, l'analyse est la même puisque l'on peut soutenir qu'il existe une variation de degré entre l'établissement d'une violation du droit à la vie qui doit résulter d'une preuve « au-delà de tout doute

¹¹²⁶ Irlande c. Royaume-Uni, op. cit., § 161 ; Tekin c. Turquie, 9 juin 1998, Recueil 1998-IV, § 38.

¹¹²⁷ L'existence de nécessités locales justifiant la restriction de l'exercice d'une liberté doit résulter d'une preuve décisive. Voir, par exemple, Tyrer c. Royaume-Uni, 25 avril 1978, série A n° 26, § 38 ; Matthews c. Royaume-Uni, 18 février 1999, Recueil 1999-I, § 59.

¹¹²⁸ « La renonciation à l'exercice d'un droit garanti par la Convention doit se trouver établie de manière non équivoque » : Neumeister 7 mai 1974, série A n° 17, § 36 ; Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique, 23 juin 1981, série A n° 43, pp. 25-26, § 59 ; Albert et Le Compte c. Belgique, 10 février 1983, série A n° 58, § 35 ; Colozza c. Italie, 12 février 1985, série A n° 89, § 28 ; Schuler-Zraggen c. Suisse, 24 juin 1993, série A n° 263, § 58.

¹¹²⁹ Se reporter à la dernière section de la première partie.

raisonnable » et l'établissement de la violation du principe d'impartialité objective des juridictions nationales.

1170. Toute la difficulté est de systématiser l'échelle des contraintes qui procède de ces différences. Pour en venir à bout, il faut se demander si cette gradation des standards influence la valeur pratique des droits, et tenter de construire une pyramide des droits qui superpose les violations difficiles à prouver aux violations faciles à établir. En un mot, évaluer les conséquences pratiques de la gradation des standards.

2 – Les conséquences de la gradation des standards

1171. Au demeurant, la portée de cette réalité contentieuse se déploie sur deux axes différents. Au plan théorique, l'existence d'une élévation par degré des exigences de la Cour vient infléchir le dogme de l'absence de hiérarchie des droits. Puisque certains droits appellent une preuve plus complète que d'autres, il faut bien admettre que la protection offerte par la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas égale pour chacun d'entre eux. Par conséquent, le premier apport de cette gradation est de renforcer la pertinence de l'hypothèse de l'existence d'une hiérarchie des droits.

1172. De surcroît, elle enseigne – mais est-ce vraiment une nouveauté ? – que si cette prééminence est réelle, elle ne se fonde pas nécessairement sur la classification prévue par les auteurs de la Convention qui distinguaient les droits intangibles des droits conditionnels. Elle procède de la volonté de la Cour qui bâtit au fil de sa jurisprudence une autre pyramide qui ne se réduit nullement à l'ensemble des mots qui l'énoncent. Elle a une effectivité pour autant qu'elle est appliquée par la Cour elle-même, même si les juridictions nationales n'y adhèrent pas nécessairement. La Convention est celle de la Cour, non celle de ses auteurs, et il en est de même pour l'ordonnancement que l'on veut découvrir.

1173. Au plan pratique, les fruits de la gradation sont moins faciles à recueillir. Ce paradoxe ne provient pas des errements de la réflexion, mais de la difficulté de systématiser une masse jurisprudentielle qui se rapporte à des circonstances concrètes et variées. Ponctuellement, des comparaisons sont possibles. On ne saurait prétendre que la preuve de la violation impliquant le non-respect de la théorie des apparences, parce qu'elle exige seulement la production d'une allégation sérieuse, est plus difficile que la preuve d'une violation du droit au respect de sa vie familiale. Il est certain que la preuve de la violation de l'article 3 s'est révélée parfois plus aisée que celle d'autres droits, précisément en raison des

exigences de la Cour¹¹³⁰. Mais peut-on pour autant établir un véritable classement par degré suffisamment clair pour paraître pertinent ? Il y a-t-il vraiment un système à l'œuvre ou est-ce le résultat de la mise en perspective de décisions prises au cas par cas, davantage guidée par un souci de justice ou par une certaine complaisance à l'égard de la souveraineté que par volonté de suivre une démarche ferme et constante ? Les données sont trop lacunaires et trop casuistes pour donner prise à une mise en forme sérieuse.

1174. De ce fait, à travers la recherche de la signification de la portée de la gradation des standards, il semble que l'hypothèse d'une hiérarchie des droits perd au plan pratique ce qu'elle a gagné au plan théorique. Mais ce n'est qu'une illusion, l'échec de la vérification pratique ne fait pas perdre toute pertinence au point de vue théorique. Ce qui n'est pas vérifié, c'est la réalité d'une hiérarchie stable et générale. Ce qui demeure pertinent c'est la différence des niveaux d'exigence requis pour la preuve de la violation des droits, au cas par cas, et l'idée que cela permet de penser ou de renforcer l'hypothèse d'une hiérarchie des droits suscitée par la présentation des principes de répartition du risque de la preuve.

Sous-section 2 – Une invalidation partielle de l'hypothèse de la hiérarchie

1175. Au miroir de l'attribution du risque de la preuve, aucune des classifications proposées ne trouve de traduction pratique (§ 1). Mais si cet état de fait ne signifie pas nécessairement que tous les droits sont égaux, il faut concéder qu'il existe tout de même une différenciation du régime juridique des droits (§ 2).

§ 1 – L'absence de traduction pratique des thèses en présence

1176. Tirer les enseignements de l'attribution du risque de la preuve, c'est constater l'effondrement des pyramides non contentieuses présentées précédemment (A). Toutefois, il convient peut-être de ne pas trop exagérer la portée de ces données et de se demander si ce constat ne provient pas des limites de l'outil d'observation (B).

¹¹³⁰ Se reporter à la dernière section de la première partie.

A – L’effondrement des pyramides non contentieuses

1177. Pour tirer les enseignements de la pratique de l’attribution du risque de la preuve, il faut considérer deux situations distinctes. D’abord il faut interroger les principes classiques afin de vérifier s’ils entretiennent une relation avec les hiérarchies présentées (1), avant de s’intéresser au renversement de la charge de la preuve qui montre clairement la différence entre les droits (2).

1 – Les enseignements des principes usuels d’attribution de la charge de la preuve

1178. Tous les droits, à l’exception de trois, vivent sous le régime de la maxime *actori incumbit probatio*. Cette uniformité se pose comme un obstacle à la tentative de penser une hiérarchie à partir de ce régime de preuve. Si bien que la distinction droits intangibles/droits conditionnels (a) n’a pas plus de validité que celle fondée sur la place des droits dans une société démocratique (b).

a) La distinction des droits intangibles et des droits conditionnels

1179. L’attribution du risque de la preuve ne varie pas selon que la Cour soit en présence de droits intangibles ou de droits conditionnels. Cette information était d’ailleurs déjà disponible lors de la présentation des principes d’attribution du risque de la preuve.

1180. On sait que la preuve de la violation du droit à la vie comme la preuve de la réalité des traitements susceptibles d’être reconnus non conformes aux exigences de l’article 3 repose sur le requérant. Il n’y a que dans les situations où intervient une garde à vue que la charge de la preuve sera renversée pour ces deux garanties. En outre, les trois autres droits intangibles sont également soumis à l’application des principes traditionnels d’attribution du risque de la preuve. En conséquence, la distinction entre droits intangibles et droits conditionnels n’a pas d’incidence sur le plan du risque de la preuve.

b) La hiérarchie fondée sur la place des droits dans une société démocratique

1181. Il est plus délicat d’appréhender l’autre version de la thèse de la hiérarchie des droits qui réunit, dans son premier cercle, des droits qui dans certaines circonstances

bénéficient d'un renversement de la charge de la preuve et des droits conditionnels. Il y a là un premier décalage dont il n'est pas possible de venir à bout. La disparité de ces régimes prive cette thèse de toute possibilité de validation au plan du risque de la preuve.

1182. On est cependant tenté d'aller plus loin en faisant abstraction des droits qui bénéficient d'un régime de preuve plus favorable et en considérant seulement la hiérarchie entre les droits conditionnels. Cette modification de l'objet d'étude peut être légitimée par le fait qu'il n'est pas question uniquement de vérifier la validité des deux versions en présence, mais de questionner de façon plus générale l'ordonnancement des droits. Dès lors, l'idée qu'il existe une différence de degrés entre les autres droits est une hypothèse qui mérite de retenir l'attention (elle est d'ailleurs impliquée par la thèse du professeur SUDRE).

1183. En vue de surmonter l'impasse de l'uniformité du régime d'attribution du risque de la preuve, il est utile d'ouvrir l'angle d'observation en se référant aux standards de preuve¹¹³¹.

1184. De ce rapprochement naît un agencement qui place les droits susceptibles de dérogations et de restrictions dans une position privilégiée. En effet, le jeu du principe classique d'imputation du risque de la preuve implique que la démonstration de la validité des restrictions soit à la charge de l'Etat. Or, on sait que cette nécessité doit être établie de manière convaincante¹¹³², ce qui revient à augmenter la garantie de ces droits qui, à en juger par la lettre de la Convention, auraient pu se retrouver à l'étage le moins élevé d'une hiérarchie des droits¹¹³³.

1185. Dans un certains sens, cela fait écho à la présentation du professeur SUDRE qui mettait en première place le droit à la liberté d'expression et le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Mais, elle reléguait la défense de la vie privée et familiale parmi les droits de second rang, tout comme le droit à la liberté de réunion et d'association. En conséquence, la conception initiale doit être amendée puisqu'au plan pratique, ce système de preuve est à l'avantage des droits susceptibles de dérogations et de limitations, alors qu'il semble desservir les droits intangibles et les droits insusceptibles de limitations en période normale. Pour ces derniers, le risque de la preuve repose sur le requérant, ce qui équivaut, d'une certaine façon, à les déprécier. Il en résulte un édifice à deux degrés où l'on retrouve à

¹¹³¹ Nous avons déjà rappelé dans la section précédente le lien étroit qui lie la problématique des standards à celle du risque de la preuve, ce qui autorise ce raccourci qui, pour n'être pas élégant, permet une économie intellectuelle et évite une répétition.

¹¹³² Se reporter au paragraphe précédent.

¹¹³³ Il faut en effet rappeler qu'au sein des droits conditionnels, il en existe un grand nombre qui ne peut faire l'objet de limitations.

l'étage supérieur les droits susceptibles de dérogation et de limitations, et à l'étage inférieur la catégorie résiduelle des autres droits.

1186. Le paradoxe est que cette manière de penser aboutit à une valorisation de la catégorie la plus dense des droits garantis par la Convention, ce qui heurte le sens commun d'une recherche de droits privilégiés. Cependant, une description du droit positif ne saurait se laisser abuser par les indications du sens commun dans la mesure où l'observation scientifique le démentirait clairement. Au-delà du paradoxe, cette situation n'est pas loin de montrer la faiblesse de cet agencement. Il y a lieu de noter que dans cette situation, ce n'est pas le droit considéré en lui-même, mais la structure de l'obligation imposée à l'Etat qui fonde sa valeur. Le contenu de la liberté de pensée, pas plus que l'autorité que la jurisprudence semble lui reconnaître, ne détermine pas le régime probatoire qui lui est applicable. Au miroir de la technique juridique, les valeurs pourtant mises en exergue par la Cour apparaissent bien ternes et il semble que si la hiérarchie devait exister elle devrait bien peu au séduisant critère de la société démocratique.

1187. En somme, aucune des thèses examinées n'a trouvé de confirmation et il faut convenir de l'impossibilité de penser une hiérarchie des droits dans le cadre de l'application des principes usuels de l'imputation du risque de la preuve. En-est-il de même lorsque l'on est confronté à un renversement de la charge de la preuve ?

2 – Les enseignements du renversement de la charge de la preuve

1188. Le renversement de la charge de la preuve est la faveur décisive que tout plaideur espère du juge. En attribuant le bénéfice du doute à celui qui allègue le fait, il constitue sans doute un indice clair des choix de fond opérés par le droit positif. C'est d'ailleurs ce qui en fait un thème délicat pour les auteurs et une arme incomparable pour les autorités normatives. A ce propos, à l'occasion de l'affaire Demiray, l'opinion partiellement dissidente commune aux juges COSTA et KURIS a illustré de manière profonde et circonstanciée la signification du renversement de la charge de la preuve. A l'origine de cette affaire, une requérante prétendait que son mari aurait perdu la vie à la suite de l'explosion d'une grenade piégée alors qu'il indiquait l'emplacement du dépôt de munitions des terroristes du PKK. Ayant servi de bouclier humain, son décès engagerait la responsabilité des autorités turques sur le fondement du droit à la vie garanti par l'article 2 de la Convention.

1189. Comme elle estima les données du dossier insuffisantes pour établir de manière probante les circonstances de la mort de l'époux de la requérante, la Cour décida de rechercher si les autorités turques avaient pris les mesures que « *l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la matérialisation d'un risque certain et immédiat pour la vie, dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance*¹¹³⁴ ».

1190. A cet égard, la Cour relève que les autorités étaient certainement en mesure d'évaluer les risques que comportait la visite des prétendus lieux du dépôt de munitions en cause, ne serait-ce qu'au vu de la situation délicate régnant dans le sud-Est de la Turquie. A partir d'un croquis produit par le Gouvernement, elle remarque qu'Ahmet Demiray se trouvait, au moment de l'explosion, à un mètre de distance du dépôt de munitions en cause, alors que les trois gendarmes l'ayant accompagné étaient placés respectivement à trente, trente et cinquante mètres de distance, de manière à former un triangle isocèle dont le centre était le dépôt. « *En l'absence d'une explication de la part du Gouvernement sur les raisons d'un tel procédé*¹¹³⁵ », la juridiction internationale conclut que les autorités compétentes n'ont pas pris les mesures imposées par le respect du droit à la vie et retient une violation de l'article 2 de la Convention.

1191. Pour les auteurs de l'opinion partiellement dissidente, ce renversement de la charge de la preuve ne laisse pas de poser des questions. Ils l'opposent d'ailleurs à celui opéré dans l'arrêt *Salman c. Turquie* qui applique le principe classique selon lequel quand une personne est placée en garde à vue alors qu'elle se trouvait en bonne santé, et que l'on constate qu'elle est blessée au moment de sa libération, c'est à l'Etat de fournir une explication plausible sur l'origine des blessures. « *Ce renversement de la charge de la preuve nous semble tout à fait justifié* », poursuivent-ils « *car sinon la preuve serait très difficile à rapporter par la victime ou ses ayants droit. Mais ici, c'est différent : l'Etat a bien fourni une explication plausible ; la Cour va donc plus loin (nous semble-t-il), en exigeant qu'un prisonnier soit mis à l'abri de tout risque pour son intégrité ou sa vie, même si c'est lui qui s'est offert à révéler une cache d'armes, dans un contexte de conflit armé* ».

1192. Selon ces juges, renverser la charge de la preuve, équivaut, dans ce cas, à glisser de manière implicite une règle de fond nouvelle qui, à tort ou à raison, ne leur paraît pas suffisamment justifiée. Quelle que soit la pertinence de l'appréciation des juges dans cette affaire, il demeure que le renversement de la charge de la preuve recèle, en effet, cette

¹¹³⁴ *Demiray c. Turquie*, 21 novembre 2000, Recueil 2000, § 45.

¹¹³⁵ *Demiray c. Turquie*, op. cit., § 46.

propriété qui consiste à faire application d'une règle substantielle sous couvert de la mise en œuvre d'un simple procédé technique.

1193. C'est également pour cette raison que le renversement de la charge de la preuve est l'une des techniques juridiques les plus appropriées pour donner l'avantage à l'individu face à l'Etat dans le procès européen des droits de l'homme. On sait que devant la Cour, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, d'une part, et le droit à la vie, d'autre part, semblent tenir le monopole du renversement, tant son usage dans le cadre de l'article 5 se fait rare. Ce privilège fait d'eux les droits les mieux protégés de la Convention européenne des droits de l'homme. Encore faut-il rappeler qu'il ne joue que dans des conditions particulières qui ont déjà été présentées au chapitre précédent.

1194. Toujours est-il que ce régime de faveur ne manque pas de faire écho à leur statut de droits intangibles organisé par la Convention. Certains arrêts, loin d'occulter l'intimité de ce lien, l'affirment avec force. La position adoptée par la majorité des juges dans l'affaire *Demiray* ne semble pas étrangère à ce dynamisme. L'affirmation est à peine voilée : *« compte tenu de l'importance de la protection de l'article 2, la Cour doit examiner de façon extrêmement attentive les cas où l'on inflige la mort, en prenant en considération non seulement les actes des agents de l'Etat mais également l'ensemble des circonstances de l'affaire. Les personnes en garde à vue sont en situation de vulnérabilité et les autorités ont le devoir de les protéger¹¹³⁶ »*.

1195. Toutefois, si le renversement de la charge de la preuve constitue un critère de la valeur supérieure des droits, force est de constater que le groupe des droits privilégiés est de faible densité. Mais cela ne doit pas choquer, si l'on se souvient de la problématique du contrôle de la pertinence ou de la modulation des exigences de conviction de la Cour, on s'aperçoit que la sévérité de la sélection va de pair avec la diversité des procédés de preuve utilisés pour augmenter la protection des droits. Cependant, cette remarque ne dissipe pas le sentiment qu'il existe, à côté des droits privilégiés, des droits qui auraient pu profiter du renversement de la charge de la preuve et qui apparaissent d'une valeur inférieure, en quête d'attention, comme à l'abandon.

1196. Il demeure que le renversement de la charge de la preuve ne confirme aucune des thèses de la hiérarchie des droits. Elle se borne à proposer une sélection de deux droits qui n'ont de valeur qu'en raison d'une circonstance particulière.

¹¹³⁶ *Demiray c. Turquie*, 21 novembre 2000, Recueil 2000, § 42.

1197. Au demeurant, le critère de l'affectation du bénéfice du doute révèle d'une manière globale que les thèses de la hiérarchie n'ont pas de traduction contentieuse. Cette conclusion est peut être imputable aux limites méthodologiques de l'investigation menée à partir du risque de la preuve.

B – Les limites de l'outil de vérification

1198. Le problème méthodologique prend sa source dans les caractères fondamentaux de la pratique procédurale. Il recouvre une triple dimension qui oblige à mesurer les espérances que l'on pourrait fonder sur le rapprochement du risque de la preuve et de la problématique de la hiérarchie des droits.

1199. La technique juridique a pour trait essentiel de rechercher de manière empirique les solutions aux problèmes qui surgissent des circonstances particulières du procès. Il n'est pas certain que l'on puisse toujours dégager des constantes dans la mise en œuvre de ces mécanismes qui sont tournés vers des fins concrètes et variables. Et même lorsque ces résultats sont accessibles, c'est tenter d'atteindre un stade supérieur que de vouloir résoudre des questions hautement théoriques comme l'attribution du risque de la preuve. Passer de l'empirisme relatif à l'élaboration d'un magnifique ordonnancement des droits est donc une entreprise qui semble, dès le départ, vouée à l'échec. C'est en effet accabler l'attribution du risque de la preuve d'attentes qu'elle ne peut honorer. Dès lors, il ne faut pas s'étonner de la modestie des conclusions auxquelles on peut parvenir.

1200. Un autre obstacle méthodologique vient de l'idée qu'il existerait un critère unique de classification des droits. Prendre la présentation de la Convention pour un acquis définitif et intangible est une erreur en ce qu'elle n'a pas nécessairement une traduction dans la pratique contentieuse. Mais, prendre la pratique contentieuse, et particulièrement les règles d'attribution du risque de la preuve pour unique étalon, constitue également une erreur d'appréciation. La réalisation judiciaire des droits n'est qu'un des éléments de la vie du droit. Une vérité conquise à partir des observations du procès ne vaut parfois que pour cette partie du droit. Ainsi, la facilité d'établir la preuve des brutalités policières lors d'une garde à vue n'implique pas nécessairement que ce droit ait plus de valeur que la liberté d'aller et de venir dans la vie quotidienne.

1201. De surcroît, au sein du procès, l'application de techniques juridiques concurrentes conduit à relativiser encore plus la portée des enseignements que l'on peut tirer

de l'attribution du risque de la preuve. Par exemple, si l'établissement de la violation de l'impartialité objective semble si facile cela ne doit rien au principe *actori incumbit probatio*, mais au jeu combiné du contrôle de la pertinence et du standard de preuve. De même, c'est le contrôle de la pertinence qui, en opérant le déplacement de l'objet de la preuve dans certaines situations, facilite la preuve de certaines violations lors même que la question du risque ne se pose pas. Il en résulte qu'au sein de la procédure, la complémentarité, voire la solidarité des mécanismes juridictionnels tend à limiter la portée du risque de la preuve dans la détermination de l'effectivité des droits.

§ 2 – La réalité de la différenciation des droits

1202. Les développements précédents autorisent à penser qu'aucune hiérarchie des droits ne dicte sa loi à la pratique d'attribution du risque de la preuve. Cette dernière s'accomplit en dehors d'agencements préconçus qui distingueraient les droits intangibles des droits conditionnels, ou les droits essentiels à la démocratie et les autres droits. Toutefois, ce serait une erreur de raisonnement de considérer, en prenant ce constat pour prémisse, qu'il n'existe aucune hiérarchie des droits au sein de la Convention. Ce n'est pas parce que l'usage d'un critère particulier invalide deux thèses défendant l'idée qu'il existe des droits prééminents dans l'ordre conventionnel, qu'il faut conclure qu'il n'existe aucune hiérarchie des droits. Partant, l'on ne peut se résoudre aussi facilement à accepter une égalité des droits que l'on sait improbable.

1203. A cet égard, il faut convenir que tel que pratiqué par la Cour, le régime d'attribution du risque de la preuve rend la démonstration de certaines violations plus difficiles que d'autres. Cela suggère un renversement de perspective : la différence constatée dans la pratique de l'attribution du risque de la preuve ne découle pas d'une hiérarchie des droits, au contraire, c'est la hiérarchie des droits qui découlerait de l'application différenciée de l'attribution du risque de la preuve. Une telle perspective permet d'envisager au moins une double classification au sein des droits.

1204. En premier lieu, on peut distinguer les droits qui bénéficient d'un renversement de la charge de la preuve des autres droits. Le droit à la vie, la prohibition de la torture et des traitements inhumains et dégradants apparaissent ainsi comme les droits les mieux protégés de la Convention. La rareté du renversement constaté dans le cadre de l'application du droit à la liberté et à la sûreté oblige à l'exclure de cette catégorie et à la ranger avec les autres droits.

1205. En second lieu, on peut opposer les droits qui, dans le cadre de l'application des principes classiques de l'attribution du risque de la preuve, profitent d'un régime favorable par rapport aux autres droits. Le jeu du transfert du risque lorsque l'un des plaideurs invoque une exception, combiné avec le standard élevé appliqué à la preuve de la légitimité de la limitation des droits, place ainsi les droits susceptibles de dérogation et de limitation dans une position privilégiée. Le droit au respect de la vie privée et familiale, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression, la liberté de réunion et d'association semblent crédités d'une attention particulière de la part de la Cour.

1206. Le problème c'est que ces deux hiérarchies sont distinctes et n'entretiennent aucune relation. La première présentée ne peut pas être placée à un niveau supérieur, tandis que l'autre occuperait un étage inférieur. En outre, elles ne sont pas compatibles, ce qui permettrait, au prix de quelque arrangement de construire une hiérarchie unique. En somme, elles ne coïncident pas et elles ne sont pas superposables. Les données recensées ne permettent donc pas d'édifier une construction régulière.

1207. Pire encore, ces agencements résultant de la pratique ne donnent à voir que des hiérarchies apparentes. En effet, si la preuve de la violation des articles 2 et 3 peut s'avérer plus aisée que celle d'autres droits, encore faut-il remarquer que le renversement du risque de la preuve ne profite pas à l'ensemble des situations qui font intervenir ces deux garanties. Limitée à la mise en cause de la conformité des gardes à vue au regard de la Convention, le critère du renversement conduit alors à envisager une hiérarchie au sein même de ces deux droits. En réalité, ce qui importe, ce sont les situations mises en cause par les plaideurs et non les droits en eux-mêmes.

1208. Pour ce qui est du second ordonnancement, on peut douter qu'il y ait vraiment une hiérarchie pratique entre les droits à la faveur de ceux qui sont susceptibles de dérogation et de limitation. On peut également lire l'application d'un standard rigide à la preuve de la justification des limitations comme une technique destinée à compenser la fragilité de leur régime non contentieux. Il serait ainsi exagéré de tirer d'une pratique de compensation des conclusions aussi importantes.

1209. Par conséquent, le fait que la preuve de certaines violations soit plus facile à rapporter que d'autres en raison du régime d'attribution du risque de la preuve, ne permet pas de construire une véritable pyramide des droits.

Section II – La contribution du risque de la preuve à la justification des arrêts de la Cour

1210. La seconde hypothèse suscitée par l'étude du risque de la preuve consiste à s'interroger sur ce que cette technique apporte à la légitimation des arrêts de la Cour. A l'aune d'exemples tirés de la jurisprudence de la Cour, il s'agit maintenant de montrer que le recours au risque de la preuve constitue parfois un outil stratégique qui permet à la juridiction internationale d'éviter de prendre clairement position sur des problèmes de fond en dépit de l'attente des requêtes individuelles.

1211. Le risque de la preuve consiste à attribuer le bénéfice du doute à l'une des parties à la controverse judiciaire. Par un raisonnement que l'on pourrait trouver absurde s'il n'avait pas lieu dans le contexte judiciaire, le risque de la preuve consiste à décider qu'une partie a raison parce que son adversaire n'a pas pu établir la réalité de l'affirmation qu'il avance. Autrement dit, face à deux affirmations contradictoires dont aucune n'est certaine, le juge décide qu'il faut considérer l'une d'entre elle comme vraie puisque l'autre n'est pas prouvée. Ce raisonnement ne s'impose pas avec la force de la logique. Pourtant, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas le privilège de son usage, même si l'on peut considérer qu'il revêt, dans son œuvre jurisprudentielle, une signification particulière.

1212. D'où l'idée de rechercher, au-delà de la justification classique des principes d'attribution du risque de la preuve, l'utilité de cette technique procédurale. Quel est le bénéfice que la Cour retire du recours à cette technique, au regard de sa mission ou de sa position institutionnelle ? La réponse avancée ici est que la motivation fondée sur le risque de la preuve présente plusieurs avantages qui en font un élément précieux entre les mains de la Cour. C'est donc qu'il y a une stratégie, une stratégie argumentative qui fait partie du jeu de la justification de la décision finale. L'idée n'est pas aberrante ; on peut en effet, tenter de fonder en droit (sous-section 1) l'hypothèse selon laquelle l'usage de cette motivation probatoire fait partie de la recherche de la meilleure justification possible de la décision finale (sous-section 2).

Sous-section 1 – Les fondements de l'hypothèse

1213. L'idée que la technique du risque de la preuve répond à un usage stratégique peut se recommander d'une assise théorique qui est pour une part classique, et pour une part originale. Selon les conceptions actuellement en vigueur dans le paradigme des juristes, la

motivation des décisions de justice est le produit d'un choix qui a pour objet de légitimer le dispositif aux yeux des justiciables afin d'obtenir leur adhésion au dispositif. Elle remplit donc le rôle d'une justification qui n'est pas nécessairement la transcription du cheminement intellectuel du juge. En partant de cette conception commune, on peut déduire que le choix d'utiliser l'attribution du doute comme élément de la motivation des arrêts est le résultat d'une évaluation qui fait du risque de la preuve, dans certaines circonstances, l'argumentation la plus adaptée au dessein du juge.

1214. Dans cette perspective, soutenir la thèse de l'usage stratégique du risque de la preuve implique en premier lieu l'adhésion à une approche théorique de la motivation des décisions juridictionnelles (§1). En second lieu, la démonstration suppose que l'on défende l'idée que tous les arguments mis à disposition de la Cour n'ont pas la même valeur. Pour ce faire, on aura recours, au prix de quelques adaptations, à la théorie des échelles argumentatives d'Oswald DUCROT (§2).

§ 1 – L'approche théorique de la motivation en droit

1215. La motivation n'est pas simplement un « *discours tendant à justifier une décision quelconque en montrant qu'elle est conforme et compatible avec une norme supérieure*¹¹³⁷ », elle remplit une fonction d'explication et de légitimation (A) qui a pour objet, à l'instar de toute argumentation, d'obtenir l'adhésion de l'auditoire auquel elle est destinée (B).

A – La fonction de la motivation

1216. Dans une mise en perspective historique de la motivation, Tony SAUVEL faisait remarquer que « *le jugement motivé remplace l'affirmation par un raisonnement et le simple exercice de l'autorité par un essai de persuasion*¹¹³⁸ ». La motivation remplit ainsi une double fonction qui fait d'elle à la fois une explication (1) et une illusion (2).

¹¹³⁷ M. TROPER – La motivation des décisions constitutionnelles, in C. PERELMAN et P. FORIERS (Ed.) – *La motivation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 287.

¹¹³⁸ T. SAUVEL – Histoire du jugement motivé, *R.D.P* 1955, p. 6.

1 – L'explication

1217. On sait que pour satisfaire aux exigences d'une bonne administration de la justice, « *les décisions judiciaires doivent indiquer de manière suffisante les motifs sur lesquels elles se fondent* ». Et que « *l'étendue de ce devoir peut varier selon la nature de la décision et doit s'analyser à la lumière des circonstances de chaque espèce*¹¹³⁹ ». Comme toutes les juridictions appliquant la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de Strasbourg est tenue de motiver ses arrêts.

1218. La première mission de la motivation est de porter à la connaissance des parties les raisons qui justifient le dispositif. En principe elle comporte les éléments de fait et de droit qui donnent à la décision la cohérence nécessaire à sa compréhension. Il n'est pas utile, pour expliquer la fonction de la motivation, de se préoccuper des critères d'une bonne justification et des insuffisances que la Cour a pu déclarer incompatible avec les exigences du procès équitable, ce qu'il importe de mettre en évidence c'est que si la motivation est imposée par le droit, les éléments qui la composent (les motifs) ne sont pas revêtus de l'autorité de la chose jugée. Certes, il existe une exception qui précise que les motifs qui sont le soutien nécessaire du dispositif sont parés de l'autorité du dispositif, mais on a grand peine à déterminer de manière scientifique et infaillible quels sont les motifs qui bénéficient de ce statut privilégié. Par conséquent, en l'absence d'une procédure destinée à sanctionner les erreurs de motivation de la Cour, pour une partie au procès européen des droits de l'homme, la motivation à une fonction d'explication qui n'est pas une condition positive de la validité de l'arrêt rendu.

1219. Par delà cette valeur pédagogique, la théorie du droit soutient que la motivation remplit une autre fonction tout aussi importante qui est de produire une véritable illusion en faisant croire aux parties, à l'aide d'une justification convaincante que la solution donnée au litige s'est imposée d'elle-même.

2 – L'illusion

1220. Ce que la motivation d'une décision de justice prétend faire, c'est retracer le raisonnement qui a conduit le juge à adopter le dispositif revêtu de l'autorité de la chose jugée. Bien plus encore, cet « *essai de persuasion* » veut convaincre et établir qu'il n'y avait pas d'autre solution possible à la situation litigieuse, au regard des données de fait et des

¹¹³⁹ Garcia Ruiz c. Espagne, 21 janvier 1999, Recueil 1999-I, § 26 ; Higgins et autres c. France , 19 février 1998, Recueil 1998-I, p. 60, § 42

règles qu'elle impliquait. D'où l'usage fréquent de l'habillage logique, qui conduit notamment à présenter sous la forme syllogistique le cheminement de la décision¹¹⁴⁰. Ces éléments sont suffisamment connus pour que l'on concentre la réflexion sur des questions moins générales et qui touchent de manière plus directe la pratique de la Cour en général et la preuve en particulier.

1221. La tentation est grande de comparer la motivation des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme à celle des décisions des juridictions constitutionnelles. Le rapprochement s'impose dès lors que l'on se rend compte que ces juridictions sont appelées à appliquer des normes dont la valeur juridique est supérieure à toutes les autres normes de droit. Ce constat jette une lumière plus crue sur la liberté d'interprétation dont elles jouissent puisqu'il ne leur est pas possible de légitimer les significations qu'elles donnent au texte qu'elles interprètent par la conformité à une norme supérieure. Les prémisses des raisonnements de la Cour apparaissent de manière presque immédiate comme une pure production prétorienne¹¹⁴¹. C'est d'ailleurs à ce niveau que commence l'illusion car, « *ce que la motivation doit faire apparaître, c'est que la décision est compatible avec un principe supérieur, ou mieux, qu'elle en découle, et de toute façon, qu'elle trouve en lui le fondement de sa validité*¹¹⁴² ».

1222. En somme, non seulement l'interprète travestit sa liberté d'appréciation, mais surtout, il ne révèle pas nécessairement les éléments qui ont déterminé ce choix¹¹⁴³. D'ailleurs, il est probable que le choix des prémisses est conditionné par le résultat escompté par la juridiction car elle ne peut ignorer qu'en retenant une certaine signification du texte, elle abonde dans le sens de l'un des justiciables qui s'affrontent devant elle.

1223. Sans nier la justesse de ces raisonnements et la pertinence de leur transposition à l'œuvre de la Cour en général, on peut douter qu'ils s'appliquent à l'analyse de

¹¹⁴⁰ C. PERELMAN – *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 2^{ème} édition, 1979, p. 2-3 et 176 ; M. TROPER – *La motivation...*, op. cit., p. 290 ; C. M. STAMATIS – *Argumenter en droit, une théorie critique de l'argumentation juridique*, Publisud, 1995, 181-184.

¹¹⁴¹ La pratique vérifie par la-même la conception de Kelsen selon laquelle le texte n'est qu'un cadre à l'intérieur duquel le juge va choisir une des interprétations possibles qui sera la norme, c'est-à-dire la signification du texte. H. KELSEN – *La théorie pure du droit*, trad. de la 2^{ème} édition par C. EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, p. 457.

¹¹⁴² M. TROPER – *La motivation...*, op. cit., p. 291-292.

