



LA COUR EUROPEENNE  
DES DROITS DE L'HOMME  
ET LA DOCTRINE

Actes du colloque des 10 et 11 mai 2012

*Sous la direction de*  
**Sébastien TOUZÉ**

*Préface Jean-Paul COSTA*



PUBLICATIONS DE L'INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME

N°21

**LA COUR EUROPÉENNE  
DES DROITS DE L'HOMME  
ET LA DOCTRINE**

**Actes du colloque  
des 10 et 11 mai 2012  
sous la direction de Sébastien TOUZÉ**

**Palais des droits de l'homme, Strasbourg**

Editions A. PEDONE  
PARIS

© Editions A. PEDONE – 2013

I.S.B.N. 978-2-233-00689-9

Editions PEDONE  
13 rue Soufflot 75005  
PARIS

Email : [editions-pedone@wanadoo.fr](mailto:editions-pedone@wanadoo.fr)

## DANS LA MÊME COLLECTION

- Commerce mondial et protection des droits de l'homme – World Trade and the Protection of Human Rights*, Bruylant, Bruxelles, 2001.
- La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après, bilan et perspectives*, Bruylant, Bruxelles, 2001.
- La protection internationale de la liberté religieuse*, Bruylant, Bruxelles, 2002.
- L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, par Claudia SCIOTTI-LAM, Bruylant, Bruxelles, 2004.
- Les organisations non gouvernementales et le droit international des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005.
- Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, par Fabien MARCHADIER, Bruylant, Bruxelles, 2007.
- La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, par David SZYMCAK, Bruylant, Bruxelles, 2007.
- La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, par Ludovic HENNEBEL, Bruylant, Bruxelles, 2007.
- La protection internationale des droits de l'homme et les droits des victimes – International Protection of Human Rights and Victims' Rights*, Bruylant, Bruxelles, 2009.
- Le droit des étrangers à l'égalité et le juge de common law*, par Virginie NATALE, Bruylant, Bruxelles, 2009.
- Les rapports entre démocratie et droits de l'homme dans les systèmes des droits de l'homme : analyse juridique comparée*, par Amaya ÚBEDA DE TORRES, Bruylant, Bruxelles, 2012.
- Le droit à l'enseignement supérieur et la libéralisation internationale du commerce des services*, par Sophie GROSBOON, Bruylant, Bruxelles, 2009.
- Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, par Peggy DUCOULOMBIER, Bruylant, Bruxelles, 2011.
- La pratique d'indemnisation par la Cour européenne des droits de l'homme*, par Jean-François FLAUSS et Elisabeth LAMBERT ABDELGAWAD, Bruylant, Bruxelles, 2011.
- Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe Contribution à la théorie du contrôle international*, par Mihaela AILINCAI, Pedone, Paris, 2012.
- Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, par Sandrine TURGIS, Pedone, Paris, 2012.
- Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'homme*, par Anne-Blandine CAIRE, Pedone, Paris 2012.
- Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression*, par Thomas HOCHMANN, Pedone, Paris, 2013.
- Captured in War, Lawfull Internement in Armed Conflict*, by Els DEBUF, Pedone, Hart Publishing, Paris, Oxford, 2013

*Que Julie TAVERNIER, ATER à l'Université de Strasbourg et collaboratrice scientifique à l'Institut international des droits de l'homme, trouve ici l'expression de nos plus sincères remerciements pour son aide précieuse dans l'organisation de ce colloque et la publication de cet ouvrage.*

Sébastien TOUZÉ

Professeur à l'Université de Strasbourg  
Secrétaire général de l'Institut international des droits de l'homme

## PREFACE

JEAN-PAUL COSTA

*Ancien Président de la Cour européenne des droits de l'homme  
Président de l'Institut international des droits de l'homme,  
Conseiller d'Etat (h.)*

Quel beau colloque ! Et quel bel ouvrage ! Il m'a été très agréable de participer à l'un, il m'est très agréable de préfacer l'autre...

