



HAL
open science

DE L'ART DE CHANGER DE CAP

Laurence Burgorgue-Larsen

► **To cite this version:**

Laurence Burgorgue-Larsen. DE L'ART DE CHANGER DE CAP. Libertés, Justice, Tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, Bruylant, pp.329-344., 2004, 978-2802718604. hal-01744387

HAL Id: hal-01744387

<https://hal.science/hal-01744387v1>

Submitted on 27 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**DE L'ART DE CHANGER DE CAP.
Libres propos sur les « nouveaux » revirements
de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme**

par

Laurence BURGORGUE-LARSEN
Professeur à l'Université de Rouen

Directeur du Centre de Recherches et d'Etudes sur les droits de l'Homme et le droit humanitaire

*Pellegrin c. France*¹
*Kudla c. Pologne*²
*Goodwin c. Royaume-Uni*³.

Rien *a priori* ne semble relier ce trio juridictionnel. La différence des Etats défendeurs à l'instance comme la variété des droits invoqués et des matières concernées plaide pour une irréductible opposition. Et pourtant, ces affaires ont obtenu à juste titre une place de choix parmi les commentaires des « arrêttistes », des « chroniqueurs » de jurisprudence parmi lesquels le professeur Gérard Cohen-Jonathan s'est illustré tout au long de sa carrière⁴. Mieux, ces espèces sont déjà rentrées dans le panthéon des « Grands arrêts »⁵, ces ouvrages qui cristallisent les fils conducteurs de ce que l'on a coutume d'appeler, sans même plus réfléchir à sa signification, la « jurisprudence »⁶. Leur point commun ? La fracture, la césure, la rupture qu'ils présentent au grand jour. Ces arrêts opèrent ce que l'on a coutume d'appeler des « revirements » de jurisprudence. Le *Dictionnaire sur le vocabulaire juridique* dirigé par Gérard Cornu en donne une triple déclinaison : « Abandon par les tribunaux eux-mêmes d'une solution qu'ils avaient jusqu'alors admise ; adoption d'une solution contraire à celle qu'ils consacraient ; renversement de tendance dans la manière de juger⁷ ». Autant dire que ces variantes dans la définition du revirement mettent en lumière deux éléments. Le premier concerne le fond du droit (abandon d'une solution/adoption d'une solution contraire) ; le second sa forme (manière de juger différente). Sur ces deux points, le trio juridictionnel ici en question(s) fait figure d'emblème.

Le phénomène du revirement n'est pas en soi incongru. Il est pour ainsi dire consubstantiel à la fonction de juger. Il est le « révélateur » des nécessaires adaptations du

¹ CEDH, Gde Ch., 8 décembre 1999, *Pellegrin c. France*.

² CEDH, Gde Ch., 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*.

³ CEDH, Gde Ch., 11 juillet 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*.

⁴ Les commentaires des arrêts phares de la Cour européenne par le Professeur Cohen-Jonathan ne se comptent plus. On rappellera qu'il a également été l'auteur à l'*Annuaire Français de Droit international* de la chronique relative à « l'activité de la Commission européenne des droits de l'homme ». Depuis la disparition de cet organe consécutive à la réforme du protocole n°11, il s'est engagé depuis 1999, toujours à l'*AFDI*, dans la rédaction d'une chronique thématique intitulée « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général ».

⁵ F. SUDRE, J-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTENOIRE, M. LEVINET, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2003, 617p.

⁶ L'article du professeur Emmanuelle JOUANNET comble sans pareil cette lacune de la réflexion théorique sur les significations et les conditions de formation de la jurisprudence internationale, v. « La notion de jurisprudence internationale », *La juridictionnalisation du droit international*, Colloque de la SFDI, Paris, Pédone, 2003, pp.343-391.

⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*. Association Henri Capitant, Paris, PUF, 1990, p.459.

droit au fait. Qu'il s'agisse des ordres internes ou des systèmes internationaux, le juge ne peut se passer du changement dans les lignes forces du « bloc de principes »⁸ qu'il a patiemment élaboré. Si le revirement est par définition traumatique car il rompt l'équilibre et la concordance ; il est également salvateur car il permet au juge tel un capitaine de navire au long cours, de « changer de cap ». Mais pourquoi le bouleversement impérieux au lieu et place d'une sage continuité ? Telle est l'interrogation classique et logique qui surgit alors. En règle générale, le juge se veut discret sur les raisons qui l'ont conduit à mettre à l'encan ce qui constituait, il y a peu, le sel de ses décisions, le cœur de ses démonstrations. La légendaire retenue des juridictions suprêmes françaises n'est plus à démontrer à cet égard. Comme si le changement était déjà en soi une révolution, il ne faut s'attarder ni sur ses causes, ni sur ses manifestations. Le lecteur aura beau scruter les mots, les phrases, la ponctuation, une ligne tout au plus suffira à lui faire comprendre, parfois avec difficulté, qu'une nouvelle ère commence. Il se délectera alors des conclusions des Commissaires du gouvernement ou de celles des Avocats généraux seuls documents pertinents en mesure de lui donner la *clé*, à tout le moins une des clés du revirement. On se prête alors à s'interroger : « Qu'eût été la compréhension de l'arrêt *Nicolo* sans les conclusions de l'Avocat général Frydman » ?

Cette retenue est souvent affaire de mœurs. Si les grands systèmes juridiques ont développé des conceptions spécifiques de la jurisprudence — et *a fortiori* des revirements de jurisprudence — on peut déceler en leur sein des manières variées d'aborder les « changements de cap » jurisprudentiels. Au sein de la grande famille des pays de droit romano-germanique, les traditions divergent : ainsi, les modes de raisonnement — incisifs et succincts pour les uns, développés et longs pour les autres — démontrent qu'il y a sans doute autant de manière de présenter un revirement que de juges nationaux.