¹¹⁴³ Mais pour remplir son office, le juge ne peut tout de même pas motiver sa décision en invoquant n'importe quel argument. C'est qu'il existe, comme le montre N. MAC CORMICK des arguments acceptables et inacceptables en droit. N. MAC CORMICK – *Raisonnement juridique et théorie du droit*, Paris, P.U.F, 1996, p. 13, p. 16-17. Mais c'est peut-être la seule délimitation « non-juridique » de l'office du juge, puisque les autres, comme l'interdiction de se référer à des faits non soumis à la contradiction sont posées par le droit positif.

l'argumentation probatoire. S'il est évident que la problématique de la preuve en général fait appel au droit substantiel, encore faut-il remarquer que l'attribution du risque de la preuve n'est pas suffisamment liée à l'interprétation des règles matérielles de la Convention pour autoriser l'utilisation d'un cadre d'analyse précisément fondé sur la liberté d'interprétation du juge. Parmi les motifs des arrêts de la Cour, on peut en effet opposer ceux qui se fondent sur le droit matériel et ceux qui se fondent sur une technique procédurale. Parmi ces derniers, la justification fondée sur l'attribution du risque de la preuve présente probablement une certaine originalité en ce qu'elle est une individualisation de la situation du perdant du procès. A cet égard, la comparaison avec les juridictions constitutionnelles manque de pertinence et force est d'observer que l'attitude de la Cour est davantage comparable à celle des juges ordinaires.

1224. En outre, la motivation des arrêts par l'attribution du bénéfice du doute se pose avant tout comme la traduction d'un échec à établir l'objet de la preuve, et on pourrait même penser qu'elle n'implique pas nécessairement un parti pris sur le fond du droit puisque les conditions d'application de la règle ne sont pas réunies. Par conséquent, on peut douter de la pertinence de l'analyse classique de la motivation pour fonder l'hypothèse d'un usage stratégique de la justification probatoire devant la Cour.

1225. Ces critiques, en partie justes, obligent à préciser davantage le sens de la démarche entreprise en mesurant l'intérêt de la conception susmentionnée de la motivation. Ce qu'elle enseigne, c'est qu'il peut exister un décalage entre les raisons véritables d'un arrêt et sa justification officielle. Si l'on admet que le juge choisit les motifs de la décision en raison de l'effet qu'ils peuvent produire sur son auditoire, il est également possible de soutenir qu'il utilise la justification probatoire à partir de la même stratégie. On peut même supposer que c'est précisément pour éviter certains débats de fond que la Cour fait perdre ou gagner le procès en se fondant sur la procédure. En outre, la liberté dont le juge dispose pour apprécier les preuves subit encore moins la pression de l'obligation de motiver en raison du principe de l'intime conviction. Ce régime de preuve permet de la souplesse dans la valorisation des éléments de preuve, mais également dans la motivation des arrêts. On saisit la force de cette affirmation lorsque l'on considère une espèce tranchée par la Cour.

1226. On sait que la preuve de l'absence de communication des pièces par une juridiction à l'une des parties au cours d'un procès constitue une violation des exigences du procès équitable. La norme peut donc être formulée de la manière suivante : si une juridiction n'a pas communiqué les pièces d'un plaideur à son adversaire, alors l'Etat doit être condamné pour violation de l'article 6 de la Convention. Cependant si, à l'occasion de l'examen d'une

prétention fondée sur cette norme, la réalité de l'absence de communication est incertaine, quelle peut être la décision du juge ? Va-t-il avouer le doute, où va-t-il l'occulter ? Va-t-il passer outre le doute en considérant que, compte tenu des autres éléments du dossier, il faut considérer le fait comme établi ? Il a donc plusieurs choix entre lesquels il va sélectionner la solution qui lui paraît la plus appropriée pour le moment ou, dans la droite ligne de l'hypothèse ici examinée, considérant que nous ne saurons rien de la réalité de ces hésitations, nous ne saurons que la motivation, c'est-à-dire la justification publique qu'il va donner au règlement de ce litige.

1227. Le problème de cette conception c'est qu'elle fait de la motivation un « jeu de dupe ». La motivation devient un instrument tactique qui serait privé de toute force si le justiciable apprenait la vérité sur les motifs des arrêts. Ce qui conduit à supposer que le juge ne décide jamais pour des raisons acceptables, justes ou logiques. Pour parler comme DWORKIN, cette conception « ne prend pas le droit au sérieux¹¹⁴⁴ ». Le doute qui préside à l'attribution du risque de la preuve, n'est-il pas réel ? L'appréciation des preuves, si elle est libre, est-elle nécessairement arbitraire ? Ce qu'il importe de relever c'est qu'il n'est pas nécessaire de prendre parti sur la question de l'illusion pour réfléchir sur la dimension argumentative du risque de la preuve.

1228. En effet, qu'elle dise la vérité de la conviction du juge ou non, la justification probatoire existe et demeure chargée d'une certaine signification. Elle n'est pas nécessairement un mensonge, mais elle est toujours un choix. L'idée qui guide les pages qui vont suivre est que cette argumentation peut permettre de mieux comprendre la pratique de la Cour et d'évaluer de manière plus précise l'apport de la preuve à l'œuvre de la Cour.

1229. Dès lors, la justification probatoire remplit la même fonction que tous les éléments de la motivation en droit. Donner les raisons acceptables du dispositif, et persuader ses destinataires qu'il ne pourrait en être autrement. En un mot, satisfaire son auditoire.

B – La notion d'auditoire

1230. D'après PERELMAN, qui ne s'éloigne guère d'Aristote sur ce point, le but de toute argumentation est de « *provoquer ou d'accroître l'adhésion des esprits aux thèses qu'on*

¹¹⁴⁴ R. DWORKIN – *Prendre le droit au sérieux*, traduction M-J. ROSSIGNOL et F. LIMARE, Paris, P.U.F, 1995.

présente à leur assentiment¹¹⁴⁵ ». Ainsi, « la notion d'auditoire est centrale en rhétorique. Car, un discours ne peut être efficace que s'il est adapté à l'auditoire qu'il s'agit de persuader ou de convaincre¹¹⁴⁶ » puisque « c'est en fonction d'un auditoire que se développe toute argumentation¹¹⁴⁷ ». Elle désigne « l'ensemble de ceux sur lesquels l'orateur veut influencer par son argumentation¹¹⁴⁸ ». Bien évidemment, cette définition ne doit pas être prise à la lettre, et il faut considérer que tout producteur de discours, fut-il paré de la force du droit, est un orateur au sens de cette définition.

1231. L'auditoire est ainsi toujours présent dans le discours argumentatif. Sa composition, ses attentes encadrent et guident le choix des mots et des orientations de l'auteur de la motivation juridique. Comme il s'agit d'un acte écrit, tout le problème est de savoir comment garantir la justesse, ou plutôt l'acceptabilité, des arguments avancés par le locuteur à l'égard d'un auditoire physiquement absent. D'où l'existence de multiples discussions sur la question de savoir la manière de concevoir l'auditoire. Il n'est pas nécessaire d'en rappeler ici toute la teneur¹¹⁴⁹, puisque l'on dispose d'informations suffisantes pour envisager la réalité du droit positif.

1232. S'agissant de l'étude de la motivation de la Cour, la notion d'auditoire peut se révéler en effet fort utile. Pour déterminer les destinataires de l'argumentation de la Cour, une voie simple et difficilement contestable consiste à identifier ceux que le droit désigne comme tels.

1233. On retrouve en premier lieu les personnes auxquelles l'autorité de la chose jugée est opposable : les parties au procès. C'est d'abord à elles que s'adresse la motivation

¹¹⁴⁵ C. PERELMAN – *L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation*, Paris, Vrin, 1997, p. 23 ; pour ARISTOTE, « la rhétorique est la faculté de considérer pour chaque question, ce qui peut-être propre à persuader ». ARISTOTE – *Rhétorique*, livre premier, chapitre II, Paris, Livre de poche, 1991, p. 82.

¹¹⁴⁶ C. PERELMAN – *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 2^{ème} édition, 1979, p. 176.

¹¹⁴⁷ C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA – *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Edition de l'Université de Bruxelles, 4^{ème} édition, 1983, p. 6.

¹¹⁴⁸ C. PERELMAN – Le raisonnement juridique : une logique de l'argumentation, in *Ethique et droit*, Bruxelles, Bruylant, Editions de l'Université libre de Bruxelles, 1990, p. 27.

¹¹⁴⁹ Il convient néanmoins de rappeler que PERELMAN a proposé la notion d'auditoire universel dans la mesure où il est extrêmement difficile de satisfaire un auditoire composite au sein duquel des groupes particuliers imposent des adaptations et des inflexions parfois contradictoires à l'argumentation. Selon lui, il faut donc rechercher une conception holiste de l'auditoire qui fournit « le critère d'une argumentation rationnelle et objective » comme le rappelle M-C. PHONTOREAU. Voir M-C. PHONTOREAU – *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Paris, Economica, 1994, p. 171.

Pour PERELMAN « un discours convaincant est celui dont les prémisses et les arguments sont universalisables, c'est-à-dire acceptables, en principe, par tous les membres de l'auditoire universel ». C. PERELMAN – *L'empire rhétorique...*, op. cit., p. 31 ; et C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA – *Traité de l'argumentation...*, op. cit., p. 40. Cette conception a fait l'objet de plusieurs critiques formulées notamment par R. ALEXY. Voir, M-C. PHONTOREAU – *La reconnaissance des droits non-écrits...*, op. cit., p. 173 ; R. ALEXY – *A theory of legal argumentation. The theory of rational discourse as a theory of legal justification*, Oxford clarendon press, 1989, p. 155.

fondée sur le risque de la preuve dans la mesure où cette dernière conclut une controverse portant sur des faits en marquant l'insuffisance de l'une d'entre elles. Le risque de la preuve concerne avant tout les parties, il ne touche pas de manière directe l'interprétation du droit substantiel applicable au litige.

1234. A cette catégorie évidente on peut se demander s'il faut ajouter l'ensemble des titulaires des droits et de la communauté conventionnelle. Ce serait, suivant le critère de l'autorité des arrêts de la Cour, élargir le cercle des destinataires par référence à la notion d'autorité de la chose interprétée. Pourtant, la portée individuelle de la question du risque de la preuve incite à écarter ce point de vue. On ne peut nier que tout arrêt renferme de manière implicite ou expresse des informations à l'attention des personnes qui sont dans des situations comparables à celles qui sont parties au procès, qu'il s'agisse des titulaires des droits de l'homme ou des Etats, ainsi qu'à tous ceux qui, comme les *amici curiae* ou les organisations non-gouvernementales, participent à la défense et à la promotion des droits de l'homme. Mais, le discours du risque de la preuve demeure bien trop précis pour autoriser que l'on démontre une portée aussi diffuse des arrêts qui l'utilisent. A moins d'estimer, et il faudra considérer ce point avec attention, que par le risque de la preuve la Cour évite un débat qui intéresse l'ensemble de ceux qui sont impliqués dans la protection des droits de l'homme.

1235. D'ailleurs peut-être que c'est l'un des éléments qui fait de ce type de motivation une justification qu'il faut parfois placer en haut de l'échelle argumentative.

§ 2 – La théorie des échelles argumentatives

1236. Bâtie par Oswald DUCROT, la théorie des échelles argumentatives peut servir à appuyer l'idée d'un usage stratégique du risque de la preuve¹¹⁵⁰. Elle fournit un cadre pour penser qu'il existe une hiérarchie dans l'argumentation (A) et permet d'appréhender de manière plus forte l'utilité du choix des justifications juridiques (B).

¹¹⁵⁰ DUCROT O. – *La théorie des échelles argumentatives*, Paris, Les éditions de minuit, Propositions, 1980.

A – La hiérarchie dans l'argumentation

1237. Il existe une hiérarchie entre les arguments que l'on peut invoquer en faveur d'une certaine conclusion. Il faudra s'enquérir du contenu de cette thèse (1) avant d'envisager de la transposer dans le cadre de l'étude du risque de la preuve (2).

1 – Le contenu de la thèse d'Oswald DUCROT

1238. Solliciter la linguistique, après la rhétorique, pour expliquer un phénomène du droit ne doit plus surprendre de nos jours, tant les travaux d'éminents chercheurs ont précisé l'intérêt d'étudier l'univers des règles comme un langage. Sans entrer dans d'amples exposés en vue de légitimer ce type d'approche, il suffit de remarquer la part que l'interprétation des textes dans l'activité juridique ainsi que le rôle de la qualification juridique occupent dans la vie du droit pour percevoir le lien que l'on peut établir entre la science du droit et la linguistique.

1239. Les recherches menées dans cette optique ne sont pas nouvelles. Que l'on se souvienne de l'ouvrage collectif dirigé par P. AMSELEK¹¹⁵¹ ou de l'œuvre impressionnante de C. PERELMAN¹¹⁵². Dans de nombreuses situations, AUSTIN¹¹⁵³, RICOEUR, ou SEARLE¹¹⁵⁴, sont mobilisés pour appréhender le droit positif. Parmi ces travaux particulièrement stimulants, il y a lieu de réserver une place à part à la tentative de Jean Denis MOUTON de saisir l'œuvre de la Cour européenne des droits de l'homme à travers le prisme de la linguistique dans une contribution publiée dans les mélanges offerts à Charles CHAUMONT¹¹⁵⁵. C'est dire que l'hypothèse de l'usage stratégique de la motivation fondée

¹¹⁵¹ P. AMSELEK (Ed.) – *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, P.U.F, 1986.

¹¹⁵² Une partie de cette œuvre est citée au long des développements.

¹¹⁵³ J. L. AUSTIN – *Quand dire c'est faire*, Paris, Editions du seuil, impression de 1970 ; par exemple P. AMSELEK – Philosophie du droit et acte de langage, in P. AMSELEK (Ed.) – *Théorie des actes...*, op. cit., p. 109 ; D. KURZON – Prolegomena to a speech act approach of hearsay evidence, *Revue internationale de sémiotique juridique*, I/3, 1988, p. 263.

¹¹⁵⁴ Voir par exemple une thèse prenant pour point de départ la théorie des actes de langage de SEARLE et qui retrace la bibliographie liée à cette démarche en droit : C. TROBO – *Essai sur les conditions d'une science empirique du droit*, Thèse dact., Paris X, 1996 ; voir également M. VAN DE KERCHOVE – La théorie des actes de langage et la théorie de l'interprétation juridique, in P. AMSELEK – *Théorie des actes...*, op. cit., p. 211.

¹¹⁵⁵ J-D. MOUTON – Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme comme actes de discours : contribution à la méthodologie de la fonction juridictionnelle, in *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, méthodes d'analyse du droit international*, Mélanges offerts à Charles CHAUMONT, Paris, Pedone, 1984, p. 407.

sur le risque de la preuve peut se rattacher à une démarche théorique qui n'a pas toujours épargné la juridiction internationale de Strasbourg.

1240. C'est la raison pour laquelle la théorie des échelles argumentatives de DUCROT peut servir à aller plus loin dans l'étude du système probatoire. L'intérêt de cette thèse c'est qu'elle formalise une observation simple selon laquelle, pour établir une affirmation donnée, tous les arguments n'ont pas la même force de persuasion.

1241. Le point de départ de sa démonstration est une distinction fondamentale entre raisonnement et discours argumentatif. Selon lui, « *les énoncés dont se compose un raisonnement sont indépendants les uns des autres – dans la mesure où chacun parmi eux est censé exprimer une certaine « proposition », c'est-à-dire désigner un certain état du monde (ou un ensemble d'états) présenté soit comme réel soit comme virtuel*¹¹⁵⁶ ». Dans un raisonnement, l'enchaînement des énoncés n'est pas fondé sur eux-mêmes, mais entre les propositions qu'ils véhiculent. L'agencement logique des propositions n'est alors que la mise en forme de la relation de causalité qui existe entre les événements qui sont rapportés. A l'inverse, dans l'argumentation, « *l'enchaînement des énoncés a une origine interne, il est fondé sur la nature même de l'énoncé, ou, si l'on préfère, sur son sens, et non pas sur l'état du monde auquel il renvoie*¹¹⁵⁷ ». Or, poursuit-il, « *la thèse centrale de la théorie argumentative est que le sens d'un énoncé contient une allusion à son éventuelle continuation : il lui est essentiel d'appeler tel ou tel type de suite, de prétendre orienter le discours ultérieur dans telle ou telle direction* ».

1242. Pour expliquer son point de vue, le linguiste fait appel à la notion de classe argumentative : « *un locuteur – en entendant par ce mot un sujet parlant inséré dans une situation de discours particulière – place deux énoncés « p » et « p' » dans la classe argumentative « r », s'il considère p et p' comme des arguments en faveur de « r ». Supposons, par exemple que « la venue de Pierre et celle de Paul me semblent, l'une et l'autre, accréditer la conclusion « la réunion a été un succès ». Dans ce cas, on dira que, pour moi, les énoncés « Pierre est venu et Paul est venu » appartiennent à la classe déterminée par « La réunion a été un succès »*¹¹⁵⁸ ». Un autre point important, mais c'est un préalable nécessaire à la compréhension de la théorie des échelles, est le constat que la valeur des arguments est marquée par l'usage de certains morphèmes comme, « même » ou

¹¹⁵⁶ O. DUCROT – *La théorie des échelles argumentatives*, Paris, Les éditions de minuit, Propositions, 1980, p. 10.

¹¹⁵⁷ O. DUCROT – *La théorie des échelles...*, op. cit., p. 11.

¹¹⁵⁸ O. DUCROT – *La théorie des échelles...*, op. cit., p. 17

« puisque », et que leurs utilisations argumentatives a une portée propre qui implique qu'ils véhiculent toujours une certaine valeur.

1243. Comme exemple de sa thèse DUCROT choisit, parmi d'autres, l'usage argumentatif du mot « même ». A partir d'une étude d'un autre linguiste¹¹⁵⁹, il analyse la phrase « même pierre est venu ». Selon lui, cette phrase ne se contente pas seulement d'ajouter à l'information « Pierre est venu » une autre information du type « la venue de Pierre était improbable ». Si l'on veut montrer qu'une réunion a été un succès (classe argumentative), l'argument selon lequel Pierre est venu, dans le mesure où il est précédé de « même », montre qu'il existe au moins un autre argument qui a moins de valeur pour accréditer le succès de la réunion, par exemple, « Paul est venu ». C'est donc que pour accréditer une certaine thèse, il existe des arguments de valeurs différentes, d'où l'utilité de dresser une théorie des échelles argumentatives.

2 – La transposition de la thèse d'Oswald DUCROT

1244. L'intérêt d'une telle théorie pour les phénomènes linguistiques est évident, mais présente-t-elle un bénéfice particulier pour l'étude du droit et en particulier pour l'étude du risque de la preuve ? Si des doutes sont permis quant à l'utilisation telle quelle de la démonstration d'Oswald DUCROT, il demeure possible de s'en inspirer pour jeter un autre éclairage sur la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme. Pour montrer qu'il y a un usage stratégique de l'argumentation fondée sur le risque de la preuve, force est de constater que l'idée d'une hiérarchie entre les arguments est un renfort utile. Certes, il n'est pas nécessaire d'adhérer à tout le raisonnement d'Oswald DUCROT, mais encore faut-il relever qu'il serait sûrement malhonnête d'emprunter à cet auteur une théorie, même revisitée, sans avoir pris le temps de l'exposer brièvement. Pour autant, trois éléments méritent d'être retenus. En premier lieu, l'idée de classe argumentative, qui est la formalisation de l'intention poursuivie par le locuteur. En second lieu, l'idée d'échelle argumentative selon laquelle, en fonction du but poursuivi par l'argumentation, certains arguments ont plus de force que d'autres. En troisième lieu, l'idée que cette valeur ou cet usage des arguments est une propriété du langage même, c'est-à-dire qu'il est compris de manière nécessaire dans son

¹¹⁵⁹ Il se réfère à l'étude de J. C. ANSCOMBRE – « Même le roi de France est sage » qu'il cite à la page 16 de son ouvrage.

emploi, quelle que soit la personne qui l'utilise. A partir de ces éléments, il apparaît possible de mesurer l'utilité des choix de justifications juridiques opérées par la Cour.

B – L'utilité du choix des justifications juridiques

1245. Avant d'aller plus loin, il faut rappeler les caractéristiques du risque de la preuve saisi dans sa dimension argumentative. Le risque de la preuve signifie que l'incertitude de la Cour à l'égard d'un fait doit profiter à l'une des parties au procès. La Cour ne peut omettre de statuer en se fondant sur un doute insoluble, ni prolonger indéfiniment le procès en attendant d'être parvenue à une conviction suffisante sur la réalité des faits. A moins qu'elle ne prononce des mesures d'instruction, elle doit imputer le doute à l'une des causes. Cette solution n'implique pas une interprétation du droit substantiel applicable au litige – abstraction faite de la détermination de l'objet pertinent de la preuve – et conduit le juge à statuer sur le seul terrain procédural.

1246. De ce bref rappel, il ressort au moins deux points importants. D'une part, le risque de la preuve garde la règle matérielle à l'abri d'une prise de position de la part du juge dans une affaire donnée. D'autre part, le risque de la preuve sanctionne la défaillance de l'une des parties comme pour lui faire supporter les conséquences d'une vérité absente.

1247. Deux angles d'appréciation se chevauchent pour mesurer l'utilité de cette motivation devant la Cour européenne des droits de l'homme. Une première piste est offerte par le rapprochement de la Cour avec les autres juridictions, qu'elles soient nationales ou internationales. En effet, cette technique procédurale recèle des avantages propres qui sont comparables pour toutes les juridictions qui l'utilisent. Une autre démarche consiste à se demander si le risque de la preuve n'a pas une signification particulière lorsqu'il est attribué dans le cadre de la protection européenne des droits de l'homme.

1248. Evidemment, la Cour ne dévoile pas le secret de ses méthodes, mais au fil de sa jurisprudence, il se dessine des lignes directrices que l'on découvre en rapprochant certains arrêts, dans certains domaines. C'est dire qu'il ne s'agit nullement de spéculation mais d'une réflexion menée sur le droit positif, à partir d'apports théoriques qui ne sont pas nécessairement éloignés de la science du droit. A bien y regarder, la motivation fondée sur le risque a éludé, dans des situations bien définies, un débat attendu sur le fond. Signe de prudence ou simple application d'une technique procédurale pratique et légitime parce qu'elle

est à la fois répandue et acceptée ? Il est très difficile de trancher, mais c'est cette problématique qui fait sans doute de ce genre de motivation une justification incomparable de la décision de justice.

Sous-section 2 – L'argumentation stratégique de la Cour

1249. Pour la Cour, relever l'insuffisance des preuves pour rendre son arrêt en attribuant à l'une des parties le bénéfice du doute, apparaît parfois comme le meilleur argument possible. Raisonnant de manière conséquentialiste, la juridiction internationale cherche à atteindre deux objectifs différents : éviter certains débats de fond (§ 1) et légitimer sa décision (§ 2).

§ 1 – Eviter certains débats de fond

1250. Il faut dire que réaliser une union plus étroite entre les Etats membres du Conseil de l'Europe est sans conteste une mission délicate. Elle requiert des arbitrages divers qui doivent garantir l'effectivité de la protection des droits tout en réservant une marge raisonnable de pouvoir discrétionnaire aux Etats impliqués. De plus, en raison de la relative disparité des traditions démocratiques, la Cour peut être amenée à contenir sa fermeté afin d'aider certains Etats à entrer avec plus d'assurance dans le moule des Etats les plus respectueux des droits de l'homme.

1251. Cette double contrainte explique que la Cour préfère éviter certains débats de fond et, alors que son auditoire élargi – parties au procès, ensemble des Etats parties à la Convention, participants à la protection des droits de l'homme – attend une position de principe, elle se borne à statuer sur le fondement des preuves versées au dossier qu'elle considère, dans ces situations, insuffisantes.

1252. Deux exemples serviront à la mise en évidence de cet usage stratégique du risque de la preuve, d'abord celui de la jurisprudence relative à l'interdiction des discriminations (A), ensuite celui de la jurisprudence relative à l'existence de pratiques administratives de violation de la Convention (B).

A – L'exemple de la jurisprudence relative à l'interdiction des discriminations

1253. Dès l'affaire linguistique belge, la Cour avait adopté un ton qui préparait à une application controversée de l'article 14 de la Convention. Elle s'était prononcée en faveur de l'interprétation la moins large de la prohibition de la discrimination afin de ne pas aboutir, selon elle, « à des résultats absurdes » en déclarant contraire à la Convention « chacune des nombreuses dispositions légales ou réglementaires qui n'assure pas toutes une complète égalité de traitement dans la jouissance des droits et des libertés reconnus¹¹⁶⁰ ». Le propos n'est pas ici de faire la synthèse et le commentaire de la jurisprudence relative à l'article 14, mais de montrer qu'elle constitue un domaine qui caractérise le mieux un certain usage de la motivation fondée sur le risque. Pour ce faire, il est possible de réduire l'analyse à l'observation de la jurisprudence relative à la discrimination raciale.

1254. Sur la question du racisme, la jurisprudence de la Cour prête en général à critique¹¹⁶¹. Tout se passe comme si elle usait de diverses astuces pour éviter de s'engager sur ce terrain. D'après le professeur DECAUX elle « traduit » parfois « une certaine myopie du juge qui ne semble pas voir une discrimination qui paraît pourtant flagrante¹¹⁶² ». Cette hésitation apparaît de plusieurs manières.

1255. D'abord, dans la droite ligne de sa conception restrictive, la Cour avait rejeté l'allégation de discrimination raciale dans l'affaire Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, en préférant retenir l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe¹¹⁶³. Mais cette substitution de moyens à l'intérieur même du cadre de l'article 14, pourtant significative de la timidité de la Cour, n'est pas fréquente.

1256. Il arrive que la juridiction internationale, usant de la technique classique de « l'économie de moyens », ne réponde pas au grief de non-discrimination lorsqu'elle estime qu'elle a donné une solution suffisante au litige en se prononçant sur une question connexe¹¹⁶⁴. C'est, par exemple, l'attitude qu'elle a adopté dans l'affaire Sidiropoulos qui concernait le refus des tribunaux grecs d'enregistrer une association soupçonnée de porter

¹¹⁶⁰ Affaire linguistique belge, 23 juillet 1968, série A n°6, § 10.

¹¹⁶¹ Dans l'arrêt Jersild, la Cour montre peu d'égard aux victimes de la provocation raciale au profit de la protection de la liberté d'expression. Jersild c. Danemark, 23 septembre 1994, série A n°298.

¹¹⁶² E. DECAUX – Les jurisprudences internationale et européenne en matière de non-discrimination raciale, in E. DECAUX (Ed.) – *Le droit face au racisme*, Paris, Pedone, 1999, p. 112.

¹¹⁶³ Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, 28 mai 1985, série A n°94 § 85.

¹¹⁶⁴ Parfois, comme dans l'affaire Loizidou, la Cour va jusqu'à ignorer le moyen tiré de l'obligation de non-discrimination. En son paragraphe 36, l'arrêt rapporte que le requérant avait invoqué la discrimination raciale comme motif d'ingérence dans l'exercice de son droit de propriété. La Cour ne répond pas sur ce point. Loizidou c. Turquie (fond), 18 décembre 1996, Recueil 1996-VI, § 36.

atteinte à l'intégrité territoriale du pays, les requérants avançaient notamment que les motifs de l'interdiction de la constitution de leur association résidaient « *dans l'origine et la conscience de certains des fondateurs de celle-ci, ainsi que dans le fait qu'ils ont exprimé publiquement l'opinion selon laquelle ils appartiennent à une minorité*¹¹⁶⁵ ». La Cour refuse de se prononcer sur l'allégation de discrimination en indiquant qu'eu égard à la conclusion adoptée sur le terrain de l'article 11 qui porte sur les mêmes faits, il n'y avait lieu pas de prendre position sur ces dénonciations¹¹⁶⁶.

1257. Il est intéressant de rapporter cette jurisprudence à la question du risque de la preuve. Il semble en effet que la motivation fondée sur le doute, par le laconisme qu'elle implique, prémunit la Cour d'une critique trop sévère lorsqu'elle se borne à constater que les preuves versées au dossier sont insuffisantes. Ainsi, dans plusieurs arrêts rendus sur des questions sensibles, la haute juridiction de Strasbourg va recourir à cette argumentation commode.

1258. L'arrêt Gregory, fournit une illustration remarquable de cette pratique. En première instance, alors que le jury délibérait sur le sort du requérant, citoyen britannique de « race noire » - ainsi que l'indique l'arrêt -, poursuivi pour vol, il fit parvenir au juge une note ainsi libellée : « *propos à connotation raciste. Un membre à excuser* ». Le juge a consulté les représentants de l'accusation et de la défense sur l'attitude à adopter face à cet événement. Si l'arrêt révèle que l'incertitude règne quant à la réaction de l'avocat de la défense, il est établi que le juge rappela les membres du jury pour leur rappeler en substance qu'ils devaient se prononcer sur la base des preuves présentées et non à partir de préjugés. Les jurés décidèrent de la culpabilité du requérant en première instance, et la juridiction d'appel ne jugea illicite ou inappropriée l'attitude adoptée par le juge de première instance.

1259. Devant la Cour le requérant se plaignait notamment d'une violation de l'article 14 combiné avec l'article 6 au motif que les juridictions anglaises ont traité la question des préventions raciales de manière moins sérieuse qu'ils eussent traité toute autre forme de préjugés. Il reprochait notamment au juge de première instance de n'avoir pas congédié le jury ni mené d'enquête, il arguait de l'inadéquation des instructions du magistrat qui ne parlaient pas explicitement de préjugés raciaux. Son mémoire se référait en outre, à des affaires dans lesquelles des juridictions anglaises avaient estimé qu'il y avait lieu de congédier le jury pour des allégations moins graves que celles dont il se plaignait.

¹¹⁶⁵ Sidiropoulos et autres c. Grèce, 10 juillet 1998, Recueil 1998-IV, 51.

¹¹⁶⁶ La même technique prévaut dans d'autres arrêts, par exemple : Parti de la liberté et de la démocratie ÖZDEP c. Turquie, 8 décembre 1999, Recueil 1999-VIII, §§ 45-49 ; Başkaya et Okçuoğlu c. Turquie, 8 juillet 1999, Recueil 1999-IV, § 81.

1260. Face à ces allégations sérieuses, on aurait pu attendre de la Cour qu'elle fasse preuve de rigueur à l'égard de la discrimination raciale, d'autant que la théorie des apparences qui lui est si chère pouvait entrer en ligne de compte. Au paragraphe 43 de l'arrêt la Cour avait d'ailleurs noté « *l'importance fondamentale qu'il y a à ce que les tribunaux d'une société démocratique inspirent confiance aux justiciables, à commencer, au pénal, par les prévenus* ». L'arrêt montre que le débat se situait en particulier sur le terrain de la preuve lorsqu'il relate que « *le Gouvernement partage la conclusion de la Commission selon laquelle il n'existe aucune preuve que le juge de première instance ait traité la question des préventions raciales de manière moins sérieuse qu'il n'eût traité toute autre forme de préjugés* ». La Cour conclut à l'absence de violation de l'article 14 au motif que cette affaire ne soulevait aucune question distincte de l'article 6 pour lequel elle n'avait retenu aucune violation¹¹⁶⁷. La présence d'un juré qui déclare ses préjugés racistes au sein du jury populaire ne paraît pas constituer un motif suffisant pour pousser la Cour à constater une violation de l'article 14 de la Convention. Elle préfère ne pas adopter de position de principe en s'abritant derrière une insuffisance de la preuve qui était particulièrement difficile à rapporter puisqu'elle imposait au requérant de démontrer que face à un autre préjugé (non racial) le juge anglais aurait réagi autrement.

1261. Bien entendu, l'usage de la motivation probatoire peut-être combiné avec la technique de « l'économie de moyen ». Ainsi dans l'arrêt Ibrahim Aksoy, « *La Cour rappelle qu'elle a constaté une violation de l'article 10 de la Convention. Toutefois, pour parvenir à la conclusion que les mesures appliquées en raison d'un discours, d'un article et d'une brochure n'étaient pas nécessaires dans une société démocratique, elle a déclaré être convaincue que ces mesures poursuivaient des buts légitimes, à savoir la protection de la sécurité nationale et de l'intégrité territoriale, ou la prévention du crime et de la défense de l'ordre. Rien ne porte à croire que les restrictions à la liberté d'expression qui en ont résulté peuvent être attribuées à une différence de traitement fondée sur l'origine ethnique du requérant. Dès lors, la Cour conclut à l'absence de violation de l'article 14 de la Convention*¹¹⁶⁸ ».

B – Le primat de l'approche individualisée de la violation des droits

¹¹⁶⁷ Gregory c. Royaume-Uni, 25 février 1997, Recueil 1997-I, § 53.

¹¹⁶⁸ Ibrahim Aksoy c. Turquie, 10 octobre 2000, § 83.

1262. Un autre cadre d'observation nous est fourni par le traitement des allégations de pratiques administratives contraires à la Convention dans les affaires turques. La multiplication du contentieux turc a confirmé, s'il en était besoin, que les droits de l'homme ne bénéficient pas dans cet Etat d'une protection satisfaisante, singulièrement dans la région de Dyarbakir où le groupe terroriste P.K.K lutte en faveur du séparatisme kurde.

1263. Certaines requêtes entreprirent de démontrer qu'il régnait en Turquie une tolérance officielle d'actes de violations répétées afin que la Cour sanctionne cet Etat par la reconnaissance d'une pratique administrative de violation de la Convention¹¹⁶⁹. Elles s'appuyaient notamment sur des documents adoptés par des institutions internationales impliquées à titres divers dans la protection internationale des droits de l'homme. Contre toute attente, et peut-être pour encourager la Turquie à réaliser des progrès plus rapides dans la garantie des droits, la Cour ne s'est pas montrée sensible à ces moyens de preuve et plutôt que de prendre une décision énergique en condamnant la fréquence des actes illicites des autorités turques, la juridiction a décidé de rendre des arrêts concernant les situations individuelles dénoncées au mépris de la prise en compte de la situation d'ensemble.