Si la vocation principale de l'Institut international des droits de l'homme est l'enseignement et la formation, la recherche sous toutes ses formes en est une autre, qui n'est pas secondaire. Or des colloques de la qualité de celui-ci participent à l'action de recherche : de grands spécialistes, les uns juges ou membres du Greffe de la Cour (six, dont un ancien Président de la Cour et son Président actuel, Dean SPIELMANN), les autres, universitaires et/ou hauts fonctionnaires (sept), se sont partagé la tâche et ont croisé leurs regards sur les rapports entre la Cour de Strasbourg et la doctrine. Inutile de préciser, la lecture du livre le montre abondamment, que croiser ses vues ne veut pas dire se regarder de travers ! Sans verser dans l'irénisme, j'ai trouvé le colloque largement consensuel.

Les échanges entre juges et auteurs de la doctrine ont toujours été féconds et enrichissants, dans les deux sens. Au sein de la justice administrative française, à la mamelle de laquelle j'ai été nourri, qui ne se souvient des commentaires d'arrêts de Maurice HAURIOU ou de Marcel WALINE, professeurs, répliquant en écho aux conclusions de membres du Conseil d'Etat, Jean ROMIEU ou Léon BLUM, par exemple, pour le premier, ou à notre époque de M. Marceau LONG, pour le second ? Ou encore de la controverse, exprimée dans deux articles fameux, de Bernard CHENOT, membre du Conseil d'Etat, et du Professeur Jean RIVERO, l'un militant pour l'existentialisme et le droit, l'autre faisant l'apologie des faiseurs de systèmes ?

La jurisprudence et la doctrine ne sont pas seulement des sources du droit, elles sont aussi les deux pôles d'un dialogue créatif, et si celle-là a le privilège de statuer sur des litiges, celle-ci, en la critiquant, en la stimulant, a pour objet et souvent pour effet d'en améliorer la cohérence et finalement de contribuer à une justice meilleure. Il n'est d'ailleurs pas rare que les juges soient accessoirement professeurs ni que les professeurs exercent des

fonctions juridictionnelles ; et, dans une cour internationale comme celle des droits de l'homme, que ses membres soient d'anciens professeurs d'université.

Quant au rôle doctrinal des juges en fonctions, il faut distinguer deux types de juridictions. Il y a deux grandes catégories. Les unes, comme la Cour internationale de Justice, ou les Cours suprêmes ou constitutionnelles de nombreux pays (le Royaume-Uni, l'Allemagne, les Etats-Unis, et bien d'autres), connaissent la pratique de *l'opinion séparée* : les juges ont le droit, dont ils se servent presque toujours, d'annexer au jugement leur opinion personnelle, concordante ou même dissidente. Ils font ainsi œuvre de doctrine à titre personnel, après avoir fait collégalement œuvre juridictionnelle. D'autres tribunaux, comme les plus hautes juridictions françaises (et dans d'autres Etats), ou comme la Cour de Justice de l'Union européenne, ignorent et même prohibent les opinions séparées ; les jugements sont censés – une fiction juridique – avoir été rendus à l'unanimité ; aucun juge ne fait connaître son désaccord éventuel, et le secret du délibéré le lui interdit. Mais ce consensus de façade est contrebalancé par les *conclusions* : les commissaires du gouvernement du Conseil d'Etat français (devenus les rapporteurs publics) ou les Auditeurs au Conseil d'Etat de Belgique, les avocats généraux à la Cour de Cassation de Paris ou ceux de la Cour de justice de Luxembourg expriment publiquement leur avis, avant que la juridiction ne tranche (par contre ils ne votent pas, donc ne tranchent pas eux-mêmes). Ainsi la doctrine n'est pas seulement universitaire : elle peut émaner des juges, ou des avocats généraux (pour user d'un terme générique).

Le programme du colloque qui s'est tenu en mai 2012 au siège de la Cour de Strasbourg était alléchant, tant par les thèmes à l'ordre du jour que par les auteurs qui avaient accepté de les traiter. Il a tenu ses promesses. Je ne le résumerai pas, sauf à dire que les trois parties imaginées par les organisateurs, et d'abord par notre Secrétaire général Sébastien TOUZÉ, ont constitué un ensemble harmonieux : en premier lieu la doctrine devant la Cour, donc dans le prétoire (la place de la doctrine dans les argumentaires des requérants et dans ceux des tiers intervenants, et la doctrine comme conseil des parties devant la Cour) ; ensuite la doctrine et la pratique interne de la Cour (est-ce que l'œuvre doctrinale des candidats est un critère pour l'élection des juges ?, quelle place a la doctrine dans le travail du Greffe, d'une part, dans les délibérations d'autre part ?, enfin les débats doctrinaux dans les opinions séparées) ; finalement des regards croisés sur la doctrine « interne » et « externe » c'est-à-dire l'influence des positions doctrinales des membres de la Cour, les trois figures des relations entre la Cour européenne et la doctrine, enfin la Cour et sa jurisprudence vues par la doctrine.