Le juge international n'échappe pas à ce constat de la diversité argumentaire, de l'hétérogénéité explicative. Non seulement on peut déceler des manières différentes de présenter le revirement entre les juges internationaux, mais on peut également déceler pour un même juge des différences dans le temps. Et d'abandonner sans raison apparente une sécheresse argumentaire au profit d'une explication quasi-pédagogique⁹. Le temps des revirements de jurisprudence feutrés semble révolu, à tout le moins dans l'univers conventionnel européen, les trois arrêts présentés au frontispice de ces quelques propos digressifs en sont la preuve. La Cour, pour une raison inconnue, à tout le moins inaccessible à l'observateur extérieur qui ne participe pas à la fonction de juger, décide de s'expliquer¹⁰. Elle veut présenter au grand jour les raisons qui l'ont poussées à « changer de cap ». Le juge de Strasbourg se veut didactique, prenant sans nul doute au sérieux la fonction qui est la sienne : garantir par la voie juridictionnelle une protection adéquate aux violations de la Convention. Ainsi, on se plait à penser que ce justiciable d'un type particulier, celui qui se plaint d'une atteinte à ses droits fondamentaux ne doit pas rester dans l'ombre des ambiguïtés, mais doit au contraire être éclairé par les explications « lumineuses » du juge. Comme s'il méritait un

⁸ Dès 1960, Jules BASDEVANT dans le *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, p.359 exposait deux définitions de la jurisprudence qui sont, après analyse, reprises par Emmanuelle JOUANNET en 2003 (*op.cit.*), et ce malgré la variété des définitions avancées par le récent dictionnaire de droit international public dirigé par Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p.629. Ainsi, selon les deux définitions censées être les plus convaincantes, la jurisprudence est 1. un « bloc de décisions », 2. un « bloc de principes ».

⁹ La manière de juger est ici en cause, aspect inhérent au revirement comme le pointe du doigt le *Dictionnaire sur le Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu.

¹⁰ Un jour peut-être viendra où un juge prendra la plume pour dévoiler ce faisant le secret de la « fabrication » des arrêts de la Cour de Strasbourg, tel Mohammed BEDJAOUÏ qui s'est essayé avec brio à ce délicat exercice, lui qui a siégé à la Cour Internationale de Justice puis qui a eu l'honneur de la présider, v. « La 'fabrication' des arrêts de la Cour internationale de justice », *Mélanges Michel Virally*, Paris, Pédone, 1991, pp.87-107.

traitement particulier, on lui doit des explications, on ne peut le laisser dans l'incertitude *du* droit, qui ne manquerait pas de générer une incertitude sur *ses* droits. Dès lors, tel le marin qui « change de cap » et rectifie la barre, les causes qui ont poussé la Grande Chambre de la Cour européenne à rompre avec des « blocs de principes » pourtant bien établis sont expliquées longuement. Elle a voulu revenir sur une erreur de navigation (I) (l'applicabilité de l'article 6§1) (*Pellegrin*), faire face à un danger imminent (II) (l'engorgement de son rôle) (*Kudla*) et répondre à un appel de détresse (III) (la souffrance vécue par les transsexuels) (*Goodwin*) (III). Ce faisant, elle donne prise à la critique. L'explication en tant que telle permet déjà à l'observateur d'en discuter les tenants et aboutissants. Si l'exposition ne s'avère pas solide, si l'argumentation souffre de lacunes manifestes, la critique sera d'autant plus forte et implacable. L'autorité de ses arrêts en souffrira et la Cour sera victime de son désir, pourtant louable *in se*, de transparence porteuse de sécurité juridique. Les arcanes du jugement doivent-ils alors être dévoilés ? La part de mystère qui entoure la fonction de juger doit-elle disparaître ? Telle est la question.

—I—

L'ERREUR DE NAVIGATION

L'erreur de navigation est consécutive à la volonté de la Cour de Strasbourg d'élargir autant que possible le champ d'application de l'article 6§1 de la Convention. Se dégageant peu à peu du libellé littéral de l'expression de « droits et obligations à caractère *civil* », le juge européen des droits de l'homme a voulu assurer aux justiciables un rayonnement des plus imposants de la Convention. Minimisant le distinguo droit privé / droit public, elle fit basculer dans la « matière civile », au fil de ses décisions, des pans entiers de litiges ayant des points de contacts plus ou moins importants avec la sphère du droit public. Il lui restait alors à délimiter la frontière, à tracer la voie, à choisir la meilleure route afin de mener à bien la manœuvre délicate de démarcation. Elle pratiqua le cabotage d'une matière à l'autre : la matière ordinale, l'univers constitutionnel et le champ administratif. Cette option ne comportait pas moins moult dangers, à tout le moins de nombreux inconvénients résultant tous du délicat partage de frontières entre ce qui est *in* (applicabilité de l'article 6§1) et ce qui est *out* (exclusion de l'applicabilité de l'article 6§1). Le contentieux de la fonction publique ne dérogea guère à ce constat ; mieux, il fut l'emblème des difficultés pratiques rencontrées par le juge pour maintenir la cohérence d'une jurisprudence casuistique qui avait pourtant un point de départ clair : « les contestations concernant le recrutement, la carrière et la cessation d'activité des fonctionnaires sortent, en règle générale, du champ d'application de l'article 6§1¹¹. » Toutefois, devant l'accroissement des obstacles et les délicats partages de frontières, la Cour dans l'arrêt *Pellegrin* — après un rappel en bonne et due forme des méandres de sa jurisprudence (§59)— affirme que :

«telle qu'elle est, cette jurisprudence comporte une marge d'incertitude pour les Etats contractants quant à l'étendue de leurs obligations au titre de l'article 6 § 1 dans des contestations soulevées par les employés du service public au sujet de leurs conditions de service » (§60)¹². Et de poursuivre « Dans ces conditions, la Cour souhaite mettre un

¹¹ *Ad. ex.*, CEDH, 24 août 1993, *Massa c. Italie*, §26.

