



HAL
open science

Les opinions séparées exonératoires

Jean-Manuel Larralde

► **To cite this version:**

Jean-Manuel Larralde. Les opinions séparées exonératoires. La pratique des opinions séparées à la Cour européenne des droits de l'Homme, 2024. <hal-05608701>

HAL Id: hal-05608701

<https://hal.science/hal-05608701v1>

Submitted on 30 Apr 2026

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.



Distributed under a Creative Commons CC BY 4.0 - Attribution - International License

Les opinions séparées exonératoires

Jean-Manuel LARRALDE

Professeur de droit public à l'Université de Caen Normandie

Institut caennais de recherche juridique (ICREJ, UR 967)

Si les juridictions connaissant la technique des opinions séparées permettent par principe au juge qui le souhaite de ne pas suivre en tout ou partie la position de ses collègues majoritaires dans la formation de jugement, il existe également différentes façons d'écrire et de formuler son opinion. On peut penser que l'on attend *a priori* d'une juridiction chargée de dire le droit qu'elle ne contribue pas à attiser le conflit, puisqu'elle est justement chargée de résoudre un litige juridique opposant des parties, les opinions séparées devraient également relever de ce souci de modération¹. Mais il est des opinions séparées moins feutrées, parfois même violentes, dans lesquelles l'auteur souhaite, au-delà de la position de fond qu'il défend, dénoncer des dérives ou des errements d'une juridiction avec laquelle il souhaite – au moins temporairement – prendre une certaine distance.

La Cour suprême américaine offre probablement parmi les meilleures illustrations de ces juges souhaitant dénoncer avec vigueur la solution retenue par leur formation de jugement. Les exemples sont connus et pour certains anciens. Dès 1896, le juge Harlan dénonçait la position adoptée dans l'arrêt *Plessy v. Ferguson*² validant la doctrine « séparés, mais égaux », en estimant que

« les destinées des deux races sont, dans ce pays, indissociablement liées l'une à l'autre » et *« l'intérêt des deux exige que le gouvernement commun, qui est celui de tous, ne permette pas que soit semé le grain de la haine sur le terrain du droit »*.

En 1978, c'est le juge Brennan qui dénonce la « *myopie ethnocentrique aiguë* » de la Cour suprême³. Plus près de nous, la solution de l'arrêt *Planned Parenthood of southeaster Pennsylvania v. Casey* (qui confirme la solution retenue dans le célèbre arrêt l'arrêt *Roe v.*

¹ La *Résolution sur l'éthique judiciaire*, adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme en 2021 exige d'ailleurs des juges qu'« ils veillent, en toutes circonstances, à agir, au sein de la Cour et en dehors de celle-ci, (...) avec (...) la discrétion qu'implique (...) l'autorité et la réputation de la Cour ». § I. Intégrité, Cour plénière le 21 juin 2021, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2021.

² « *Si les droits civils et politiques des deux races sont identiques, l'une ne peut être inférieure à l'autre civilement ou politiquement. Mais si une race est inférieure à l'autre socialement, la Constitution des États-Unis ne peut pas les placer sur le même plan* ». 163 US 537 (1896), 551-552. Comme l'a écrit récemment le Professeur Andreas Paulus, « *les mots puissants d'Harlan ont peut-être perdu devant la cour, mais ils ont gagné dans l'histoire* ». A. Paulus, « Arrêts et opinions séparées : complémentarité et tensions », Ouverture de l'Année judiciaire de la Cour européenne des droits de l'homme, 25 janvier 2019. Voir également W. Mastor, « Les opinions séparées sont-elles raisonnables ? » *RRJ*, 2015-5, p. 2115 et s.

³ Opinion dissidente sous l'arrêt *FCC v. Pacifica Foundation*, 3 juillet 1978, 438 U.S. 726 (1978). L'affaire concernait la diffusion à la radio d'un sketch de l'humoriste George Carlin, *Seven Words You Can Never Say on Television*. Pour la Cour, la nature indécente (même si elle n'était pas obscène) des propos limitait la protection issue du premier amendement à la Constitution américaine et permettait donc au gouvernement d'établir des règles plus restrictives. Voir L. Gentilucci, « Looking back : Famous Supreme Court dissents », 29 juillet 2015. <https://constitutioncenter.org/blog/looking-back-famous-supreme-court-dissents>

Wade, en autorisant toutefois certains aménagements à l'exercice du droit à l'avortement) est dénoncée par le juge Scalia comme « *pernicieuse et déplorable* »⁴.

Ce sont donc des conflits de valeurs qu'expriment ici ces juges⁵. Alexandra Ramseier et Damien Scalia ont pu expliquer que ces opinions séparées s'expliquent

*« en grande partie par la nature même des droits humains et des différends qui en découlent. Par essence, il s'agit d'une matière empreinte de pluralisme, favorisant ainsi non seulement une prise de décision à la majorité plutôt qu'à l'unanimité, mais également une poursuite du débat au-delà de la seule décision »*¹.

L'opinion exonératoire permet à son auteur de rappeler ce que sont selon lui les principes directeurs de sa juridiction dont l'arrêt d'espèce, est selon lui, oublié⁶. On ne s'étonnera pas de trouver également de telles opinions dissidentes exonératoires dans la jurisprudence strasbourgeoise⁷. L'opinion séparée serait même le lieu idoine de cet affrontement de valeurs si l'on en croit les juges Costa et Traja, qui estiment, dans leur opinion séparée sous l'arrêt *Vo* de 2004, que si la Cour « *n'a pas à se placer sur un plan principalement éthique ou philosophique* », car elle « *doit s'efforcer de rester sur le terrain qui est le sien, le terrain juridique* », les opinions individuelles des juges ne seraient « *pas tenues (...) à la même contrainte* »⁸. Le pluralisme incarné par la Cour européenne des droits de l'homme en matière de morale, de religion, d'éthique, s'exprime dans de nombreux arrêts et les tensions les plus aiguës issues de ces prises de position complexes s'expriment dans des opinions séparées exonératoires⁹. Il s'agit donc d'un instrument au service des juges pour exprimer tant la diversité du fait religieux dans les différents Etats membres (A.), que les variations de la morale dans ces mêmes Etats (B.). Plus généralement encore, l'opinion séparée exonératoire sert d'outil d'alerte contre des risques de « dérapages » jurisprudentiels, inspirés par des tendances illibérales (C.), fonction que l'on constate notamment dans des arrêts récents, avec l'arrivée au sein de la Cour européenne des droits de l'homme de certains

⁴ 505 US 833 (1992). Il est d'ailleurs révélateur que le juge Polonais Wojtyczek ouvre l'une de ses opinions séparées par une citation du célèbre arrêt de la Cour Suprême américaine *Marbury v. Madison* (5 U.S. (1 Cranch) 137 (24 February 1803). COUR EUR. DR. H., 7 mai 2021, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Pologne*, n° 4907/18, p. 82.