1264. Quel autre argument que le risque de la preuve peut, sur l'échelle argumentative, remplir le rôle d'individualisation de la requête en permettant à la Cour d'éluder une approche globale de la protection des droits dans certains Etats ? Même si la Cour constate l'existence d'une violation individuelle, elle se fonde sur l'insuffisance des preuves pour rejeter l'allégation de pratique administrative. Dans la mesure où ces éléments ont été déjà présentés en diverses parties de la recherche, deux exemples qui illustrent parfaitement l'usage de la motivation fondée sur le risque seront brièvement rappelés.

1265. Il y a lieu de rappeler que dans l'affaire Aksoy, en se référant notamment à une déclaration publique du Comité européen pour la prévention de la torture, d'un résumé des résultats de la procédure concernant l'enquête sur la Turquie publiés le 9 novembre 1993 par le Comité des Nations Unies contre la torture, et à un rapport établi en 1995 par le Rapporteur spécial des Nations unies sur la torture, le requérant soutenait que les articles 3, 5 § 3, 6 § 1, 13 et 25 § 1 avaient été violés dans le sud-est de la Turquie du fait d'une pratique administrative contraire à la Convention. Mais, la Cour ne montre guère de considération pour

¹¹⁶⁹Au paragraphe 159 de son arrêt précité *Irlande c. Royaume-Uni*, la Cour indique : « Une pratique incompatible avec la Convention consiste en une accumulation de manquements de nature identique ou analogue, assez nombreux et liés entre eux pour ne pas se ramener à des incidents isolés, ou à des exceptions, et pour former un ensemble ou système; elle ne constitue pas en soi une infraction distincte de ces manquements ».

ces allégations et se borne à relever que les preuves recueillies par la Commission sont insuffisantes pour constater l'existence d'une pratique administrative¹¹⁷⁰.

1266. De même, dans sa requête, M. Aydin invoquait en particulier une déclaration publique du CPT « où celui-ci conclut que la pratique de la torture et d'autres formes de mauvais traitements graves de personnes en garde à vue est largement répandue en Turquie ». En outre, l'arrêt enseigne que « devant la Cour », « le requérant a signalé la dernière déclaration publique du CPT, en date du 6 décembre 1996, confirmant que la torture et les mauvais traitements restent pratique courante dans les postes de police en Turquie¹¹⁷¹ ». Mais, La Cour « estime que les preuves établies par la Commission ne sont pas suffisantes pour lui permettre de se prononcer sur l'existence d'une pratique administrative de violation des articles de la Convention invoqués par la requérante¹¹⁷² ».

1267. A plusieurs reprises, la Cour a adopté cette attitude timide, comme si elle considérait la sanction d'une violation structurelle des droits de l'homme comme une sanction infamante qu'elle devait esquiver pour ne pas stigmatiser un membre de la communauté conventionnelle¹¹⁷³. C'est peut-être pour cette raison qu'elle a choisi d'individualiser son contrôle dans les affaires de disparitions forcées. Dans cette perspective, l'insuffisance des preuves est un argument qui confine la portée des arrêts rendus à la situation particulière de la victime en refusant de porter une appréciation globale sur la situation des droits de l'homme en Turquie. En quelque sorte, la gestion du doute remplit ici un rôle « diplomatique ».

1268. Dans ces situations, l'insuffisance de preuve sert d'alibi au manque de volonté de la Cour et l'attribution du risque vient trahir le manque de dynamisme de la jurisprudence. L'avantage est qu'il est fort difficile de contester le manque de preuve, l'inconvénient est que la désignation du plaideur qui a le bénéfice du doute est un choix qui découle des principes que la Cour s'est elle-même fixée et auxquelles elle peut déroger à tout moment, et en particulier lorsqu'il y va de l'effectivité de la protection offerte aux individus.

§ 2 – Légitimer la décision

¹¹⁷⁰ Aksoy c. Turquie, 18 décembre 1996, Recueil 1996-VI, § 107.

¹¹⁷¹ Aydin c. Turquie, 25 septembre 1997, Recueil 1997-VI, § 122.

¹¹⁷² Aydin c. Turquie, 25 septembre 1997, Recueil 1997-VI, § 124.

¹¹⁷³ Akdivar et autres c. Turquie, 16 septembre 1996, Recueil 1996-IV, § 88 ; Kaya c. Turquie, 19 février 1998, Recueil 1998-I, § 117 ; Yaşa c. Turquie, 2 septembre 1998, Recueil 1998-VI, §§ 116-117.

1269. Sans reprendre la problématique déjà présentée de l'intervention de la Cour dans la réunion des preuves, on peut lire l'incertitude des faits comme un échec du mécanisme probatoire qui, du droit à la preuve à la charge de la preuve, ne parvient pas à dissiper le doute dans l'esprit du juge. Sur le terrain du risque de la preuve, et plus singulièrement sur l'argumentation à laquelle il donne lieu, ces observations prennent un relief tout à fait particulier. Pour le mettre à jour, il convient d'indiquer qu'elle a fait l'objet d'une étude comparable en droit privé français.

1270. Dans une thèse complexe, X. LAGARDE a défendu l'idée que le risque de la preuve revenait à imputer aux parties les insuffisances du système probatoire¹¹⁷⁴. Il n'est pas utile de présenter l'ensemble de l'impressionnant raisonnement qu'il qualifie de « critique » et qui le conduit à soutenir ce point de vue ; le détour serait trop long d'autant qu'il faudrait le discuter et montrer les différences qui séparent la thèse de cet auteur de la réflexion menée ici sur la preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme¹¹⁷⁵. Quelques passages de ses développements suffisent à la compréhension de cet apport de sa recherche avec laquelle il conviendra de prendre quelque distance.

1271. « *Les présomptions tirées de l'insuffisance des preuves fonctionnent comme de simples « facilités de jugement » mises à la disposition de l'institution judiciaire. Si cet instrument dont le juge peut se servir présente une utilité certaine, on doit admettre qu'en son absence, le juge ne serait pas empêché d'accomplir sa mission. Il serait alors tenu d'affirmer ou de nier franchement les allégations des parties sans pouvoir justifier sa décision par le fait que l'insuffisance des preuves fournies doit être imputée à l'une ou l'autre des parties. Et s'il s'avérait que la valeur probante des preuves produites était trop faible pour justifier ces affirmations ou négations, le juge pourrait faire usage de ses pouvoirs en matière d'administration de la preuve pour remédier à cette carence¹¹⁷⁶ ».*

1272. Si le juge ne disposait pas de la technique du risque de la preuve, « *l'accomplissement de sa tâche risquerait de se révéler quasiment insurmontable. En effet, le juge qui prendrait acte de la faible valeur probante des preuves produites devrait, en vue d'assurer l'autorité de sa décision, prendre systématiquement l'initiative de l'administration de la preuve. C'est de cette contrainte que le juge se trouve libéré lorsqu'il met en œuvre la présomption tirée de l'insuffisance des preuves ».*

¹¹⁷⁴ X. LAGARDE – *Réflexion critique...*, op. cit.,

¹¹⁷⁵ L'exposé de ces différences, qui sont essentiellement d'ordre méthodologique, ne présente pas une grande importance pour la suite du propos.

¹¹⁷⁶ X. LAGARDE – *Réflexion critique...*, op. cit., p. 270.

1273. Le reproche que l'on peut faire à ce raisonnement est de constituer le doute en pathologie, en accident que les juges pourraient éviter, et sous-entendre que la vérité des faits est un objectif que l'on pourrait toujours atteindre à partir d'inférences rationnelles conduites sur la base d'informations qui seraient toujours accessibles. Or, la réunion des preuves n'est pas toujours possible, de plus chacun sait que l'incertitude peut subsister à l'instruction, même après l'adoption d'un rapport d'expertise ou l'audition de témoins. Toutefois, on peut partager le contenu de ses conclusions sans adhérer nécessairement aux raisonnements qui lui ont servi de prémisses.

1274. Le système probatoire nous place à nouveau devant un paradoxe : l'insuffisance de preuve imputée à l'une des parties pourrait également être le signe de la carence de la procédure dans son ensemble. En effet, il peut advenir que le doute qui subsiste à l'instruction provienne en partie de l'absence d'intervention du juge dans la recherche des preuves, comme il provient parfois des carences de l'exercice du droit à la preuve. Le risque de la preuve fait figure de technique commode qui rejette sur un seul des participants au procès le poids d'un manque dont la responsabilité est parfois partagée.

1275. Cette affirmation fait écho à la conception de la fonction de la motivation telle que nous l'avons présentée. D'après le professeur FRISON-ROCHE, l'office du juge consiste notamment à aboutir à « *une décision la plus juste possible et la mieux acceptée que possible par les parties, y compris par le perdant*¹¹⁷⁷ ». « Y compris » par le perdant ou « surtout » par le perdant ? Si la fonction explicative de la motivation vaut pour toutes les parties au litige, il n'est pas déraisonnable de penser qu'elle prêtera davantage à critique de la part de celui dont elle prononce la défaite. De ce point de vue, sur l'échelle argumentative, le risque de la preuve présente le grand intérêt de faire dire à la décision que la perte du procès résulte du propre fait du perdant qui n'a pas apporté une preuve suffisante des allégations favorables à la thèse qu'il défendait. Pour reprendre une expression de X. LAGARDE, il s'agit d'une véritable « *légitimation par imputation* ».

1276. Ce point de vue n'est pas sans rappeler les idées développées par N. LUHMAN. Pour ce théoricien, la procédure est un instrument de légitimation des décisions. A mesure que se développe le procès, la participation des parties et l'institutionnalisation adaptée de leurs rôles sont censées créer une adhésion au jugement qui tranchera le différend. Cette adhésion est une donnée incontournable de la procédure qui assume notamment une fonction d'explication et d'absorption de la violence diffuse et des

¹¹⁷⁷ M-A FRISON-ROCHE – La philosophie du procès, propos introductifs, *A.P.D.*, Tome 39, 1995, p. 20.

insatisfactions¹¹⁷⁸. Au fil du déroulement de l'instance, les capacités de critique seront abolies et la décision devra apparaître comme imposée par les éléments avancés par les parties, appréciés à la lumière des règles de droit qu'une instance supérieure fournit au juge.

1277. Dans ce « théâtre d'apparence », on peut réserver une place de choix au risque de la preuve qui sanctionne une responsabilité que les plaideurs se reconnaissent dans la prise de décision. Certes, il est illusoire de croire que même la motivation la mieux tournée est capable d'apaiser une défaite judiciaire. Mais, l'autorité de la chose jugée vient clore le débat ; la vérité juridique est dite, même si l'une des parties pourra toujours regretter avoir perdu sa cause sur l'existence d'un doute.

Conclusion du chapitre II

1278. Les enseignements du risque de la preuve rappellent les liens intimes qui unissent le fond du droit au système probatoire. Dans une certaine mesure, l'attribution du bénéfice doute concentre une série d'informations qui touchent aux questions les plus fondamentales posées par le contrôle juridictionnel des droits de l'homme. Cependant, elle fait elle-même partie d'une procédure dont elle ne représente qu'un domaine particulier. C'est pourquoi l'éclairage qu'elle apporte à la problématique de la hiérarchie des droits est limité, même si elle semble traduire au plan technique l'existence d'une échelle de la protection. Si elle n'est pas un outil suffisant pour édifier cette pyramide, elle jette une lumière plus crue sur la différenciation des régimes juridiques constitutifs des garanties.

1279. Au plan de l'argumentation, elle est la porte de sortie qui permet à la Cour de se dérober quand elle souhaite réserver sa position sur certaines allégations graves qui lui sont soumises. Sur ce même terrain, mais ce n'est pas un usage qui lui est spécifique, elle tend à rendre la décision plus acceptable au perdant du procès. Elle participe d'une stratégie argumentative qui n'est ni négligeable ni inutile.

1280. C'est que le risque de la preuve est riche en significations, il témoigne de la volonté jurisprudentielle de la Cour et reflète des éléments qui demeurent cachés si l'on y prend garde. En faire un prisme est donc moins s'efforcer de lui faire avouer des choses qu'elle ignore que de chercher à tirer avantage de sa nature.

¹¹⁷⁸ « Les procédures ne génèrent pas qu'une compréhension durable mais également des déceptions durables. Leur fonction n'est pas de les prévenir mais plutôt de donner en fin de compte, aux déceptions inévitables, la forme d'un ressentiment diffus et privé qui ne peut s'ériger en institution ». N. LUHMAN – *La légitimation par la procédure*, op. cit., p. 108.

Conclusion du Titre II

1281. L'orthodoxie et l'originalité...deux traits que le système probatoire combine d'un bout à l'autre de l'instance. On les retrouve sans surprise dans le domaine de l'attribution du risque de la preuve. Paradoxalement, l'orthodoxie qui consiste ici en l'application du principe classique selon lequel celui qui affirme un fait en justice doit l'établir, n'est pas synonyme de raideur. Au cours du procès, la position des parties change constamment et ils avancent tour à tour des faits dont ils supportent le risque. Cette technique est empreinte d'un empirisme essentiel et ne garantit pas nécessairement le succès de la victime. Il faut dire que, compte tenu des avantages consentis au cours de l'instruction, le moment du jugement de preuve est celui de la nuance qui accueille sur un pied d'égalité les argumentations des parties.

1282. Cependant, la Cour gagnerait à faire appel à un critère d'affectation du doute plus à même d'assurer la logique de l'effectivité des droits. Il semble en effet qu'au lieu d'appliquer le critère du « demandeur à la preuve », elle pourrait s'appuyer sur celui de la charge effective qui conduit à faire supporter le risque de la preuve à la partie qui a le plus facile accès aux éléments recherchés. Bien entendu, la Cour utilise parfois le renversement de la charge de la preuve lorsque les exactions dénoncées sont commises alors que la victime est entre les mains des autorités et qu'elle ne dispose pas des moyens d'établir ses allégations. Mais seuls quelques droits profitent de ce régime privilégié.

1283. C'est ici que commence l'originalité, car la différenciation des régimes suggère l'existence d'une hiérarchisation des droits. Cependant, l'enquête se révèle impuissante à établir une pyramide régulière et ne parvient guère qu'à prendre acte de la valorisation d'un petit groupe de droits. L'originalité est encore plus marquée sur le plan de l'argumentation judiciaire puisque l'affectation du doute en défaveur de la victime permet à la Cour d'écarter les prétentions réclamant un contrôle que la Cour se refuse à exercer.

1284. Il n'est pas aisé de tirer des conclusions fermes et définitives sur le contrôle à partir du risque de la preuve, non parce que la souplesse de l'affectation du bénéfice du doute fournit un prisme inadéquat, mais parce que la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme sur ce point a pour caractéristique principale la casuistique, la flexibilité qui ne sied pas toujours à l'effectivité de la protection des droits.

Conclusion de la deuxième partie

1285. La nuance est le terme qui paraît décrire avec le plus d'exactitude le régime juridique de la charge de la preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme. L'emprise de la logique de l'effectivité des droits n'est pas aussi nette qu'elle n'apparaît dans le cadre du droit à la preuve. Elle s'affiche en demi-teinte, et semble même passée parfois au second plan, tant sur le terrain de la charge de l'administration de la preuve que sur celui de l'imputation du risque de la preuve.

1286. La première charge est neutralisée dès lors que le juge peut indifféremment s'adresser aux parties pour recueillir les éléments de preuve qu'il désire. Mais si la Cour dispose d'importants pouvoirs d'investigation susceptibles d'assurer l'équilibre de l'instruction, on peut légitimement craindre qu'elle se borne le plus souvent à interroger les parties dans des situations où une audition de témoins, une visite des lieux ou une expertise semblent plus indiqués.

1287. Cette appréhension repose sur une analyse qui mêle des considérations d'ordre juridique et pratique. D'abord, il importe de souligner que le caractère subsidiaire du recours s'accorde mal avec l'image d'une cour internationale qui se comporterait en juge de première instance des litiges qui lui sont soumis. Il ne faudrait pas que cette situation exceptionnelle se répète trop fréquemment, elle heurterait autant le principe de la subsidiarité qu'elle mettrait en péril la crédibilité de la garantie instituée par la Convention. D'ailleurs la Cour ne dispose pas de moyens financiers et humains suffisants pour parer à cette éventualité, d'autant qu'elle est aux prises avec l'engorgement de son rôle qui gêne le traitement des affaires dans un délai raisonnable.

1288. De plus, la Cour ne peut procéder à des perquisitions qui lui assureraient l'accès aux documents administratifs nécessaires ni contraindre des témoins à participer à l'instruction. Cette imperfection est à peine corrigée par l'obligation faite aux Etats de coopérer à la recherche des preuves. Certes, les Etats respectent souvent cette prescription fondée sur l'article 38 § 1 a) de la Convention, mais le manquement à cette règle d'efficacité ne se traduit pas toujours par un constat de violation au fond. Bien que cette solution soit conforme à la logique, elle met en lumière la fragilité des droits dont l'effectivité dépend largement de la volonté de l'Etat qui, même en présence d'un mécanisme de contrôle international, peut encore tirer parti des failles qu'il comporte.

1289. Dans ce contexte, la Cour doit redoubler de vigilance face aux risques de conserver l'inégalité des parties procès et de prendre à tout moment le faux pour le vraisemblable. A cet égard, la règle jurisprudentielle qui impose aux autorités nationales de mener une enquête effective et officielle porte toutefois la promesse d'une amélioration de cet état du droit. L'Etat est ainsi tenu de faire la lumière sur les situations litigieuses au cours de l'épuisement de voies de recours internes, réduisant par la-même la survenance des questions de fait devant la Cour.

1290. De son côté, l'imputation du risque de la preuve est dominée par la recherche de solutions pragmatiques. La Cour ne s'estime pas liée par le principe classique *actori incumbit probatio* qui ôte à celui qui affirme l'existence d'un fait le bénéfice du doute qui s'y rapporte. Mais elle ne manque pas de l'appliquer à tous les droits et à tous les stades du contrôle qu'elle effectue. C'est que le raisonnement qui le sous-tend est commode en ce qu'il fait peser le risque de la preuve sur chaque allégation positive, quel qu'en soit l'auteur. Il s'accorde d'autant mieux avec la protection des droits qu'en règle générale les parties disposent de nombreux éléments de preuve réunis durant l'épuisement des voies de recours internes.

1291. En revanche, la Cour s'en écarte dès lors qu'elle doit tirer les conséquences du manque de preuve d'un dossier qui met en cause la responsabilité de l'Etat pour des actes commis envers des personnes entièrement soumises à ses agents, qu'ils aient lieu au cours d'une garde à vue ou d'une détention. La Cour change alors de critère d'attribution du risque de la preuve au regard de l'incapacité évidente des individus à se procurer les preuves suffisantes. Mais l'évaluation de la charge effective de la preuve n'est pas une référence systématique, et sa généralisation serait sans doute une amélioration de la protection des droits.

1292. Pour l'instant, ce régime privilégié profite à un petit nombre de garanties, le droit à la sûreté, la prohibition de la torture et des traitements inhumains et dégradants et le droit à la vie. Il en résulte une véritable différenciation de la valeur de la protection, tout au moins sous l'angle du risque de la preuve. Bien qu'elle ne permette pas d'édifier une pyramide des droits, elle montre que certains bénéficient d'une vigilance accrue qui les place au-dessus des autres.

1293. Par ailleurs, il semble que l'existence d'un doute profite parfois au juge qui peut, sur son fondement rejeter certaines allégations de manquements graves à la Convention sans autre forme de justification. Quelques exemples donnent à penser que le doute fait

obstacle à l'approfondissement d'un contrôle que le juge veut éviter, faisant du défaut de preuve l'outil d'un repli jurisprudentiel. Au-delà de cet usage spécifique, l'affectation du risque remplit une fonction qui, pour être moins originale n'en est pas moins importante. Elle légitime la décision de la Cour en faisant assumer au perdant la responsabilité de ses propres insuffisances. En situant sur le terrain de la preuve la perte du procès, elle est un discours à l'adresse du perdant pour qui la motivation est parfois, s'agissant en particulier de la victime en matière des droits de l'homme, l'accompagnement dérisoire de ces malheurs. Elle dissimule cependant assez mal l'impérieuse nécessité pour la Cour de se donner les moyens de lever l'incertitude qui entoure les faits pertinents en usant aussi bien des techniques juridictionnelles que du fond du droit, c'est là le défi indépassable d'une garantie effective des droits.

CONCLUSION GENERALE

1294. En partant de l'hypothèse fondamentale que la valeur des droits dépend de l'aménagement des règles de preuve qui dominant leur réalisation judiciaire, l'objet de l'étude était de mesurer l'influence de la logique de l'effectivité des droits sur le régime de preuve en vigueur devant la Cour européenne des droits de l'homme. En particulier, la réflexion a été une tentative de montrer de quelle manière la preuve est au service de l'effectivité du contrôle du respect de la Convention européenne des droits de l'homme, sans omettre de souligner les imperfections qui l'empêchent de donner toute la mesure de ses possibilités.

1295. L'essai s'est bâti autour d'une distinction simple établie entre la faculté de produire des preuves – dénommée droit à la preuve – et la charge de la preuve qui est une technique destinée à désigner le responsable de la production des preuves. D'un côté, un droit, un complexe de garanties procédurales ; de l'autre, une technique juridictionnelle, une obligation imputable aux parties dans certaines circonstances. Cette opposition est apparue d'autant plus commode qu'elle permet de faire le départ entre deux attitudes de la Cour.

1296. Dans le domaine du droit à la preuve, son action a consisté à promouvoir la cause de l'individu au moyen d'un aménagement différencié des conditions d'exercice de cette faculté. Cette application *pro victima* du droit à la preuve a permis d'illustrer combien la technique de preuve est liée à l'efficacité du recours au juge dans le cadre la protection des droits de l'homme et surtout le renfort que le titulaire des droits a pu trouver dans un activisme judiciaire qui lui est favorable.

1297. En revanche, dans le domaine de l'attribution de la charge de la preuve, la Cour se fait moins hardie et si elle apparaît dans une large mesure comme le garant de l'équilibre du procès, elle ne tente pas avec la même franchise de procurer des avantages à l'individu au cours de l'instance, ni dans le jugement. La nuance peut être considérée alors comme le trait le plus saillant de la pratique de la juridiction internationale qui, partagée entre les exigences de l'idéal de justice qui invitent à traiter les causes opposées avec une égale réserve d'une part ; et d'autre part la volonté de sauvegarder les droits du plus faible, conduit son action avec un pragmatisme qui donne à la fois des motifs de satisfaction et des motifs d'inquiétude.

1298. Pour tirer le bilan de cette action contrastée, il y a lieu de rassembler les enseignements recueillis au fil de l'étude afin de présenter les influences de la logique de l'effectivité des droits sur le système probatoire. A cet égard, on peut relever que si cette logique a modelé le système probatoire, son emprise n'embrasse pas tous les éléments du

régime de preuve de sorte qu'il serait exagéré de dire que l'on a pu constater une véritable mise en conformité. Cependant, on ne peut nier qu'il existe une harmonie entre la preuve et la logique de l'effectivité des droits (I), ni que la reconnaissance de cet accord laisse de nombreuses questions ouvertes sur le contrôle de la Cour (II).

I – L'harmonie de la preuve et de la logique de l'effectivité des droits

1299. Le système probatoire permet à la Cour de mener un contrôle effectif des situations litigieuses soumises à sa sagacité. Le règne de l'harmonie peut-être observé à la fois dans le domaine des règles de forme et dans le domaine des principes de fond.

1300. Pour ce qui est des règles de forme, l'harmonie se nourrit à la fois du respect des exigences du procès équitable et de la diversité des moyens d'information du juge.

1301. La première marque de l'adaptation du régime probatoire à la protection des droits de l'homme est sa soumission aux règles du procès équitable. Que l'on considère l'exercice du droit à la preuve ou la mise en œuvre des pouvoirs d'instruction de la Cour, les principes du contradictoire, de l'égalité des armes, de l'impartialité et de la publicité dominant l'ensemble des opérations de preuve. Certes, ils ne bénéficient pas tous d'une inscription dans la lettre de la Convention, mais ils encadrent et conduisent l'action du juge et des parties s'agissant de l'établissement des faits.

1302. Cela traduit l'impérieuse nécessité pour le procès international institué par la Convention d'accueillir les garanties procédurales qu'elle impose aux procédures nationales. A cet égard, l'étude de la preuve a suggéré l'existence de principes généraux du droit de la Convention dont la caractéristique principale est de s'imposer à l'ensemble des institutions qui appliquent la Convention européenne des droits de l'homme qu'elles relèvent ordinairement du droit interne ou du droit international. Il est en effet apparu que les règles du procès équitable réglaient le sort de tous les litiges mettant en cause un droit protégé par la Convention. Cette remarque ne concerne pas seulement les exigences qui, comme le caractère contradictoire de l'instance, sont opposables aux juridictions nationales et à la Cour européenne des droits de l'homme en vertu de bases juridiques distinctes clairement repérables dans la lettre de la Convention.

1303. Elle vaut également pour celles qui, nées de la jurisprudence, enrichissent le patrimoine juridique de la Cour alors qu'elles sont énoncées à l'adresse des juridictions nationales. L'hypothèse de la réflexivité de la parole de la Cour s'est particulièrement illustrée à propos de l'applicabilité du droit à un examen effectif des offres de preuve devant la Cour

européenne des droits de l'homme. Elle n'est pas une construction intellectuelle dénuée de fondement si l'on se souvient que c'est en faisant appel à un raisonnement de ce type que l'arrêt *Lawless* avait affirmé que les normes issues de l'article 6 de la Convention s'appliquent à toutes les juridictions se référant à cet instrument et qu'en sa qualité de juridiction il lui appartenait de les respecter. Ce raisonnement n'a pas perdu de pertinence et il permet de concevoir l'applicabilité de la règle susdite à la Cour. Il importe toutefois de relever que plusieurs exemples ont conduit à douter de la conformité de la pratique de la Cour à ce droit à un examen effectif des arguments, moyens et offres de preuve présentés par les parties, au détriment du titulaire des droits de l'homme.

1304. En dehors de cette hypothèse, le respect des principes du procès équitable est globalement assuré et il présente l'intérêt d'établir un équilibre formel entre des parties de puissances inégales dans leurs rapports ante-judiciaires. Il fournit un cadre qui garantit un traitement équivalent aux argumentations de l'Etat et de son contradicteur dans la conduite de l'instance. Réalisant un idéal de justice formelle, la Cour européenne des droits de l'homme place l'individu au même rang que l'Etat dès lors qu'il s'agit d'établir les faits de la cause au cours de l'instance internationale.

1305. Il importe de relever que le régime de preuve permet d'assurer une large information de la Cour sur les données du litige. Non seulement, elle peut obtenir des preuves par l'intermédiaire des parties, mais elle peut également s'enquérir de tous renseignements utiles détenus par des tiers au litige. En effet, le droit à la preuve est attribué à la fois aux parties et aux intervenants de sorte que le juge peut compter sur plusieurs participants au procès qui lui fournissent spontanément des éléments propres à former sa conviction. Le régime d'intervention prévu par la Convention a ouvert le système probatoire aux *amici curiae* qui sont le plus souvent des organismes voués à la défense des droits de l'homme et qui produisent divers documents généraux sur l'état de la protection des droits dans un pays donné ou dans plusieurs Etats.

1306. La compréhension de la Cour s'appuie également sur le principe de la liberté de la preuve qui autorise que les faits soient établis en usant de tous les modes de preuve disponibles. En pratique, les pièces écrites ayant servi au cours de l'épuisement des voies de recours internes sont les plus nombreuses, mais la preuve audiovisuelle, qu'il s'agisse d'images ou de bandes sonores, ainsi que les témoignages sont également utilisés au cours du procès. Ce principe permet à la Cour d'accueillir des pièces diverses au sein desquelles les

actes et rapports adoptés par d'autres institutions internationales protectrices des droits de l'homme qui se sont révélés d'une précieuse utilité.

1307. La diversité des moyens d'information est augmentée par les larges pouvoirs d'enquête que la Convention et le règlement de procédure ont conféré à la juridiction internationale. A tout moment de l'instance, dès lors que la requête aura été déclarée recevable, elle peut, d'office ou à la demande des parties, recueillir des éléments complémentaires en sollicitant des témoins, des experts ou toute autre personne de son choix. Elle peut aller jusqu'à effectuer une enquête sur place lorsque les circonstances l'exigent. La réussite de l'inspection internationale est confortée par l'affirmation de l'obligation de coopération des Etats concernés posée par l'article 38 § 1 a) de la Convention. Mais le manque de moyens pousse la Cour à faire montre d'une grande réserve dans le recours à cette mesure d'investigation. Elle pallie cette timidité en imposant aux institutions nationales de mener une enquête officielle et effective lorsqu'elles sont saisies de dénonciations concernant les violations du droit à la vie, du droit à l'intégrité de la personne et du droit à la sûreté.

1308. Cette organisation procédurale est impuissante à promouvoir de manière satisfaisante l'adéquation du régime de la preuve à la sauvegarde des droits. Presque par nature, les règles procédurales qui gouvernent la marche de l'instance et la présentation des preuves sont vouées à instaurer un équilibre et ne peuvent générer des avantages décisifs en faveur de l'individu face à l'Etat défendeur. C'est qu'elle doit également se poursuivre sur le terrain du droit matériel. Dans ce domaine, la Cour a également fait œuvre utile.

1309. La juridiction a traduit la logique de l'effectivité des droits à travers le dosage de la charge effective des parties et par l'attribution du risque de la preuve.

1310. La charge effective est le nom que la théorie de la preuve donne à la difficulté de rapporter une preuve. Elle dépend généralement de deux éléments qui sont la nature de l'objet de la preuve (entendez par là le fait qu'il faut établir) et des standards de preuve utilisés par le juge (c'est-à-dire de l'intensité de la persuasion qu'il faut atteindre).

1311. Selon des caractères qui leur sont propres, c'est-à-dire, selon qu'ils soient subjectifs ou objectifs, simples ou complexes, positifs ou négatifs, les faits pertinents sont plus ou moins faciles à établir. Or, c'est le juge qui désigne les faits pertinents en interprétant l'énoncé normatif discuté par les parties. Ainsi, en subordonnant la confirmation de la thèse de l'individu à la preuve d'un fait objectif plutôt que d'un fait subjectif, la Cour peut lui donner un avantage décisif. De même, en exigeant que la preuve de certains faits soit établie

au-delà de tout doute raisonnable ou en se contentant d'une preuve légère, voire de simples indices, la Cour influe sur les chances de succès de l'Etat ou de l'individu.

1312. En conjuguant le contrôle de la pertinence et l'application des standards, la Cour est parvenue à assurer une protection satisfaisante des intérêts de l'individu. De nombreux choix interprétatifs comme la théorie des obligations positives, le principe selon lequel la renonciation à l'exercice des droits doit être non équivoque, la règle selon laquelle l'existence de nécessités locales autorisant la restriction de l'exercice des droits doit résulter d'une preuve décisive, pour ne citer que ces exemples, en fournissent une bonne illustration.

1313. Mais le maniement de ces méthodes est extrêmement délicat et l'on peut reprocher à la Cour d'imposer en certaine matière que l'individu établisse la preuve de certains faits au-delà de tout doute raisonnable. Ainsi en est-il des faits constitutifs d'atteinte à l'intégrité de la personne dont l'établissement peut sembler extrêmement difficile, voire impossible, face à un tel degré de persuasion. Le standard paraît d'autant plus inapproprié qu'il provient de la procédure criminelle anglo-saxonne qui l'utilise en vue de conforter la présomption d'innocence. La Cour le sait et, sans faire disparaître le standard de son discours, il lui arrive d'abaisser ses exigences, quitte à recourir parfois à une attribution convenable du risque de la preuve.

1314. A l'issue de l'instruction, dès lors que les argumentations ont été amplement et contradictoirement développées, si les faits demeurent incertains aux yeux du juge, à quelle cause peut-il donner le bénéfice du doute ? Devant la Cour, le dilemme de l'affectation du risque de la preuve reçoit une réponse paradoxale. Alors que les individus, certains défenseurs des droits de l'homme, certains chercheurs rejoints par la Cour même, s'épuisent à dénoncer l'inadaptation du principe classique *actori incumbit probatio* selon lequel chaque partie supporte le risque attaché aux faits qu'elle invoque, en matière de contentieux des droits de l'homme, la juridiction internationale applique ce critère d'attribution avec une souplesse qui ne nuit pas à l'effectivité de la garantie qu'elle offre aux individus.

1315. Il faut dire qu'au regard des efforts déployés dans le domaine de l'interprétation et dans la recherche des preuves, faire supporter à chacune des parties le risque de l'insuffisance du dossier relativement aux faits qu'elle avance n'apparaît pas nécessairement disproportionné. Bien plus, les résultats sont satisfaisants dans l'ensemble et l'on relève peu de cas qui déséquilibre le jugement en défaveur de l'individu. D'ailleurs, lorsque cela s'avère nécessaire, la Cour opère un transfert du risque de la preuve en demandant à l'Etat de rapporter une preuve négative. Les protections du droit à la vie, de l'intégrité de la personne et du droit à la sûreté sont les terres d'élection de cette technique.

Pour la Cour, « *lorsque les événements en cause, dans leur totalité ou pour une large part, sont connus exclusivement des autorités, comme dans le cas des personnes soumises à leur contrôle en garde à vue, toute blessure ou décès survenu pendant cette période de détention donne lieu à de fortes présomptions de fait. Il convient en vérité de considérer que la charge de la preuve pèse sur les autorités, qui doivent fournir une explication satisfaisante et convaincante*¹¹⁷⁹ ».

1316. Il ne serait pas raisonnable de revendiquer que la Cour généralise ce transfert à la surveillance de tous les droits, car cela équivaudrait à faire peser une véritable présomption de culpabilité sur l'Etat d'autant moins indiquée qu'elle est contraire à l'idéal de justice qui veut que le juge, fût-il le juge des droits de l'homme, examine avec une égale réserve les points de vue qui lui sont présentés.