¹² La suite du §60 se veut éclairant sur les égarements de sa jurisprudence antérieure. Il se lit ainsi : « Ainsi, dans l'affaire *Neigel*, le critère de l'absence de prérogatives discrétionnaires n'a pas été jugé décisif pour l'applicabilité de l'article 6 § 1 (paragraphe 59 ci-dessus). Le critère fondé sur la nature patrimoniale du litige laisse, quant à lui, place à une marge d'arbitraire. En effet, une décision relative au « recrutement », à la « carrière » et à la « cessation d'activité » d'un fonctionnaire a presque toujours des conséquences pécuniaires. Dès lors, la distinction entre les procédures qui présentent un intérêt « purement » ou « essentiellement »

terme à l'incertitude qui entoure l'application des garanties de l'article 6 § 1 aux litiges entre l'Etat et ses agents » (§61).

Premier étonnement. Ce n'est point le justiciable qui est ici le centre des préoccupations juridictionnelles, mais bien l'Etat. L'Etat partie à la Convention, celui qui a accepté d'aliéner une partie de ses souverains pouvoirs dans le seul but de se soumettre au verdict d'une instance internationale de garantie des droits. Ainsi, l'erreur de navigation aurait eu pour effet principal, sinon exclusif à lire la Cour, de malmener l'identification précise des obligations internationales des Etats. En contrepoint, les droits des justiciables ne sont mentionnés nulle part ; la propre incertitude de l'individu qui résulterait d'une jurisprudence chaotique n'est point analysée, pas même évoquée. Si la mention des obligations des Etats n'est guère une hérésie pour une juridiction internationale, l'absence de référence aux droits des particuliers est à tout le moins étonnante, pour ne pas dire choquante pour une juridiction internationale de protection des droits. Il est vrai que le mentionner aurait immédiatement permis de pointer du doigt la lacune majeure de la jurisprudence européenne : son absence de prévisibilité, élément pourtant manié avec aisance par la Cour à l'endroit des jurisprudences internes. Eût-il été néanmoins si difficile de convenir que la jurisprudence européenne n'était pas énoncée avec assez de précision et de certitude afin de permettre au citoyen de régler sa conduite¹³ ? Le *mea culpa* aurait dû en toute logique s'adresser également aux destinataires principaux du système conventionnel européen : les justiciables, *i.e.* raisons d'être de la protection juridictionnelle contre les agissements répréhensibles des Etats.

Rassurer les Etats parties aux fins de clarifier le degré de leurs obligations conventionnelles était-elle l'unique raison du revirement ainsi opéré ? Le doute s'installe quand on se penche sur une des trois opinions jointes à la solution majoritaire¹⁴. Le juge Ferrari Bravo qui a voté avec la majorité affirme, sans ambages : « J'ai voté en faveur de l'arrêt Pellegrin, car je trouve important que la Cour, au vu de l'avalanche de recours en matière de traitement économique des agents publics, fixe des critères précis sur lesquels elle va orienter sa jurisprudence dans l'application de l'article 6§1 de la Convention ». Certes, c'est un juge sur dix-sept qui s'exprime et cette opinion n'est pas censée représenter la position « officielle » de la Cour ; bien que motivée, elle n'est pas la décision elle-même. Dans le même temps, on ne sait que trop — comme la plume éclairée du président Mohammed Bedjaoui l'a dévoilé — que « les opinions individuelles et même dissidentes qui sont jointes à l'arrêt font corps avec lui. C'est en laissant ces opinions éclairer en contrepoint la motivation de l'arrêt que l'on peut extraire toute la substance de cette décision judiciaire et

patrimonial et les autres s'avère difficile à établir. Ainsi, dans l'affaire Neigel, on aurait pu estimer que la requérante, qui avait demandé le paiement du traitement qu'elle aurait perçu si elle avait été réintégrée dans son administration, présentait une revendication de nature essentiellement patrimoniale. Dans une autre affaire, la Cour a conclu à l'application de l'article 6 § 1 en raison du fait que la question qui se trouvait « au cœur de la procédure » concernait les « moyens d'existence » du requérant (arrêt *Le Calvez* précité, pp. 1900-1901, § 58). Or la plupart des procédures intentées par les agents publics contre l'administration qui les emploie affectent les « moyens d'existence » de ces derniers, de sorte que, sous cet angle également, le critère patrimonial suscite des doutes. Ainsi la Cour ne peut que confirmer ce qu'elle a dit dans son arrêt *Pierre-Bloch c. France* au sujet des litiges en matière électorale : « un contentieux n'acquiert pas une nature « civile » du seul fait qu'il soulève aussi une question d'ordre économique » (arrêt du 21 octobre 1997, *Recueil* 1997-VI, p. 2223, § 51).

¹³ Notamment pour décider ou non de s'engager sur la voie de la contestation contentieuse à l'échelle conventionnelle. Permettre au justiciable de « régler sa conduite » est une formule utilisée par la Cour européenne elle-même quand elle examine la qualité de la « loi » dont on sait qu'elle a un sens autonome : CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, §49 ; CEDH, 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume Uni*, §31.

¹⁴ L'arrêt se lit avec l'opinion concordante du juge BRAVO, l'opinion séparée du juge TRAJA ainsi qu'avec l'opinion dissidente commune aux juges TULKENS, FISCHBACH, CASADEVALL et THOMASSEN.

saisir tout ce qu'elle a apporté à la jurisprudence¹⁵.» Ainsi mise en lumière par l'éminent juriste algérien, la remarque du juge Ferrari Bravo interpelle le lecteur. Et si une autre des raisons majeures du revirement concernait l'engorgement du rôle de la Cour au regard de la systématisation de contentieux particuliers ? Stopper l'« avalanche » — le mot est fort — de recours de type indemnitaire apparaît alors comme la *raison d'être* de l'arrêt ; à tout le moins *une* de ses raisons d'être. L'opportunité judiciaire, impérieuse, est avouée à demi-mots grâce aux ressorts lumineux d'une opinion jointe.