⁵ Sur cette question voir C. Blanc-Filly, *Valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2016, sp. pp. 19 et s.

⁶ Même s'il est parfois compliqué d'expliquer les causes profondes de cette expression exonératoire. Comme l'a indiqué Nicolas Valticos, « *il peut fort bien se faire que différents juges aient des vues différentes sur l'état actuel des conceptions dominantes, et cela non pas nécessairement en raison du seul fait de leur plus ou moins grand degré de libéralisme ou de conservatisme, mais en raison de facteurs bien plus complexes, tels que la formation, l'âge, les convictions, l'échelle des valeurs, le pays d'origine, etc.* ». N. Valticos, « Interprétation juridique et idéologies », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymans, 2000, p. 1473.

⁷ Les juges Hjiyev, Šikuta, Tsotsoria, De Gaetano et Gričco dans leur opinion en partie dissidente sous l'arrêt de Grande Chambre *Lambert c. France* estiment d'ailleurs que l'interprétation de la Convention doit toujours être effectuée « *de manière à promouvoir sa cohérence interne et l'harmonie entre ses diverses dispositions et valeurs* » § 7 de l'opinion dissidente commune sous COUR EUR. DR. H., *Lambert c. France* (GC), 5 juin 2015, n° 46043/14. La première mention des valeurs dans la jurisprudence européenne est ancienne, puisqu'elle renvoie à l'opinion dissidente du juge Zekia sous l'arrêt *Wemhoff*, en qualifiant le droit à la liberté comme étant l'« *une des valeurs auxquelles la population est attachée* ». COUR EUR. DR. H., 27 juin 1968, *Wemhoff c. Allemagne*, n° 2122/64.

⁸ COUR EUR. DR. H., 8 juillet 2004, *Vo c. France*, n° 53924/00, opinion séparée du juge Costa, à laquelle se rallie le juge Traja, § 4.

⁹ Pour Charlotte Blanc-Filly, « *le droit conventionnel européen offre un autre outil particulier d'appréhension de la place des valeurs dans la jurisprudence européenne grâce à la production d'opinions séparées, formulées par les juges à la Cour européenne* ». C. Blanc-Filly, *op. cit.*, p. 54.

magistrats probablement moins emprunts de valeurs progressistes et libérales que certains de leurs prédécesseurs.

A. Une expression de la diversité du fait religieux

Même si l'on peut estimer que la Cour européenne des droits de l'homme promeut un modèle de société proche de la laïcité « à la française », les quarante-six Etats membres présentent des organisations extrêmement différentes allant d'une laïcité plus ou moins stricte, jusqu'à des Eglises officielles, en passant par des situations nationales où l'emprise du religieux sur la société civile apparaît encore très tenace¹⁰. Comme a pu l'écrire Pierre Livet,

« le domaine religieux est exemplaire à la fois en ce qu' il constitue le cas le plus difficile de pluralisme des valeurs puisqu'il touche à la valeur suprême, le salut éternel » et parce que dépassant le for interne de l'individu, la religion s'inscrit dans un rapport à l'autre qui parfois menace le pluralisme religieux »¹¹.

Le contentieux européen des droits de l'homme relatif aux questions religieuses constitue bien l'un de ces espaces de mise en place du pluralisme des valeurs, ce qui ne se fait pas sans certaines frictions.

Dès le célèbre arrêt *Kokkinakis c/ Grèce*¹² on assiste à une confrontation forte entre les juges strasbourgeois. Dans cette affaire qui aboutit à une condamnation de la Grèce pour avoir sanctionné pénalement un témoin de Jéhovah pour prosélytisme, le juge Valticos porte une appréciation extrêmement négative sur la position de certains de ses collègues qui selon lui, dans leurs opinions individuelles, ont exprimé « certaines exagérations qui vont jusqu'à évoquer des régimes totalitaires ». Son opinion dissidente est, plus concrètement, l'occasion de déplorer que cet arrêt ne soit pas suffisamment respectueux de la personne humaine, en permettant les activités de prosélytisme non « abusives », et en autorisant une « intrusion, même non brutale, dans les consciences ». Une telle position ne relève pas selon lui des buts d'une convention sur les droits de l'homme, tout spécialement

« à une époque où des sectes plus ou moins reconnues et, parfois, même des adeptes de religions reconnues se livrent, sous l'influence du fanatisme, à toutes sortes de manœuvres visant à obtenir des conversions et aboutissent parfois au pire ».

L'arrêt *Mouvement Raëlien Suisse contre Suisse*¹³ est quant à lui l'occasion pour le juge Pinto de Albuquerque de fustiger une Cour qui n'empêche pas « l'Etat de jouer le rôle de gardien de la vérité et de prescrire l'orthodoxie en matière d'opinion ». L'arrêt de Grande Chambre *Leyla Sahin contre Turquie*, en validant l'interdiction de porter le foulard à une étudiante, est lu par la juge Tulkens comme une « forme de « paternalisme » (qui) s'inscrit à contre-courant de la jurisprudence de la Cour qui a construit, sur le fondement de l'article 8, un véritable droit à l'autonomie personnelle »¹⁴. Le constat est très critique :

¹⁰ Sur ces points voir, *inter alia*, P. Bréchon, *Laïcité et religions dans l'Union européenne*, mai 2011, Grenoble, France. pp. 1-26. halshs-00819211 ; G. Gonzalez, *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 2006.

¹¹ P. Livet, « Valeurs », *Encyclopaedia Universalis*.

¹² COUR EUR. DR. H., arrêt du 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, n° 14307/88.