II – Des questions ouvertes sur le contrôle de la Cour

1317. Si l'étude de la preuve a permis au passage de relever quelques imperfections dans l'organisation du régime juridique de l'intervention ou de mettre l'accent sur l'abaissement des droits des parties dans la conduite de l'instance, il ne s'agit que de simples dissonances dans l'harmonie constatée. Mais d'autres observations font naître de légitimes inquiétudes sur le contrôle opéré par la Cour, et laissent persister quelques incertitudes.

1318. L'office du juge se développe aujourd'hui dans un environnement où l'exigence de rentabilité liée à l'accroissement continu du nombre de requêtes qui le submergent se heurte à la nécessité de garantir un niveau de protection élevé. Les moyens mis en œuvre attirent l'attention sur le risque lié au désengagement de la Cour dans la recherche des preuves et sur la vigilance qu'elle doit maintenir en tant que juge subsidiaire.

1319. Les risques sont connus : comment juger plus vite en évaluant de manière approfondie les situations litigieuses qui se font jour au cours du procès ? Si la vérité n'est pas l'objectif raisonnable de la recherche des preuves, trop s'en éloigner est de nature à nuire à la crédibilité même de la Cour. En cette matière peu importe que cette distance profite à l'individu plutôt qu'à l'Etat, le simulacre de justice n'est pas un soutien bienvenu à la protection des droits de l'homme. Il redonnerait plus de vigueur qu'il n'en faut au pouvoir toujours à l'affût d'étendre son empire dans l'espace que la lutte séculaire pour la liberté a

¹¹⁷⁹ *Salman c. Turquie*, op. cit., § 100. Avec des formulations parfois différentes : *Tomasi c. France*, 27 août 1992, série A n° 241-A, §§ 108-111 ; *Ribitsch c. Autriche*, 4 décembre 1995, série A n°336, § 34 ; *Aksoy c. Turquie*, op. cit., § 61.

réservé au profit de la personne humaine. Il alimenterait les débats incessants sur la légitimité des décisions de la Cour lorsqu'elle heurte le sens commun ou lorsqu'elle conduit à la transformation de règles nationales qui se recommandent parfois d'une forte et longue tradition. Mieux vaut perdre en productivité ce que l'on risque de perdre en légitimité, c'est un des enjeux dans lesquels le système probatoire a un rôle important à jouer.

1320. Il est certain que la recherche des preuves correspond à l'allongement du procès notamment si la Cour se mêle d'enquêter sur place ou de solliciter des expertises et la réunion de témoignages. Cela devrait demeurer exceptionnel, non seulement parce qu'elle peut diversifier ses sources d'informations mais surtout parce qu'elle a dynamisé les procédures nationales en leur imposant, dans certaines circonstances, la réalisation d'enquêtes effectives. Mais, si ce choix est probablement une des solutions les plus efficaces, elle présente également certains inconvénients.

1321. Plus la Cour laisse de champ au juge national dans l'établissement des faits et moins elle apparaît comme un vrai juge aux yeux du requérant. C'est un mécanisme aisé à comprendre si l'on garde à l'esprit que celui qui se plaint à la Cour ne peut le faire qu'après que les autorités nationales aient refusé de reconnaître la violation qu'il dénonce. Or, l'application d'une présomption de régularité des faits établis par le juge national ne manquera pas de mettre en question le respect du droit à un examen effectif des arguments, moyens et offres de preuve devant le juge international. Il en va jusqu'à la théorie de l'apparence que l'on serait tenté d'invoquer pour contester les décisions qu'il rend. C'est pourquoi il paraît bon que le juge s'implique davantage dans ce domaine et qu'il ne cède pas à la facilité en refusant de contrôler purement et simplement les faits.

1322. Son action paraît d'ailleurs exemplaire sur le terrain de l'obligation d'enquête effective qu'il fait peser sur les autorités nationales. Cet emprunt continuera à porter ses fruits pour autant que la Cour fasse preuve de fermeté dans son observation tout en prenant garde à ce que la charge de travail économisée sur la collecte internationale des preuves ne se reporte pas sur le contrôle minutieux du respect de cette exigence.

1323. Le temps consacré à la réunion des preuves (dans lequel on doit également comprendre l'exercice du droit à la preuve) se réduira probablement à mesure qu'elle accélérera la vitesse de traitement des dossiers, mais il faudra veiller que cette diminution ne mette pas en péril le trésor patiemment acquis au fil des années de bons et loyaux services au profit des droits de l'homme. L'intensité du contrôle a partie liée avec la preuve et toucher au

système probatoire pourrait bien affecter profondément la portée de la surveillance internationale.

1324. Si l'on peut estimer que la Cour a pu modeler son système probatoire à la mesure de ses besoins, elle a agi parfois au cas par cas sans mettre l'accent sur la portée de ses décisions. Ainsi, en faisant bénéficier un petit groupe de droits d'un transfert du risque de la preuve, elle a dévoilé une curiosité de son œuvre en suggérant que tous les droits ne bénéficient pas nécessairement de la même protection. La tentation est grande d'extrapoler et de conforter l'hypothèse d'une hiérarchie jurisprudentielle des droits de l'homme. Mais une étude de la preuve doit seulement se borner à prendre acte de la différenciation des régimes juridiques sans pouvoir aller au-delà. De ce point de vue, la recherche ne peut confirmer l'existence ou l'absence d'une pyramide qui placerait au niveau supérieur le droit à la vie, le droit à l'intégrité de la personne et le droit à la sûreté. Elle contribue néanmoins à relativiser le discours de l'égalité des droits en laissant penser que cette égalité n'est pas nécessaire et rappelle que les productions doctrinales ne sauraient emprisonner le juge qui doit faire face à la réalité concrète et résoudre dans le peu de temps qu'il s'accorde les litiges qui lui sont soumis.

1325. On s'aperçoit que l'usage de techniques probatoires classiques a des conséquences originales dans le contentieux européen des droits de l'homme. D'ailleurs, au fil de l'étude, on a pu relever que la Cour a toujours su puiser dans le fonds commun de la théorie de la preuve pour construire, à force d'emprunts, par touches successives, et à travers des corrections périodiques une protection internationale digne des attentes des justiciables. Rien n'est figé entre les mains du juge qui sait soumettre la technique à ses orientations jurisprudentielles pour inscrire dans la réalité du droit les idéaux qui sont au fondement de la Convention.

BIBLIOGRAPHIE GENERALE

I – DROITS DE L’HOMME ET LIBERTES PUBLIQUES	479
A – OUVRAGES GENERAUX.....	479
B – OUVRAGES SPECIAUX.....	479
C – OUVRAGES COLLECTIFS ET MELANGES.....	480
D – ARTICLES, COURS ET CONTRIBUTIONS	481
II – LE PROCES.....	485
A – OUVRAGES GENERAUX.....	485
B – OUVRAGES SPECIAUX ET COLLECTIFS.....	485
C – ARTICLES, COURS ET CONTRIBUTIONS	487
III – LA PREUVE	495
A – PROBLEMES DE THEORIE ET DE PHILOSOPHIE LIES A LA PREUVE	495
B – DROIT DE LA PREUVE	498
IV – CHRONIQUES, NOTES DE JURISPRUDENCE ET CONCLUSIONS CITES	504
A – CHRONIQUES DE JURISPRUDENCE.....	504
B – NOTES DE JURISPRUDENCE ET CONCLUSIONS	504
V – JURISPRUDENCE CITEE	507
A) COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L’HOMME.....	507
B) COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L’HOMME	516
C) COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE.....	516
D) COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L’HOMME.....	517
E) COMITE DES DROITS DE L’HOMME DES NATIONS UNIES	517
F) JURIDICTIONS COMMUNAUTAIRES.....	517
G) SENTANCES ARBITRALES.....	517
H) CONSEIL D’ETAT	518
VI – DOCUMENTS.....	518
INDEX DES MATIERES.....	520

BIBLIOGRAPHIE GENERALE

I – DROITS DE L’HOMME ET LIBERTES PUBLIQUES

A – OUVRAGES GENERAUX

COHEN-JONATHAN G. – *La Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Aix Marseille, Economica PUAM, 1989, 616 p.

COHEN-JONATHAN G. – *Aspects européens des droits fondamentaux*, Paris, Montchrestien, 3ème édition, 2002, 616 p.

ROBERT J. ; DUFFAR J. – *Droits de l’homme et libertés fondamentales*, Paris, Montchrestien, 7ème édition, 1999, 909 p.

FAVOREU L. et al. - *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, Précis, 2^{ème} édition, 2002, 530 p.

LEBRETON G. – *Libertés publiques et droits de l’homme*, Paris, Armand Colin, 5^{ème} édition, 2001, 527 p.

SUDRE F. – *Droit international et européen des droits de l’homme*, Paris, P.U.F, Droit fondamental, 5^{ème} édition, 2001, 536 p.

SUDRE F. – *La Convention européenne des droits de l’homme*, Paris, P.UF, Que sais-je ? , 5^{ème} édition, 2002, 127 p.

RENUCCI J-F. – *Droit européen des droits de l’homme*, Paris, L.G.D.J., Manuel, 3^{ème} édition, 2002, 821 p.

MORISSON C. J. – *The developing european law of human right*, Leyden, A.W. sijnhoff, 1967, 274 p.

WACHSMANN P. – *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, Cours, 3ème édition, 2000, 542 p.

B – OUVRAGES SPECIAUX

ANDRIANTSIMBAZOVINA J. – *L’autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, Paris, L.G.D.J, 1997, 655 p.

BRACONNIER S. – *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme et droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 590 p.

FOURTEAU H. – *L’application de l’article 3 de la Convention Européenne des Droits de l’Homme dans le droit des Etats membres, l’impact des garanties européennes contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants*, Paris, LGDJ, 1996, 376 p.

GREER S. – *La marge d’appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l’homme*, Editions du Conseil de l’Europe, Dossiers sur les droits de l’homme n° 17, 2000, 62 p.

KASTANAS E. – *Unité et diversité : notions autonomes et marge d’appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, 480 p.

LAMBERT E. – *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 624 p.

LOCHAK D. – *Les droits de l'homme*, Paris, La découverte, Repères, 2002, 82 p.

MARGUENAUD J-P. – *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, Connaissance du droit, 1997, 147 p.

MAURER B. – *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, La documentation française, Monde européen et international, 1999, 555 p.

MERON T. – *Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'évolution du droit international public*, Editions du Conseil de l'Europe, 2000, 24 p.

MERRILLS J. G. – *The development of international law by the European court of human rights*, Manchester, Manchester university press, 1993, 265 p.

MONCONDUIT F. – *La Commission Européenne des Droits de l'Homme*, Leyden, A.W. sijnthoff, 1965, 559 p.

MOURGEON J. – *Les droits de l'homme*, Paris, P.UF, Que sais-je ? , 5^{ème} édition, 1998, 126 p.

PHONTOREAU M-C. – *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Paris, Economica, 1994, 280 p.

ROUGET D. – *La Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants*, Thèse dact., Lille II, 1995, 3 Tomes, 838 p.

SCHUTTER (DE) O. – *Fonctions de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 1164 p.

TEITGEN P. H. – *Aux sources de la Cour et de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Editions confluentes, collection « Voix de la cité », 2000, 61 p.

VAN DROOGHENBROECK S. – *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, prendre une idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, Presses de la Faculté de Saint-Louis, 2001, 785 p.

WACHSMANN P. – *Les droits de l'homme*, Paris, Dalloz, Connaissance du droit, 1999, 173 p.

WYLER E. – *L'illicite et la condition des personnes privées, la responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 1995, 361 p.

ZOLLER E – *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1977, 426 p.

C – OUVRAGES COLLECTIFS ET MELANGES

DECAUX E.(Ed.) – *L'ONU face à la détention arbitraire, bilan de six années de fonctionnement du Groupe de travail sur la détention arbitraire*, Paris, Cedin, Paris X Nanterre, Actes et documents, Réseau d'instituts des droits de l'homme, 134 p.

FLAUSS J-F. ; M. DE SALVIA (Ed.) – *La Convention européenne des droits de l'homme : développements récents et nouveaux défis*, Actes de la journée d'études du 30 novembre 1996, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 198 p.

JOINET L. (Ed.) – *Lutter contre l'impunité, dix questions pour comprendre et pour agir*, Paris, La découverte, sur le vif, 2002, 143 p.

Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire, mélanges en hommage à P. LAMBERT, Bruxelles, Bruylant, 2000, 1072 p.

Liber amicorum M-A. ESSEIN, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J, 1995, 487 p.

R. S. J. MACDONALD et al. – *The European system for the protection of human rights*, Kluwer Academic Publishers, 1993, p. 940 p.

MATSCHER F. et PETZOLD H. (Ed.) – *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de G. WIARDA*, Köln, Carl Heymans Verlag, 1988, 750 p.

Mélanges en hommage à L. E. PETTITI, Bruxelles, Bruylant, 1999, 791 p.

Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à J. VELU, Bruxelles, Bruylant, 1992, 3 Tomes, 1931 p.

Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, mélanges à la mémoire de R. RYSSDAL, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 1587.

PETTITI L.E. ; DECAUX E. ; IMBERT P-H (Ed.) – *Convention Européenne des Droits de l'Homme commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, 1225 p.

SALVIA (DE) M. et M. E. VILLIGER (Ed.) – *L'éclosion du droit européen des droits de l'homme, Mélanges en l'honneur de Carl Aage NORGAARD*, Baden-Baden, Nomos, 1998 ; 405 p.

D – ARTICLES, COURS ET CONTRIBUTIONS

ADDO M. K. ; GRIEF N. – Does Article 3 of The European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights ? , *J.E.D.I.*, 1998, vol 9, p. 510-524.

ARAI-TKASHI U. – Uneven, but in the direction of enhance effective, a critical analysis of « anticipatory ill-treatment » under ECHR, *N.Q.H.R.*, Vol. 20, 2002, p. 5-27.

ANDRIANTSIMBAZOVINA J. – L'élaboration progressive 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 1988-1995, *C.D.E* 1996, p. 655-739.

BENVENISTI E. – Margin of appreciation, consensus, and universal standards, *International law and politics*, vol. 31, 1999, p. 843-854.

BENZIMRA-HAZAN J. – Disparitions forcées de personnes et protection du droit à l'intégrité : la méthodologie de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, *R.T.D.H* 2001, p. 765-796.

BREILLAT D. – La hiérarchie des droits de l'homme, in *Droit et politique à la croisée des chemins, Mélanges offerts à Philippe ARDANT*, Paris, L.G.D.J, 1999, p. 353-372.

CALLEWAERT J. – L'article 3 de la Convention européenne : un norme relativement absolue ou absolument relative ? , in *Liber amicorum M-A EISSEN*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J, 1995, p. 13-38.

COHEN-JONATHAN G. – La Convention européenne des droits de l'homme et les systèmes nationaux des Etats contractants, in *Droit et justice, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Paris, Pedone, 1999, p. 385-404.

COHEN-JONATHAN G. – Le rôle des principes généraux du droit dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme, in *Mélanges en hommage à L. E. PETTITI.*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 165-196.

COHEN-JONATHAN G. – Article 10, in E. DECAUX ; P-H IMBERT (Ed.) – *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, 2^{ème} édition, Paris, Economica, 1999, p. 365-408.

COHEN-JONATHAN G. et BENZIMRA-HAZAN J. – La Convention européenne des droits de l'homme, droits garantis, jcl fasc. 6520 à 6522.

COSTA J-P. – Le raisonnement juridique de la Cour européenne des droits de l'homme, in O. PFRESMANN et G. TIMSIT (Ed.) – *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 121-129..

COUSSIRAT-COUSTERE V. – Article 8 § 2, in E. DECAUX ; P-H IMBERT (Ed.) – *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, 2^{ème} édition, Paris, Economica, 1999, p. 323-352.

DECAUX E. – Les jurisprudences internationale et européenne en matière de non-discrimination raciale, in E. DECAUX (Ed.) – *Le droit face au racisme*, Paris, Pedone, 1999, p. 101-118.

DRZEMCZEWSKI A. et GIAKOUMOPOULOS G. – Article 13, in L-E PETTITI ; E. DECAUX ; P-H IMBERT (Ed.) – *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, 2^{ème} édition, Paris, Economica, 1999, p. 455-475.

DUPUY P-M.- L'individu et le droit international, (théorie des droits de l'homme et fondements du droit international), *A.P.D.*, Tome 32, 1987, p. 119-133.

EVRIGENIS D. J.- Le rôle de la Convention européenne des droits de l'homme, in M. CAPPELLETTI (Ed.) – *New perspectives for a common law of Europe*, Florence, Publications of The European university institute, 1978, p. 341-355.

FLAUSS J-F – La Cour de Strasbourg face aux violations systématiques des droits de l'homme, in *Pouvoirs et liberté, Les droits de l'homme au seuil du 3^{ème} millénaire, mélanges en hommage à P. LAMBERT*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 343-361.

GÖLCÜKÜ F. – Le droit à la vie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in *Mélanges en hommage à L. E. PETTITI.*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 415-435.

GUILLAUME G. – Article 2, in E. DECAUX ; P-H IMBERT (Ed.) – *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, 2^{ème} édition, Paris, Economica, 1999, p. 143-154.

KAMMINGA M. T. – Is the European convention on human rights sufficiently equipped to cope with gross and systematic violations ?, *N.Q.H.R.*, vol. 12, 1994, p. 153-164.

KARAGIANNIS S. – Expulsion des étrangers et mauvais traitements imputables à l'Etat de destination ou à des particuliers, vers une évolution de la jurisprudence européenne ?, *R.T.D.H* 1999, p. 33-88.

KARAGIANNIS S. – L'aménagement des droits de l'homme outre-mer : la clause des « nécessités locales » de la Convention européenne, *R.B.D.I* 1995/1, p. 224-305.

LEDURE C. – Garanties minimales contre la détention arbitraire et pour le droit à un procès équitable en période d'exception, *R.B.D.I.*, 1994/2, p. 632-690.

LEFEUVRE P. – La protection du droit à la vie dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, in D. PREMONT et F. MONTANT (Ed.) – *Le droit à la vie. Quarante ans après l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme : évolution conceptuelle, normative et jurisprudentielle*, Travaux de l'association des consultants internationaux en droits de l'homme, Genève, 1992, p. 51-58.

LEONARDI D. A. – The strasbourg system of human rights protection : « europeanisation » of the law through the confluence of the western legal tradition, *R.E.D.P.*, vol. 8, n° 4, 1996, p. 1139-1196.

MAC DONALD R.S. – Protecting human rights in emergency situations : making article 15 work, in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, mélanges à la mémoire de R. RYSSDAL*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 817-827.

MAHONEY P. – Judicial activism and judicial self-restraint in the European court of human-rights : two sides of the same coin, *H.R.L.J.* 1990, p. 57-88.

MAHONEY P. – Marvellous richness of diversity or invidious cultural relativism ? , *H.R.L.J.* 1998, p. 1-6.

MATSCHER F. – Quarante ans d'activités de la Cour européenne des droits de l'homme, *R.C.A.D.I.*, Tome 270, 1997, p. 237-398.

MAYOR F. – Préface à l'ouvrage de la Fédération française des clubs Unesco de la ligue des droits de l'homme : *La conquête mondiale des droits de l'homme*, Paris, Le cherche midi éditeur, Editions UNESCO, 1998, p. 9-10.

MENON P. K. – Individual as subjects of international law, *R.D.S.D.P.* 1992, p. 295-327.

MELCHIOR DE MOLENES C. – La supranationalité : sens, réalité et application d'un concept juridique, *APD* 1972 Tome XVII, p. 337 - 352.

MERON T. – On a hierarchy of international human rights, *A.J.I.L.*, vol. 80, 1986, p. 1-15.

MOUTON J-D.– Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme comme actes de discours : contribution à la méthodologie de la fonction juridictionnelle, in *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, méthodes d'analyse du droit international, Mélanges offerts à Charles CHAUMONT*, Paris, Pédone, 1984, p. 407-431.

OLINGA A. D. et C. PICHERAL – La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, *R.T.D.H.* 1995, p. 567-604.

OST F. – Les directives d'interprétation adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme. L'esprit plutôt que la lettre ?, in M. VAN DE KERCHOVE et F. OST (Ed.) – *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, 1990, p. 237-323.

OVEY C. – The margin of appreciation and article 8 on the Convention, *H.R.L.J.* 1998, p. 10-12.

PETZOLD H. – The Convention and the principle of subsidiarity, in R. S. J. MACDONALD et al. – *The European system for the protection of human rights*, Kluwer Academics Publishers, 1993, p. 41-62.

REIDY A. ; F. HAMPSON ; K. BOYLE – Gross violation of human rights : invoking the European convention on human rights in the case of Turkey, *N.Q.H.R.*, vol. 15, 1997, p. 161-173.

ROLLAND P. – Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme, in D. ROUSSEAU et F. SUDRE (Ed.) – *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, Montpellier 20-21 janvier 1989, édition S.T.H, 1989, p. 47-75.

ROLLAND P. – L'interprétation de la Convention, *R.U.D.H.* 1991, p. 280-288.

RUSSO C. – Le droit à la vie dans les décisions de la Commission et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in *Mélanges en l'honneur de N. VALTICOS*, Paris, Pedone, 1999, p. 509.

SALVIA (DE) M.- L'élaboration d'un « jus commune » des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne : l'œuvre accomplie par la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme, in F. MATSCHER et H. PETZOLD (Ed.) - *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de G. WIARDA*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1988, p. 555-563.

SALVIA (DE) M. – Contrôle européen et principe de subsidiarité, faut-il encore et (toujours) émarger à la marge d'appréciation ?, in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, mélanges à la mémoire de R. RYSSDAL*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2000, p.373-386.

SCHUTTER (DE) O. – L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme : un essai en démolition, *R.D.S.D.P* 1992, p. 83-127.

SCHOKKENBROEK J. – The prohibition of discrimination in article 14 of the Convention and the margin of appreciation, *H.R.L.J* 1998, p. 20-22.

SHARPE J. L. – Article 50, in E. DECAUX ; P-H IMBERT (Ed.) – *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, 2^{ème} édition, Paris, Economica, 1999, p. 809-842.

SUDRE F. – Existe-t-il un ordre public européen, in P. TAVERNIER (Ed.) – *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 39-80.

SUDRE F. – A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme, *J.C.P G.* 2001, I, 335, p. 1365-1368.

SUDRE F.- Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : Y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ? in *Liber amicorum M-A Eissen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J, 1995, p. 381-398.

SUDRE F. – Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme, *R.T.D.H* 1995, p. 363-384.

SUDRE F. – L'ordre public européen, in M-J. REDOR (Ed.) – *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 109-132.

SUDRE F. – Article 3, in E. DECAUX ; P-H IMBERT (Ed.) – *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, 2^{ème} édition, Paris, Economica, 1999, p. 155-177.

TAVERNIER P. – La Cour européenne des droits de l'homme, applique-t-elle le droit international ou un droit de type interne ? in P. TAVERNIER (Ed.) – *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite ». 35 années de jurisprudence : 1959-1994*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 17-37.

TULKENS F. – L'interdit de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, les développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in *Mélanges offerts à P. COUVRAT, La sanction du droit*, Paris, P.U.F, Publication de la faculté de droit et de sciences économiques de Poitiers, 2001, p. 313-324.

VAN DER MEERSH W. J. G. – La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne une valeur d'ordre public ?, 2^{ème} colloque du Conseil de l'Europe sur la Convention européenne des droits de l'homme, Vienne, P.U.B, 1968, p. 155-251.

VAN DEER MERSCH W. J. G. – La référence au droit interne des Etats contractants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *R.I.D.C.*, 1980, p. 317-335..

VELU J. – Le contrôle des organes prévus par la Convention européenne des droits de l'homme sur le but, le motif et l'objet des mesures d'exception dérogeant à cette convention, in *Mélanges H. ROLIN, Problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, p. 462-469.

WACHSMANN P. – Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme, in S.F.D.I – *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, p. 193-194.

WACHSMANN P. – Les limitations à l'exercice des droits et l'étendue du contrôle juridictionnel, *R.U.D.H* 1991, p. 289-295.

II – LE PROCES

A – OUVRAGES GENERAUX

- AUBY, J.M. ; DRAGO, R. – *Traité des recours en matière administrative*, Paris, Litec, 1992, 688 p.
- AUBRY C. ; RAU C. – *Droit civil français*, Paris, Librairie Technique, 6^e édition par Eismen P., Tome XII, 1958, 487 p.
- BERGERES M-C. – *Contentieux communautaire*, Paris, PUF, droit fondamental, 1994, 344 p.
- BOULOUIS J. ; DARMON M. ; HUGLO J-G. – *Contentieux communautaire*, Paris, Dalloz, Précis, 2^{ème} édition 2001, 435 p.
- CHAPUS R. – *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 10^{ème} édition, 1379 p.
- GOHIN O. – *Contentieux administratif*, 2^{ème} édition, Paris, Litec, 1999, 426 p.
- GUINCHARD S. ; BANDRAC M. ; LAGARDE X. ; DOUCHY M. – *Droit processuel, droit commun du procès*, Paris, Dalloz, 2001, 962 p.
- JACQUELIN R. – *Principes dominants du contentieux administratif*, Paris, V. Giad et E. Brière, 1899, 348 p.
- LAFERRIERE E. – *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, LGDJ, Tome 1, 1^{ère} édition, réimpression 1989, 670 p.
- MOLINIER J. – *Droit du contentieux européen*, Paris, LGDJ, Système, 1996, 131 p.
- MOTULSKY H. – *Droit processuel*, Paris, Montchrestien, 1973, 294 p.
- NEVILLE BROWN L. ; KENNEDY T. – *The Court of justice of the European communities*, 5^{ème} edition, London, Sweet and Maxwell, 2000, 470 p.
- PACTEAU B. – *Contentieux administratif*, Paris, PUF, Droit fondamental, 6^{ème} édition, 2002, 506 p.
- VINCENT J. ; GUINCHARD S. – *Procédure civile*, Paris, Dalloz, Précis, 26^{ème} édition, 2001, 1154 p.

B – OUVRAGES SPECIAUX ET COLLECTIFS

1 – En droit interne

- AUBIJOUX IMARD P. – *Le dialogue dans le procès*, Thèse, Paris II, dact., 1999, 436 p.
- CHAUDET J-P. – *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse*, Paris, LGDJ, 1967, 528 p.
- CROZE H. – *Recherche sur la qualification en droit processuel français*, Thèse dact. Lyon III, 1981, 738 p.
- DEBBASCH C – *Procédure administrative contentieuse et procédure civile, contribution à l'étude de l'instance*, Paris, LGDJ, 1961, 467 p.
- GOHIN O. – *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, Paris, L.G.D.J, 1988, 495 p.
- KORNPROBST B. – *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, Paris, L.G.D.J, 1959, 393 p.

- LE BARS T. – *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, L.G.D.J, 1997, 357 p.
- LENAERTS K. – *Le juge et la constitution aux Etats Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988, 817 p.
- LIEVREMONT C. – *Le débat en droit processuel, contribution à une théorie générale du débat*, P.U.AM, 2001, 624 p.
- MARTIN R. – *Théorie générale du procès*, Edition Juridique et Technique, 1986, 197 p.
- PERROT R. – *De l'influence des techniques sur le but des institutions*, Paris, Sirey, 1947, 215 p.
- RIALS S. – *Le juge administratif et la technique du standard, essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, L.G.D.J, 1980, 564 p.
- ROYERE L. – *Parallèle entre la procédure des actions administratives et la procédure judiciaire*, Paris, Arthur Rousseau, 1901, 188 p.
- TERRE F – *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, L.G.D.J, 1956.
- TRUCHET D. – *Les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence du conseil d'Etat*, Paris, L.G.D.J, 1977, p. 397.
- VIZIOZ H. – *Etudes de procédure*, Bordeaux, Bière, 1956, 667 p.
- WALINE M. – *La notion judiciaire de l'excès de pouvoir*, Paris, Jouve & Cie., 1926, 278 p.
- 2 – En droit international public, droit international des droits de l'homme et droit international pénal**
- BUEREFIJN I. – *The reporting procedure under the Covenant on civil and political rights. Practice and procedure of the Human rights committee*, Antwerpen, Groningen, Oxford, Intersentia-hart, 1999, 417 p.
- BERGER V. et al. – *La procédure devant la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme après le protocole n° 11*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 193 p.
- BRUYN (DE) D. et al. – *Les exceptions préliminaires dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 198 p.
- COUR DE CASSATION et UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN DE STRASBOURG – *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 200 p.
- DELBEZ L. – *Principes généraux du contentieux international*, Paris, LGDJ, 339 p.
- DELICOSTOPOULOS I – *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen*, Thèse, Paris II, dact., 1999, 2 volumes, 731 p.
- FLAUSS J-F. (Ed.) – *La mise en œuvre du Protocole 11 : le nouveau règlement de la Cour européenne des droits de l'homme*, Actes de la journée d'études du 23 octobre 1999, Bruxelles, Bruylant, 2000, 178 p.
- GHANDI P. R. – *The Human rights committee and the right of individual communication*, Aldershot, Brookfield, Singapore, Sydney, Ashgate, Dartmouth, 1998, 522 p.
- GOLDRICK D. – *The Human rights committee, its role in the development of the international covenant on civil and political rights*, Oxford, Clarendon press, 1996, 576 p.
- HENNION P. – *Preuve pénale et droits de l'homme*, Thèse Nice, dact., 1998, 2 Tomes, 467 p.
- HUNNINGS N. M. – *European Courts*, London, Cartermill, 1996, 393 p.

JACOT GUILLERMOD O. (Ed.) – *La fusion de la Commission et de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg, N.P Engel, 1986, 245 p.

MELCHIOR M. et al. – *Introduire un recours à Strasbourg ?*, Bruxelles, Bruylant, Némésis, 1986, 216 p.

SATCHIVI F. A. A. – *Les sujets de droit, contribution de la reconnaissance de l'individu comme sujet direct du droit international*, Paris, L'harmattan, Logiques juridiques, 1999, 592 p.

SERMET L. – *Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif français*, Paris, Economica, 1996, p. 244.

SOCIETE FRANCAISE DE DROIT INTERNATIONAL – *La juridiction internationale permanente*, Paris, Pedone, 1987, 439 p.

VISSCHER (DE) C. – *De l'équité dans le règlement amiable ou judiciaire des litiges en droit international public*, Paris, Pedone, 1979, 118 p.

VISSCHER (DE) C. – *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, 269 p.

WACHSMANN P. et al – *Le protocole n° 11 à la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 194 p.

ZICCARDI C. G. (Ed.) – *Répertoire de la jurisprudence de la C.I.J.*, Martinus Nijhoff, 1995, 1211 p.

C – ARTICLES, COURS ET CONTRIBUTIONS

1 – En droit interne

COUTURE E. – Le procès comme institution, *R.I.D.C* 1950, p. 276-281.

BARANES W. ; FRISON-ROCHE M-A et ROBERT J-H – Pour le droit processuel, *D.* 1993, chronique III, p. 9-11.

COUCHEZ G. – Le principe de la contradiction, *Jcl. Procédure civile*, Fasc. 114.

DEBBASCH C. – L'interprétation par le juge administratif de la demande des parties, *J.C.P G.* 1982, I, 3085, p. 37-40.

FRISON-ROCHE M-A. – L'impartialité du juge, *D.* 1999, Chronique, p. 53-57.

FRISON-ROCHE M-A. – Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure, *in* J-M COULON et M-A FRISON-ROCHE – *Le temps dans la procédure*, Paris, Dalloz, 1996, p. 11-23.

FRISON-ROCHE M-A – La philosophie du procès, propos introductifs, *A.P.D.*, Tome 39, 1995, p. 19-24.

FRISON-ROCHE M-A. – Incidents de procédure. Obligation de concourir à la manifestation de la vérité, *Jcl. Procédure civile*, Fasc. 620.

GUINCHARD S. – Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ? , *in Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de G. FARJAT*, Paris, éditions Frison-Roche, 1999, p. 139-173.

GUINCHARD S. – Vers une démocratie procédurale, *Justices* 1999, p. 91-130.

GUINCHARD S. – Les solutions d'organisation procédurale, in J-M COULON et M-A FRISON-ROCHE – *Le temps dans la procédure*, Paris, Dalloz, 1996, p. 51-56.

HAIM V. – L'écrit et le principe du contradictoire dans la procédure administrative contentieuse, *A.J.D.A.*, 1996, p. 715-718.

L'HUILLIER J. – Une conquête du droit administratif français : le contentieux de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, *D.* 1953, chronique, p. 63-66.

MOTULSKY H. – Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense, *Mélanges P. ROUBIER*, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, p. 175-200.

LOMBLOIS C. – La présomption d'innocence, *Pouvoirs* n° 55, 1990, p. 81-94.

CHEVALLIER P. – Parties à l'instance, *Jcl procédure civile*, Fasc. 105.

RIDEAU J. – Le droit au juge : conquête et instrument de l'Etat de droit, in J. RIDEAU (Ed.) – *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 3-8.

VEDEL G. – Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? *E.D.C.E.*, 1979-1980, n° 31, p. 31-44.

2 – Droit européen des droits de l'homme

La procédure internationale

ABRAHAM R. – La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme : le protocole 11 à la Convention, *A.F.D.I.* 1994, p. 619-632.

ABRAHAM R. – Le point de vue de l'Etat défendeur, *Cahiers de l'I.D.E.D.H.*, 1992, n° 1, p. 18-33.

ABRAHAM R. – La nouvelle procédure, in WACHSMANN P. (Ed.) – *Le protocole n° 11 à la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 63-71.

ABRAHAM R. – Article 25, in E. DECAUX ; P-H IMBERT (Ed.) – *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, 2^{ème} édition, Paris, Economica, 1999, p. 579-590.

BARRETO I – Article 48, in E. DECAUX ; P-H IMBERT (Ed.) – *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, 2^{ème} édition, Paris, Economica, 1999, p. 793-804.

BERGER V. – La section, formation nouvelle de la Cour européenne des droits de l'homme, in *Pouvoirs et liberté, Les droits de l'homme au seuil du 3^{ème} millénaire, mélanges en hommage à P. LAMBERT*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p.67-80.

BERGER V. – Article 44, in PETTITI L.E. ; DECAUX E. ; IMBERT P-H (Ed.) – *Convention Européenne des Droits de l'Homme commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 759-767.