« Qu'importe » pourrait-on penser. La cause du revirement n'est pas l'important, ce qui compte c'est la nouvelle méthodologie de la Cour, le ou les nouveaux principes qu'elle a révélés et auxquels elle a décidé de s'arrimer. On pense alors à ce qui scande le tempo de l'interprétation des Conventions de protections des droits : le principe *pro homine*. La Cour européenne et sa consœur interaméricaine¹⁶ ont su montrer en de moult occasions que la personne est au cœur de leurs préoccupations interprétatives ; or, en l'espèce, si l'Homme fut absent des raisons de l'abandon d'une solution forgée et promue par elle pendant longtemps, on peut supposer qu'il fut au centre de la nouvelle approche dégagée par la Cour. Rien cependant ne semble plus erroné. De protection de la personne humaine il n'est point question. L'opinion dissidente commune des juges Tulkens, Fischbach, Casadevall et Thomassen le clame assez fort pour que le lecteur, même inattentif, en prenne la mesure. Quand bien même le principe d'une interprétation large de la Convention et d'une interprétation stricte des exceptions ait été rappelé par la Cour (§64)¹⁷, elle s'est orientée *in fine* vers une toute autre direction. Elle a privilégié un critère — celui de la « participation à la puissance publique », fondé sur la nature des fonctions et des responsabilités exercées par l'agent public — qui n'a aucun rapport de près ou de loin avec d'élémentaires considérations de protection du justiciable. Puisant son origine dans le droit communautaire et les méandres de la libre circulation des personnes, utilisé dans un contexte ô combien différent, le critère fonctionnel se veut rationnel : la Cour tente une rationalisation de sa jurisprudence, mais en évinçant un principe phare, la protection maximale de l'individu. Les quatre juges dissidents le martèlent avec conviction et ne manquent pas d'apparaître convaincants : « Le nouveau critère prive donc tout un groupe de personnes, celles dont les fonctions impliquent une participation à la puissance publique, d'une garantie fondamentale dans un Etat de droit, à savoir le droit d'accès à un tribunal et à un procès équitable. Or, instituer pareille exclusion ne rentre pas dans le rôle ni dans la mission de la Cour. La Convention ne connaît pas cette notion, fût-elle autonome, de fonctionnaire public, pour écarter un groupe de personnes du droit d'accès à un tribunal. » Il apparaît ici magistralement que l'Homme, absent des causes du revirement, ne pouvait pas être au cœur de la nouvelle solution de la Cour.

¹⁵ M. BEDJAOUI, « La 'fabrication' des arrêts de la Cour internationale de justice », *Mélanges Michel Virally*, *op.cit.*, p.105.

¹⁶ CIDH, arrêt, 13 novembre 1981, *Viviana Gallardo y otras* (série A, n° G 101/81, §16). La Cour signale dans cette affaire que l'équilibre dans l'interprétation de la Convention américaine « s'obtient en l'orientant dans le sens le plus favorable au destinataire de la protection internationale » ; v. également CIDH, avis, 13 novembre 1985 (série A, n°5, §52) v. S. GARCÍA RAMÍREZ, M.I. del TORO HUERTA, « México y la Corte interamericana de Derechos Humanos », *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (S. GARCÍA RAMÍREZ coordinador), Universidad Nacional Autónoma de México/Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, p.25. (Col. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina jurídica n°71).

¹⁷ Il se lit ainsi : « Dans cette perspective, pour déterminer l'applicabilité de l'article 6 § 1 aux agents publics, qu'ils soient titulaires ou contractuels, la Cour estime qu'il convient d'adopter un critère fonctionnel, fondé sur la nature des fonctions et des responsabilités exercées par l'agent. Ce faisant, il faut retenir, conformément à l'objet et au but de la Convention, une interprétation restrictive des exceptions aux garanties offertes par l'article 6 § 1 ».

En plus d'introduire une *summa divisio* forte de discriminations en puissance pour les requérants, la nouvelle approche de la Cour ne se distingue guère par sa qualité argumentaire. Voilà qu'un paragraphe (le §67)¹⁸ attise les critiques internes : deux opinions concordantes mettent en effet à l'index la légèreté de la Cour qui non seulement n'aurait pas fait preuve de retenue et se serait engagée à la légère pour l'avenir mais encore aurait exclu trop vite l'applicabilité de l'article 6§1 pour les fonctionnaires ayant un lien d'allégeance avec la puissance publique¹⁹. Il est piquant de relever qu'un petit bréviaire du revirement de jurisprudence « modèle » est délivré à cette occasion par le juge Ferrari Bravo rappelant à ses confrères avec une pointe de didactisme l'art et la manière de changer d'avis sans prendre de risques démesurés pour l'avenir. Quand l'arrêt de fracture passe pour être un « arrêt régulateur » écrit-il — la doctrine s'étant quant à elle aventurée à parler d'« arrêt de règlement »²⁰ — « il faut que la Cour se borne à ce qui est strictement nécessaire pour prendre une décision. La philosophie des arrêts régulateurs impose en effet à celui qui les prononce une limitation visant à éliminer ce qui n'est pas vraiment essentiel et cela pour permettre à la même juridiction lorsqu'elle abordera des cas pareils mais non identiques (en effet il n'existe pas deux affaires identiques !) de compléter, corriger, revoir la jurisprudence précédente ».