¹³ COUR EUR. DR. H., arrêt du 13 juillet 2012, *Mouvement Raëlien Suisse c. Suisse*, n° 16354/06

¹⁴ COUR EUR. DR. H.,GC, arrêt du 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, n° 44774/98, § 12.

« *Le dialogue interreligieux et interculturel, fondé sur la tolérance, est une éducation et il est dès lors paradoxal de priver de cette éducation les jeunes filles qui portent le foulard et en raison de celui-ci. Vouloir la liberté et l'égalité pour les femmes ne peut signifier les priver de la chance de décider de leur avenir. L'interdiction et l'exclusion résonnent en écho au fondamentalisme que ces mesures veulent combattre. Ici comme ailleurs, les risques en sont connus : la radicalisation des croyances, les exclusions silencieuses, le retour vers les écoles religieuses. Rejetées par la loi, les jeunes femmes sont renvoyées vers leur loi. Or, nous le savons tous, l'intolérance nourrit l'intolérance* » (§ 19).

La complexe affaire *Lautsi*¹⁵ a également abouti à une confrontation des positions. Dans leur opinion dissidente, les juges Malinverni et Kalaydieva dénoncent la solution retenue par la Grande Chambre, la présence du crucifix dans les écoles étant « *de nature à porter (...) gravement atteinte à la liberté religieuse et au droit à l'éducation des élèves* » (§ 6). Selon eux en effet, maintenir ces symboles religieux est « *de nature à contrevenir au devoir de neutralité de l'Etat et à avoir un impact sur la liberté religieuse et le droit à l'éducation* » (§ 4). Si cette lecture critique de l'arrêt peut être vue comme conforme aux lignes directrices habituellement suivies par la Cour de Strasbourg, elle s'est toutefois heurtée non seulement à la position des juges majoritaires, mais également à l'opinion concordante du juge Bonello qui se félicite de son côté d'une Cour des droits de l'homme qui ne s'est pas laissée gagner par « *un Alzheimer historique* » (§ 1.1), ni laissée emporter dans une « *croisade tendant à diaboliser le crucifix* » (§ 1.3), car elle

« *n'a pas le droit de faire fi de la continuité culturelle du parcours d'une nation à travers le temps, ni de négliger ce qui au fil des siècles a contribué à modeler et définir le profil d'un peuple. Aucun tribunal supranational n'a à substituer ses propres modèles éthiques aux qualités que l'histoire a imprimées à l'identité nationale* » (§ 1.1).

Au-delà même de la question religieuse au cœur de l'arrêt *Lautsi*, l'opinion concordante de ce juge se transforme ici en opinion dissidente à l'encontre d'une affaire précédente, l'arrêt *Akdaş contre Turquie*¹⁶ (rendu à l'unanimité sous la présidence de la juge Tulkens l'année précédente), dans lequel la Cour voit dans le roman *Les onze mille verges* de Guillaume Apollinaire, un élément du patrimoine culturel européen. Sous la plume du juge Bonello, l'ouvrage se voit qualifié de « *monceau assez médiocre d'obscénités nauséuses qui circule sous le manteau* » (§ 4.2).

Ce sont enfin les contentieux concernant le respect des droits des croyants, et les accusations de blasphème qui ont démontré des fractures saillantes entre les juges européens. Dans une affaire *İ.A. c/ Turquie* de 2005¹⁷, qui valide la condamnation d'un éditeur qui avait publié un roman jugé injurieux à l'égard de la religion musulmane, l'opinion dissidente commune aux juges Costa, Cabral Barreto et Jungwiert leur permet de rappeler que même si

¹⁵ Fortement médiatisée, l'affaire *Lautsi et autres contre Italie* portait sur la conformité de la Convention avec la présence des crucifix dans les salles de classe des écoles publiques italiennes. Si dans un premier temps les juges strasbourgeois ont jugé à l'unanimité que cette situation violait les articles 2 du Protocole 1 et de l'article 9 de la Convention (3 novembre 2009, n° 30814/06), la Grande Chambre a opéré un spectaculaire revirement de jurisprudence en jugeant que cette question relève de la marge d'appréciation laissée aux Etats membres et ne constitue par en conséquence une violation de la Convention (18 mars 2011, n° 30814/06).

¹⁶ COUR EUR. DR. H., arrêt du 16 février 2010, *Akdaş contre Turquie*, n° 41056/04.

¹⁷ COUR EUR. DR. H., arrêt 13 septembre 2005, *İ.A. c. Turquie*, n° 42571/98.

« dans une société très religieuse comme la société turque, les athées sont assez peu nombreux, et que les idées matérialistes ou athéistes sont de nature à heurter ou à choquer la foi de la majorité de la population », cela ne « semble pas une raison suffisante, dans une société démocratique, pour sanctionner l'éditeur d'un livre » (p ; ou § ?).

Il s'agit pour eux également de mettre en avant leur volonté de « revisiter » la jurisprudence en la matière, qui leur « semble faire la part trop belle au conformisme ou à la pensée unique, et traduire une conception frileuse et timorée de la liberté de la presse »¹⁸. Cette question du respect des croyants constitue encore un sujet sensible, comme le montre l'affaire des *Pussy Riot*, jugée dans l'affaire *Mariya Alekhina et autre contre Russie* en 2018¹⁹ et qui permet à la Juge Elósegui de préciser que si le comportement des requérantes

« eu égard aux normes internationales (...) ne peut être considéré comme une incitation à la haine religieuse, (...) il peut être considéré comme « provocateur » et impliquant directement des « stéréotypes négatifs » des croyants chrétiens orthodoxes »,

ce qui « suffit à porter atteinte à la dignité des croyants orthodoxes en les méprisant et en les insultant ainsi qu'en les traitant comme des inférieurs ». De tels actes ne permettent selon elle aucune « justification pour invoquer le principe de protection des idées critiques qui offensent, choquent ou dérangent »²⁰.

B. Un révélateur de l'absence de conception européenne uniforme de la morale

Si René Chapus a pu écrire que « s'il est bien que les juges fassent de la morale, c'est à condition qu'ils en fassent le moins possible »²¹, Chaïm Perelman estime plus justement que

« des préoccupations idéologiques, d'ordre moral, religieux ou politique, ne peuvent pas être étrangères au droit, car elles exercent une grande influence sur l'effectivité du système et sur la manière dont les règles de droit sont interprétées et appliquées »²².