BERNHARDT R. – Reform of the control machinery under the European convention on human rights : protocol n° 11, *A.J.I.L.* 1995, p. 145-154.

BRATZA N. ; O'BOYLE M. – The legacy of the Commission to the new Court under the eleventh protocol, *E.H.R.L.R.*, 1997, p. 211-228.

BRIBOSIA D. – Le protocole n° 11 à la Convention européenne des droits de l'homme : une révolution au palais de Strasbourg ? , *J.T.D.E.*, 1995, p. 54-55.

CALLEWAERT J. – Article 45, in PETTITI L.E. ; DECAUX E. ; IMBERT P-H (Ed.) – *Convention Européenne des Droits de l'Homme commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 767-775.

- CALLEWAERT J. – La Cour européenne des droits de l’homme, un an après le protocole n° 11, *J.T.D.E* 1999, p. 201-207.
- CAMERON I. – Protocol 11 to the European convention on human rights : the European court of human rights as a constitutional court ? , *Y.E.L* 1995, p. 219-260.
- CLEMENT J-N. – L’audience de plaidoirie, l’arrêt de la chambre et la saisine de la grande chambre, in V. BERGER et al – *La procédure devant la nouvelle Cour européenne des droits de l’homme après le protocole n° 11*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 83-92.
- CLEMENTS L. – Striking the right balance : the new rules of procedure for the European court of human rights, *E.H.R.L.R.*, 1999, 266-272.
- COHEN-JONATHAN G. – De la Commission à la Cour européenne des droits de l’homme : actualités 1994-1995, *R.T.D.E* 1995, p. 723-742.
- COHEN-JONATHAN G. – Synthèse des travaux, in WACHSMANN P. (Ed.) – *Le protocole n° 11 à la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 137-149.
- COHEN-JONATHAN G. – Convention européenne des droits de l’homme, le système international de contrôle, jcl fasc 6510
- DECAUX E – L’avenir du règlement des différends interétatiques au sein du Conseil de l’Europe, in *Protection des droits de l’homme : la perspective européenne, mélanges à la mémoire de R. RYSSDAL*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 387-396.
- DELVAUX H. – La notion de victime au sens de l’article 25 de la Convention européenne des droits de l’homme, le particulier victime d’une violation de la Convention, in Conseil de l’Europe – *Actes du 5^{ème} colloque international sur la CEDH*, Francfort, avril 1980, Paris ; Pedone, 1982, 35-78 (total du colloque 418 p.) p 40-43 la situation du requérant individuel devant la Cour, P 59-64 la notion de victime ; 64-78 la jurisprudence de la Cour sur cette notion.
- DUTHEIL DE LA ROCHERE J. – Droit au juge, accès à la justice européenne, *Pouvoirs*, n° 96, 2001, p. 123-141.
- DRZEMCZEWSKI A. – The internal organisation of the European court of human rights : the composition of chambers and the grand chamber, *E.H.R.L.R* 2000, p. 233-243.
- EISSEN M-A – L’aspect institutionnel du protocole n° 11 à la Convention, *Bulletin des droits de l’homme*, n° 4, 1995, p. 3-17.
- EISSEN M-A – La Cour européenne des droits de l’homme, *R.D.P.*, 1986, p. 1539-1597.
- EISSEN M-A – La Cour européenne des droits de l’homme, de la Convention au règlement, *A.F.D.I.* 1959, p. 618-657.
- EISSEN M-A – Le nouveau règlement intérieur de la Commission européenne des droits de l’homme, *A.F.D.I.* 1960, p. 774-786.
- EISSEN M-A – L’avocat devant la Cour européenne des droits de l’homme, in *Protection des droits de l’homme : la dimension européenne*, Mélanges en l’honneur de G. Wiarda, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1988, p. 159-169.
- EISSEN M-A – L’aspect institutionnel du protocole n° 11 à la Convention, in WACHSMANN P. (Ed.) – *Le protocole n° 11 à la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 31-52.
- FLAUSS J-F – Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l’homme. Le protocole 9 à la Convention européenne des droits de l’homme, *A.F.D.I.*, 1991, p. 507-519.

FLAUSS J-F – Les modifications récentes du règlement de la Cour européenne des droits de l’homme, *R.T.D.H* 1995, p. 3-12.

FLAUSS J-F – La nouvelle procédure, in WACHSMANN P. (Ed.) – *Le protocole n° 11 à la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 51-64.

FRIEDBERG E. ; VILLIGER W. M. E. - The Commission of Human Rights, in MAC DONALD R.S. ; MATSCHER F. ; PETZOLD H. (Ed.) – *The European system for protection of human rights*, Martinus Nijhoff, 1993, p. 605-620.

FRICERO N. et RENUCCI J-F – Le nouveau mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l’homme, *Procédures*, avril 1999, p. 4-6.

FROMEIN J. A. – Rapport sur la mise en œuvre de la réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l’homme, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l’homme, 8ème colloque international sur la Convention européenne des droits de l’homme*, Budapest 20-23 septembre 1995, 1995, p. 159-180.

HUMPHREY WALDOCK - The effectiveness of the system set up by the European convention of human rights, *H.R.L.J*, p. 1-12.

JANSSEN-PEVTSCHIN G. – Le protocole 11 à la Convention européenne des droits de l’homme, *R.T.D.H*, 1994, p ; 483-500.

JANSSEN-PEVTSCHIN G. – Le protocole additionnel n° 9 à la Convention européenne des droits de l’homme, *R.T.D.H* 1990, p. 199-202.

KLERK Y. – Protocol n° 11 to the European convention for human rights : a drastic revision of the supervisory mechanism under the ECHR, *N.Q.H.R.*, vol. 14, n° 1, 1996, p. 35-46.

KRÜGER H-G ; NORGAARD C-A - The right of application, in R. S. J. MACDONALD et al. – *The European system for the protection of human rights*, Kluwer Academics Publishers, 1993, p. 657 - 676.

LAMBERT P. – Le règlement de la nouvelle Cour européenne des droits de l’homme, *J.T.D.E* 1999, p. 161-166.

MAHONEY P. – The status of the Registry of the European court of human rights : past, present and future, in *Protection des droits de l’homme : la perspective européenne, mélanges à la mémoire de R. RYSSDAL*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 845-862.

MAHONEY P. – Determination and evaluation of facts in proceedings before the present and future European courts of human rights, in *Studies in honour of J. J. Cremona*, Berlin, Dunker & Humblot, Fondation internationale Malte, Of conflict, 1999, p. 119-134.

MAHONEY P. – Article 57, in E. DECAUX ; P-H IMBERT (Ed.) – *La Convention européenne des droits de l’homme, commentaire article par article*, 2^{ème} édition, Paris, Economica, 1999, p. 881-892.

MAHONEY P. – Speculating on the future of the reformed European court of human rights, *H.R.L.J* 1999, p. 1-4.

MAHONEY P. – Developments in the procedure of the European Court of Human Rights, *Y.E.L.*, vol. 3, 1983, p. 127-168.

MAHONEY P. ; PREBENSEN S. - The European Court of Human Rights, in MAC DONALD et al. – *The European system for the protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff, 1993, p. 621 - 644.

MARGUENAUD J-P – La Cour européenne des droits de l’homme renouvelée, *D.* 1999, chronique, p. 221-225.

MELCHIOR M. – La procédure devant la Commission Européenne des Droits de l’Homme, in *Introduire un recours à Strasbourg*, Bruxelles, Némésis 1986, p. 11- 34.

- MEYER (DE) J. – La situation des « personnes physiques », « organisations non gouvernementales » et « groupes de particuliers » dans la procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme, *Annales de droit*, 1-2/1974, 65-74.
- MEYER-LADEWIG J. ; A. DRZEMCZEMSKI – Principales caractéristiques du nouveau mécanisme de contrôle établi par la CEDH suite au Protocole 11, *R.U.D.H.*, 1994, p. 81-86.
- MEYER-LADEWIG J. – Oral hearings before the new european court of human rights, in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, mélanges à la mémoire de R. RYSSDAL*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 921-930.
- MOWBRAY A. R. – A new European court of human rights, *Public Law* 1994, p. 540-552.
- NOWICKI M. A. – NGO's before the European commission and the Court of human rights, *N.Q.H.R.*, 1996, vol. 14, n° 3, p. 289-302.
- O'BOYLE M. – La procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme, *R.U.D.H.* 1992, p. 395-400.
- PELLOUX R. – Les mécanismes de protection prévus par la Convention européenne des droits de l'homme à la lumière du droit comparé, in *Etudes offertes à Jacques LAMBERT*, Paris, Cujas, 1975, p. 681-690.
- PETREN S. – La saisine de la Cour européenne par la Commission européenne des droits de l'homme, in *Mélanges offerts à Polys MODINOS, Problèmes des droits de l'homme et de l'unification de l'Europe*, Paris, Pédone, 1968, p. 233-244.
- PETTITI L-E. ; SCHUTTER (DE) O. – Le rôle des associations dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, *J.T.D.E* 1996, n° 31, p. 145-150.
- PETZOLD H. – Le règlement de la Cour européenne des droits de l'homme, amendements et compléments depuis son adoption en 1959, *Annales de droit*, Tome XXXIV 1-2/1974, p. 165-187.
- PREBENSEN S. C. – Inter-state complaints under treaty provisions – The experience under the European convention on human rights, *H.R.L.J.* 1999, p. 446-455.
- RAIMONDI G. – Le dessaisissement de la Chambre au profit de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme : l'article 30 de la Convention européenne des droits de l'homme révisée par le protocole 11, in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, mélanges à la mémoire de R. RYSSDAL*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 1153-1156.
- RUDD M. – One Court – Two instances ? , in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, mélanges à la mémoire de R. RYSSDAL*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 1253-1262.
- SALVIA (DE) M. – Le déroulement séquentiel de la procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme, in J-F. FLAUSS (Ed.) – *La mise en œuvre du Protocole 11 : le nouveau Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 77-89.
- SALVIA (DE) M. – La nuova Corte europea dei diritti dell'uomo tra continuità e riforma – *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 3 anno XII, settembre-dicembre, 1999, p. 704-716.
- SALVIA (DE) M. - Les relations de la Commission avec la Cour dans certains de leurs aspects procéduraux : convergences et turbulences, in M. DE SALVIA et M. E. VILLIGER (Ed.) - *L'éclosion du droit européen des droits de l'homme, Mélanges en l'honneur de Carl Aage NORGAARD*, Baden-Baden, Nomos, 1998, p. 309-314.
- SANSONETIS N – Article 19, in E. DECAUX ; P-H IMBERT (Ed.) – *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, 2^{ème} édition, Paris, Economica, 1999, p. 529-542.
- SCHERMERS H.G – The eleventh protocol to the European convention on human rights, *E.L.R.*, vol. 19, n° 4, 1994, p. 367-384.

SCHERMERS H. G. – La procédure devant la Commission européenne des droits de l’homme, *R.U.D.H* 1992, p. 391-394.

SCHUTTER (DE) O. – La nouvelle Cour européenne des droits de l’homme, *C.D.E* 1998, p. 319-352.

SCHUTTER (DE) O. – Le droit pour le requérant individuel de déférer à la Cour européenne des droits de l’homme l’affaire le concernant : le protocole 9 à la Convention européenne des droits de l’homme, *J.T.D.E.*, 1995, p. 154-155.

SCHUTTER (DE) O. – Sur l’émergence de la société civile en droit international : le rôle des associations devant la Cour européenne des droits de l’homme, *J.E.D.I.*, 1996, vol 7, p. 372-406.

SPIELMANN D. – La réforme du mécanisme protecteur européen des droits de l’homme et le recours individuel, bref commentaire de la Convention amendée et du règlement de procédure de la Cour unique et permanente, *Pasicrisie luxembourgeoise*, 1999, p. 29-50.

SUDRE F. – La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l’homme : le Protocole 11 additionnel à la Convention, *JCP G* 1995, I, 3849.

SUDRE F. – Le système de protection des droits de la Convention européenne des droits de l’homme, éléments d’une problématique, *Cahiers de l’I.D.E.D.H.*, 1993, n° 2, p. 93-109.

TOMUSCHAT C. – Quo vadis, argentorum ? The success story of the European convention on human rights – and a few dark stains, *H.R.L.J.*, 1992, p. 401-406.

VALTICOS N. – La Cour européenne des droits de l’homme et sa spécificité dans le cadre des différents systèmes de protection des droits de l’homme, in PRIEUR M. et LAMBRECHTS (Ed.) – *Les hommes et l’environnement, mélanges en hommage à A. KISS*, Paris, Editions Frison-roche, p. 207-219.

WACHSMANN P. – La nouvelle structure, in WACHSMANN P. (Ed.) – *Le protocole n° 11 à la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 9-29.

L’application nationale des exigences procédurales de la Convention et la jurisprudence de la Cour

ALLIX D. – La preuve en matière pénale à l’épreuve du procès pénal équitable, *Justice*, Avril-Juin 1998, n° 10, p. 35-52.

COHEN-JONATHAN G. – Convention européenne des droits de l’homme et procédure civile, Répertoire Dalloz, Procédure civile, p. 1-17.

ELVINGER M. – Le contentieux de l’annulation des actes administratifs face à l’exigence du recours de pleine juridiction au sens de la Convention européenne des droits de l’homme, *B.D.H.*, 1996, p. 79-154.

FANACHI P. – Le juge administratif et le droit au procès équitable, in E. PICARD (Ed.) – *Le juge de l’administration et les droits fondamentaux dans l’espace francophone*, I.D.E.F., Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 672-673 ;

GÖLCÜKLÜ F. – Le procès équitable et l’administration des preuves dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, in *Mélanges offerts à J. VELU, Présence du droit public et des droits de l’homme*, tome III, p. 1361-1377.

JEAN-PIERRE D. ; F. MELIN-SOUCRAMANIEN F. – Le principe de l’égalité des armes, *Revue de la recherche juridique* 1993-2, p. 489-510.

MELCHIOR M. – La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, in *Présence du droit public et des droits de l’Homme, Mélanges offerts à J. VELU*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 1327-1346.

ORTEGA J. J. L. – Prueba y proceso equitativo, aspectos actuales en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos, *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolome de Las Casas*, octobre – marzo, n° 2, 1994, p. 597-625.

RENUCCI J-F. – Le droit au juge dans la Convention européenne des droits de l’homme, in J. RIDEAU (Ed.) – *Le droit au juge dans l’Union européenne*, Paris, L.G.D.J, 1998, p. 131-140.

SOYER J-C et SALVIA (DE) M. – Article 6, in in E. DECAUX ; P-H IMBERT (Ed.) – *La Convention européenne des droits de l’homme, commentaire article par article*, 2ème édition, Paris, Economica, 1999, p. 239-280.

TRECHSEL S. – L’administration de la preuve. Quelques réflexions sur l’article 6, 3°, d) de la Convention européenne des droits de l’homme, in *Les droits de l’homme au seuil du 3ème millénaire, mélanges en hommage à P. LAMBERT*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 907-926.

VAN DE KERCHOVE M. – La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l’homme, *R.S.C.*, janv.-mars 1992, p. 1-14.

WACHSMANN P. – La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, in *Le droit des organisations internationales. Recueil d’études à la mémoire de J. SCHWOB*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 241-286.

ZAKINE I. – L’exigence du contradictoire, in COUR DE CASSATION et UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN DE STRASBOURG – *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 67-77.

3 – En droit international public, droit international des droits de l’homme, droit international pénal

ALBANESE S. – Para una globalizacion de la eficacia de los derechos humanos : la etapa del mayor protagonismo de las personas en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos, *Revista I.I.D.H.*, vol. 22, 1995, p. 11-26.

ASCENSIO H. – Les tribunaux *ad hoc* pour l’ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, in, H. ASCENSIO ; E. DECAUX ; A. PELLET (Ed.) – *Droit international pénal*, Paris, Pédone, 2000, p. 727-736.

BUERGENTHAL T. ; CASSELL D. - The future of the inter-american human rights system, in Instituto interamericano de derechos humanos - El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, San José, 1998 p. 566 ;

CANCADO TRINDADE A. A. - The operation of the Court, 1979, 1996, in D. HARRIS and S. LIVINGSTON (Ed.) - *The interamerican system of human rights*, Oxford, Clarendon press, 1998, p. 133-150.

CANCADO TRINDADE A. A – The Inter-american Court of human-rights at a crossroad : current challenges an its emerging case-law at the eve of the new century, in *Protection des droits de l’homme : la perspective européenne, mélanges à la mémoire de R. RYSSDAL*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 167-192.

CANCADO TRINDADE A. A – Le système interaméricain des droits de l’homme : état actuel et perspectives d’évolution à l’aube du XXIème siècle, *A.F.D.I* 2000, p. 548-577.

CERNA M. C. – The inter-american court of human rights, in M. W. JANIS – *International courts fort the twenty first century*, Martinus nijhoff publishers, 1992, p. 115- 158.

CERNA C. – Questions générales de droit international examinées par la Cour interaméricaine des droits de l’homme, *A.F.D.I*, 1996, p. 715-732.

CHARPENTIER J. – Le contrôle par les organisations internationales de l'exécution des obligations des Etats, *R.C.A.D.I* 1983, Tome 182, p. 143-246.

COUSSIRAT-COUSTERE V. ; EISENMANN P-M. – La procédure devant les juridictions internationales, *in* S.F.D.I – *La juridiction internationale permanente*, Paris, Pédone, 1987, p. 103-165.

DECAUX E. – L'intervention, *in* S.F.D.I – *La juridiction internationale permanente*, Paris, Pédone, 1987, p. 219.

DULITZKY A. E. – La duración del procedimiento : responsabilidades compartidas, *in* Instituto interamericano de derechos humanos - *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, 1998, p. 363-390.

FURET M-F. – L'application des concepts du droit privé en droit international public, *R.G.D.I.P*, 1964 ; p. 887-916.

GROS ESPIELL H. – El procedimiento contencioso ante la Corte interamericana de derechos humanos, *in* – *La corte interamericana, estudios y documentos*, San José, Instituto internacional de derechos humanos, 1986, p. 67-101.

HEFFERNAN L. – A comparative view of individual petition procedures under the European convention on human rights and the International covenant on civil and political rights, *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, 1997, p. 78-112.

HELPER L. R. ; SLAUGHTER A-M. – Towards a theory of effective supranational adjudication, *The yale law journal*, 1997, vol. 107, p. 273-391.

LA ROSA A-M. – Réflexions sur l'apport du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie au droit à un procès équitable, *R.G.D.I.P*, 1997, p. 945-986.

MAHINGA J-G. – La contribution de la Cour interaméricaine des droits de l'homme à la protection de la personne humaine : premières tendances, *R.I.D.C*, 1992, p. 44-58.

MONGIN B. – L'intervention de tiers dans les litiges pendants, *in* V. CHRISTIANOS (Ed.) – *Evolution récente du droit judiciaire communautaire*, Maastricht, E.I.P.U, vol II, 1994, p. 17-31.

QUINTANA J. J. A. – Los procedimientos incidentales ante la Corte interamericana de derechos humanos, *Revista I.I.D.H*, vol. 21, 1995, p. 121-148.

RODRIGUEZ RESCIA V. M. – Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, *Revista I.I.D.H*, vol. 23, 1996, p. 136-137.

SHELTON D. – New rules of procedure for the Inter-american commission on human rights, *H.R.L.J* 2001, p. 169-171.

SHELTON D. – The participation of nongovernmental organisations in international judicial proceedings, *A.J.I.L*, vol. 88, 1994, p. 611-642.

RIPERT G. – Les règles de droit civil applicables aux rapports internationaux, *R.C.A.D.I*, 1933-II, p. 569-664.

TORRES BERNARDEZ S. – L'intervention dans la procédure de la Cour internationale de justice, *R.C.A.D.I*, Tome 256, 1995, p. 193-458.

VALTICOS N. – Des parallèles qui devraient se rejoindre, les méthodes de contrôle international concernant les conventions sur les droits de l'homme, *in* *Recht zwischen umbruch und bewahrung festschrift für Rudolf BERNHARDT*, Max-planck institut, Berlin, NY, Paris, 1995, p 647-661.

VANDERSEN G. – Le recours en intervention devant la Cour de justice des communautés européennes, *R.T.D.E* 1969, p. 1-29.

III – LA PREUVE

A – PROBLEMES DE THEORIE ET DE PHILOSOPHIE LIES A LA PREUVE

1 – Argumentation, raisonnement et logique

a) OUVRAGES

ALEXY R. – *A theory of legal argumentation, the theory of rational discourse as theory of legal justification*, Oxford, Clarendon press, 1989, 323 p.

P. AMSELEK (Ed.) – *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, P.U.F, 1986, 252 p.

ARISTOTE – *Rhétorique*, Paris, Livre de poche, 1991, 212 p.

AUSTIN J. L. – *Quand dire c'est faire*, Paris, Editions du seuil, impression de 1970,

BAIRD D. ; GERTNER R ; PICKER R – *Game Theory and the Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1994, 330 p.

BAYES T. – *Essai en vue de résoudre un problème de la doctrine des chances, cahiers d'histoire et de philosophie des sciences*, Publication de la Société française d'histoire des sciences et des techniques, n°18, 1988, 168 p.

BOBBIO N. – *Essais de théorie du droit*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J, 1998, 288 p.

FRYDMAN B. et HAARSHER G. – *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, connaissance du droit, 1998, 138 p.

COHEN L. J. – *The probable and the provable*, Oxford, Clarendon Press, 1977, 363 p.

COHEN L. J. – *An introduction to the philosophy of induction and probability*, Oxford, Clarendon Press, 1989, 217 p.

FRYDMAN B. et HAARSHER G. – *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, connaissance du droit, 4^{ème} édition, 2002, 141 p

GENY F. – *Science et technique du droit privé*, Paris, 1919 réimpression L.G.D.J, tome III, 422 p.

GIRAUD G. – *La théorie des jeux*, Paris, Flammarion, Champs Université, Economie, 2000, 317 p.

INSTITUT D'ETUDE JUDICIAIRE – *La logique judiciaire*, 5^{ème} colloque des IEJ, Paris, P.U.F, 1969, 150 p.

JACKSON B. S. – *Law, fact and narrative coherence*, Deborah Charles publications, 1988, 214 p.

KALINOWSKY G – *Introduction à la logique juridique*, Paris, P.U.F, 1965, 218 p.

LUHMANN N. – *La légitimation par la procédure*, Traduction L. SOSOE et S. BOUCHARD, Laval, Presses Universitaires de Laval, collection diké, 2001, 247 p.

MAC CORMICK N. – *Raisonnement juridique et théorie du droit*, Paris, PUF, Les voies du droit, 1996, 348 p.

MARTINEAU F. – *Le discours polémique, essai sur l'ordre du discours judiciaire*, Paris, Edimon, 1994, p. 127.

PERELMAN C. – *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 2^{ème} édition, 1979, 193 p.

PERELMAN C. – *Ethique et droit*, Bruxelles, Bruylant, Editions de l'Université libre de Bruxelles, 1990, 825 p.

PERELMAN C. – *L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation*, Paris, Vrin, 1997, 194 p.

PERELMAN C. – *Traité de l'argumentation*, Bruxelles, Éditions de l'université de Bruxelles, 1976, p. 410.

SPERBER D. ; WILSON D. – *La pertinence, communication et cognition*, Paris, Les éditions de minuit, 1989, p. 182.

STAMATIS C. M. – *Argumenter en droit, une théorie critique de l'argumentation juridique*, Publisud, 1995, 241 p.

TWINING W. – *Rethinking evidence, exploratory essays*, Evanston, Northwestern university press, 1994, 407 p.

b) ARTICLES

ARMENGAUD F. – La pertinence : réflexion juridique et conception dialogique, *A.P.D*, Tome 29, 1984, p. 155-168.

BOBBIO N. – Considérations introductives sur le raisonnement des juristes, *Revue internationale de philosophie*, 1954, fascicule 1-2, n° 27, 28, Théorie de la preuve, colloque international de logique, p. 67-83.

COHEN L. J. – The logic of proof, *Criminal law review*, 1980, p. 91-103.

FINKELSTEIN M. O. and W. B. FAIRLEY – A bayesian approach to identification evidence, *Harvard law review* 1970, volume 83, n° 3, p. 489-517.

HAY B. L. ; SPIER K. E. – Burden of proof in civil litigation : an economic perspective, *J.O.L.S*, vol. XXVI, july 1997, p. 413-431.

JACKSON J. D. – Analysing the new evidence scholarship : towards a new conception of the law of evidence, *O.J.L.S* 1996, vol. 16, p. 309-328.

JAEGER H. – La logique de la preuve judiciaire et la philosophie du jugement, *A.P.D*, Tome 11, 1966, p. 59-85.

KURZON D. – Prolegomana to a speech act approach of hearsay evidence, *Revue internationale de sémiotique juridique*, I/3, 1988, p. 263-273.

LEMPERT R. O. – Modeling relevance, *Michigan law review*, volume 75, 1977, p. 1021-1057.

MOTTE M-T – La rigueur du raisonnement dans les débats juridiques, *Revue internationale de philosophie*, 1954, fascicule 1-2, n° 27, 28, Théorie de la preuve, colloque international de logique, p. 84-91.

TRIBE L. H. – Trial by mathematics : precision and ritual in the legal process, *Harvard law review* 1971, volume 84, n°6, p. 1329 ;

WILLIAMS G. – The mathematics of proof, *Criminal law review*, 1979, p. 297-308.

VAN DE KERCHOVE M. – Le système des preuves chez Bentham, in K. MULLIGAN et R. ROTH – *Regards sur Bentham et l'utilitarisme*, Genève, Publications de la Faculté des lettres de Genève, Recherches et Rencontres, 1988, p. 73-86.

WROBLEWSKI J. – Structure et fonctions des présomptions juridiques, in C. PERELMAN et P. FORIERS (Ed.) – *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 41-71.

WROBLEWSKI J. – Preuve, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J, p. 472-474.

2 – La vérité

LEVY-BRUHL H. – *La preuve judiciaire, étude de sociologie juridique*, Paris, Marcel rivière, 1964, 152 p.

TODOROV T. – Introduction au vraisemblable, in T. TODOROV – *La notion de littérature et autres essais*, Paris, éditions du seuil 1987, p. 85-94.

WITTGENSTEIN L. J. J. – *De la certitude*, Pars, Gallimard, Tel, 152 p.

PARMENTIER M. – Preuve et probabilité chez LEIBNIZ, *cahiers d'histoire et de philosophie des sciences*, Actes du colloque de Lille sur la procédure de preuve sous le regard de l'historien des sciences et des techniques, 1992, p. 41-50.

3 – La preuve, le fait et la norme

a) OUVRAGES

GRZEGORCZYK C. ; MICHAUT F. ; TROPER M. – *Le positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J, 1993, 535 p.

HART H. L. A.– *Le concept de droit*, traduit de l'anglais par M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Facultés universitaires de Saints-Louis, 1976, 314.

KELSEN H. – *La théorie pure du droit*, trad. de la 2^{ème} édition par C. EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962 ; 496 p.

LUKIC R. – *Théorie de l'Etat et du droit*, Paris, Dalloz, 1974, Traduit par M. GJIDARA, 600 p.

TEUBNER G. – *Le droit un système autopoïétique*, Paris, PUF, Les voies du droit, 1993, 296 p.

TIMSIT G. – *Thèmes et systèmes de droit*, Paris, P.U.F, Les voies du droit, 1995, 206 p.

TIMSIT G. – *Gouverner ou juger, blasons de la légalité*, Paris, P.U.F, Les voies du droit, 1995. 126 p.

b) ARTICLES, COURS ET CONTRIBUTIONS

IVAINER T. – L'interprétation des faits en droit, *J.C.P G.* 1986, I, 3235.

GIULLIANI A. – Le rôle du « fait » dans la controverse (à propos du binôme « rhétorique procédure judiciaire »), *A.P.D*, Tome 39, 1996 , p. 229-238.

MACLAUHLAN H. W. – Le caractère intransigeant du principe de légalité, in C-A MORAND (Ed.) – *Figures de la légalité*, Paris, Publisud, 1992, p. 91-110.

NERHOT P. – Le fait du droit, *A.P.D*, Tome 31, 1986, p. 261-279.

RIGAUX F. – The concept of fact in legal science, in P. NERHOT – *Law, interpretation and reality, essays in epistemology, hermeneutics and jurisprudence*, Dordrecht, Boston, London, Kluwer, 1990, p. 38-49.

ROTONDI M – Considération en « fait » et en « droit », *R.T.D.C* 1977, p. 1-16 ;

SALMON J. – Le fait dans l'application du droit international, *R.C.A.D.I*, 1982-II, p. 257-414.

WALINE M. – Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? , *Mélanges J. Dabin*, Paris, Sirey, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 359-371.

4 – Le jugement

DWORKIN R. – *Prendre le droit au sérieux*, traduction M-J. ROSSIGNOL et F. LIMARE, Paris, P.U.F, 1995, 515 p.

OST F. – Le droit comme pur système, in P. BOURETZ (Ed.) – *La force du droit*, Paris, Editions esprit, 1991, p. 139-162.

PFERSMAN O. – Contre le néo-réalisme juridique, pour un débat sur l'interprétation, *R.F.D.C* 2002, p. 279-354.

SAUVEL T. – Histoire du jugement motivé, *R.D.P* 1955, p. 5-53.

TROPER M. – Réplique à O. PFERSMAN, *R.F.D.C* 2002, p. 335-354.

TROPER M. – La motivation des décisions constitutionnelles, in C. PERELMAN et P. FORIERS – *La motivation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 287-302.

TROPER M. – Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle, *Mélanges C. EISENMANN*, Paris, Cujas, 1975, p. 131-151.

WACHSMANN P. – La volonté de l'interprète, *Droits*, n° 28, 1999, p. 29-45.

DUCROT O. – *La théorie des échelles argumentatives*, Paris, Les éditions de minuit, Propositions, 1980, 96 p.

B – DROIT DE LA PREUVE

1 – OUVRAGES

a) En droit interne

CROSS R. ; TAPPER C. – *On evidence*, London, eighth edition by C. TAPPER, Butterworths, 1995, 428. p.

COLSON J-P. – *L'office du juge et le contentieux administratif*, Paris, LGDJ, 1967, 220 p.

CHEVALLIER J. – La charge de la preuve, Cours de D.E.S, 1958-1959.

DEVEZE J. – *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Grenoble, P.U.G 1980, 753 p.

MAC CORMICK – *On evidence*, fifth edition, by J. W. STRAGR, Princeton, Saint-Paul, Minnesota, 1999, p. 637.

DECOTTIGNIES R. – *Les présomptions en droit privé*, Paris, L.G.D.J, 1949, 328 p.

I.D.E.F. – *La preuve devant le juge, XVII congrès de l'I.D.E.F*, Paris, 1985, 813 p.

INSTITUTS D'ETUDES JUDICIAIRES – *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, Xémé colloque des IEJ, Poitiers, Paris, P.U.F, 1976, 285 p.

INSTITUTS D'ETUDES JUDICIAIRES – *Le rôle du juge et des parties dans l'administration de la preuve*, XVII^{ème} colloque des IEJ, Grenoble, 1991, 106 p.

GASTINES (DE) L. – *Les présomptions en droit administratif*, Paris, L.G.D.J, 1991, 140 p.

LAGARDE X. – *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, LGDJ, 1994, 448 p.

LEGEAIS R. – *La règle de preuve en droit civil, permanence et transformation*, Paris, L.G.D.J, 1955, 260 p.

LE MASSON J-M. – *La recherche de la vérité dans le procès civil*, Thèse Nantes, 1991, 2 Tomes, 564 p.

PERELMAN C. ; FORIERS P. (Ed.) – *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1980, 320 p.

PIJOT T – *Nouvelles techniques et droit de la preuve : constat et perspective*, Thèse Montpellier, 1994, 287 p.

THEPAULT L. – *La preuve devant le juge administratif*, Thèse, Rennes I, 1997, 476 p.

VERHEYDEN-JEANMART N. – *Le droit de la preuve*, Bruxelles, Précis de l'Université catholique de Louvain, Larcier, 1991, 455 p.

b) En droit international public, droit international et européen des droits de l'homme et droit humanitaire

BOUCHET-SAULNIER F. – *Les procédures internationales d'établissement des faits en matière de droits de l'homme*, Thèse Nice, dact. 1988, 875 p.

FERRARI BRAVO L – *La prova nel processo internazionale*, Naples, Eugenio Jovene, 1958, 166 p.

GROSSENS M. – *Les présomptions en droit international public*, Paris, Neuchatel, Delachaux et Niestlé, 1954, 189 p.

KAZAZI M. – *Burden of proof and related issues, a study on evidence before international tribunals*, The Hague, London, Boston, Kluwer law international, 1996, 406 p.

KOKOTT J. – *The burden of proof in comparative and international human-rights law*, The Hague, London, Boston, Kluwer law international, 1998, 291 p.

LILLICH R. B. (Ed.) – *Fact-finding before international tribunals*, Eleventh Sokol colloquium, Ardskey-on-Hudson, New York, Transnational publishers, 1992, 338 p.

NIYUNGEKO G. – *La preuve devant les juridictions internationales*, Thèse, Université Libre de Bruxelles, 1988, 2 Tomes, 449 p.

RAMCHARAN B. G. (Ed.) – *Fact-finding in the field of human-rights*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1982, 259 p.

SANDIFER D. V. – *Evidence before international tribunals*, revisited edition, University Press of Virginia, 1975, 519 p.

VALLEE C. – *Observations sur l'estoppel en droit des gens*, Paris, Pedone, 1973, 51 p.

VITE S. – *Les procédures internationales d'établissement des faits dans la mise en oeuvre du droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, Editions de l'université de Bruxelles, 1999, 485 p.

2 – ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

a) Droit interne

AMMAN D. – Preuve et vraisemblance, contribution à l'étude de la preuve technologique, *R.T.D.C* 1993, p. 499-533.

BATTIFOL H. – Observations sur la preuve des faits, in PERELMAN C. ; FORIERS P. (Ed.) – *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1980, p. 303-314.

CHAPUS R. – De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile, *E.D.C.E* 1977-1978, p. 13-65.