La Cour a donc failli à une des règles d'or de l'art de changer de cap. Expliquer les raisons du revirement soit. Mais surtout ne pas en dire trop, opter pour un laconisme de bon aloi. Elle en a décidé trop fait : elle a opté pour la sécurité juridique des Etats et a oublié au passage les justiciables ; elle a présenté un nouveau principe et ne s'est pas ménagée de porte de sortie pour l'avenir. La poursuite de l'incursion dans le petit monde du changement de cap jurisprudentiel nous amènera-t-elle à dresser le même constat avec l'arrêt *Kudla* où il s'est agi de faire face à un danger imminent ?

—II—

LE DANGER IMMINENT

Le danger imminent est l'engorgement chronique du rôle de la Cour européenne. La réforme du Protocole n°11 n'y a rien changé. Le fait est là : l'asphyxie la guette, elle qui a dû faire face à l'élargissement à l'Est de son organisation de rattachement, née sur le terreau des idées du Congrès de La Haye de 1948. Comme toutes les juridictions victimes de leur succès, elle s'est mise en quête de solutions. Les experts du Conseil de la « Grande Europe » sont à l'œuvre, ils imaginent les hypothèses les plus extravagantes, tandis que les juges tentent, avec les armes dont ils disposent, de faire face au raz-de-marée juridictionnel ; l'augmentation

¹⁸ Il se lit ainsi : « Dès lors, la totalité des litiges opposant à l'administration des agents qui occupent des emplois impliquant une participation à l'exercice de la puissance publique échappent au champ d'application de l'article 6 § 1 puisque la Cour entend faire prévaloir un critère fonctionnel (paragraphe 64 ci-dessus). Les litiges en matière de pensions, quant à eux, relèvent tous du domaine de l'article 6 § 1, parce que, une fois admis à la retraite, l'agent a rompu le lien particulier qui l'unit à l'administration ; il se trouve dès lors, et à plus forte raison ses ayants droit se trouvent, dans une situation qui est tout à fait comparable à celle d'un salarié de droit privé : le lien spécial de confiance et de loyauté avec l'Etat a cessé d'exister, et l'agent ne peut plus détenir de parcelle de la souveraineté de l'Etat (paragraphe 65 ci-dessus).

¹⁹ Le juge FERRARI BRAVO considère que mentionner la question des pensions au §67 dans le cadre du « nouveau critère applicable » était pour le moins imprudent, tandis que le juge TRAJA estime que des questions d'ordre économique peuvent parfaitement se poser en dehors des hypothèses concernant la fin du lien d'allégeance entre le fonctionnaire et l'Etat.

²⁰ P. TAVERNIER, Observations, *Journal du droit international*, 1-2000, p.139.

sensible des requêtes individuelles n'ayant pas manqué de rejaillir sur le nombre d'arrêts rendus chaque année²¹.

S'il a fallu décrypter une opinion séparée pour connaître la raison clé du revirement opéré par l'arrêt *Pellegrin*, la démarche s'avère inutile dans l'affaire *Kudla*. La Grande chambre elle-même nous en donne la clé au paragraphe 148 :

«La Cour estime aujourd'hui que *le temps est venu* de revoir sa jurisprudence, eu égard à l'introduction devant elle d'un nombre toujours plus important de requêtes dans lesquelles se trouve exclusivement ou principalement allégué un manquement à l'obligation d'entendre les causes dans un délai raisonnable, au sens de l'article 6 § 1.» (Italiques ajoutés)

Le lecteur accoutumé à la sécheresse argumentaire des arrêts des juges du Palais Royal est sous le choc : l'explication est là, fournie sans ambages noir sur blanc. Nul besoin de se lancer à corps perdu dans des élucubrations parfois farfelues pour comprendre, tant les raisons de l'abandon d'un corps de principes que la consécration d'une nouvelle solution. Que de simplicité serait-on tenté de penser ! A bât le mystère, incertain ; vive la clarté, pédagogique. Seulement voilà, l'explication n'est pas juridique. L'argument d'opportunité est inscrit sans complexes au cœur de l'arrêt, au grand dam du juge Casadevall, seul juge minoritaire à s'élever contre le procédé. La Cour aurait pu se contenter de ne présenter que la deuxième partie du désormais fameux paragraphe 148, plus « juridiquement correct »²². Elle en décida autrement optant pour le refus de l'esquive. Devant le contentieux du délai raisonnable qui devient manifestement irraisonnable, devant le flux de requêtes axées, comme pour le contentieux italien, essentiellement sur la durée de la procédure, il faut trancher. Les juges l'ont fait, voulant participer à leur niveau et à leur manière à la restructuration du système de garantie. Ils tranchent dans le vif en revisitant la signification de l'article 13 (recours effectif) qui, par ricochet, rejaillit également sur celle de l'article 35§1 (épuisement des voies de recours internes). Il est donc question de bouleverser la systématique des contentieux internes afin que chaque justiciable puisse se plaindre *ad intra* — selon une procédure interne *ad hoc* et ce avant même d'accéder à la Cour européenne — d'une durée excessive des procédures judiciaires internes. Pour ce faire, le juge de Strasbourg n'hésite pas à contraindre les Etats parties à créer de nouvelles voies de droit qui prennent l'allure de recours spécifiques (§154)²³.

²¹ Durant les vingt premières années de fonctionnement (1959-1978), le juge européen ne rendait que 31 arrêts, tandis qu'il dépassait le cap de la centaine en 1997 (105 arrêts) pour atteindre 888 en 2001 et 844 en 2002.