Comme ont pu effectivement le rappeler plusieurs juges dans leur opinion partiellement dissidente commune sous l'arrêt de Grande Chambre commune *Lambert contre France* de

¹⁸ Les juges citent ici les arrêts *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* (20 septembre 1994, n° 13470/87) et *Wingrove c. Royaume-Uni* (25 novembre 1996, n° 17419/90) qui, selon eux « ont été, à l'époque, très controversés (la Commission européenne des Droits de l'Homme avait d'ailleurs, à de fortes majorités, conclu pour sa part à la violation de l'article 10) ». L'arrêt *Wingrove* avait d'ailleurs été l'occasion pour le juge De Meyer de rappeler que la nécessité d'une réglementation sur le blasphème apparaît très contestable et qu'il est plutôt enclin à dire avec M. Patten que, pour le fidèle, "la puissance de ses convictions propres constitue la meilleure armure contre railleurs et blasphémateurs" (§ 4 ; il cite ici un extrait de la lettre adressée par le ministre adjoint de l'Intérieur britannique, à un certain nombre de personnalités musulmanes britanniques le 4 juillet 1989, voir le § 29 de l'arrêt).

¹⁹ COUR EUR. DR. H., arrêt du 17 juillet 2018, *Mariya Alekhina et a. c. Russie*, n° 38004/12.

²⁰ Citant ici la célèbre formule de l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* qui veut que la liberté d'expression « vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population » (7 décembre 1976, n° 5493/72, § 49).

²¹ R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, 14^{ème} ed., Montchrestien, 2000, p. 696. Cette citation ouvre la thèse de E. Birden, *La limitation des droits de l'homme au nom de la morale*, Institut Universitaire Varenne, collection de thèses, 2015, p. 7.

²² C. Perelman, *Ethique et droit*, éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 510.

2015, une institution telle que la Cour européenne des droits de l'homme devrait toujours « *se fonder sur de hautes valeurs morales ou éthiques* », ces valeurs devant être « *le phare* » qui guide les juges strasbourgeois²³. De même, le Recueil des opinions séparées du juge Loucaides est présenté comme un ouvrage qui « *rassemble une décennie de désaccord avec les arrêts de la Cour par un juge aux fortes convictions morales quant à l'interprétation de la Convention* »²⁴.

L'étude de la jurisprudence montre effectivement que ces préoccupations morales ont très souvent au cœur du travail de juges européens, notamment lorsqu'ils sont chargés de vérifier dans plusieurs contentieux conventionnels la validité de l'argument avancé par l'Etat d'une limitation d'un droit pour protéger la morale²⁵, ou encore de trancher certaines affaires présentant un objet même mettant en cause des questionnements moraux (on peut ici penser aux litiges relatifs aux choix et à l'identité sexuelle, ou encore à la bioéthique²⁶). Or, chacun sait que la Cour européenne des droits de l'homme a refusé depuis son célèbre arrêt *Handyside c/ Royaume-Uni* de 1976 de « *dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la "morale"* » valide pour l'ensemble des Etats membres du Conseil de l'Europe²⁷, et cette position de principe a été réaffirmée à plusieurs reprises, concernant notamment les choix liés à la sexualité²⁸. Cette autolimitation de la Cour apparaît légitime et elle permet d'adopter une jurisprudence à la fois respectueuse des spécificités nationales (voire locales) et évolutive. Comme l'indique le juge Martens dans une opinion dissidente sous l'arrêt *Brogan* : « *la Cour doit rester libre d'adopter l'interprétation de celle-ci aux changements de la situation sociale et des opinions morales* »²⁹. Ces évolutions ne se font cependant pas sans heurts, et plusieurs arrêts démontrent, grâce aux opinions dissidentes jointes, les tensions existantes entre les juges strasbourgeois en la matière.

On ne s'étonnera notamment pas que l'arrêt *A, B et C contre Irlande* de 2010 ait été l'occasion pour la Cour de montrer les fractures existantes entre les juges strasbourgeois concernant l'accès à l'interruption volontaire de grossesse, et plus globalement encore, concernant les discussions autour du droit à la vie. La Grande Chambre avait ici jugé que l'Etat irlandais, en interdisant sur son territoire l'avortement pour motifs de santé ou de bien-être (sic !) n'avait pas excédé la marge d'appréciation dont il jouit en la matière, puisque cette interdiction reposait sur « *des idées morales profondes du peuple irlandais concernant la nature de la vie* »³⁰. Or cette position est contestée de manière vive par pas moins de six juges³¹, en « *total désaccord avec cette décision* », et qui vont déplorer explicitement que pour la première fois la Cour écarte justement l'existence d'un consensus européen au nom de ces

²³ COUR EUR. DR. H. GC, arrêt du 5 juin 2015, *Lambert et a. c. France*, n° 46043/14, opinion en partie dissidentes aux juges Hajiyev, Šikuta, Tsotsoria, Ge Gaetano et Gričco. En l'espèce, les cinq juges déplorent que la Cour se soit bornée à souligner que l'affaire « *touche à des questions médicales, juridiques et éthiques de la plus grande complexité* ». En adoptant une telle position, ils regrettent que la Cour ait ici perdu son titre de « conscience de l'Europe » (§ 11), faisant explicitement référence à l'ouvrage *La conscience de l'Europe - 50 ans de la Cour européenne des droits de l'homme*, publié en 2010 par le Conseil de l'Europe.

²⁴ F. Tulkens et alii (dir.), *An Alternative View on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights : A Collection of Separate Opinions, 1998-2007*, Martinus Nijhoff, 2008, la 4^{ème} page de couverture (traduit par nous).

²⁵ Voir les articles 8, 9 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'homme.

²⁶ Et comme le démontre l'opinion dissidente du juge Bonello sous l'arrêt de Grande Chambre *Lausti* (précité), les liens entre les opinions religieuses et la morale ne sont jamais très éloignées...

²⁷ COUR EUR. DR. H., arrêt du 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, § 48.

²⁸ COUR EUR. DR. H., arrêt du 24 mai 1988, *Müller et a. c. Suisse*, n° 10737/84.

²⁹ COUR EUR. DR. H., arrêt du 29 novembre 1988, *Brogan et a. c. Royaume-Uni*, n° 11209/84 et a.