Un ensemble harmonieux donc, et à mon avis complet, pour ne pas dire exhaustif.

Les fonctions et les expériences des auteurs expliquent il est vrai que le panorama soit si large, grâce à la diversité des angles de vision. Il faut naturellement faire une place à part à l'Introduction de mon prédécesseur, Luzius WILDHABER, éminent universitaire, qui a fait partie de la Cour de Strasbourg pendant quinze ans et l'a présidée huit ans, et aux conclusions générales d'un des commentateurs les plus autorisés de la jurisprudence de la Cour, le Professeur Frédéric SUDRE. Leurs présentations sont en quelque sorte symétriques.

A la lecture des Actes, ce qui me frappe le plus, c'est que, précisément, la place de la doctrine soit si importante, plus que ce qu'on croit généralement. Non seulement la Cour des droits de l'homme est composée de juges et de juristes du Greffe qui écrivent beaucoup (des livres, des articles, des contributions à des *Mélanges*, même des commentaires d'arrêts), avant d'entrer en fonctions mais aussi pendant...et après ; mais encore ceux des juges qui rédigent des opinions séparées (il y en a plus que d'autres – et certains sont beaucoup plus prolixes, à mon avis trop parfois, d'autres bien plus laconiques –) n'hésitent pas à citer des auteurs, naturellement à l'appui de leurs thèses. Et ils créent eux-mêmes de la doctrine grâce à leurs raisonnements propres : d'ailleurs ils sont souvent cités par les parties (ou par les tiers-intervenants), qui espèrent sans doute que le point de vue minoritaire de certains deviendra à l'avenir la position majoritaire de la Cour, ce qui arrive, mais assez rarement, les revirements de jurisprudence étant peu fréquents et pratiqués avec circonspection...

Enfin et surtout les décisions et arrêts, à Strasbourg, ne manquent pas de citer la doctrine, c'est-à-dire les auteurs considérés comme faisant autorité (mais le choix des auteurs ainsi distingués appartient à la Cour !).

C'est même de plus en plus vrai. Mon expérience de treize années passées à la Cour m'a montré que, comme d'ailleurs celui au droit comparé, le recours à des sources doctrinales augmente régulièrement et fortement. Cela a commencé avec des affaires touchant au droit international public général, puis au droit international humanitaire, qui occupe une place croissante dans le contentieux. Mais le recours à la doctrine imprègne maintenant d'autres branches du droit des droits de l'homme, comme si la jurisprudence avait *besoin* de la doctrine. Et c'est vrai. Non sans doute qu'elle ne soit pas sûre d'elle-même ; mais assurance ne signifie pas arrogance, et le privilège de pouvoir trancher des litiges et créer de la chose jugée, ce qui est évidemment autre chose et davantage que faire oeuvre de doctrine, ne doit pas être pratiqué dans l'isolement et sans recherches. Autrement dit, le renfort doctrinal est nécessaire à l'œuvre de justice,

à l'office du juge. Sans doute de nombreuses juridictions utilisent-elles ce renfort de façon implicite (et les conclusions des avocats généraux et autres rapporteurs publics, dont l'influence est grande sur la décision juridictionnelle, montrent *en creux* l'importance de la doctrine, que ces conclusions citent abondamment). Mais, à Strasbourg, le recours à la doctrine est de plus en plus explicite, peut-être parce qu'il n'y a précisément pas de « ministère public » ou de « Parquet » ; pas de conclusions : seulement des décisions et des arrêts.