²² Il se lit ainsi : « 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'état de droit dans les ordres juridiques nationaux « lorsque les justiciables ne disposent, à cet égard, d'aucune voie de recours interne » (voir, par exemple, les arrêts *Bottazzi c. Italie* [GC], n° 34884/97, § 22, CEDH 1999-V, *Di Mauro c. Italie* [GC], n° 34256/96, § 23, CEDH 1999-V, *A.P. c. Italie* [GC], n° 35265/97, § 18, 28 juillet 1999, non publié, et *Ferrari c. Italie* [GC], n° 33440/96, § 21, 28 juillet 1999, non publié). »

²³ Le passage pertinent en la matière du §154 est le suivant : «Quant à l'argument consistant à dire que le fait d'exiger un nouveau recours aurait pour effet d'alourdir encore la procédure interne, la Cour observe que même si pour l'heure il n'existe pas, dans les ordres juridiques des Etats contractants, un système prédominant en matière de recours permettant de dénoncer les durées excessives de procédure, on peut trouver, dans la jurisprudence de la Cour relative à la règle de l'épuisement des voies de recours internes, des exemples démontrant *qu'il n'est pas impossible de créer pareils recours et de les faire fonctionner de manière effective* (voir, par exemple, les affaires *Gonzalez Marin c. Espagne* (déc.), n° 39521/98, CEDH 1999-VII, et *Tomé Mota c. Portugal* (déc.), n° 32082/96, CEDH 1999-IX). » (Italiques ajoutés).

Si les raisons du changement de cap confinent à l'opportunité, avouée au grand jour²⁴, le lecteur se plaît à penser, voire à espérer (une fois encore) que la nouvelle lecture de la subsidiarité conventionnelle proposée par la Cour ne malmène pas les droits des requérants. *Prima facie*, on peut considérer que les systèmes internes vont remplir avec brio le défi. D'ailleurs, sur la base de ce seul et spectaculaire revirement, les Etats parties se sont déjà empressés de modifier leur législation interne afin de répondre à l'appel lancé depuis Strasbourg²⁵. A y regarder de plus près cependant, le doute s'installe. Relancer la subsidiarité du mécanisme de garantie, y compris en délivrant une lecture novatrice de l'article 1 de la Convention (§152)²⁶, soit. Responsabiliser les Etats en leur rappelant ce faisant le nœud gordien de leurs obligations conventionnelles, parfait. Mais qu'est-ce qui garantira que le recours interne pour durée excessive de la procédure sera examiné dans un délai plus raisonnable que celui de la procédure au principal ? Une fois de plus, si on a pour point de référence le requérant, où se trouve à moyen et long terme la plus-value de la solution adoptée ? Le juge andorran s'en émeut, gardant à l'esprit le fameux principe *pro homine* : et si le « remède était pire que le mal », lance-t-il à l'adresse de ses confrères²⁷. Juge dissident de mauvais augure ou juge éclairé ? Quand bien même la nouvelle méthodologie de la Cour arrive à déployer des effets positifs dans les champs juridiques internes, on ne peut s'empêcher de penser qu'il s'agit d'un coup de poker judiciaire qui pourrait très vite apparaître comme un coup d'épée dans l'eau. Le contentieux ne sera-t-il pas déplacé (dans

²⁴ En plus du §148 qui ne prête nullement à confusion, on mentionnera le paragraphe 155 de l'arrêt, lui aussi explicite sur le problème structurel d'engorgement du rôle de la Cour : « Si, comme le soutient le Gouvernement, l'article 13 doit être interprété comme ne s'appliquant pas au droit à un procès dans un délai raisonnable au sens de l'article 6 § 1, les justiciables se verront systématiquement contraints de soumettre à la Cour de Strasbourg des requêtes qui auraient pu être instruites d'abord et, selon la Cour, de manière plus appropriée, au sein des ordres juridiques internes. *A long terme, le fonctionnement, tant au plan national qu'au plan international, du système de protection des droits de l'homme érigé par la Convention risque de perdre son efficacité.* » (Italiques ajoutés).

²⁵ L'Italie par exemple a agi en deux temps. Tout d'abord, en modifiant sa Constitution pour y inscrire le principe du procès équitable à l'article 111 (loi de révision constitutionnelle n°2 du 23 novembre 1999). Ensuite, en adoptant la loi n°89 du 24 mars 2001, dite « Loi Pinto » en vertu de laquelle les personnes ayant subi un dommage patrimonial ou non patrimonial peuvent saisir la Cour d'appel italienne compétente afin de faire constater la violation de la Convention quant au respect du délai raisonnable de l'article 6§1 et demander l'octroi d'une somme à titre de satisfaction équitable. La Cour européenne s'est empressée d'accueillir favorablement cette nouvelle voie de droit en estimant qu'elle était en mesure de redresser efficacement les griefs allégués. Devant la non-utilisation par les requérants des possibilités offertes par la loi Pinto, elle rejetait les recours pour non-épuisement des voies de droit (CEDH, 6 septembre 2001, *Brusco c. Italie*, DR, Rec. 2001-IX; CEDH, 8 novembre 2001, *Giacometti et cinq autres c. Italie*, DR, Rec., 2001-XII ; CEDH, 14 mars 2002, *Predil Anstalt*, DR ; CEDH, 28 janvier 2003, *Chirò c. Italie*). La Croatie a également parfaitement « joué le jeu » de la nouvelle lecture de la subsidiarité conventionnelle en ne vacillant pas à l'heure de modifier la loi sur la Cour constitutionnelle. Suite à un arrêt retentissant de condamnation (CEDH, 26 juillet 2001, *Horvat c. Croatie*, §§41-43 et 45, Rec., 2000-VIII, les autorités croates ont modifié la loi sur la Cour constitutionnelle en y insérant une nouvelle disposition, l'article 63 (loi du 15 mars 2002 sur la Cour constitutionnelle, JO n°29 du 22 mars 2002). Désormais, le juge constitutionnel croate doit examiner un recours constitutionnel avant même que tous les recours aient été épuisés dans les cas où aucun tribunal compétent n'a statué dans un délai raisonnable sur les droits et obligations de caractère civil du requérant ou sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale dirigée contre lui.