³⁰ COUR EUR. DR. H., arrêt du 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, n° 25579/05, § 247.

³¹ Opinion en partie dissidente commune aux juges Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni et Poalelungi.

« *valeurs morales profondes* ». Cette position est présentée par les six magistrats comme « *un véritable tournant, dangereux, dans la jurisprudence de la Cour* » (§ 9).

C'est également la notion très ouverte de famille retenue par la Cour européenne depuis son arrêt *Marckx contre Belgique*³² qui est l'occasion pour certains juges de s'exonérer de la position de leurs collègues majoritaires, dans un sens progressiste comme conservateur. Le juge Martens dans son opinion dissidente sous l'affaire *Cossey contre Royaume-Uni* va ainsi déplorer que la solution retenue en l'espèce (qui ne reconnaît pas de violation de la Convention dans l'interdiction faite par le droit anglais à une personne transsexuelle de se marier) « *ne cadre pas en principe avec la mission de la Cour, qui est de protéger l'individu contre la collectivité et de le faire en élaborant des normes communes* » en veillant « *à ne pas s'incliner trop aisément devant des arguments tirés du particularisme culturel et historique d'un pays* »³³. De son côté le juge Villiger sous l'arrêt *Gas et Dubois* de 2012³⁴ (qui refuse de reconnaître une discrimination face à une décision de rejet d'une demande d'adoption sollicitée par la partenaire pacsée de la mère d'un enfant) n'apparaît pas s'opposer ouvertement à la position adoptée par la majorité. Les questions posées dans l'opinion dissidente du juge liechtensteinois sèment toutefois un certain trouble :

« *qu'y peuvent les enfants s'ils sont nés d'un parent membre d'un couple homosexuel et non hétérosexuel ? Pourquoi l'enfant devrait-il pâtir de la situation des parents ?* ».

La conclusion est encore plus transparente :

« *Dans l'intérêt supérieur de l'enfant né dans le cadre d'une relation homosexuelle, je pense que l'intéressé doit recevoir le meilleur des traitements offerts aux enfants nés dans le cadre d'une relation hétérosexuelle, à savoir l'autorité parentale partagée* ».

Cette vision du « bon enfant » dans une « bonne famille »³⁵ est plus clairement exprimée encore par les juges Dedov et Elósegui dans leur opinion dissidente commune sous l'arrêt *Lavanchy contre Suisse* de 2021, en écrivant que

« *l'intérêt public est que l'enfant illégitime honnête serait heureux de retrouver ses parents et que les parents seraient protégés contre les demandes abusives de paternité. Cela devrait être clairement indiqué dans la jurisprudence de la Cour* »³⁶.

³² COUR EUR. DR. H., arrêt du 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74.

³³ COUR EUR. DR. H., arrêt du 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, n° 10843/84, opinion dissidente du juge Martens, § 5.6.3.

³⁴ COUR EUR. DR. H., arrêt du 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, n° 25951/07, opinion dissidente du juge Villiger, pp. 24 et 25.

³⁵ Dans leur opinion partiellement dissidente commune sous l'arrêt *Fretté c. France* (26 février 2002, n° 36515/97), les juges Bratza, Fuhrmann et Tulkens estiment que si « *la Cour n'a pas à se substituer au jugement (ni au jugement moral) des Etats dans un domaine qui fait d'ailleurs débat dans de nombreux pays du Conseil de l'Europe* », elle « *n'a pas davantage à se prononcer en faveur de quelque modèle familial que ce soit* ». Toutefois, en « *ouvrant la voie à une totale marge d'appréciation des Etats, (...) contraire à la jurisprudence de la Cour dans le domaine de l'article 14 de la Convention* », la Cour risque de « *provoquer une régression dans la protection des droits fondamentaux* » (p. 35).

³⁶ COUR EUR. DR. H., arrêt du 19 octobre 2021, *Lavanchy c. Suisse*, n° 69997/17, opinion dissidente commune aux juges Dedov et Elósegui, § 17.

Les choix sexuels sont également parfois au cœur des dissensions entre juges. L'arrêt *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, qu'Adeline Gouttenoire a pu légitimement présenter comme « *la première étape d'une jurisprudence européenne protectrice de la liberté sexuelle et particulièrement des droits des personnes homosexuelles* »³⁷ est l'occasion pour le juge Zekia de rappeler la fragilité du consensus européen en la matière en 1981. Prévenant que son point de vue puisse être perçu « *comme partial étant donné (sa) qualité de juge cypriot* », il alerte ses collègues sur « *le tollé général et (l)es remous* » dans le cas où les lois nationales

« seraient abrogées ou amendées en faveur des homosexuels, que ce soit à Chypre ou en Irlande du Nord, pays marqués par la religion et l'attachement à des valeurs morales séculaires » (§ 2).

Selon lui, en effet, il

*« paraît quelque peu étrange et troublant, quand on considère la nécessité du respect de la vie privée d'un individu, de sous-estimer la nécessité de conserver en vigueur une loi qui protège les valeurs morales tenues en haute estime par la majorité »*³⁸.

Cette vision s'oppose évidemment radicalement à celle soutenue par les juges Rozakis, Spielmann et Jebens dans leur opinion dissidente commune sous l'arrêt *Schalk et Kopf contre Autriche* de 2010 qui rappelle qu' « *il est aujourd'hui largement reconnu et admis par la société que les couples homosexuels nouent des relations stables* » et que

*« l'absence de tout cadre juridique leur offrant, au moins dans une certaine mesure, les mêmes droits et avantages que ceux qui accompagnent le mariage (paragraphe 4 ci-dessus) doit être justifiée par des raisons solides »*³⁹.

Des affaires récentes démontrent que la position européenne vis-à-vis des choix sexuels est toujours loin d'être uniforme. Pour preuve l'opinion dissidente formulée par le juge Dedov sous l'arrêt *Bayev contre Russie* de 2017⁴⁰. Dans cette affaire où la Cour condamne la Russie pour avoir interdit par voie législative toute « *propagande pour les relations sexuelles non traditionnelles auprès des mineurs* », le juge russe se livre à un violent réquisitoire en faveur de la protection des valeurs morales traditionnelles et de la « *famille traditionnelle* »⁴¹. L'opinion dissidente est notamment l'occasion de dénoncer « *une position libérale (qui) ignore le fait que l'éducation sexuelle des enfants constitue un processus très délicat qui devrait être mené au cas par cas* »⁴². Ses propos l'entraînent surtout à formuler un vibrant

³⁷ COUR EUR. DR. H., arrêt du 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7525/76. A. Gouttenoire, In F. Sudre et alii, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, 10^{ème} ed. 2022, p. 547.