A quoi cette tendance est-elle due ? Sûrement à la complexification des affaires, donc du droit applicable. Peut-être aussi au travail préparatoire des juristes du Greffe, qui assistent les juges, et à l'essor du rôle du Jurisconsulte et de la Division de la recherche et de la bibliothèque, qui les aident aussi. Les uns et les autres connaissent la doctrine et lui font confiance. Peut-être faut-il observer encore que plusieurs juges sont eux-mêmes des représentants éminents de la doctrine, encore que la proportion d'universitaires au sein de la Cour ait toujours été élevée. Toujours est-il que la doctrine n'est nullement une parente pauvre. Elle est invitée dans l'examen des requêtes et à la table des délibérations. Cela me paraît bien ainsi. J'ai souvent dit et écrit que la Cour européenne des droits de l'homme ne doit pas être une « Cour d'ivoire ». Tout ce qui l'ouvre sur l'extérieur est positif.

Je suis certain que cet ouvrage intéressera un large public, en dévoilant des aspects cachés du travail juridictionnel, en montrant qu'il n'y a pas davantage de cloison étanche entre la doctrine et l'office du juge qu'il n'y en a, selon l'arrêt *Airey*, entre les droits civils et politiques et les droits économiques et sociaux.

Je suis donc, comme je l'ai écrit un peu plus haut, heureux de préfacer ce livre et le présenter au lecteur. Je lui souhaite beaucoup de succès, et je remercie et félicite les Editions Pedone, dont la qualité du travail va y contribuer.

Chantérac (Dordogne),  
le 30 juillet 2013.

## TABLE DES MATIÈRES

Préface	
Jean-Paul COSTA .....	5

La Cour européenne des droits de l'homme et la doctrine - Propos introductifs	
Sébastien TOUZÉ .....	9

### PARTIE I

#### DOCTRINE ET INSTANCE

##### DEVANT LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Introduction	
Luzius WILDHABER .....	31
La place de la doctrine dans les argumentaires des requérants	
Corneliu-Liviu POPESCU .....	33
La place de la doctrine dans les argumentaires des tiers intervenants	
David SZYMCAK .....	61
La doctrine comme Conseil devant la Cour	
Christian TOMUSCHAT .....	75

### PARTIE II

#### DOCTRINE ET PRATIQUE INTERNE

##### DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

L'œuvre doctrinale des juges : critère d'élection des juges ?	
Michel DE SALVIA .....	85
La place de la doctrine dans le travail du greffe	
Pascal DOURNEAU-JOSETTE .....	93
La place de la doctrine dans les délibérations (éléments de réflexion)	
Anatoly KOVLER .....	105
La doctrine et les débats doctrinaux dans les opinions séparées des juges	
Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA .....	111

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE III  
REGARDS CROISÉS  
SUR LA DOCTRINE « INTERNE ET EXTERNE »

La production doctrinale des juges. Regards croisés sur l'influence des positions doctrinales des juges de la Cour Jean-Pierre MARGUÉNAUD et Françoise TULKENS .....	123
Arrêt sur images : les trois figures des relations entre la Cour européenne et la doctrine Laurence BURGORGUE-LARSEN .....	135
La Cour et sa jurisprudence dans la doctrine – Regards croisés sur l'analyse et les positions de la doctrine sur la Cour européenne des droits de l'homme et sur sa production jurisprudentielle Dean SPIELMANN .....	151
CONCLUSIONS GÉNÉRALES	
Frédéric SUDRE .....	159



INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME  
*fondé par René CASSIN en 1969*

[www.iidh.org](http://www.iidh.org)

### **LA DOCTRINE ET LA COUR EUROPENNE DES DROITS DE L'HOMME**

entretiennent des liens dont la portée est souvent ignorée ou minorée. Loin d'être focalisées sur une seule question de sociologie juridique, leurs relations mutuelles révèlent un enrichissement permanent et mettent en lumière des rapports qui vont au-delà de la seule observation.

La nature et la portée de ces rapports méritaient une analyse approfondie et un échange de vues entre ceux qui font la Doctrine et la Cour européenne, le colloque organisé les 10 et 11 mai 2012 par l'Institut international des droits de l'homme au Palais des Droits de l'homme reposait ainsi sur cette double ambition et a ainsi permis de réunir les meilleurs spécialistes du droit européen des droits de l'homme dont les contributions sont réunies dans le présent ouvrage.

**Collection dirigée par Gérard COHEN-JONATHAN et Sébastien TOUZÉ**

ISBN 978-2-233-00689-9

30 €