- BOLARD G. – Les principes directeurs du procès civil : Le droit positif depuis Henri Motulsky, *JCP G.* 1983, I, 3693.
- BOULANGER F. – Réflexions sur le problème de la charge de la preuve, *R.T.D.C.* 1966, p. 736-754.
- CADOUX TRIAL E. – La charge de la preuve devant le Conseil d'Etat, *E.D.C.E.* 1953, p. 85-86.
- CARATINI M. – Vérité judiciaire et vérité objective en matière civile, *Gazette du Palais*, 1986, p. 405-406.
- CORNU G. – La vérité et le droit, in G. CORNU – *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, P.U.F, Doctrine juridique, 1998, p. 211-226.
- DEBBASCH C. – La charge de la preuve devant le juge administratif, *D.* 1983, Chronique IX, p. 43-50.
- DELVOLVE P. – Le juge et la vérité (aspects de droit public), *Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse*, Tome XXVI, 1978, p. 339-367.
- DENIS J-B. – Quelques aspects de l'évolution récente du système de preuve en droit civil, *R.T.D.C.* 1977, p. 671-694.
- DENOIX DE SAINT-MARC R. ; LABETOULLE D. – Les pouvoirs d'instruction du juge administratif, *E.D.C.E.* 1970, p. 69-91.
- FORIERS P. – Considérations sur la preuve judiciaire, in PERELMAN C. ; FORIERS P. (Ed.) – *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1980, p. 315-330.
- GOUBEAUX G. – Le droit à la preuve, in PERELMAN C. ; FORIERS P. (Ed.) – *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1980, p. 277-302.
- GINOSSAR S. – Eléments du système anglais de la preuve judiciaire, in PERELMAN C. ; FORIERS P. (Ed.) – *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1980, p. 99-108.
- LARGUIER J. – La preuve d'un fait négatif, *R.T.D.C.* 1953, p. 1-48
- MOURALIS J. – Preuve, Répertoire de droit civil, 182 p.
- PACTEAU B. – Preuve, Répertoire du contentieux. Administratif, Dalloz, 1995, 16 p.
- PLANTEY A. - La preuve devant le juge administratif, *JCP* 1986-I-3245
- MOTULSKY H. – Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits, in *Ecrits*, Tome I, Etudes et notes de procédure civile réunies par G. CORNU et J. FOYER, Paris, Dalloz, 1973, p. 38-59.
- LAURIN Y. – L'*Amicus curiae*, *J.C.P G.* 1992, I, 3603.
- PERELMAN C. – La preuve en droit, essai de synthèse, in PERELMAN C. ; FORIERS P. (Ed.) – *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1980, 357-364.
- PRADEL J. – Rapport général, in *La preuve en procédure pénale comparée*, *Revue internationale de droit pénal*, Vol 63, 1992, p. 13-32.
- SHERLOCK A. – Facts, evidence and opinion in constitutional litigation : the experience of Ireland, *I.C.LQ* 1991, vol. 4, p. 425-436.
- TRUCHE P. – Le doute sur le fait ou le problème de la preuve, in TERRE F. (Ed.) – *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz 1996, p. 43-48.

b) En droit international public, droit européen et international des droits de l'homme, droit international pénal, droit humanitaire

b.1 Généralités

BERNHARDT R. – Evidence, in *Encyclopedia of public international law*, Volume II, 1999, p. 1510-1511.

BOUCHET-SAULNIER F. – La protection du droit à la vie des témoins dans les procédures internationales d'enquête, in D. PREMONT et F. MONTANT (Ed.) – *Le droit à la vie. Quarante ans après l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme : évolution conceptuelle, normative et jurisprudentielle*, Travaux de l'association des consultants internationaux en droits de l'homme, Genève, 1992, p. 41-48.

BILDER R. B. – The fact/law distinction in international adjudication, in R. B. LILLICH (Ed.) - *Fact-finding before international tribunals*, Eleventh Sokol colloquium, Ardskey-on-Hudson, New York, 1992, p. 95-98.

BROWER C. N – The anatomy of fact-finding before international tribunals : an anatomy and a proposal concerning the evaluation of evidence, in R. B. LILLICH (Ed.) - *Fact-finding before international tribunals*, Eleventh Sokol colloquium, Ardskey-on-Hudson, New York, 1992, p. 147-176.

GUILLAUME G. – La juridiction internationale permanente, preuve et mesures d'instruction, in S.F.D.I – *La juridiction internationale permanente*, Paris, Pédone, 1987, p. 191-218.

RAMCHARAN B. G. – Introduction, in RAMCHARAN B. G. (Ed.) – *Fact-finding in the field of human-rights*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1982, p. 2-10.

RAMCHARAN B. G. – Evidence, in RAMCHARAN B. G. (Ed.) – *Fact-finding in the field of human-rights*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1982, p. 64-82.

SAMSON K. T. – Procedural law, in B. G. RAMCHARAN (Ed.) – *Fact-finding in the field of human-rights*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1982, p. 41-63.

ERMACORA F. – The competence and fonction of fact-finding bodies, in RAMCHARAN B. G. (Ed.) – *Fact-finding in the field of human-rights*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1982, p. 83-93.

b.2 Droit européen des droits de l'homme

BENZIMRA-HAZAN J. – Disparitions forcées de personnes et protection du droit à l'intégrité : la méthodologie de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, *R.T.D.H* 2001, p. 765-796.

BRATZA N. ; O'BOYLE M. – The legacy of the Commission to the new Court under the eleventh protocol, *E.H.R.L.R.*, 1997, p. 211-228.

DRZEMCZEWSKI A. – Fact-finding as part of effective implementation : the strasbourg experience, in A. F. BAYEFSKY (Ed.) – *The United nations human right system in the 21st century*, Kluwer law international, 2000, p. 115-136.

EISSEN M-A – La présentation de la preuve dans la jurisprudence et la pratique de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, in *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles, 3ème colloque du département des droits de l'homme de l'Université Catholique de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 143-214.

FROWEIN J. – Fact-finding by the European commission of Human rights, in R. B. LILLICH (Ed.) - *Fact-finding before international tribunals*, Eleventh Sokol colloquium, Ardskey-on-Hudson, New York, 1992, p. 237-251.

KRUGER H. – Gathering evidence, in M. DE SALVIA et M. E. VILLIGER (Ed.) – *L'éclosion du droit européen des droits de l'homme*, Mélanges en l'honneur de C. A. NOGAARD, Baden-Baden, Nomos, 1998, p. 249-260.

KRUGER H. – Visits on the spot, the experience of the European commission of human rights, in B. G. RAMCHARAN (Ed.) – *Fact-finding in the field of human-rights*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1982, p. 151-159.

LEGEAIS R. – Le droit de la preuve à la Cour européenne des droits de l'homme, in *Mélanges offerts à P. COUV RAT, La sanction du droit*, Paris, P.U.F, Publication de la faculté de droit et de sciences économiques de Poitiers, 2001, p. 255-278.

LOUCAIDES L. G. – Standards of proof in proceedings under the European convention of human rights, in *Mélanges en l'honneur de J. VELU*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 1431-1443.

MAHONEY P. – Determination and evaluation of facts in proceedings before the present and future European courts of human rights, in *Studies in honour of J. J. Cremona*, Berlin, Dunker & Humblot, Fondation internationale Malte, Of conflict, 1999, p. 119-134.

MAHONEY P. – A duty to investigate under the European convention on human rights, in *Liber amicorum Hèctor FIX-ZAMUDIO*, San José, vol. II, 1998, p. 1011-1024.

MONCONDUIT F. – La fonction d'enquête et d'instruction, *R.D.H* 1969, p. 208-220.

ROGGE K. – Fact-finding, in R. S. J. MACDONALD et al. – *The European system for the protection of human rights*, Kluwer Academics Publishers, 1993, p. 677-702.

TRECHSEL S. – L'établissement des preuves devant la Commission européenne des droits de l'homme, in *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles, 3ème colloque du département des droits de l'homme de l'Université Catholique de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, p. 121-142.

TRECHSEL S. – Article 28 § 1 a, in E. DECAUX ; P-H IMBERT (Ed.) – *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, 2^{ème} édition, Paris, Economica, 1999, p. 649-660.

b.3 Droit international des droits de l'homme

BUERGENTHAL T. - Judicial fact-finding : Interamerican human rights Court, in R. B. LILLICH (Ed.) - *Fact-finding before international tribunals*, Eleventh Sokol colloquium, Ardskey-on-Hudson, New York, 1992, p. 252-267.

BURELLI A. A. – La prueba en los procesos ante la corte interamericana de derechos humanos, in COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME – *El sistema de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Tome I, 113-125.

CASSEL D. W. – Fact-finding in the Inter-american system, in A. F. BAYEFISKY (Ed.) – *The United nations human right system in the 21st century*, Kluwer law international, 2000, p. 105-114.

EDMUND VARGAS C. – Visits on the spot, the experience of the interamerican commission on human rights, in B. G. RAMCHARAN (Ed.) – *Fact-finding in the field of human-rights*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1982, p. 137-150.

FIX-ZAMUDIO H. – Orden y valoración de las pruebas en la función contenciosa de la Corte interamericana de derechos humanos, in COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME – *El sistema de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Tome I, p. 197-215;

JOINET L. – Les visites *in situ*, in E. DECAUX (Ed.) – *L'ONU face à la détention arbitraire*, Nanterre, Réseau d'instituts des droits de l'homme, Actes et documents, 1997, p. 33-39.

MARQUEZ RODRIGUEZ E. – Visitas de observación *in loco* de la Comisión interamericana de derechos humanos y sus informes, Estudios básicos de derechos humanos III, 1995, p. 135-144.

MOYER C. – The rôle of *amicus curiae* in the inter-american court of human-rights, in *La corte interamericana, estudios y documentos*, San José, Instituto Internationale de Derechos Humanos, 1986, p. 103-114.

PINZON D. R. – Presumption of veracity, non-appearance, and default in the individual complaint procedure of the interamerican system on human rights, *R.I.I.D.H* 1998, p. 125-148.

ROBERTSON A. H. – « Enquêtes » en matières de droits de l'homme, in G. FISCHER et D. VIGNES (Ed.) – *L'inspection internationale*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 501-519.

SOLANO MONGE A. – La prueba pericial ante la corte interamericana de derechos humanos, in *Liber amicorum Héctor FIX-ZAMUDIO*, San José, vol. II, 1998, p. 1451-1468.

b.4 La preuve en droit communautaire

BREALEY M. – The burden of proof before the European Court, *E.L.R* 1985, p. 250-262.

GUDIN C-E. - Réflexions sur la définition et la preuve de l'entente en droit communautaire, *R.A.E* 1996, p. 117-135.

LANQUETIN M-T. – La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire, *Droit social*, 1995, p. 435-443.

REES G. – Fact-finding at the European court of justice, in R. B. LILLICH (Ed.) - Fact-finding before international tribunals, Eleventh Sokol colloquium, Ardskey-on-Hudson, New York, 1992, p. 177-203.

WEBER Y. – La preuve du détournement de pouvoir devant la Cour de justice des Communautés européennes, *R.T.D.E* 1967, p. 505-552.

b.5 La preuve en droit international public et pénal

CANCADO TRINDADE A. A – The burden of proof with regard to the exhaustion of local remedies in international law, *R.D.H* 1976 Vol. IX-1 n°1, p. 81-121.

CHENG B. – Burden of proof before International court of justice, *I.C.L.R* 1993, p. 595-596.

LACHS M. – La preuve et la Cour internationale de justice, in PERELMAN C. ; FORIERS P. (Ed.) – *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1980, p. 109-122.

LA ROSA A-M. – La preuve, in ASCENSIO H. ; DECAUX E. ; PELLET A. (Ed.) – *Droit international pénal*, Paris, Pédone, 2000, p. 769 - 770.

NOUVEL Y. – La preuve devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *R.G.D.I.P*, 1997, p. 905-943.

PERRIN G. – Observations sur le régime de la preuve en droit international public, in XVII congrès de l'I.D.E.F – *La preuve devant le juge*, Paris, 1985, p. 774-782.

SALMON J. – Le fait dans l'application du droit international, *R.C.A.D.I*, 1982-II, p. 257-414.

UBEDA M. – L'obligation de coopérer avec les juridictions internationales, in ASCENSIO H. ; DECAUX E. ; PELLET A. (Ed.) – *Droit international pénal*, Paris, Pédone, 2000, p. 921-932.

WITENBERG J.C. – La théorie des preuves devant les juridictions internationales, *R.C.A.D.I*, 1936-II, p. 1-102.

IV – CHRONIQUES, NOTES DE JURISPRUDENCE ET CONCLUSIONS CITES

A – CHRONIQUES DE JURISPRUDENCE

COHEN-JONATHAN G. – Cour européenne des droits de l’homme et droit international général, *A.F.D.I* 1999, p. 767-789.

COHEN-JONATHAN G. – Cour européenne des droits de l’homme et droit international général, *A.F.D.I* 2000, p. 614-642.

COHEN-JONATHAN G. ; J-F. FLAUSS – Commission et Cour européenne des droits de l’homme, *Justices*, 1997, p. 195

COUSSIRAT-COUSTERE V. – La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme en 1986, *A.F.D.I* 1986, p. 239-263, en 1987 et 1988, *A.F.D.I* 1989, p. 759-783 ; en 1995, *A.F.D.I* 1995, p. 485-507 ; en 1996, *A.F.D.I* 1996, p. 759-783.

COUSSIRAT-COUSTERE V. – L’activité de la Cour européenne des droits de l’homme en 1998 et 1999, *A.F.D.I* 1999, p. 746-766.

COUSSIRAT-COUSTERE V. – La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme en 2000, *A.F.D.I* 2000, p. 578-613.

DECAUX E. ; TAVERNIER P. et al. – Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme (année 1995), *J.D.I* 1996, p. 201-271 ; (année 1996), *J.D.I* 1997, p. 191-275 ; (année 1997), *J.D.I* 1998, p. 165-239 ; (année 1998), *J.D.I* 1999, p. 211-272 ; (année 1999), *J.D.I* 2000, p. 89-148 ; (année 2000), *J.D.I* 2001, p. 161-232 ; (année 2001), *J.D.I* 2002, p. 243-318.

FLAUSS J-F. – Actualité de la Convention européenne des droits de l’homme (novembre 2000 - octobre 2001), *A.J.D.A* 2001, p. 1060-1077 ; *A.J.D.A* 1998, p. 984-1000 ; *A.J.D.A* 1998, p. 37-53 ; *A.J.D.A* 1994, p. 511-522 ; *A.J.D.A* 1994, p. 16-39 ;

LABAYLE H. ; SUDRE F. – Droit administratif et Convention européenne des droits de l’homme, *R.F.D.A* 1995, p. 1171-1181.

SUDRE F. – Droit de la Convention européenne des droits de l’homme, *J.C.P G.* 1998, I, 107 ; *J.C.P G.* 2000, I, 291 ; *J.C.P G.* 2000, I, 203 ; *J.C.P G.* 2001, I, 342 ; *J.C.P G.* 2002, I, 105 ; *J.C.P G.* 2002, I, 157.

B – NOTES DE JURISPRUDENCE ET CONCLUSIONS

AUTIN J-L. et SUDRE F. – La dualité fonctionnelle du Conseil d’Etat en question devant la Cour européenne des droits de l’homme. A propos de l’arrêt Procola c. Luxembourg du 28 septembre 1995, *R.F.D.A* 1996, p. 777-794.

I

AUTIN J-L. et SUDRE F. – Juridiquement fragile, stratégiquement correct (observations sur l’arrêt Kress), *R.F.D.A* 2001, p. 1000-1009.

BEERNAERT M-A – Le contentieux de la satisfaction équitable devant la Cour européenne des droits de l’homme, observations sur l’arrêt Papamichalopoulos, *R.T.D.H* 1997, 489.

BEERNAERT M-A – Mafia, maltraitance en prison et repentis, observations sur l’arrêt Labita c. Italie, *R.T.D.H* 2000, p. 124-136.

BENOIT-ROHMER F – Conseil d'Etat et Cour de Cassation contre Cour européenne des droits de l'homme : à propos de l'influence possible des arrêts *Vermeulen* et *Lobo machado* de la Cour européenne des droits de l'homme sur la procédure contentieuse française, *R.T.D.E* 1997, p. 377-389.

BENOIT-ROHMER F. – Observations sur C.J.C.E, Ordonnance du 4 février 2000, C-17/98, *L'Europe des libertés*, avril 2000, p. 4-6.

BENZIMRA-HAZAN J. – En marge de l'arrêt Timurtas contre la Turquie : vers l'homogénéisation des approches du phénomènes de disparitions forcées de personnes, *R.T.D.H* 2001, 983-996

BRAIBANT G. – Conclusions sur C.E, Ass., Société Anonyme « Librairie François Maspéro », rec. 611, *J.C.P G.* 1974, II, 17642.

CALLEWAERT J. – L'affaire Herczegfalvy ou le traitement psychiatrique à l'épreuve de l'article 3... vice versa, *R.T.D.H* 1993, p. 433-443.

CHAUVIN N – L'interprétation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme : réelle avancée ou restriction déguisée ? Commentaire sur l'arrêt H.L.R c. France, *R.U.D.H.*, 1997, p. 350.

CODT DE J. – La preuve par témoignage anonyme et les droits de la défense, (Note sur l'arrêt Van mechelen et autres c. Pays-Bas, 23 avril 1997, *R.T.D.H* 1998, p. 157-168.

COHEN-JONATHAN G. – La France et la Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt Bozano c. France (18 décembre 1986), *R.T.D.E* 1987, p. 255-272.

COHEN-JONATHAN G. – La Cour européenne des droits de l'homme et les écoutes téléphoniques, les arrêts Kruslin et Huvig du 24 avril 1990, *R.U.D.H* 1990, p. 185-191.

COHEN-JONATHAN G. – L'affaire Loizidou devant la Cour européenne des droits de l'homme. Quelques observations, *R.G.D.I.P* 1998-1, p. 123-144.

COHEN-JONATHAN G. – Un arrêt de principe de la « nouvelle » Cour européenne des droits de l'homme : Selmouni contre France (28 juillet 1999), *R.G.D.I.P* 2000, p. 181-203.

CLOSSET-MARCHAL G. – Le droit à la comparution personnelle, et son applicabilité en cas de pluralité de degrés de juridiction, note sous l'arrêt Helmers, *R.T.D.H* 1992, p. 389-402.

DECAUX E. – Commission européenne des droits de l'homme, Décision du 4 décembre 1995 sur la recevabilité de la requête présentée par MM. Taura et al. contre la France, *R.G.D.I.P* 1996, p. 741-752.

DUGRIP O. et SUDRE F. – Note sur l'arrêt Hornsby c. Grèce, *J.C.P G.* 1997, II, 22948.

DUGRIP O. et SUDRE F. – Du droit à un procès équitable devant les juridictions administratives : l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 24 octobre 1989, *R.F.D.A* 1990, p. 203-220.

EISSEN M-A. - Le premier arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, « affaire *lawless* » - exception préliminaire et questions de procédure, *A.F.D.I.*, 1960, p. 444-497.

EVAÏN S. – Le juge européen, le transsexualisme et les droits de l'homme (à propos de l'arrêt : Cedh, 22 avril 1997, aff. X, Y et Z c. Royaume-Uni, *J.C.P G.* 1997, I, 4071.

FLAUSS J-F. – La banalisation du contentieux indemnitaire devant la Cour européenne des droits de l'homme (Observations sur l'arrêt Hentrich c. France rendu sur la satisfaction équitable), *R.T.D.H* 1996, p. 93-100.

FLAUSS J-F. – La double lecture de l'arrêt Kress c/ France, *L.P.A* 3 octobre 2001, n° 197, p. 17-21.

FRICERO N. – Note sur l'arrêt Dulaurans, *Procédures*, Août-Septembre 2000, p. 18-19.

GARAY A – observations sur Mantovanelli c. France, 18 mars 1997, *Gazette du palais* 24-27 octobre 1997, p. 80

- GENEVOIS M. – Conclusions sur les arrêts Vinoley et Cheval ; C.E, 28 juillet 1978, *A.J.D.A* 1978, p. 573-576.
- KISS A-C. et VEGLERIS P. – L’affaire grecque devant le Conseil de l’Europe et la Commission européenne des droits de l’homme, *A.F.D.I* 1970, p. 889-931.
- KOKOTT J. et BERGER-KERHOFF H. – Observations sur les arrêts H.LR c. France et D. C. Royaume-Uni, *A.J.I.L*, Vol. 92, 1998, p. 524-528.
- LEVINET M. – Commentaire de l’arrêt Boulchelkia c. France, *JCP G*. 1997, II, 22924.
- LEVINET M. – La Cour européenne des droits de l’homme de plus en plus compréhensive à l’égard des mesures d’éloignement des étrangers délinquants, (note sur l’arrêt Baghli c. France), *R.T.D.H*. 2000, p. 301-313.
- MUSCAT H. – Commentaire sur l’arrêt Mantovanelli c. France, 18 mars 1997, *A.J.D.A* 1999, p. 173
- PELLOUX R. – L’affaire irlandaise et l’affaire Tyrer devant la Cour européenne des droits de l’homme, *A.F.D.I* 1978, p. 379-402.
- PELLOUX R. – L’arrêt de la Cour européenne des droits de l’homme dans l’affaire Delcourt, *A.F.D.I* 1971, p. 340-346.
- NOUVEL Y. – Précisions sur le pouvoir du tribunal pour l’ex-Yougoslavie d’ordonner la production des preuves et la comparution des témoins : l’arrêt de la chambre d’appel du 29 octobre 1997 dans l’affaire Blaskic, *R.G.D.I.P*, 1998, p. 157-164.
- RIDEAU J. – Observations sur l’arrêt Piermont c. France du 27 avril 1995, *D*. 1996, sommaires commentés, p. 193-194.
- RIGAUX F. – Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l’homme : une suite d’occasions manquées (note sous l’arrêt X, Y et Z c. Royaume-Uni, 22 avril 1997), *R.T.D.H* 1998, p. 130-144.
- SERMET L. – L’arrêt Kress c. la France : avancée, *statu quo* ou régression des droits fondamentaux du justiciable ? , *R.T.D.H* 2002, p. 237-258.
- SUDRE F. – L’arrêt de la Cour européenne des droits de l’homme du 27 août 1992, Tomasi c. France : mauvais traitement et délai raisonnable, *R.S.C.D.P.C* 1993, p. 32-43.
- SUDRE F. – Torture et garde à vue : un arrêt de principe, *J.C.P G* 1999, II, 10193.
- SUDRE F – L’interdiction de l’avortement : le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l’homme, *R.F.D.C* 1993, p. 215-219.
- TAVERNIER P. – En marge de l’arrêt Chypre c. Turquie du 10 mai 2001, l’affaire Chypriote et les droits de l’homme devant la Cour de Strasbourg, *R.T.D.H* 2002, p. 795-823.
- VAN NUFFEL E. – L’appréciation des faits et leur preuve par la Cour européenne des droits de l’homme dans les affaires mettant en cause les forces de sécurité accusées d’homicides et d’actes de terrorisme : le doute raisonnable et l’inhumain, *R.T.D.H* 2001, 847-885.
- WACHSMANN P. – L’affaire Beyeler c. Italie du 5 janvier 2000 ou de la contribution de Vincent Van Gogh à la protection du droit de propriété, *L’Europe des libertés*, avril 2000, p. 2-3.
- WACHSMANN P. – Les écoutes téléphoniques (observations sur l’arrêt A. c. France du 23 novembre 1993), *R.T.D.H* 1994, p. 578-585.

V – JURISPRUDENCE CITEE

A) COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

– A –

A. c. France, 23 novembre 1993, série A n° 277-B.
Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, 28 mai 1985, série A n° 94.
Aerts c. Belgique, 30 juillet 1998, Recueil 1998-V, fasc. 83.
Agosi c. Royaume-Uni, 24 octobre 1986, série A n° 108.
Ahmed c. Autriche, 17 décembre 1996, Recueil 1996-VI, fasc. 26.
Airey c. Irlande, 9 octobre 1979, série A n° 32.
Akdeniz and Others v. Turkey, 31 mai 2001, n° 23954/94.
Akdivar et autres c. Turquie, 16 septembre 1996, Recueil 1996-IV, fasc. 15.
Akkoç c. Turquie, 10 octobre 2000, Recueil 2000-X.
Aksoy c. Turquie, 18 décembre 1996, Recueil 1996-VI, fasc. 26.
Albert et Le Compte c. Belgique, 10 février 1983, série A n° 58.
Al-Adsani c. Royaume-Uni, 21 novembre 2001, Recueil 2001-XI.
Allenet de Ribemont c. France, 10 février 1995, série A n° 308.
Altay c. Turquie, 25 janvier 2001, n° 22279/93.
Amann c. Suisse, 16 février 2000, Recueil 2000-II.
Amrollahi c. Danemark, 11 juillet 2002, n° 56811/00.
Andronicou et Constantinou c. Chypre, 9 octobre 1997, Recueil 1997-VI, fasc. 52.
Ankerl c. Suisse, 23 octobre 1996, Recueil 1996-V, fasc. 19.
Aquilina c. Malte, 29 avril 1999, Recueil 1999-III.
Ardemagni et Ripa c. Italie, 1 mars 2001, n° 46958/99.
Arslan c. Turquie, 8 septembre 1999, n° 23462/94.
Artico c. Italie, 13 mai 1980, série A n° 37.
Artner c. Autriche, 28 août 1992, série A n° 242-A.
Asch c. Autriche, 26 avril 1991, série A n° 203.
Ashingdane c. Royaume-Uni, 28 mai 1985, série A n° 93.
Assenov et autres c. Bulgarie, 28 octobre 1998, Recueil 1998-VIII, fasc. 96.
Athanasoglou et autres c. Suisse, 6 avril 2000, Recueil 2000-IV.
Aydin c. Turquie, 25 septembre 1997, Recueil 1997-VI, fasc. 50.
Aytekin c. Turquie, 23 septembre 1998, Recueil 1998-VII, fasc. 92.

– B –

B. c. Autriche, 28 mars 1990, série A n° 175.
B. c. Royaume-Uni, 8 juillet, 1987, série A n° 121.
Baggetta c. Italie, 25 juin 1987, série A n° 119.
Baghli c. France, 30 novembre 1999, Recueil 1999-VIII.
Ballestra c. France, 12 décembre 2000, n° 28660/95.
Baraona c. Portugal, 8 juillet 1987, série A n° 122.
Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne, 6 décembre 1988, série A n° 146.
Barthold c. Allemagne, 25 mars 1985, série A n° 90.
Başkaya et Okçuoğlu c. Turquie, 8 juillet 1999, Recueil 1999-IV.
Baumann c. France, 22 mai 2001, n° 33592/96.
Beard c. Royaume-Uni, 18 janvier 2001, n° 24882/94.
Beis c. Grèce, 20 mars 1997, Recueil 1997-II, fasc. 34.
Belilos c. Suisse, 29 avril 1988, série A n° 132.
Belziuk c. Pologne, 25 mars 1998, Recueil 1998-II, fasc. 67.
Bendenoun c. France, 24 février 1994, série A n° 284.
Benham c. Royaume-Uni, 10 juin 1996, Recueil 1996-III.
Bentham c. Pays-Bas, 23 octobre 1985, série A n° 97.
Bergens Tidende et autres c. Norvège, 2 mai 2000, Recueil 2000-V.

Berktaş c. Turquie, 1 mars 2001, n° 22493/93.
 Beyeler c. Italie, 5 janvier 2000, Recueil 2000-I.
 Bilgin v. Turkey, 16 novembre 2000, n° 23819/94.
 Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège, 20 mai 1999, Recueil 1999-III.
 Boner c. Royaume-Uni, 28 octobre 1994, série A n° 300-B.
 Bönisch c. Autriche, 6 mai 1985, série A n° 92.
 Bönisch c. Autriche (article 50), 2 juin 1986, série A n° 103.
 Borgers c. Belgique, 30 octobre 1991, série A n° 214-B.
 Bottazzi c. Italie, 28 juillet 1999, Recueil 1999-V.
 Bouchelkia c. France, 29 janvier 1997, Recueil 1997-I, fasc. 28.
 Boudier c. France, 21 mars 2000, n° 41857/98.
 Bowman c. Royaume-Uni, 19 février 1998, Recueil 1998-I, fasc. 63.
 Boyle et Rice c. Royaume-Uni, 27 avril 1988, série A n° 131.
 Bozano c. France, 18 décembre 1986, série A n° 111.
 Brandstetter c. Autriche, 28 août 1991, série A n° 211.
 Bricmont c. Belgique, 7 juillet 1989, série A n° 158.
 Brogan et autres c. Royaume-Uni, 29 novembre 1988, série A n° 145-B.
 Brozicek c. Italie, 19 décembre 1989, série A n° 167.
 Buchholz c. Allemagne, 6 mai 1981, série A n° 42.
 Bulut c. Autriche, 22 février 1996, Recueil 1996-II, fasc. 5.
 Buscarini et autres c. Saint-Marin, 18 février 1999, Recueil 1999-I.
 Büyükdağ c. Turquie, 21 décembre 2000, n° 28340/95.

– C –

C. c. Pologne, 3 mai 2001, n° 27918/95.
 Çakıcı c. Turquie, 8 juillet 1999, Recueil 1999-IV.
 Caloc c. France, 20 juillet 2000, Recueil 2000-IX.
 Camenzind c. Suisse, 16 décembre 1997, Recueil 1997-VIII, fasc. 61.
 Campbell et Cosans c. Royaume-Uni, 25 février 1982, série A n° 48.
 Campbell et Fell c. Royaume-Uni, 28 juin 1984, série A n° 80.
 Capuano c. Italie, 25 juin 1987, série A n° 119-A.
 Cardot c. France, 19 mars 1991, série A n° 200.
 Castanheira Barros c. Portugal, 26 octobre 2000, n° 36945/97.
 Castillo Algar c. Espagne, 28 octobre 1998, Recueil 1998-VIII, fasc. 95.
 Chahal c. Royaume-Uni, 15 novembre 1996, Recueil 1996-V, fasc. 22.
 Chypre c. Turquie [GC], 10 mai 2001, n° 25781/94.
 Çiçek v. Turkey, 27 février 2001, no. 25704/94.
 Ciriocosta et Viola c. Italie, 4 décembre 1995, série A n° 337-A.
 Ciulla c. Italie, 22 février 1989, série A n° 148.
 Colak c. Allemagne, 6 décembre 1988, série A n° 147.
 Colozza et Rubinat c. Italie, 12 février 1985, série A n° 89.
 Colombani et autres c. France, 25 juin 2002,
 Contrada c. Italie, 24 août 1998, Recueil 1998-V, fasc. 85.
 Corigliano c. Italie, 10 décembre 1982, série A n° 57.
 Costello-Roberts c. Royaume-Uni, 25 Mars 1993, Série A n° 247-C.
 Coster c. Royaume-Uni, 18 janvier 2001, n° 24876/94.
 Croissant c. Allemagne, 25 septembre 1992, série A n° 237-B.
 Cruz Varas et autres c. Suède, 20 mars 1991, série A n° 201.

– D –

D. c. Royaume-Uni, 2 mai 1997, Recueil 1997-III, fasc. 37.
 Dalia c. France, 19 février 1998, Recueil 1998-I, fasc. 62.
 Danemark c. Turquie (règlement amiable), 5 avril 2000, Recueil 2000-IV.
 Daud c. Portugal, 21 avril 1998, Recueil 1998-II, fasc. 69.
 Debled c. Belgique, 22 septembre 1994, série A n° 292-B.
 De Cubber c. Belgique, 27 mars 1984, série A n° 86.
 De haan c. Pays-Bas, 26 août 1997, Recueil 1997-IV, fasc. 44.

De Haes et Gijssels c. Belgique, 24 février 1997, Recueil 1997-I, fasc. 30.
De jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas, 22 mai 1984, série A n° 77.
Delcourt c. Belgique, 17 janvier 1970, série A n° 11.
Delta c. France, 19 décembre 1990, série A n° 191-A.
De Micheli c. Italie, 26 février 1993, série A n° 257-D.
Demicoli c. Malte, 27 août 1991, série A n° 210.
Demiray c. Turquie, 21 novembre 2000, Recueil 2000-XI.
De Moucheron et autres c. France, 17 octobre 2000, n° 37051/97.
Denizci and Others v. Cyprus, 23 mai 2001, n° 25316-25321/94 and 27207/95.
Deumeland c. Allemagne, 29 mai 1986, série A n° 100.
Deweert c. Belgique, 27 février 1980, série A n° 35.
De Wilde, Ooms et Versyp, 18 novembre 1970, série A, n° 12.
Diennet c. France, 26 septembre 1995, série A n° 325-A.
Dikme c. Turquie, 11 juillet 2000, Recueil 2000-VIII.
Di Mauro c. Italie, 28 juillet 1999, Recueil 1999-V.
Dobbertin c. France, 25 février 1933, série A n° 256.
Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas, 27 octobre 1993, série A n° 274.
Doorson c. Pays-Bas, 26 mars 1996, Rec. 1996-II fasc. 6.
Dougouzos c. Grèce, 6 mars 2001, n° 40907/98.
Drozd et Janousek c. France, 26 juin 1992, série A n° 240.
Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, série A n° 45.
Dulaurans c. France, 21 mars 2000, n° 34553/97.

– E –

Eckle c. Allemagne, 15 juillet 1982, série A n° 51.
Edwards c. Royaume-Uni, 16 décembre 1992, série A n° 247-B.
Efstratiou c. Grèce, 18 décembre 1996, Recueil 1996-VI, fasc. 27.
Egmez c. Chypre, 21 décembre 2000, n° 30873/96, Recueil 2000.
Ekinci c. Turquie, 18 juillet 2000, n° 25625/94.
El Boujaïdi c. France, 26 septembre 1997, Recueil 1997-VI, fasc. 51.
Elsholz c. Allemagne, 13 juillet 2000, n° 25735/94, Recueil 2000-VIII.
Engel et autres c. Pays-Bas, 8 juin 1976, série A n° 22.
Englert c. Allemagne, 25 août 1987, série A n° 123.
Erdagöz c. Turquie, 22 octobre 1997, Recueil 1997-VI, fasc. 54.
Erdoğan c. Turquie, 15 juin 2000, Recueil 2000-VI.
Ergi c. Turquie, 28 juillet 1998, Recueil 1998-IV, fasc. 81.
Eriksson c. Suède, 22 juin 1989, série A n° 156.
Ertak c. Turquie, 9 mai 2000, Recueil 2000-V.
Ex-roi de Grèce et autres c. Grèce, 23 novembre 2000, n° 25701/94, Recueil 2000.
Ezelin c. France, 26 avril 1991, série A n° 202.