²⁶ Le passage pertinent du paragraphe 152 se lit ainsi : « En vertu de l'article 1 (qui dispose : « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention »), ce sont les autorités nationales qui sont responsables au premier chef de la mise en œuvre et de la sanction des droits et libertés garantis. Le mécanisme de plainte devant la Cour revêt donc 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 ».

²⁷ Le point 2 de son opinion partiellement dissidente se lit ainsi : « Par contre, les complications, de tous ordres, que cette nouvelle jurisprudence est susceptible d'impliquer, pour la Cour, pour les Etats membres, mais surtout pour les seuls destinataires de la protection offerte par la Convention : *les requérants*, me font craindre que le remède ne soit pire que le mal et ce pour les raisons suivantes ».

l'espace) et décalé (dans le temps) que temporairement ? Le remède peut-il objectivement faire face à lui tout seul aux « problèmes endémiques et structurels » (J. Casadevall) que connaît la Cour ? De telles difficultés devraient à l'évidence être surmontées par les Etats parties à la Convention, également membres du Conseil de l'Europe. Le niveau politique est celui auquel les Etats devraient assumer leurs responsabilités. La viabilité du système européen de garantie, conditionnée par l'efficacité du traitement des requêtes par la Cour de Strasbourg, se trouve entre leurs mains. Ils disposent de la manne financière et peuvent — encore faut-il bien sûr qu'ils en aient la volonté politique — engager des réformes de fond qui n'apparaîtront pas comme de simples pis-aller. Au juge, la fonction judiciaire. Au politique, la réforme technique. Tel est l'ordre naturel des choses que le juge, par un excès d'audace ou par un sursaut d'activisme devant l'inertie du politique, a bouleversé avec éclat. Le problème est que ni le système de garantie en tant que tel ni le justiciable, n'en sortiront forcément vainqueur.

— III — L'APPEL DE DÉTRESSE

L'appel de détresse a été lancé à plusieurs reprises par les transsexuels qui, dans leur vie quotidienne, n'ont eu de cesse d'affronter moult désagrément des plus anodins aux plus douloureux, la société et ses règles n'arrivant pas et/ou ne voulant pas prendre en considération le « fait différentiel » d'ordre sexuel. Pendant longtemps, la Cour européenne s'en est émue mais jusqu'à un certain point seulement. Ainsi, confrontée au problème de l'intangibilité de l'état civil, elle se retranchait derrière l'absence de consensus européen pour ne rien bouleverser à sa jurisprudence²⁸. Devant trancher en faveur ou non de l'exercice de droits parentaux à l'actif des transsexuels, elle admettait l'existence d'une vie familiale, mais sans aller jusqu'à reconnaître cette capacité à conduire en tous points l'éducation des enfants²⁹. Surtout, elle était intraitable sur la question du mariage, arguant du libellé littéral de l'article 12 de la Convention³⁰. Ce faisant, en restant au milieu du gué, la jurisprudence de la Cour était empreinte de contradictions³¹. Or, par un coup de tonnerre qui prit l'allure d'un revirement spectaculaire, elle décida dans l'arrêt *Christine Goodwin*³² de mettre un terme aux solutions bancales qu'elle avait jusqu'alors défendues. Et de prendre entièrement en considération la souffrance de la personne transsexuelle dont la situation paradoxale lui procure des « sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété » (§77). Et de condamner à l'unanimité le Royaume-Uni pour ne pas avoir mis en place des procédures aux fins de permettre le changement d'état civil (au titre de l'article 8) et de reconnaître le droit au mariage (au titre de l'article 12) pour les transsexuels. A lire les premiers mots du paragraphe 90, le lecteur pense que le principe *pro homine* a repris ses droits dans le système

²⁸ CEDH, 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*.

²⁹ CEDH, 22 avril 1997, *X, Y, Z c. Royaume-Uni*.

³⁰ CEDH, 17 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, §49 ; CEDH, 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, §§44-46 ; CEDH, 22 avril 1997, *X, Y, Z c. Royaume-Uni* ; CEDH, 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, §§66-67.

³¹ J. CAVALLINI a ainsi pu écrire « La Cour entend limiter les conséquences de son arrêt *X,Y,Z c. Royaume-Uni* mais prend le risque d'une certaine contradiction. En effet, si le transsexuel est en droit de créer une famille et même d'en être le père social, l'Etat peut-il lui refuser le titre de père juridique ? De même, est-il logique de refuser le droit au mariage, alors que celui-ci n'est nullement dépendant d'une condition impérative de procréation ou même de relations sexuelles. Pourquoi imposer une différence de sexe pour le mariage et non pour la vie familiale ? », in « Chronique de jurisprudence européenne comparée » (sous la dir. de L. Burgorgue-Larsen), *Revue du Droit public*, 2000, p.

³² On sait que le même jour, le 11 juillet 2002, un autre arrêt *I. c. Royaume-Uni* était rendu en tous points identique à l'arrêt *Goodwin*. Par commodité d'analyse, c'est ce dernier qui servira de référent principal.

conventionnel européen. L'opportunisme technique des arrêts *Pellegrin* et *Kudla* semble décidément bien loin. Lisons plutôt :

« La dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention. Sur le terrain de l'article 8 de la Convention en particulier, où la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de cette disposition, la sphère personnelle de chaque individu est protégée, y compris le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain »

La Cour est allée très loin dans la fracture avec ses « blocs de principes » antérieurs afin de répondre à un appel de détresse qu'elle a envisagé comme une question vitale. La communauté de vues sur la question transsexuelle des Etats contractants n'est pas bien établie (§§85 et 103) ? Qu'à cela ne tienne, il faut passer outre la mosaïque européenne, car l'appel d'une communauté humaine en détresse est par trop important. Et de faire fi de la sorte d'un principe clé de sa jurisprudence orthodoxe qui est d'utiliser l'interprétation consensuelle uniquement pour conforter le *statu quo* juridique sur des questions sociétales sensibles³³. « Qu'importe » pourrait-on rétorquer, en guise de *leit motiv*, puisque le principe *pro homine* est, cette fois-ci, au cœur de sa démarche. L'argumentation cependant aurait dû être à la hauteur de l'objectif affiché. Or, la suite du paragraphe 90 laisse quelque peu dubitatif :