³⁸ COUR EUR. DR. H., arrêt du 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7525/76, opinion dissidente du juge Zekia, § 2 et 3.

³⁹ COUR EUR. DR. H., arrêt du 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, § 9 de l'opinion dissidente commune.

⁴⁰ COUR EUR. DR. H., arrêt du 20 juin 2017, *Bayev et a. c. Russie*, n° 67667/09 et 2 autres.

⁴¹ Selon lui, « *la Convention relative aux droits de l'enfant souligne aussi l'importance de la famille en tant qu'unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être des enfants, et elle précise que la famille doit recevoir la protection dont elle a besoin. Voilà qui constitue un but légitime lui aussi contraire à la conclusion qu'a rendue la Cour dans la présente affaire* », pp. 46-47.

⁴² « *Partant, il conviendrait d'éviter de communiquer de force à des enfants qui n'en ont exprimé ni le souhait ni le consentement, sous quelque forme que ce soit, des informations relatives au sexe en général ; quant aux relations sexuelles non traditionnelles, il s'agit d'une question bien plus complexe dont les enfants devraient avoir connaissance aussi tardivement que possible, lorsqu'ils ont acquis la maturité intellectuelle nécessaire* », pp. 41-42.

plaidoyer contre l'homosexualité⁴³, en mélangeant de manière extrêmement problématique et caricaturale homosexualité, pédophilie et violences sur les enfants...⁴⁴. Ces propos font écho à ceux exprimés il y a vingt-cinq ans par le juge Pettiti qui sous l'arrêt *Laskey* de 1997 avait écrit que « *la protection de la vie privée est la protection de l'intimité et de la dignité de la personne et non la protection de l'indignité de celle-ci ni la promotion de l'immoralisme délictuel* ».

C. Un outil d'alerte contre le risque de dérives illibérales

Des vents mauvais soufflent depuis quelques années sur les systèmes démocratiques européens et plusieurs Etats sont touchés, à des degrés divers, par le nationalisme, la xénophobie, le populisme et même l'illibéralisme⁴⁵ pour certains d'entre eux. Le recul des principes de l'Etat de droit et des droits fondamentaux sont visibles et les acteurs de la protection des droits humains n'échappent pas à ces évolutions⁴⁶. La Cour européenne des droits de l'homme n'est évidemment pas imperméable à ces mouvements⁴⁷. Mais son statut d'organe juridictionnel du Conseil de l'Europe lui impose de jouer un rôle essentiel dans la préservation des valeurs démocratiques, puisque cette Organisation politique régionale a pour but « *de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont (le) patrimoine commun* » des Etats européens, ce qui passe notamment par « *la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »⁴⁸. Faisant référence à l'un des « pères fondateurs » de la Convention européenne des droits de l'homme (en l'occurrence Pierre-Henri Teitgen), pas moins de six juges rappellent ainsi à la Grande Chambre lors de l'arrêt *Markovic*⁴⁹ (en prenant le soin de souligner que leur analyse dépasse

⁴³ « *Les enfants peuvent facilement s'intéresser à toutes sortes d'informations ou d'idées, en particulier celles ayant trait aux relations homosexuelles, sans en comprendre la nature. L'idée que les relations sexuelles entre personnes de même sexe sont normales engendre de fait chez l'enfant une situation dans laquelle il se sent prêt à s'engager dans ce type de relations simplement en raison de la curiosité qui caractérise son esprit. C'est ainsi que la diffusion des idées agit sur les enfants. La Cour a déjà approuvé des mesures de protection des enfants contre toute information néfaste (même lorsqu'elle n'avait rien à voir avec les relations sexuelles...)* », p. 43.

⁴⁴ COUR EUR. DR. H., arrêt du 19 février 1997, *Laskey et a. c. Royaume-Uni*, n° 21627/93 ; 21628/93 ; 21974/93, opinion concordante du juge Pettiti, p. 15-16.

⁴⁵ Pour reprendre le désormais célèbre concept créé par F. Zakaria, visant des « *régimes démocratiques élus (qui ignorent systématiquement les limites constitutionnelles de leur pouvoir et privent leurs citoyens de leurs droits et libertés fondamentaux)* ». F. Zakaria, « *The rise of illiberal democracy* », *Foreign Affairs*, nov/dec. 1997 76 6, p. 22.

⁴⁶ Philip Alston a justement rappelé qu'« *avec la montée du populisme, les défenseurs des droits de l'homme doivent consacrer plus de temps à être persuasifs et convaincants et éviter d'être seulement indûment didactiques et résistants à la critique* ». P. Alston, « *The populist challenge to Human Rights* », *Journal of Human Rights Practice*, 2 (2017), p. 11.

⁴⁷ Le mode de recrutement des juges strasbourgeois fait épouser à la Cour les fluctuations politiques des Etats membres. Selon l'article 22 de la Convention européenne des droits de l'homme, « *Les juges sont élus par l'Assemblée parlementaire au titre de chaque Haute Partie contractante, à la majorité des voix exprimées, sur une liste de trois candidats présentés par la Haute Partie contractante* ». La Cour de Strasbourg fait elle-même l'objet depuis plusieurs années de très violentes critiques. Voir, *inter alia*, Y. Lécuyer, « *Les critiques ataviques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme* », *RDLF*, 2019, chron. 59 ; J.-M. Larralde, « *Individualisation et droit européen des droits de l'homme* », in C. Boiteux-Picheral (dir.) *L'(in)efficacité de la logique des droits de l'homme face aux risques pour l'humanité*, LexisNexis, 2022, pp. 21-37.

⁴⁸ Art. 1^{er} du Traité de Londres du 5 mai 1949 portant statut du Conseil de l'Europe. Le Préambule de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 évoque également la volonté de défendre « *un régime politique véritablement démocratique* ».