– F –

Feldbrugge c. Pays-Bas, 29 mai 1986, série A n° 1999.
Feldbrugge c. Pays-Bas (article 50), 27 juillet 1987, série A n° 124-A.
Ferrantelli et Santangelo c. Italie, 7 août 1996, Recueil 1996-III, fasc. 12.
Ferrari c. Italie, 28 juillet 1995, n° 33440/96;
Fey c. Autriche, 24 février 1993, série A n° 255-A.
Fischer c. Autriche, 26 avril 1995, série A n° 312.
Fitt c. Royaume-Uni, 16 février 2000, Recueil 2000-II.
Foti et autres c. Italie, 10 décembre 1982, série A n° 56.
Foti et autres c. Italie (article 50), 21 novembre 1983, série A n° 69.
Foucher c. France, 18 mars 1997, Recueil 1997-II, fasc. 33.
Fouquet c. France, 31 janvier 1996, Recueil 1996-I, fasc. 1.
Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni, 30 août 1990, série A n° 182.
Francesco Aggiato c. Italie, 26 avril 2001, n° 35207/97.
Fredin c. Suède (n° 1), 18 février 1991, série A n° 192.
Fredin c. Suède (n° 2), 23 février 1992, série A n° 283-A.

Frydlender c. France, 27 juin 2000, Recueil 2000-VII.
Funke c. France, 25 février 1993, série A n° 256-A.

– G –

Garcia Ruiz c. Espagne, 21 janvier 1999, Recueil 1999-I.
Gautrin et autres c. France, 20 mai 1998, Recueil 1998-III, fasc. 72.
Georgiadis c. Grèce, 29 mai 1997, Recueil 1997-III, fasc. 38.
Gerger c. Turquie, 8 juillet 1999, n° 24919/94.
Gillow c. Royaume-Uni, 24 novembre 1986, série A n° 109.
Gillow c. Royaume-Uni (article 50), 14 septembre 1987 série A n° 124-C
Glaser c. Allemagne, 28 août 1986, série A n° 104.
Goddi c. Italie, 9 avril 1984, série A n° 76.
Golder c. Royaume-Uni, 21 février 1975, série A n° 18.
Goodwin c. Royaume-Uni, 27 mars 1996, Recueil 1996-II, fasc. 7.
Goodwin c. Royaume-Uni, 11 juillet 2002, n° 28957/95.
Gregory c. Royaume-Uni, 25 février 1997, Recueil 1997-I, fasc. 31.
Grigoriades c. Grèce, 25 novembre 1997, Recueil 1997-VII, fasc. 57.
Grisez c. Belgique, 26 avril 2002,
Guerra et autres c. Italie, 19 février 1998, Recueil 1998-I, fasc. 64.
Guillot c. France, 24 octobre 1996, Recueil 1996-V, fasc. 19.
Guincho c. Portugal, 10 juillet 1984, série A n° 81.
Guisset c. France, 26 septembre 2000, Recueil 2000-IX.
Gül c. Suisse, 19 février 1996, Recueil 1996-I, fasc. 3.
Güleç c. Turquie, 27 juillet 1998, Recueil 1998-IV, fasc. 80.
Gündem c. Turquie, 25 mai 1998, Recueil 1998-III, fasc. 73.
Gustafsson c. Suède, 25 avril 1996, Recueil 1996-II, fasc. 9.
Gustafsson c. Suède, 13 octobre 1997, Recueil 1997-VI (comité de filtrage), fasc. 53.
Gustafsson c. Suède, 30 juillet 1998, Recueil 1998-V, fasc. 84.
Gustafsson c. Suède (révision n° 2), 11 septembre 1998, Recueil 1998-VI, Recueil 1998-VI, fasc. 89.
Guzzardi c. Italie, 6 novembre 1980, série A n° 39.

– H –

H. c. Belgique, 30 novembre 1987, série A n° 127-B.
H. c. France, 24 octobre 1989, série A n° 162-A.
Hadjianastassiou c. Grèce, 16 décembre 1992, série A n° 252.
Håkansson et Stureson c. Suède, 21 février 1990, série A n° 171-A.
Halford c. Royaume-Uni, 25 juin 1997, Recueil 1997-III, fasc. 39.
Handyside c. Royaume-Uni, 7 décembre 1976, série A n° 24.
Hassan et Tchaouch c. Bulgarie, 26 octobre 2000, Recueil 2000-XI.
Hauschildt c. Danemark, 24 mai 1989, série A n° 54.
Helle c. Finlande, 19 décembre 1997, Recueil 1997-VIII, fasc. 61.
Henra c. France – Recueil 1998-II, fasc. 71 29 avril 1998
Hentrich c. France, 22 septembre 1994, série A n° 296-A
Hentrich c. France (article 50), 3 septembre 1995, série A n° 320-A.
Herczgfalvy c. Autriche, 24 septembre 1992, série A n° 244.
Hertel c. Suisse, 25 août 1998, Recueil 1998-IV.
Higgins et autres c. France, 19 février 1998, Recueil 1998-I, fasc. 62.
Hiro Balani c. Espagne, 9 décembre 1994, série A n° 303-B.
H.L.R. c. France, 29 avril 1997, Recueil 1997-III, fasc. 36.
Hood c. Royaume-Uni, 18 février 1999, Recueil 1999-I.
Hornsby c. Grèce, 19 mars 1997, Recueil 1997-II, fasc. 33.
Huvig c. France, 24 avril 1990, série A n° 176-B.

– I –

I c. Royaume-Uni, 12 juillet 2002,

Iatridis c. Grèce, 25 mars 1999, Recueil 1999-II.
İbrahim Aksoy c. Turquie, 10 octobre 2000, n^{os} 28635/95, 30171/96 et 34535/97.
Ignaccolo-Zenide c. Roumanie, 25 janvier 2000, Recueil 2000-I.
Ilijkov vs Bulgaria, 26 juin 2001, n^o 33977/96.
Incal c. Turquie, 9 juin 1998, Recueil 1998-IV, fasc. 78.
Indelicato c. Italie, 18 octobre 2001, n^o 31143/96.
Irlande c. Royaume-Uni, 18 janvier 1978, série A n^o 25.

– J –

Jabari vs. Turdey, 11 juillet 2000 Recueil 2000-VIII.
Jacquie et Ledun c. France, 28 mars 2000, n^o 49493/98.
James et autres c. Royaume-Uni, 21 février 1986, série A n^o 98.
Janowski c. Pologne, 21 janvier 1999, Recueil 1999-I.
Jasper c. Royaume-Uni, 16 février 2000, n^o 27052/95.
Jersild c. Danemark, 23 septembre 1994, série A n^o 298.
J.J. c. Pays-Bas, 27 mars 1998, Recueil 1998-II, fasc. 68.
Johansen c. Norvège, 7 août 1996, Recueil 1996-III, fasc. 13.
Johnson c. Royaume-Uni, 24 octobre 1997, Recueil 1997-VII, fasc. 55.

– K –

Kalaç c. Turquie, 1 juillet 1997, Recueil 1997-IV, fasc. 41.
Kamasinski c. Autriche, 19 décembre 1989, série A n^o 168.
Kampanis c. Grèce, 13 juillet 1995, série A n^o 318-B.
Kaya c. Turquie, 19 février 1998, Recueil 1998-I, fasc. 65.
Kefalas et autres c. Grèce, 8 juin 1995, série A n^o 318-A.
Kemache c. France n^{os} 1 et 2 (article 50), 2 novembre 1993, série A n^o 270-B
Keus c. Pays-Bas, 25 octobre 1990, série A n^o 185-C.
Khalfouci c. France, 14 décembre 1999, Recueil 1999-IX.
Khan c. Royaume-Uni, 12 mai 2000, Recueil 2000-V.
K.-H.W. c. Allemagne, 22 mars 2001, n^o 37201/97.
Kılıç c. Turquie, 28 mars 2000, Recueil 2000-III
Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark, 7 décembre 1976, série A n^o 23
Klaas c. Allemagne 22 septembre 1993 série A n^o 269
Klaas et autres c. Allemagne, 6 septembre 1978, série A n^o 28.
Kokkinakis c. Grèce, 25 mai 1993, série A n^o 260-A.
König c. Allemagne, 28 juin 1976, série A n^o 27.
Kopp c. Suisse, 25 mars 1998, Recueil 1998-II, fasc. 67.
Kostovski c. Pays-Bas, 20 novembre 1989, série A n^o 166.
Kraska c. Suisse, 19 avril 1993, série A n^o 254-B.
Krčmář and Others v. the Czech Republic, 3 mars 2000, no. 35376/97.
Kremwoc c. Autriche, 21 septembre 1993, série A n^o 268-B.
Kress c. France, 7 juin 2001, Recueil 2001-VI
Krombach c. France, 13 février 2001, n^o 29731/96.
Kroon et autres c. Pays-Bas, 27 octobre 1994, série A n^o 297-C
Kruslin c. France, 24 avril 1990, série A n^o 176-A
Kudła c. Pologne, 26 octobre 2000, Recueil 2000-XI.
Kuopila c. Finland, 27 avril 2000, n^o 27752/95.
Kurt c. Turquie, 25 mai 1998, Recueil 1998-III, fasc. 74

– L –

Labita c. Italie, 6 avril 2000, Recueil 2000-IV
Lamy c. Belgique, 30 mars 1989, série A n^o 151.
Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni, 19 février 1997, Recueil 1997-I, fasc. 29.
Lauko c. Slovaquie, 2 septembre 1998, Recueil 1998-VI, fasc. 88.
Lawless c. Irlande, 1^{er} juillet 1961, série A n^o 3.
L.C.B. c. Royaume-Uni, 9 juin 1998, Recueil 1998-III, fasc. 76.

Le Calvez c. France, 29 juillet 1998, Recueil 1998-V, fasc. 82.
Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique, 23 juin 1981, série A n° 43.
Leoni c. Italie, 26 octobre 2000, n° 43269/98.
Leterme c. France, 29 avril 1998, Recueil 1998-III, fasc. 72
Lingens c. Autriche, 8 juillet 1986, série A n° 103.
Linguistique belge, 23 juillet 1968, série A n° 6.
Lithgow et autres c. Royaume-Uni, 8 juillet 1986, série A n° 102.
Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, série A n° 310.
Loizidou c. Turquie (fond), 18 décembre 1996, Recueil 1996-VI, fasc. 26.
Lopez Ostra c. Espagne, 9 décembre 1994, série A n° 303-C.
Luberti c. Italie, 23 février 1984, série A n° 74.
Lucà c. Italie, 27 février 2001, n° 33354/96.

– M –

Magee c. Royaume-Uni, 6 juin 2000, Recueil 2000-VI.
Mahmut Kaya v. Turkey, 28 mars 2000, Recueil 2000-III.
Maini c. France, 26 octobre 1999, n° 31801/96.
Maj c. Italie, 19 février 1991, série A n° 196-D.
Malige c. France, 23 septembre 1998, Recueil 1998-VII, fasc. 93.
Malone c. Royaume-Uni, 2 Août 1984, série A n° 82.
Mantovanelli c. France, 18 mars 1997, Recueil 1997-II, fasc. 32.
Marckx c. Belgique, 13 juin 1979, série A n° 31.
Martins Moreira c. Portugal, 26 octobre 1988, série A n° 143.
Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique, 2 mars 1987, série A n° 113.
Matthews c. Royaume-Uni, 18 février 1999, Recueil 1999-I.
Matznetter c. Autriche, 10 novembre 1969, série A n° 10.
Mac Cann et autres c. Royaume-Uni, 27 septembre 1995, série A n° 324.
McKerr v. the United Kingdom, 4 mai 2001, n° 28883/95.
Mc Michael c. Royaume-Uni, 24 février 1995, série A n° 307-B.
Meftah c. France, n° 32911/96 [Sect. 3] [fr] – 26 avril 2001
Mehemi c. France, 26 septembre 1997, Recueil 1997-VI, fasc. 51.
Mentes et autres c. Turquie, 28 novembre 1997, Recueil 1997-VIII, fasc. 59.
Messina c. Italie, 26 février 1993, série A n° 257-H.
Miaïlhe c. France n° 1 (article 50), 29 novembre 1993, 277-C.
Minelli c. Suisse, 25 mars 1983, série A n° 62.
Modinos c. Chypre, 22 avril 1993, série A n° 259.
Monnell et Morris c. Royaume-Uni, 2 mars 1987, série A n° 115.
Moreira de Azevedo c. Portugal, 23 octobre 1990, série A n° 189.
Morel c. France, 6 juin 2000, Recueil 2000-VI
Müller et autres c. Suisse, 24 mai 1988, série A n° 133.
Musial c. Pologne, 25 mars 1999, Recueil 1999-II.

– N –

Navarra c. France, 23 novembre 1993, Série A n° 273-B.
Neumeister c. Autriche, 27 juin 1968, série A n° 8.
Neumeister c. Autriche (article 50), 7 mai 1974, série A n° 17.
Nideröst-Huber c. Suisse, 18 février 1997, Recueil 1997-I, fasc. 29.
Nielsen c. Danemark, 28 novembre 1988, série A n° 144.
Nikolova c. Bulgarie, 25 mars 1999, Recueil 1999-II.
Nilsen et Johnsen c. Norvège, 25 novembre 1999, Recueil 1999-VIII.
Norris c. Irlande, 26 octobre 1988, série A n° 142
Nsona c. Pays-Bas, 28 novembre 1996, Recueil 1996-V, fasc. 23

– O –

O, H, W et R c. Royaume-Uni, 8 juillet 1987, série A n° 120.

Obermeier c. Autriche, 28 juin 1990, série A n° 179
Oerlemans c. Pays-Bas, 27 novembre 1991, série A n° 219.
Oğur c. Turquie, 20 mai 1999, Recueil 1999-III
Open door et Dublin Well Woman c. Irlande, 29 septembre 1992, série A n° 264-A.
Orak c. Turquie, 14 février 2002, n° 31889/96.
Osman c. Royaume-Uni, 28 octobre 1998, Recueil 1998-VIII, fasc. 95.
Otto-Preminger-Institut c. Autriche, 20 août 1994, série A n° 295-A.
ÖZDEP voir Parti de la liberté et de la démocratie c. Turquie
Özgür Gündem c. Turquie, 16 mars 2000, Recueil 2000-III.
Öztürk c. Allemagne, 21 février 1984, série A n° 73.

– P –

Padovani c. Italie, 26 février 1993, série A n° 257-B.
Paez c. Suède, 30 octobre 1997, Recueil 1997-VII, fasc. 56.
Pakelli c. Allemagne, 25 avril 1983, série A n° 64.
Palmigiano c. Italie, 11 janvier 2000, n° 37507/97.
Papamichalopoulos et autres c. Grèce, 24 juin 1993, série A n° 260-B
Papamichalopoulos et autres c. Grèce (article 50), 31 octobre 1995, série A n° 330-B.
Pardo c. France, 20 septembre 1993, série A n° 261-B.
Pardo c. France (révision - recevabilité), 10 juillet 1996, Recueil 1996-III, fasc. 11.
Pardo c. France (révision – bien-fondé), 24 avril 1997, Recueil 1997-III, fasc. 36.
Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie, 30 janvier 1998, Recueil 1998-I, fasc. 62
Parti de la liberté et de la démocratie ÖZDEP c. Turquie, 8 décembre 1999, Recueil 1999-VIII.
Parti socialiste et autres c. Turquie, 25 mai 1998, Recueil 1998-III, fasc. 75
Pauger c. Autriche du 28 mai 1997, Recueil 1997-III, fasc. 38.
Paulsen-Medalen et Svensson c. Suède, 19 février 1998, Recueil 1998-I, fasc. 63
Perote Pellon c. France, 25 juillet 2002, n° 45238/99.
Petrovic c. Autriche, 27 mars 1998, Recueil 1998-II, fasc. 67.
Pfeifer et plank c. Autriche, 25 février 1992, série A n° 227.
Pham Hoang c. France, 25 septembre 1992, série A n° 243.
Phillis c. Grèce, 27 juin 1997, Recueil 1997-IV, fasc. 40.
Phocas c. France, 23 avril 1996, Recueil 1996-II, fasc. 7
Piermont c. France, 27 avril 1995, série A n° 314.
Piersak c. Belgique, 1^{er} octobre 1982, série A n° 53.
Piron c. France, 14 novembre 2000, n° 36436/97.
Pisano c. Italie, 27 juillet 2000, n° 36732/97.
Podkolzina c. Lettonie, 9 avril 2002, n° 46726/99.
Polat c. Turquie, 8 septembre 1999, n° 23500/94.
Powell et Rayner c. Royaume-Uni, 21 février 1990, série A n° 172.
Pretto et autres c. Italie, 8 décembre 1983, série A n° 71.
Pretty c. Royaume-Uni, 24 avril 2002, 2346/02.
Procola c. Luxembourg, 28 septembre 1995, série A n° 326.

– Q –

Quadrelli c. Italie, 11 janvier 2000, n° 28168/95.
Quinn c. France, 22 mars 1995, série A n° 311.

– R –

Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis, 9 décembre 1994, série A n° 301-B.
Rees c. Royaume-Uni, 17 octobre 1986, série A n° 106.
Rehbock c. Slovaquie, 28 novembre 2000, n° 29462/95, Recueil 2000-XI.
Remli c. France, 23 avril 1996, Recueil 1996-II, fasc. 8
Ribitsch c. Autriche, 4 décembre 1995, série A n° 336
Ringeisen c. Autriche, 16 juillet 1971, série A n° 13
Ringeisen c. Autriche (article 50), 22 juin 1972, série A n° 15
Rotaru c. Roumanie, 4 février 2000, Recueil 2000-V.

Ruiz-Mateos c. Espagne, 23 juin 1993, série A n° 262
Ruiz Torija c. Espagne, 9 décembre 1994, série A n° 303-A

– S –

Saïdi c. France, 20 septembre 1993, série A n° 261-C.
Sabuktekin c. Turquie, 19 mars 2002, n° 27243/95.
Sakik et autres c. Turquie, 26 novembre 1997, Recueil 1997-VII, fasc. 58.
Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, 21 décembre 1999, Recueil 1999-IX.
Salman c. Turquie, 27 juin 2000, Recueil 2000-VII.
Sanchez-Reisse c. Suisse, 21 octobre 1986, série A n° 107.
Satk et autres c. Turquie, 10 octobre 2000, n° 31866/96.
Schenk c. Suisse, 12 juillet 1988, série A n° 140.
Schiesser c. Suisse, 4 décembre 1979, série A n° 34.
Schimdt et Dahlström c. Suède, 6 février 1976, série A n° 21
Schuler-Zraggen c. Suisse, 24 juin 1993, série A n° 263.
Schwabe c. Autriche, 28 août 1992, série A n° 242-B.
Scozzari et Giunta c. Italie, 13 juillet 2000, Recueil 2000-VIII.
Selçuk et Asker c. Turquie, 24 avril 1998, Recueil 1998-II, fasc. 71.
Selmouni c. France, 28 juillet 1999, Recueil 1999-V.
Shanaghan v. the United Kingdom, 4 mai 2001, n° no. 37715/97.
Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni, 30 juillet 1998, Recueil 1998-V.
Sidiropoulos et autres c. Grèce, 10 juillet 1998, Recueil 1998-IV, fasc. 79.
Silver et autres c. Royaume-Uni, 25 mars 1983, série A n° 61.
Slimane-Kaïd c. France, 25 janvier 2000, n° n° 29507/95
Soering c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, série A n° 161
Sporrong et Lönnroth c. Suède (article 50) 18 décembre 1984, série A n° 88.
Stafford c. Royaume-Uni, 28 avril 2002, n° 46295/99.
Stamoulakatos c. Grèce, 26 novembre 1997, Recueil 1997-VII, fasc. 58.
Stocké c. Allemagne, 19 mars 1991, série A n° 199-A.
Stogmuller c. Allemagne, 10 novembre 1969, série A n° 9.
Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne, 22 mars 2001 ? n°^{os} 34044/96, 35532/97 et 44801/98.
Stubbings et autres c. Royaume-Uni, 22 octobre 1996, Recueil 1996-IV, fasc. 18.
Sunday Times c. Royaume-Uni, 26 avril 1979, série A n° 30.
Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 2), 26 novembre 1991, série A n° 217.
Sutter c. Suisse, 22 février 1984, série A n° 74.
S.W. c. Royaume-Uni, 22 novembre 1995, série A n° 335-B.
Szücs c. Autriche, 24 novembre 1997, Recueil 1997-VII, fasc. 56.

– T –

T. c. Italie, 12 octobre 1992, série A n° 245-C.
T. c. Royaume-Uni, 16 décembre 1999, Recueil 1999-IX.
Tanli v. Turkey, 10 avril 2001, n° 26129/95.
Tanribilir c. Turquie, 16 novembre 2000, n° 21422/93.
Tanrıkulu c. Turquie, 8 juillet 1999, Recueil 1999-IV
Taş c. Turquie, 14 novembre 2000, Recueil 2000-XI.
Teixeira de Castro c. Portugal, 9 juin 1998, Recueil 1998-IV, fasc. 77.
Tekin c. Turquie, 9 juin 1998, Recueil 1998-IV, fasc. 78.
Thoma c. Luxembourg, 29 mars 2001, n° 38432/97.
Thorgeir Thorgeirson c. Islande, 25 juin 1992, série A n° 239
Thurin c. France, 28 novembre 2000, n° 32033/96.
Tierce et autres c. Saint-Marin, 25 juillet 2000, Recueil 2000-IX.
Timurtaş c. Turquie, 13 juin 2000, Recueil 2000-VI
Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni, 13 juillet 1995, série A n° 316-B.
Tomasi c. France, 27 août 1992, série A n° 241-A.
Torri c. Italie, 1 juillet 1997, Recueil 1997-IV, fasc. 41.
Toth c. Autriche, 12 décembre 1991, série A n° 224.
Tsirlis et Koulompas c. Grèce, 29 mai 1997, Recueil 1997-III, fasc. 38.

T.W. c. Malte, 29 avril 1999, n° 25644/94.
Twalib c. Grèce, 9 juin 1998, Recueil 1998-IV, fasc. 77.
Tyrer c. Royaume-Uni, 25 avril 1978, série A n° 26.

– U –

Unterpertinger c. Autriche, 24 novembre 1986, série A n° 110.

– V –

V c. Royaume-Uni, 16 décembre 1999, Recueil 1999-IX.
Vacher c. France, 17 décembre 1996, Recueil 1996-VI, fasc. 25.
Valenzuela Contreras c. Espagne, 30 juillet 1998, Recueil 1998-V, fasc. 83.
Valsamis c. Grèce, 18 décembre 1996, Recueil 1996-IV, fasc. 27.
Van de Hurk, 19 avril 1994, série A n° 288.
Van der Leer c. Pays-Bas, 21 février 1990, série A n° 70-A.
Van der Mussele c. Belgique, 23 novembre 1983, série A n° 70.
Van der sluijs, zuiderveld et klappe c. Pays-Bas, 22 mai 1984, série A n° 78.
Van mechelen et autres c. Pays-Bas, 23 avril 1997, Recueil 1997-III, fasc. 36.
Van Oosterwijck c. Belgique, 6 novembre 1980, série A n° 40.
Van Orshoven c. Belgique, 25 juin 1997, 1997-III, fasc. 39.
Van Raalte c. Pays-Bas, 21 février 1997, Recueil 1997-I, fasc. 29.
Velikova c. Bulgarie, 18 mai 2000, Recueil 2000-VI.
Velosa Barreto c. Portugal, 21 Novembre 1995, série A n° 334.
Vermeulen c. Belgique, 20 février 1996, Recueil 1996-I, fasc. 3.
Vernillo c. France, 20 février 1991, série A n° 198.
Vidal c. Belgique, 22 avril 1992, série A n° 235-B.
Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni, 30 octobre 1991, série A n° 215.
Voisine c. France, 8 février 2000, n° 27362/95.

– W –

W. c. Royaume-Uni, 8 août 1987, série A n° 121.
Waite et Kennedy c. Allemagne, 18 février 1999, Recueil 1999-I.
Wassink c. Pays-Bas, 27 juillet 1990, série A n° 185-A.
Werner c. Autriche, 24 novembre 1997, Recueil 1997-VII, fasc. 56.
Wingrove c. Royaume-Uni, 25 novembre 1996, Recueil 1996-V, fasc. 23.
Winterwep c. Pays-Bas, 24 octobre 1979, série A n° 33.
Worm c. Autriche, 29 août 1997, Recueil 1997-V, fasc. 45.

– X –

X. c. Royaume-Uni, 5 novembre 1981, série A n° 46.
X, Y et Z c. Royaume-Uni, 22 avril 1997, Recueil 1997-II, fasc. 35.

– Y –

Yaşa c. Turquie, 2 septembre 1998, Recueil 1998-VI, fasc. 88.
Young James et Webster c. Royaume-Uni, 13 août 1981, série A n° 44.

– Z –

Z c. Finlande, 25 février 1997, Recueil 1997-I, fasc. 31.
Zana c. Turquie, 25 novembre 1997, Recueil 1997-VII, fasc. 57.
Zimmermann et Steiner c. Suisse, 13 juillet 1983, série A n° 66.
Zumtobel c. Autriche, 21 septembre 1993, série A n° 268-A.

B) COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

Commission EDH Akdivar et autres c. Turquie, n° 21893/93, Rapport du 26 octobre 1995, non publié.
Commission EDH, Affaire Grecque, Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1969, Volume 12.
Commission EDH, Akkoç c. Turquie, n° 22547/31, Rapport du 23 avril 1999, non publié.
Commission EDH, Assenov et autres c. Bulgarie, n° 24760/94, Rapport du 10 juillet 1997, § 94.
Commission EDH, Assenov et autres c. Bulgarie, n° 24760/94, Rapport du 10 juillet 1997, DR 86-B.
Commission EDH, Autriche c. Italie, 11 janvier 1961, Annuaire, vol n° 4, p. 16.
Commission EDH, Chypre c. Turquie, n° 52781/94, Rapport du 4 juin 1999, non publié.
Commission EDH, Ciracler c. Turquie, 20 mai 1996, req. 19601/92.
Commission EDH, Diaz Ruano c. Espagne, n° 16988/90, Rapport du 31 août 1993.
Commission EDH, Donald Peers c. Grèce, n° 28524/95, Rapport du 4 Juin 1999, non publié.
Commission EDH, Donnelly et autres c. Royaume-Uni (Première décision), 5 avril 1973, Annuaire, n° 16, p. 264.
Commission EDH, Ensslin, Baader et Raspe c. Allemagne, n° 7572/76, 7586/76, 7587/76, 8 juillet 1978, DR 14, p. 101.
Commission EDH, Ertak c. Turquie, n° 20764/92 Rapport du 4 décembre 1998, non publié.
Commission EDH, Fouquet c. France, 12 octobre 1994, req. 20398/92.
Commission EDH, France, Norvège, Danemark, Suède et Pays-Bas c. Turquie, n° 9940-9944/82, Rapport du 7 décembre 1985, Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1985, p. 154.
Commission EDH, Gülec c. Turquie, n° 21593/93, Rapport du 17 avril 1997.
Commission EDH, Gündem c. Turquie, n° 22275/93, Rapport du 3 septembre 1996.
Commission EDH, H.L.R c. France, 7 décembre 1995.
Commission EDH, Hewitt et Harman c. Royaume-Uni, 9 mai 1989, Décisions et rapports 1998, pp. 114.
Commission EDH, Ilhan c. Turquie, n° 2277/31, Rapport du 23 avril 1999, non publié.
Commission EDH, Irlande c. Royaume-Uni, Rapport du 25 janvier 1976, série B n° 23-I.
Commission EDH, Ismet Gündem c. Turquie, n° 22275/93, Rapport du 3 septembre 1996, non publié.
Commission EDH, Kilic c. Turquie, n° 22492/93, Rapport du 23 octobre 1998, non publié.
Commission EDH, Kurt c. Turquie, n° 24276/94, Rapport du 5 décembre 1996, non publié.
Commission EDH, Mac Cann et autres c. Royaume-Uni, n° 18984/91, Rapport du 4 mars 1994, non publié.
Commission EDH, Mahmut Kaya c. Turquie, n° 22535/93, Rapport du 23 octobre 1998.
Commission EDH, Mehmet Kaya c. Turquie, n° 22729/93, Rapport du 24 octobre 1996.
Commission EDH, Mentés et autres c. Turquie, 23186/94, Rapport du 7 mars 1996.
Commission EDH, Ogur c. Turquie, n° 21594/95, Rapport du 30 octobre 1997.
Commission EDH, Selçuk et Asker c. Turquie, n° 23184/94 et 23185/94, Rapport du 28 novembre 1996, non publié.
Commission EDH, Société Proma di Franco Gianotti contre France, 1^{er} mars 1999, Requête n° 25971/94, § 45.
Commission EDH, Szwabowicz c. Suède, 30 juin 1959, Décision n° 434/58, Annuaire de la Convention, vol. II.
Commission EDH, Tanrikulu c. Turquie, n° 23763/94, Rapport du 15 Avril 1998, non publié.
Commission EDH, Taş c. Turquie No. 24396/94, Rapport du 9 septembre 1999, non publié.
Commission EDH, Taura et autres c. France, décision du 4 décembre 1995, DR 83-B, p. 112.
Commission EDH, Timurtas c. Turquie, n° 23531/94, Rapport du 29 octobre 1998, non publié.
Commission EDH, Z. D c. Turquie, n° 25801/94, Rapport du 6 septembre 1999, non publié.
Commission européenne des droits de l'homme, X c. Rép. féd. d'Allemagne, 5 mars 1962, Annuaire de la Convention, vol. 5, p 95.

C) COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

C.I.J, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis), 27 juin 1986, Fond, Recueil 1986, p. 14.
C.I.J, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis), 26 novembre 1984, Recueil 1984, p. 437.
C.I.J, Essais nucléaires (Australie c. France), 20 décembre 1974, Fond, Recueil 1974, p. 253.
C.I.J, Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), 20 décembre 1974, Fond, Recueil 1974, p. 457.
C.I.J, Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège), 6 juillet 1957, Recueil 1957, p. 9.
C.I.J, Différend frontalier (Burkina faso c. République du Mali), 22 décembre 1986, Recueil. 1986, p. 553.

C.I.J, Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande), fond, 15 juin 1962, Recueil 1962, p. 6.

D) COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME

Cour IADH, Bamaca Velasquez, 25 novembre 2000, série C n° 70.

Cour IADH, Cantoral Benavides, exceptions préliminaires, 3 septembre 1998, Informe annual, 1998, annexe XXVI.

Cour IADH, Fairén Garbi y solis Corrales, exceptions préliminaires, 26 juin 1987, série C n° 2.

Cour IADH, Fairén Garbi y Solís Corrales, 15 mars 1989, Série C n° 6.

Cour IADH, Gangaram Panday, 21 janvier 1994, Serie C n° 16.

Cour IADH, Godínez Cruz Case, 20 janvier 1989, serie C n° 5.

Cour IADH, Paniagua Morales y Otros, 8 mars 1998, série C n° 37.

Cour IADH, Loayza Tamayo, 27 novembre 1998, série C n° 42.

Cour IADH, Neira Alegria y otros, exceptions préliminaires, 11 décembre 1991, série C n° 13.

Cour IADH, Other treaties subject to the consultative jurisdiction of the Court, 24 septembre 1982, série A n° 1.

Cour IADH, ordonnance du 15 janvier 1988, § 3, *R.U.D.H* 1992, p. 165.

Cour IADH, ordonnance du 19 janvier 1988, § 3, *R.U.D.H* 1992, p. 165.

Cour IADH., Paniagua Morales y Otros, Résolution, 23 septembre 1997.

Cour IADH; Velásquez Rodríguez, exceptions préliminaires, 26 juin 1987, série C n° 1.

Cour IADH; Velásquez Rodríguez, 29 juillet 1988, série C n° 4.

E) COMITE DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES

Comité des droits de l'homme, Ann maria garcia lanza de netto v. Uruguay, communication n° 8/1977, 3 avril 1980, A/35/40.

Comité des droits de l'homme, Bleier vs Uruguay, 29 mars 1982, A/37/40.

Comité des droits de l'homme, Edgardo dante santullo valcalda v. Uruguay, communication n° 9/1977, 26 octobre 1979, A/35/40.

Comité des droits de l'homme, Gérald J. Griffin c. Espagne, communication n° 493/1992, 4 avril 1995.

Comité des droits de l'homme, Guillermo Ignacio Dermit Barbato and Hugo Haroldo Dermit Barbato v. Uruguay, Communication, n°. 84/1981, 27 February 1981, A/38/40.

Comité des droits de l'homme, Herrera Rubio v. Colombia, Communication, n°. 161/1983, 2 November 1987, A/43/40.

Comité des droits de l'homme, Mukong c. Cameroun, 10 août 1994, communication n° 458/1991.

F) JURIDICTIONS COMMUNAUTAIRES

C.J.C.E, Ordonnance du 14 octobre 1974, Fruit en Groentenimporthandel/Commission, 71/74, Rec. p. 1031.

C.J.C.E, Ordonnance du 3 juin 1964, Costa/ENEL, 6/64, Rec. p. 1197.

C.J.C.E, Ordonnance du 4 février 2000, C-17/98.

C.J.C.E, 16 juin 1971, Anne Duraffour contre Conseil des Communautés européennes, Affaire 18-70, Rec. 1971, p. 515.

C.J.C.E, 13 juin 1996, Binder gmbh & co. International c. Hauptzollamt Stuttgart-West, C-205/94, Rec. I-2871.