« Au XXI^e siècle, la faculté pour les transsexuels de jouir pleinement, à l'instar de leurs concitoyens, du droit au développement personnel et à l'intégrité physique et morale ne saurait être considérée comme une question controversée exigeant du temps pour que l'on parvienne à appréhender plus clairement les problèmes en jeu. En résumé, *la situation insatisfaisante des transsexuels opérés*, qui vivent entre deux mondes parce qu'ils n'appartiennent pas vraiment à un sexe ni à l'autre, *ne peut plus durer* ». (Italiques ajoutés)

« Argument plus impérial qu'impérieux » a-t-on pu écrire³⁴. La justesse de la critique apparaît d'autant plus quand on rappelle que le juge, après avoir écarté l'absence d'évolutions concordantes au sein des Etats a fait de même avec les doutes de la science, plus particulièrement ceux de la psychanalyse. C'est donc en ce défaisant d'une prudence coutumière, en s'arrimant également au plus novateur des textes de droit communautaire — la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et son article 9 pour ne pas le citer (§100) — que le juge rompt avec sa jurisprudence antérieure. L'évolution de la protection de la personne humaine, en l'espèce de la personne transsexuelle, est à ce prix pourrait-on penser...sauf que, par les détours paradoxaux des chassés-croisés jurisprudentiels, une telle jurisprudence met d'autant plus en relief le sort bien différent réservé à une autre personne, la personne homosexuelle. Car, avant *Goodwin*, il y eut *Fretté*³⁵. Or, toutes les avancées et les audaces constatées pour les uns n'ont guère été observées pour les autres. L'absence de communautés de vues comme les doutes de la communauté scientifique furent autant d'obstacles infranchissables posés par la Cour. Elle les a brandis avec une aisance déconcertante afin de légitimer le refus de la France d'accorder aux homosexuels le droit

³³ F. SUDRE, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP*, n°28, 11 juillet 2001, p.1366.

³⁴ J. CAVALLINI, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », *Revue du Droit public*, 2003-4, pp.982-1005.

³⁵ CEDH, 26 février 2002, *Fretté c. France*.

d'adopter des enfants. Quand le principe *pro homine* devient un principe à géométrie variable³⁶...

* *

*

Les paradoxes de la fonction de juger sont nombreux. Le juge se trouve au carrefour d'exigences contradictoires. Ne pas dénaturer la lettre et l'esprit du texte conventionnel, tout en le faisant progresser au diapason de l'évolution de la société. Garder constamment à l'esprit — car telle est sa raison d'être — la protection conventionnelle à l'endroit des requérants, tout en s'assurant que la qualité de celle-ci ne soit pas mise à mal par des contingences d'ordre technique, statistique, financière. Assurément, une nouvelle ère se dessine à Strasbourg où ces contradictions ne manqueront pas de s'aiguiser et de continuer à mettre le juge en porte-à-faux. La question se pose de savoir jusqu'à quel point il décidera de sacrifier le principe *pro homine* sur l'autel de l'opportunité. Il est classique en théorie du droit de se pencher sur la place et le rôle de la morale dans les décisions de justice³⁷. Or, Si la Cour européenne, devant l'inertie prolongée du politique, continuait d'assumer une tâche qui n'est pas la sienne, prenant sur elle d'engager de façon prétorienne des restructurations d'ordre systémique, un nouveau champ d'étude se dessinera alors sur la place et le rôle de l'opportunité dans les décisions de justice du juge européen ! Mais il ne s'agit que d'une conjecture — par définition hypothétique— dont on espère qu'elle ne se réalisera guère.

³⁶ On se reportera ici à l'analyse extrêmement percutante de J. CAVALLINI (*op.cit.*, p.992) qui a pu écrire : «La pratique majoritaire des Etats est donc une nouvelle fois balayée par la Cour au nom de l'espérance légitime des transsexuels. Que la souffrance morale d'une minorité sexuelle puisse primer la pratique majoritaire des Etats, voilà une affirmation qui en dit beaucoup sur les talents insoupçonnés de la Cour de Strasbourg et sa capacité d'émancipation. Mais si le transsexuel tire son anormalité du droit et non de sa nature, que dire alors de l'homosexuel ? Sa difficulté n'est pas de devenir ce que son corps lui refuse, mais de vivre ce qu'il est. Or, n'a-t-il pas lui aussi une aspiration légitime à la normalité ou à l'indifférence, d'autant que lui est reconnu le droit au respect de la vie privé ? En admettant de fait de nouvelles formes familiales ou parentales, la société n'est-elle pas tenue au nom du même principe de cohérence de les consacrer sauf à produire de la marginalité ? Le fait de refuser par principe à un homosexuel aux qualités humaines reconnues, le droit de poursuivre dans la parentalité, une aspiration universelle des hommes, n'est-il pas la cause également « de sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété » ? Si certaines douleurs sont muettes, d'autres sont, à l'évidence pour la Cour, invisibles ».

³⁷ Les *disputatio* doctrinales n'ont pas fini de se manifester à ce sujet. Pour une stimulante réflexion « engagée » ayant pour objet de combattre les thèses du « néoconstitutionnalisme » v. P. BRUNET, « Résistance au positivisme ? Analyse critique du « néoconstitutionnalisme », *Le droit de résistance : le droit contre le droit ?* (sous la dir. d'O. CAMY et D. GROS), Paris, Seuil, 2004. *Contra* R. DWORKIN, « The judge's new role : should personal convictions count ? », *Journal of International Criminal Justice*, 1 (2003), pp.4-12.