⁴⁹ COUR EUR. DR. H., GC, arrêt du 14 décembre 2006, *Markovic et a. c. Italie*, n° 1398/03, opinion dissidente du juge Zagrebelsky, à laquelle se rallient les juges Zupančič, Jungwiert, Tsatsa-Nikolovska, Ugrekhelidze, Kovler et David Thór Björgvinsson, p. 48. Dans cette affaire qui concernait une requête contestant la position de

la situation de l'espèce) que parmi les menaces sur les libertés plane toujours la revendication du « *pouvoir dans son aspect le plus redoutable : celui de la « raison d'Etat* »⁵⁰. Le juge Bonello mettra de son côté l'accent sur le rôle de promoteur de la paix régionale qui incombe à la Cour européenne des droits de l'homme. L'arrêt *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* de 2009 est ainsi l'occasion de fustiger une Cour qui, selon lui, « *sème des idéaux et récolte des massacres* », en embrassant « *son propre état de déni aseptisé plutôt que de s'ouvrir à ce monde moins lisse qui existe à l'extérieur* »⁵¹.

Le Conseil de l'Europe a connu d'importantes mutations après la chute du mur de Berlin⁵², en accueillant de nombreux nouveaux Etats membres issus de l'ancien Bloc de l'Est. Il n'est pas anodin de relever que plusieurs opinions séparées rédigées au début des années 1990 formulent de fermes rappels à l'ordre visant à réaffirmer que le seul modèle que doit promouvoir la Cour européenne des droits de l'homme est celui de la démocratie libérale pluraliste. En 1994 plusieurs juges dans leur opinion dissidente commune sous l'arrêt *Jersild* (qui condamne le Danemark pour avoir sanctionné pénalement un journaliste ayant sciemment diffusé des propos racistes) écrivaient ainsi que

« (...) *Tout en comprenant que certains juges attachent un prix particulier à la liberté d'expression, d'autant plus que leurs pays en ont été largement privés au cours d'une période encore récente, nous n'admettons pas que cette liberté puisse aller jusqu'à l'encouragement de la haine raciale, du mépris des races autres que celle à laquelle nous appartenons, et à l'apologie de la violence contre ceux qui appartiennent aux races en question* »⁵³.

C'est également à l'histoire des pays d'Europe centrale et orientale que fait référence de manière explicite le juge Pettiti dans son opinion séparée sous l'affaire *Nielsen*, en rappelant que

la Cour de cassation italienne déclarant les juridictions internes incompétentes pour examiner la demande en réparation formée par eux à la suite d'une frappe aérienne des forces de l'OTAN (et dans lequel la Grande Chambre ne retient pas de violation de l'article 6 de la Convention), les juges dissidents regrettent notamment que la Cour ait suivi la position de la Cour de cassation italienne présentée comme « péremptoire, incompatible avec la Convention et au moins douteuse au regard du droit national » (p. 49).

⁵⁰ La raison d'Etat est parfaitement mise en avant dans l'opinion dissidente commune des juges Kjølbros, Dedov, Lubarda, Harutyunyan, Kucsko-Stadlmayer et Poláčková, qui estiment que la Grande Chambre dans son arrêt *Savran contre Danemark* (7 décembre 2021, n° 57467/15) « *imprime une évolution fâcheuse à la jurisprudence de la Cour en offrant une protection accrue à des personnes qui ont perpétré des infractions pénales très graves et en mettant en avant une culpabilité pénale diminuée, améliorant ainsi la protection de l'individu au détriment de l'intérêt général que constituent pour la société la protection de l'ordre public et la prévention des infractions pénales* », § 51.

⁵¹ COUR EUR. DR. H., GC, arrêt du 22 décembre 2009, *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, n° 27996/06 et 34836/06. Dans cet arrêt, la Grande Chambre juge que l'interdiction faite à un Rom et à un Juif de briguer un mandat à la Chambre des peuples de l'Assemblée parlementaire et à la présidence de l'Etat de Bosnie-Herzégovine constitue une discrimination et viole leurs droits électoraux. Pour le juge Bonello, la position de la majorité de la Grande Chambre constitue une erreur grave, car en censurant l'Etat, « la Cour a estimé que le souci d'éviter le risque d'une guerre civile et de nouveaux carnages et celui de maintenir la cohésion territoriale de l'Etat ne revêtaient pas une valeur sociale suffisante pour justifier une certaine limitation des droits des deux requérants ».

⁵² Fondé par dix Etats d'Europe de l'Ouest, le Conseil de l'Europe a connu un accroissement spectaculaire du nombre de ses Etats membres à partir de 1989, passant de 23 à 40 entre 1989 et 1996 (avec notamment l'intégration de la Fédération de Russie en 1996). L'Organisation a compté jusqu'à 47 Etats membres, la Fédération de Russie (sous le coup d'une procédure d'exclusion) a décidé de quitter le Conseil de l'Europe en mars 2022, faisant donc passer le nombre d'Etats parties à 46.

⁵³ COUR EUR. DR. H., GC, arrêt du 23 septembre 1994, *Jersild c. Danemark*, n° 15890/89, opinion dissidente commune aux juges Gölcüklü, Russo et Valticos, p. 27.

« la psychiatrie contemporaine a dû affronter des conflits de doctrine lorsque des États autres que ceux du Conseil de l'Europe ont pratiqué abusivement des privations de liberté à l'encontre de "ceux qui ne pensaient pas juste", et ceci sous couvert d'internements de type psychiatrique »⁵⁴.