C.J.C.E, 16 septembre 1997, Blackspur DIY Ltd e.a. c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes, C-362/95, Rec. I-4791.

T.P.I., 6 juin 1996, Italie c. Commission, C-198/94, Rec. II-2797.

G) SENTANCES ARBITRALES

French-Mexican Claims Commission, Georges Pinson, 19 octobre 1928, *R.S.A V*, p. 413.

United-States-Mexico General Claims Commission, William A. Parker, 31 mars 1926, *R.S.A IV*, p. 39.

H) Conseil d'Etat

- C.E, 24 juin 1949, Consorts Lecomte, *R.D.P* 1949, p. 583, note M. WALINE.
C.E, 28 mai 1954, Barel, Rec p. 308.
C.E, 2 novembre 1973, Société librairie François Maspéro, Rec. p. 811
C.E, 9 juin 1978, Sieur Lebon, *A.J.D.A* 1978, p. 576.
C.E, 26 juillet 1978, Sieur Vinolay, *A.J.D.A* 1978, p. 576.
C.E, 26 juillet 1978, Sieur Cheval, *A.J.D.A* 1978, p. 576.

VI – DOCUMENTS

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Recommandations 1535 adoptée le 26 septembre 2001, *R.U.D.H* 2001, p. 136-142.

BAN T, SUDRE F. et VAN DJIK P. – Analyse de la correspondance entre le Secrétariat Général du Conseil de l'Europe et la Fédération de Russie au titre de l'article 52 de la Convention européenne des droits de l'homme, *R.U.D.H* 2000, p. 356-360.

CANCADO TRINDADE A. A – Rapport adressé à la Commission des questions juridiques et politiques du conseil permanent de l'Organisation des Etats Américains, in *COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME – El sistema de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Tomes II, (annexe 10) p. 440-471.

CANCADO TRINDADE A. A – Rapport adressé à la Commission des questions juridiques et politiques du conseil permanent de l'Organisation des Etats Américains, in *COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME – El sistema de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Tomes II, (annexe 9) p.329-346.

CANCADO TRINDADE A. A – Rapport adressé à la Commission des questions juridiques et politiques du conseil permanent de l'Organisation des Etats Américains dans le cadre du dialogue sur le système interaméricain de protection des droits de la personne, in *COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME – El sistema de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Tomes II, (annexe 5) p. 195-225.

Code de la Convention européenne des droits de l'homme, commenté et annoté par L. CHARRIER, Litec, 2000, 438.

Comité d'experts pour l'amélioration des procédures de protection des droits de l'homme - Résumé des discussions et échanges de vue sur le règlement intérieure de la nouvelle cour unique, Document non publié, DH-PR (97) 5.

Comité directeur pour les droits de l'homme – Rapport du groupe de réflexion sur le renforcement du mécanisme de protection des droits de l'homme (3^{ème} réunion de juin 20001), CDDH-GDR (2001), Document non publié.

Comité directeur pour les droits de l'homme – Modèle de règlement intérieur de la Cour européenne des droits de l'homme, CDDH-GDR (97) 22, 15 mai 1997, Document non publié.

Conseil de l'Europe - Les agents du gouvernement devant les organes de la Convention européenne des droits de l'homme, Prague, 31 octobre et 1^{er} novembre 1995, H(96)10.

Conseil de l'Europe – Recueil de textes, 7^{ème} édition, 1971.

Conseil de l'Europe – Règlements A et B de la Cour, Strasbourg, 1997, 143 p.

Protocole 11 à la Convention européenne des droits de l'homme et rapport explicatif, Doc. H(94)5, 1994, Conseil de l'Europe,

Rapport du groupe d'évaluation au Comité des ministres sur la Cour européenne des droits de l'homme, *R.U.D.H* 2001, p. 142-171.

Rapport explicatif relatif au protocole n° 9 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Strasbourg, Conseil de l'Europe ;

Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme, *R.U.D.H* 1998, p. 358-370.

Recueils de documents relatifs aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme cités

Artico c. Italie, série B n° 34, 1979-1980, p. 45-46.

Affaire linguistique belge, série B n° 3.

Young James et Webster, série B, n° 39.

Winterwerp c. Pays-Bas, série B, vol. 31.

Tyrer c. Royaume-Uni, série B, vol. 24.

Schimdt et Dahlström c. Suède, série B n° 19, 1974-1975.

Lingens, série B, vol 26.

Lawless, série B n° 1, p. 419 ;

Glaserapp, série B, vol. 87, p. 70.

Capuano, série B, vol. 102-A.

INDEX DES MATIERES

Actori incumbit probatio

Contenu, 639, 995-1003,
Synonymes, 977
Reus in excipiendo fit actor, 1002, 1051
Justification, 1012-1023
Application dans d'autres procédures contentieuses, 1005-1120
Satisfaction équitable, 1025-1032
Recevabilité des recours, 1033-1037
Droits protégés par la Convention, 1038-1058
Controverse autour de l'arrêt Klaas, 1084-1088
Standards de preuve, 1091-1105
Remise en cause, 1188-1197

Allégation

Charge de l'allégation, 161,162
Secundum allegata et probata iudex judicare debet, 159
Droit à la preuve, 160-165
Membres de la société civile, 213-223

Amicus curiae, 205-230

Etats, 209-212
Dans les procédures internationales, 221
Amicus brief, 543

Audience

Devant la Cour, 139, 181, 183, 259-262, 267, 269, 476, 547, 586, 664, 665, 691, 717, 718, 719, 735, 827, 1104
Droit à une audience, 165, 233
Intervenant, 190, 208, 209, 214, 713
Publicité de l'audience, 277, 703
Mesures d'instruction, 700, 711

Audition de témoins

Commission européenne des droits de l'homme, 358, 774, 777, 779, 816, 831, 834, 886, 920
Pouvoir d'auditionner, 103, 649, 659, 706, 734, 762, 822, 865, 966
Pratique de la Cour, 690-720, 734-744, 767, 865, 878,
En droit international, 794
Collaboration des Etats, 828-832
Pertinence, opportunité, 657, 677, 706, 907, 963

Bonne foi, 789

Charge de la preuve

Charge effective de la preuve, 372, 375, 378, 384, 403, 1062-1076, 1077, 1081, 1100, 1124, 1282, 1291, 1309, 1310
Charge de l'administration de la preuve, 635-637, 643, 644, 645 et ss.
Voir Présomption
Risque de la preuve, 635-637, 643, 906, 908, 910, 971 et ss.
Renversement, transfert de la charge, 1106-1120, 1188-1197
Et standards de preuve, 1091-1105, 1183-1184
Et droit à la preuve, 166-167
Droit à la vie, 1115-1120
Droit au respect de son intégrité physique et mentale, 1045, 1078-1088, 1105-1120
Droit à la sûreté, 1045-1046, 1008-1110
Droit au respect de la vie privée, 1056
Liberté d'expression, 1054, 1057
Liberté de réunion, 1053

Procès équitable, 1047-1050

Contradictoire (principe du caractère contradictoire de l'instance)

Devant la Cour, 271-276, 305, 370, 700,
Distinction avec l'égalité des armes, 169-173
Comme fondement possible du droit à la preuve, 105
Droit à une procédure contradictoire, définition 105

Commencements de preuve, 567, 602, 606-611, 619, 667, 808, 1088, 1096-1101, 1120, 1167, 1168, 1169,

Commission européenne des droits de l'homme

Tutelle de la victime, 133-137
Amica petentis, 142
Standards de preuve, 564, 567, 569, 571, 572, 573, 588, 593, 598, 607, 609, 612
Mesures d'instruction, 666-669, 730-740, 774, 823-827, 830-843
Égalité des armes, 761-774
Impartialité, 697-699

Commission interaméricaine des droits de l'homme, 297, 726, 847

Comité européen de prévention de la torture, 537, 538, 539, 881, 911, 1265

Comité des droits de l'homme des Nations Unies, 488, 1112

Comité international de la croix-rouge, 542

Comités prévus par la Convention européenne des droits de l'homme

Le comité de trois juges prévu par le protocole 9, 143, 149
Le comité de trois juges prévu par le protocole 11, 63, 255, 256, 260
Le comité de filtrage, 182

Comité des ministres, 854, 855, 856, 924

Comité des Nations Unies contre la torture, 1265

Comité des personnes disparues des Nations Unies, 956

Cross-examination, 840

Cour de Justice des Communautés européennes, 201, 207, 797

Cour internationale de justice, 200, 207, 294, 583, 596, 518, 581, 772, 847, 857, 1007, 1013

Cour européenne des droits de l'homme

Affirmation de sa compétence d'établissement des faits, avant le protocole 11 : 317-322 ; à partir du protocole 11 : 323, 324
Réserve dans l'appréciation des preuves, 485-511
Grande Chambre, 63, 183, 190, 261, 323, 664, 666, 752
Chambre, 63, 190, 255, 257, 260, 261, 268, 276, 323, 664, 716, 717, 733, 739, 743, 752, 757, 819, 842, 876,
Juge rapporteur, 249, 255, 263, 267, 382, 716,
Président de la Chambre
Président de la Cour, (avant l'entrée en vigueur du nouveau règlement), 139, 215, 254
- (le nouveau règlement de procédure), 192, 193, 205, 207, 274

Cour interaméricaine des droits de l'homme, 98, 221, 250, 297, 519, 613, 661, 710, 715, 718, 746-749, 772, 833, 837, 849, 839, 850, 851, 874, 925, 925, 986, 1013, 1103, 1113, 1114

Droit à la vie, 478, 479, 568-570, 591, 737, 833, 836, 863, 916, 941, 943-949, 952, 1111-1120, 1130, 1143, 1144, 1169, 1180, 1179, 1190, 1193, 1204, 1292, 1307, 1315, 1324
Charge de la preuve, 1115-1120

Droit à la sûreté, 31, 209, 404, 421, 522, 582, 691, 711, 953-955, 1045, 1046, 1108, 1110, 1193
Charge de la preuve, 1045-1046, 1008-1110

Droit au respect de son intégrité physique et mentale, 322, 408, 441, 462, 531, 532, 558, 590, 591-594, 595-602, 673, 747, 808, 833, 836, 950-952, 978, 1040-1044, 1113, 1111-1120, 1145, 1156, 1193, 1204, 1292,
Charge de la preuve, 1045, 1078-1088, 1105-1120

Droit à une enquête effective, 86, 479, 480, 481, 597, 600, 645
Fondements, 936 et ss.
Caractère officiel de l'enquête, 956
Indépendance et impartialité de l'organe d'enquête, 957
Diligence de l'enquête, 958
Caractère sérieux et adéquat de la conduite de l'enquête, 959

Droit à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve, 86, 106, 235, 236,
Fondement du droit à la preuve, 106
Applicabilité à la Cour, 289 et ss.
Application par la Cour, 358-364
Implications, 328 et ss.
Et pertinence, 352-353

Droit au juge, 69, 72, 106-109, 235, 236, 286, 288,

Droit naturel, 123

Droit processuel, 15, 95, 145, 195, 205

Egalité des armes

Distinction avec le principe du contradictoire, 169-173
Et preuve, 175-178, 502, 905, 1069-1070
Mesures d'instruction, 680-693, 700-705
Dans la pratique de la Cour, 179-186, 701-705

Effectivité

Logique de l'effectivité des droits, 78-89
Contrôle juridictionnel effectif, 88-89

Enquête

Définition *stricto sensu*, 653
Recours aux pouvoirs d'enquête *lato sensu*, 656 et ss

Erreur manifeste d'appréciation, 343, 347

Exceptions préliminaires, 133, 250, 320, 660, 978

Expressions stéréotypées, 984-989

Faits

Qualification juridique, 394, 399, 400, 413-422, 1238
constitutionnels, 411-412
Distinction du fait et du droit, 25-32, 399
positifs et négatifs, 407-410
subjectifs et objectifs, 402-406
Notion, 398 et ss

Garantie collective, 125, 153, 188, 198, 208, 210-212, 219, 224, 225-229, 369, 801, 810, 812, 814, 816, 820

Grief, 67, 183, 320, 395, 396, 605, 671, 692, 698, 711, 826, 847, 938, 939, 941, 949, 1035, 1036, 1112, 1256

Hiérarchie des droits de l'homme

Dans le texte de la Convention, 1140-1150
La valorisation des droits dans la jurisprudence, 1152-1158
Approche contentieuse, 1160-1165
Charge de la preuve, 1129 et ss.
Renversement de la charge de la preuve, 1129
Standards de preuve, 1171-1174

Impartialité, 235, 396, 696-699, 1301,
Preuve, 403
Subjective, 403, 456-460, 1051
Objective, 456-460, 482, 605, 1169, 1201
Théorie des apparences, 603-605

Inquisitoire, inquisitorial, 38, 247, 273, 240, 269, 273, 654, 655, 715, 819

Intervention

Définition, 188
Intervention de droit, 193-204
Voir *Amicus curiae*

Intime conviction, 555-559

Libre appréciation des preuves, 512 et ss, 551-558

Liberté de la preuve, 512 et ss.

Mathématique, 93, 440-447,
Théorie des jeux, 785
Et pertinence, 440-447

Mesure d'instruction

Voir, audience, égalité des armes, enquête
Visite des lieux, 724-733
Expertise dans le système interaméricain, 747-751
Expertise devant la Cour, 752-759

Moyens de preuve

Rapport d'Autopsie, 554, 959
Rapport du Comité européen de prévention de la torture, 537
Authenticité, 554, 608, 682, 747, 779, 824,
Main courante, 358
Preuves audio-visuelles, 546-548
Preuves écrites, 529-544
Plumitif d'audience, 265
Secret défense, 265
Voir, *amicus briefs*
Rapport d'Amnesty international, 541
Rapport de la Croix-rouge, 542

Moyens inopérants, 465-468

Motivation

Qualité de la motivation (exigence d'une motivation adéquate), 288, 344-348
Probatoire, 984-989, 1210 et ss.
Fonction de la motivation, 1216-1229

Nécessités locales, 26, 415, 416, 469-472, 1093,
Standard de preuve applicable, 560, 1169, 1312
Charge de la preuve, 1051

Non-comparution, 777, 778, 831

Obligations positives, 82, 474, 478, 769, 928, 1312

Objet de la preuve, voir pertinence

Partie

La notion de partie, 145-158

Droit au recours, 148-150

Contestation ou revendication d'un droit, 154-158

Droit à la preuve, 159-168

Partie lésée, 147, voir satisfaction équitable

Pertinence

Notion, 381-382

Pertinence normative, 430-434

Pertinence empirique, 453-437

Modélisation mathématique, 440-447

Usage du contrôle de la pertinence des offres de preuve, 448 et ss

Déplacement de l'objet de la preuve, 451-460

Marge d'appréciation, 484 et ss

Présomption

Définition, 47, 446, 1271

Charge de la preuve, 408, 452-455, 674, 712, 808, 851, 1000, 1018, 1019, 1023, 1086, 1088, 1110, 1111-1116, 1272, 1315, 1316

De véracité, 847-849, 857, 859

De régularité des faits établis par les juges nationaux, 69, 486-489, 624, 1321

D'innocence, 566, 640, 1068, 1087, 1313

Négative, 260, 267, 584

Impartialité subjective, 403, 669

Victime présumée

Antejudiciaire, 639

Principe général du droit de la Convention, 301-312

Publicité

Droit à la preuve, 279-285

De l'instance de la Cour, 275, 283-285, 695,

Qualification juridique, voir fait

Rhétorique, 4, 17, 30, 93, 162, 357, 396, 419, 459, 647, 934, 1102, 1230-1235, 1236-1244

Auditoire, 1230-1235

Renonciation à l'exercice d'un droit, 561

Charge de la preuve, 1051

Standard de preuve, 580-587

Tacite, 584-586

Satisfaction équitable

Lien de causalité, 1030-1032

Preuve du dommage, 1026-1029

Dommage matériel, 894, 895, 901, 1028

Dommage moral, 892, 895, 1028, 1029,

Standards de preuve, 5, 113, 512, 513, 559-615, 734, 888, 909, 1029, 1166-1174, 1183, 1201, 1205, 1208, 1310, 1312, 1313,

Doute raisonnable, 481, 559-575, 592-594, 610, 613, 618, 621, 664, 863, 864, 912, 962, 1167, 1169, 1311, 1313

Preuve décisive, non équivoque, 560, 580-587, 1093, 1167, 1169, 1312

Proportionnalité de la limitation des droits, 577-579

Subsidiarité, 66-72, 176, 361, 526-554, 648, 687, 768, 877, 879, 964, 968, 1057, 1287, 1288, 1318
Marge d'appréciation, 113, 357, 484-507, 509, 579, 939, 1068

Témoins

Anonymes, 360 ; 468, 501, 703,
Protection des témoins, 833-840

Violation structurelle, 1267

« Gross violations », 443
Pratique administrative, 443, 444, 538, 539,

Vie privée, 321, 424, 431, 438, 527, 548, 568, 569, 570, 610, 692, 836, 1150, 1185, 1205

TABLES DES MATIERES

Page de garde	I
Avertissement.....	II
Remerciements.....	III
Sommaire.....	IV
Liste des principales abréviations.....	VI
INTRODUCTION.....	1
PREMIERE PARTIE :.....	35
L'APPLICATION <i>PRO VICTIMA</i> DU DROIT A LA PREUVE.....	35
TITRE I - L'AJUSTEMENT DES GARANTIES PROCEDURALES DU DROIT A LA PREUVE	43
<i>Chapitre I - L'adaptation du statut des titulaires du droit à la preuve aux particularités du contentieux européen des droits de l'homme.....</i>	<i>45</i>
Section I - L'affermissement de l'égalité des armes	48
Sous-section 1 - L'affirmation d'un égal accès à la Cour.....	49
§ 1 - L'aménagement progressif du locus standi du requérant individuel.....	50
A - Le requérant sous la tutelle de la Commission.....	50
B - Le requérant individuel émancipé de la Commission	52
§ 2 - L'avènement du <i>jus standi</i> du requérant individuel	54
A - La notion de partie devant la Cour européenne des droits de l'homme.....	55
B - La signification du droit à la preuve pour une partie	60
Sous-section 2 - L'affirmation de l'égalité des parties dans l'instance	64
§ 1 - La distinction du principe de l'égalité des armes et du principe du contradictoire dans l'instance	64
§ 2 - L'application du principe de l'égalité des armes au déroulement de l'instance	67
A - Les enseignements de la jurisprudence de la Cour	67
B - Les incertitudes de la pratique de la Cour	70
Section II - L'élargissement de la jouissance du droit à la preuve.....	73
Sous-section 1 - L'intervention de droit : le privilège de certains Etats contractants	75
§ 1 - L'origine de l'intervention de droit.....	76
§ 2 - L'originalité de l'intervention de droit.....	78
A - Le régime juridique de l'intervention de droit	78
B - Le destin de l'intervention de droit	79
Sous-section 2 - L'intervention soumise à autorisation : La dualité du régime de l' <i>amicus curiae</i>	80
§ 1 - L'intervention des Etats contractants	82
§ 2 - L'intervention de membres de la société civile.....	84
A - Les sources de l'intervention des membres de la société civile.....	84
B - Les conditions de l'intervention des membres de la société civile	85
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	90

Chapitre II - L'adéquation des conditions d'exercice du droit à la preuve aux exigences du procès équitable 91

Section I - L'équité de la production des preuves 93

Sous-section 1 - La fixation du temps de la preuve 94

§ 1 - La Cour fixe les délais de production des preuves 95

A - La liaison du délai de preuve et du délai raisonnable de jugement 95

B - L'aménagement du délai de preuve devant la Cour 96

§ 2 - La Cour détermine les moments de production des preuves 98

A - La réduction du nombre de procédures écrites et d'audiences 99

B - Une tentative suscitant quelques réserves 104

Sous-section 2 - La discussion des preuves 107

§ 1 - Un procès contradictoire 108

§ 2 - Une discussion publique 110

A - Publicité et droit à la preuve dans la jurisprudence de la Cour 111

B - Publicité et droit à la preuve devant la Cour 112

Section II - L'examen effectif des offres de preuve 114

Sous-section 1 - Un droit aux fondements incertains 115

§ 1 - Un droit non écrit 116

A - L'hypothèse des principes généraux du droit international 116

B - Un principe général de l'ordre juridique conventionnel 119

§ 2 - Une exigence impliquée par la compétence de pleine juridiction de la Cour 124

A - L'affirmation de la compétence de la Cour avant le protocole 11 125

B - L'affirmation de la compétence de la Cour par le protocole 11 128

Sous-section 2 - Une effectivité problématique 129

§ 1 - Le dédoublement du contenu 130

A - L'obligation de prendre en compte les productions des parties 130

B - L'obligation de manifester la prise en compte dans la motivation 133

§ 2 - Des exigences limitées 137

A - Les limites du champ d'application 137

B - Les limites du contrôle 139

CONCLUSION DU CHAPITRE II 144

CONCLUSION DU TITRE I 146

TITRE II – LA DYNAMIQUE DES PRINCIPES DE FOND DU DROIT A LA PREUVE	149
<i>Chapitre I – La dynamique du contrôle de la pertinence des offres de preuve</i>	<i>151</i>
Section I – Un contrôle fondé sur le contenu du droit applicable au litige	153
Sous-section 1 – L’objet du contrôle de pertinence : les allégations de fait	153
§ 1 – La valeur juridique des allégations des parties	154
A – Le principe de la délimitation de l’étendue du litige par les allégations des parties	154
B – Les tempéraments du principe	155
§ 2 – La notion de fait devant la Cour européenne des droits de l’homme	158
A – La preuve des faits stricto sensu	158
B – La preuve de l’existence d’une base légale	167
Sous-section 2 – L’instrument du contrôle de pertinence : les normes applicables au litige	169
§ 1 – Le premier niveau du contrôle de pertinence : la pertinence normative	169
§ 2 – Le deuxième niveau du contrôle de pertinence : la pertinence empirique	171
A – La notion de pertinence empirique	172
B – La modélisation mathématique	173
Section II – Un contrôle traduisant les orientations jurisprudentielles de la Cour	175
Sous-section 1 – L’action de la Cour en faveur de l’effectivité des droits de l’homme	176
§ 1 – L’action directe sur l’objet de la preuve	176
A – Le déplacement de l’objet de la preuve	176
B – L’élargissement de l’objet de la preuve	180
§ 2 – L’action indirecte de la Cour sur l’objet de la preuve	181
A – Le rejet des argumentations incompatibles avec les orientations jurisprudentielles	181
B – L’aménagement des obligations de l’Etat	184
Sous-section 2 – L’action de la Cour face à la marge nationale d’appréciation	187
§ 1 – La réserve de la Cour à l’égard de l’appréciation nationale des preuves	187
A – La présomption de la régularité de l’établissement national des faits	188
B – La réserve de la Cour dans l’appréciation des mesures limitant l’exercice des droits	190
§ 2 – Le volontarisme de la Cour à l’égard de l’appréciation nationale des faits	192
A – La critique de la réserve de la Cour	193
B – L’inconstance de la réserve de la Cour	194
 CONCLUSION DU CHAPITRE I	 197

<i>Chapitre II – La dynamique de la libre appréciation des preuves</i>	199
Section I – Le principe de la liberté de la preuve	199
Sous-section 1 – La libre production des preuves.....	200
§ 1 – L’affirmation du principe	200
A - Un principe général du contentieux international	200
B - Une implantation logique	202
§ 2 – La diversité des moyens de preuve.....	204
A - Les preuves écrites	205
B - Les preuves audiovisuelles.....	212
C - Les preuves orales	213
Sous-section 2 – La libre appréciation des preuves	214
§ 1 – La rareté de la contestation de la valeur des preuves devant la Cour	214
§ 2 – Les bénéfices de l’intime conviction	216
Section II – L’oscillation des standards de preuve	217
Sous-section 1 – Un juge rigoureux.....	219
§ 1 – Le principe de la preuve au-delà de tout doute raisonnable.....	220
A – La signification du standard	220
B – L’applicabilité du standard	221
§ 2 – Une exigence multiforme	224
A – La preuve de la justification de la proportionnalité de la limitation des droits	225
B – La preuve de la renonciation à l’exercice d’un droit	226
Sous-section 2 – Une mansuétude limitée	229
§ 1 – L’assouplissement circonstanciel des exigences de la Cour.....	230
A – La preuve de l’atteinte à l’intégrité physique et morale de l’individu privé de liberté	230
B – Les effets externes de l’article 3	232
§ 2 – L’admission des plus faibles niveaux de conviction	234
A – Le faible niveau de preuve impliqué par l’application de la théorie des apparences	235
B – L’admission d’un commencement de preuve	236
§ 3 – Pour un assouplissement général du standard opposé à la défense des droits.....	238
 CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	 241
CONCLUSION DU TITRE II	242
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE :	243

DEUXIEME PARTIE :	
L'ATTRIBUTION NUANCEE DE LA CHARGE DE LA PREUVE	245
TITRE I – UNE REPARTITION EQUILIBREE DE LA CHARGE DE LA PREUVE DURANT L'INSTRUCTION	253
<i>Chapitre I – La participation de la Cour à la recherche des preuves</i>	256
Section I – Le recours aux pouvoirs d'enquête	257
Sous-section 1 – Un pouvoir discrétionnaire	257
§ 1 – Le fondement juridique de la liberté d'appréciation de la Cour	258
A – L'affirmation du pouvoir discrétionnaire	258
B – Les conditions de recours avancées dans la pratique.....	260
§ 2 – Le caractère circonstanciel de l'inégalité des parties	262
Sous-section 2 – Un pouvoir encadré	265
§ 1 – Une discrétion limitée par les exigences de l'égalité des armes ?	265
A – Les enseignements de la jurisprudence de la Cour.....	266
B – Une pratique difficile à apprécier	269
§ 2 – Une exécution soumise aux exigences de l'équité de la procédure.....	271
A – Les principes d'impartialité et de publicité	271
B – Les principes du contradictoire et de l'égalité des armes	273
Section 2 – La variété des mesures d'instruction	275
Sous-section 1 – Les mesures exécutées par la Cour	275
§ 1 – La demande d'information	275
A – Une mesure quotidiennement mise en œuvre.....	276
B – L'indifférence du moment de la demande	277
§ 2 – L'enquête proprement dite.....	279
A – La visite des lieux	280
B – L'audition de témoins	284
Sous-section 2 – Les mesures exécutées par un technicien	287
§ 1 – L'expertise dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme	288
§ 2 – L'expertise devant la Cour européenne des droits de l'homme	290
A – Le choix des experts	291
B – Le régime de l'expertise	292
CONCLUSION DU CHAPITRE I	293

<i>Chapitre II – La participation des Etats à la recherche des preuves</i>	296
--	-----

Section I – La coopération des Etats à la réunion des preuves dans l’instance internationale.....298

Sous-section 1 – Une règle d’efficacité 298

§ 1 – Une nécessité pratique299

A – Une contrainte pour l’enquête internationale299

B – Une reconnaissance dans le contentieux international303

§ 2 – Une exigence conventionnelle.....307

A – La clarification du nouvel article 38 § 1 a).....308

B – L’imprécision du champ d’application rationae materiae de l’obligation.....310

Sous-section 2 – Une mise en œuvre complexe..... 313

§ 1 – Les implications concrètes.....314

A – Communiquer des documents314

B – Faciliter la recherche des preuves.....316

§ 2 – La sanction de l’obligation321

A – La sanction en droit international.....321

B – La sanction dans la Convention.....324

Section II – La participation des Etats à la réunion des preuves à travers les procédures nationales.....328

Sous-section 1– Les imperfections de l’intervention de la Cour 329

§ 1 – Une intervention découragée330

A – Le coût excessif des enquêtes.....330

B – L’efficacité réduite du recours à l’enquête333

§ 2 – Les carences dans la protection des droits.....335

A – Une pratique contestable335

B – Les risques pour la protection des droits339

Sous-section 2 – Un palliatif fondé sur la dynamisation des procédures nationales
..... 343

§ 1 – L’affirmation de l’obligation d’enquêter344

A – Une consécration stratégique.....344

B – L’exploitation de l’épuisement des voies de recours internes346

§ 2 – L’affinement de l’obligation d’enquête nationale349

A – La diversification des fondements.....350

B – Le contrôle de l’enquête nationale.....356

CONCLUSION DU CHAPITRE II.....359

CONCLUSION DU TITRE I.....362

TITRE II – UNE ATTRIBUTION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LE JUGEMENT	365
<i>Chapitre I – L’orthodoxie des principes d’attribution du risque de la preuve</i>	368
Section I – L’application du principe classique <i>actori incumbit probatio</i>	369
Sous-section 1 – Le principe <i>actori incumbit probatio</i>	369
§ 1 – La reconnaissance du principe.....	369
A - L’illusion de l’absence de principe	370
B - Le contenu du principe.....	374
§ 2 – La justification de l’application du principe.....	376
A – La convergence des modèles nationaux et internationaux	377
B – A la recherche d’une justification juridique	379
Sous-section 2 – Le domaine général d’application du principe	383
§ 1 - L’application du principe dans le cadre de l’octroi d’une satisfaction équitable.....	383
A - La preuve du dommage.....	383
B – La preuve du lien de causalité	386
§ 2 - L’application du principe dans l’examen de la recevabilité des recours.....	387
§ 3 - L’application du principe dans le cadre de l’examen au fond du litige	389
A - Un principe appliqué à tous les droits protégés	389
B - Un principe appliqué à toutes les étapes du contrôle effectué	394
Section II – La nécessité d’une application tempérée du principe classique	397
Sous-section 1 – Une menace pour l’effectivité des droits	397
§ 1 – La critique théorique.....	398
A – La prise en compte de la charge effective des parties	398
B – Les enseignements de la jurisprudence de la Cour.....	400
§ 2 – La critique de la pratique de la Cour	403
A – Les désastres d’une application sans nuance.....	403
B – La controverse de l’arrêt <i>Klaas</i> de 1993	405
Sous-section 2 – La réaction de la Cour face aux effets contre-productifs du principe	407
A – La capacité des standards de preuve à alléger le fardeau de la preuve.....	408
B – La réalité de l’assouplissement par l’usage des standards de preuve	409
§ 2 – Une remise en cause limitée au profit de certaines garanties	412
A – Le droit à la sûreté	412
B – Le droit à la vie et le droit à l’intégrité physique et mentale de l’individu.....	414
CONCLUSION DU CHAPITRE I	418

Section I – La contribution du risque de la preuve à la problématique de la hiérarchie des droits de l'homme	422
Sous-section 1 – Un critère original de vérification de l'hypothèse de la hiérarchie	423
§ 1 – Des approches non contentieuses de la hiérarchie des droits	423
A – La contestation d'un dogme	423
B – L'affirmation de la hiérarchie des droits	424
§ 2 – Pour une approche contentieuse de la hiérarchie des droits	431
A – L'utilité d'une approche contentieuse	431
B – Les prémisses de l'approche contentieuse	432
Sous-section 2 – Une invalidation partielle de l'hypothèse de la hiérarchie	435
§ 1 – L'absence de traduction pratique des thèses en présence	435
A – L'effondrement des pyramides non contentieuses	436
B – Les limites de l'outil de vérification	441
§ 2 – La réalité de la différenciation des droits	442
Section II – La contribution du risque de la preuve à la justification des arrêts de la Cour	444
Sous-section 1 – Les fondements de l'hypothèse	444
§ 1 – L'approche théorique de la motivation en droit	445
A – La fonction de la motivation	445
B – La notion d'auditoire	449
§ 2 – La théorie des échelles argumentatives	451
A – La hiérarchie dans l'argumentation	452
B – L'utilité du choix des justifications juridiques	455
Sous-section 2 – L'argumentation stratégique de la Cour	456
§ 1 – Eviter certains débats de fond	456
A – L'exemple de la jurisprudence relative à l'interdiction des discriminations	457
B – Le primat de l'approche individualisée de la violation des droits	459
§ 2 – Légitimer la décision	461
CONCLUSION DU CHAPITRE II	464
CONCLUSION DU TITRE II	466
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	467
CONCLUSION GENERALE	470
BIBLIOGRAPHIE GENERALE	479
INDEX DES MATIERES	520

RESUME EN FRANÇAIS

La preuve est un instrument de la recherche de l'effectivité du contrôle effectué par la Cour européenne des droits de l'homme. Par touches successives, à force d'emprunts et d'originalité, cette juridiction a modelé son système probatoire afin qu'il réponde aux défis de la protection des droits de l'homme. Dans le domaine du droit à la preuve, son action a consisté à promouvoir la cause de l'individu au moyen d'un aménagement différencié des conditions d'exercice de cette faculté. Pour ce qui est de l'attribution de la charge de la preuve, elle a procédé avec plus de nuance ; si elle garantit l'équilibre du procès, elle décide au cas par cas de la cause qui l'emporte au bénéfice du doute en rendant son jugement.

Ainsi, en dépit des imperfections que l'on peut constater, par l'usage des règles et des raisonnements qui forment son système probatoire, la Cour européenne des droits de l'homme a pu inscrire dans la réalité du droit les idéaux qui sont au fondement de la Convention.

TITRE ET RESUME EN ANGLAIS

TOWARDS A THEORY OF EVIDENCE BEFORE THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Evidence is a device for the search of an effective control of the application of the European Convention of Human Rights by the European Court of Human Rights. Step by step, by dint of borrowings and innovations, the Court has managed to set up a probationary system in keeping with the challenges of human rights protection. In the area of the right to prove, its action has consisted in promoting the cause of the individual person through a differentiated approach of the conditions required for exercising that right. Allocating the burden of the proof, the Court has followed a more cautious path. While it has seen to the fairness of the trial, the Court has adopted a case by case approach in deciding which side the doubt should benefit.

Thus, for all the shortcomings that can be observed, the European Court of Human Rights by using the rules and reasonings of its probationary system has managed to concretize the legal ideals at the basis of the Convention.

DISCIPLINE : Droit européen

MOTS CLES : Cour européenne des droits de l'homme, preuve, procédure, effectivité

INTITULE ET ADRESSE DE L'U.F.R OU DU LABORATOIRE

Institut de Droit Européen des Droits de l'Homme, 39, rue de l'Université, 34060 Montpellier Cedex.