Les différences de conceptions démocratiques et leurs répercussions sur les droits de l'Homme n'ont pas cessé d'agiter les débats entre les juges et le XXI^{ème} siècle, au sein même de la Cour de Strasbourg. Ainsi, le juge Dedov ne voit pas pour sa part de motif d'inconventionnalité face à l'amende infligée à un parti politique ayant mis à la disposition des électeurs une application mobile de partage anonyme de photographies de leur bulletin de vote, puisque cette action relevait d' « une manifestation d'irrespect à l'égard du processus démocratique de prise de décision », pour laquelle « la réaction des autorités était prévisible pour le parti requérant »⁵⁵. Encore plus récemment, l'arrêt *Karuyev contre la Russie* rendu au début de cette année (concernant un requérant se plaignant d'avoir été condamné pour avoir craché en 2012 sur un portrait du président russe Vladimir Poutine, à la suite de la réélection de ce dernier) est l'occasion pour ce même juge Dedov de préciser qu'une telle manifestation d'humeur « à l'ère digitale » ne revêt pas seulement le caractère d'une « petite performance politique ». Au contraire, elle démontre « une marque d'irrespect vis-à-vis d'une personnalité officielle de l'Etat », qui justifiait en l'occurrence une limitation du droit à la liberté d'expression protégé par l'article 10 de la Convention. Ce type de position interne à la Cour a entraîné plusieurs juges à exprimer des opinions séparées souhaitant mettre en garde face aux risques de recul des valeurs démocratiques et libérales. Déjà il y a plus de vingt ans, l'arrêt *Lehideux et Isorni contre France* était l'occasion pour le juge Casadevall (rejoignant ici la position exprimée par le président de la Commission européenne des droits de l'homme, M. Trechsel) de dénoncer dans son opinion dissidente, une condamnation de la France jugée inquiétante au moment où on constate une « conjoncture favorable et fort inquiétante dont, à l'heure actuelle, semblent bénéficier certaines idées d'extrême droite en Europe »⁵⁶. Plus récemment, en contestant la position adoptée par la Cour dans son arrêt *Chernega contre Ukraine* de 2019, le juge Pinto de Albuquerque regrette « que le ton répressif de certains passages de l'arrêt ne soit qu'un signe du vent illibéral qui souffle à Strasbourg »⁵⁷. D'une manière encore plus générale, les dérives de plusieurs Etats européens ont été dénoncées par le juge Zupančič qui, dans son opinion dissidente sous l'arrêt *Zdanoka* de 2006 alerte sur le fait que

⁵⁴ COUR EUR. DR. H., arrêt du 28 novembre 1998, *Nielsen c. Danemark*, n° 10929/84. Dans cette affaire, la Cour ne retient aucune violation de la Convention concernant un enfant placé plusieurs mois dans un hôpital psychiatrique sur demande de sa mère, alors qu'il ne souffrait d'aucune maladie mentale, et sans avoir le droit d'introduire un recours devant un tribunal.

⁵⁵ COUR EUR. DR. H., GC, arrêt du 20 janvier 2020, *Magyar Kétfarkú Kutya Párt c. Hongrie*, n° 201/17, opinion dissidente du juge Dedov, § 10, p. 48.

⁵⁶ COUR EUR. DR. H., arrêt du 23 septembre 1998, *Lehideux et Isorni c. France*, n° 24662/94, opinion dissidente du juge Casadevall, § 9.

⁵⁷ COUR EUR. DR. H., arrêt du 18 juin 2019, *Chernega et a. c. Ukraine*, n° 74768/10, opinion partiellement dissidente du juge Pinto de Albuquerque, p. 79. Dans cet arrêt, la Cour ne voit pas dans l'incapacité de l'État à garantir le déroulement paisible de manifestations du fait de l'absence de règles claires sur le partage des responsabilités entre police et agents de sécurité privés et en raison de blessures causées à des manifestants une violation de l'article 3 de la Convention. Dans son opinion dissidente sous l'arrêt *J.L. c. Italie* (27 mai 2001, n° 5671/16), le juge Wojtyczek qui souhaite ici alerter sur les limites du droit dans la lutte contre les inégalités (en rappelant que « dans une démocratie libérale, le droit pénal doit être l'ultima ratio Rei Publicae »), dénonce la position retenue par la Cour en l'espèce, qui, selon lui, « amplifie le « vent illibéral qui souffle à Strasbourg », dénoncé avec brio par le juge Pinto de Albuquerque dans son opinion séparée jointe à l'arrêt *Chernega et autres c. Ukraine* », p. 79.

« dans nombre de pays, on observe un glissement malsain du patriotisme vers le nationalisme, le chauvinisme et le racisme. Cette intolérance est le fléau de l'Europe. Parce que l'histoire européenne regorge d'exemples d'agressions dues à un nationalisme agressif, la Cour européenne des droits de l'homme doit prendre une position morale sans ambiguïté et inébranlable sur ce problème »⁵⁸.

Les opinions séparées exonératoires présentent indéniablement des risques, dont le premier est certainement celui de « l'identification de lignes de partage durables entre membres d'un organe » juridictionnel tel que la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁹. Mais on peut aussi penser qu'elles renforcent son autorité, en soulignant « la liberté d'expression et l'indépendance des différents juges »⁶⁰. Elles démontrent aussi qu'à l'image du pluralisme inhérent à la société démocratique⁶¹, le droit se construit de manière pluraliste et parfois conflictuelle. Comme l'avaient en effet exprimé dès la fin du XVIIIème siècle les juges anglais dans l'arrêt *Grindley v. Barker*, « il est impossible que des organisations humaines soient toujours amenées à penser de la même manière »⁶².

⁵⁸ COUR EUR. DR. H., GC, arrêt du 16 mars 2006, *Zdanoka contre Lettonie*, n° 58278/00, opinion dissidente du juge Zupančič, p. 60. Le juge Rozakis dans sa propre opinion dissidente estime également qu'« il est difficile d'affirmer que l'élection de la requérante au Parlement letton aurait eu des conséquences néfastes pour la stabilité démocratique du pays » (l'affaire portait ici sur une mesure d'inéligibilité au Parlement frappant une candidate ayant participé à un parti ayant fomenté dans le passé un coup d'Etat, et pour laquelle la Grande Chambre ne retient pas de violation de l'article 3 du Protocole n° 1 de la Convention).

⁵⁹ H. Ruiz Fabri, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *RGDIP*, 2006, n° 1, p. 60.

⁶⁰ L. Wildhaber, « Opinions dissidentes et concordantes de juges individuels à la Cour européenne des droits de l'homme », in R.-J. Dupuy (dir.), *Mélanges en l'honneur de N. Valticos. Droit et justice*, Pedone, 1999, p. 529.

⁶¹ Voir, *inter alia*, COUR EUR. DR. H., arrêt du 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et a. c. Turquie*, n° 19392/92.

⁶² Traduit par nous. (1798) 1 Bos and Pul 875, [1798] EngR 112, (1798) 1 Bos and Pul 229, (1798) 126 ER 875 (B). Voir également J. Kirby, « Judicial dissent - common law and civil law traditions », *Law Quarterly Review*, 123, 2007, p. 386.