

Université Panthéon-Assas (Paris II)
Ecole doctorale de droit international, droit européen,
relations internationales et droit comparé

Thèse de doctorat en droit
soutenue le 14 décembre 2012

Thèse de Doctorat / décembre 2012

**LE DÉNI DE JUSTICE SUBSTANTIEL
EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC**



Université Panthéon-Assas

Laure-Marguerite HONG-ROCCA

Sous la direction de **M. Jean COMBACAU**,
professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres du jury :

M. Jean COMBACAU, professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas
(Paris II), *directeur de thèse*

M. Yves NOUVEL, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

M. Sébastien TOUZÉ, professeur à l'Université de Strasbourg, *rapporteur*

M. Eric WYLER, chargé d'enseignement à l'Institut de hautes études
internationales et du développement, Genève, *rapporteur*



Avertissement

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

A mes parents

A mon mari

« Bienheureux ceux qui souffrent persécution pour la justice,
car le royaume des Cieux est à eux ».

Évangile selon saint Matthieu, Chap. V, 5, 10.

Tous mes remerciements vont d'abord au professeur Jean Combacau, pour avoir accepté de diriger mes recherches, pour la liberté de travail qu'il m'a laissée, pour ses conseils et ses questionnements, et surtout pour sa grande gentillesse, sa compréhension et sa patience infinie.

Je remercie également ma famille, pour ses encouragements et son soutien indéfectible – notamment ma mère, pour le temps et les efforts qu'elle a consacrés à la lecture de mon travail, mon père, pour le soin attentif qu'il a accordé à mon bien-être, mon mari, pour avoir supporté patiemment mes différents états d'âme, et enfin mon frère, pour l'exemple qu'il m'a donné.

Je remercie également Brigitte, Mary et Jean-François pour l'aide précieuse qu'ils m'ont fournie.

Mes pensées vont enfin à Chantal, qui m'a toujours prodigué des encouragements affectueux, sincères et discrets.

Le déni de justice substantiel en droit international public - Résumé

La notion de déni de justice substantiel est problématique parce qu'elle suppose la reconnaissance de la responsabilité internationale de l'État pour ses décisions judiciaires nationales souveraines et donc le contrôle, par une juridiction internationale, de l'application discrétionnaire du droit interne par les autorités de justice nationales.

Attachée à la notion de déni de justice en droit coutumier et historiquement liée à une conception assez large, et controversée, de la protection due par les États aux étrangers sur leur territoire, la notion de déni de justice substantiel doit encore affirmer son emprise en droit international conventionnel, non seulement dans le domaine de la protection des investissements internationaux mais aussi, et surtout, dans le domaine de la protection des droits de l'homme parce que l'enjeu, dans ce domaine, est particulièrement important et que la question s'y pose avec le plus d'acuité.

Outre l'étude de la notion coutumière et son affirmation comme forme de déni de justice, l'intérêt de cette étude est de faire ressortir l'existence d'un droit général et subjectif au jugement raisonnable, dont la définition permet de mettre en avant les limites du pouvoir normatif que la mise en oeuvre d'un standard attribue au juge international lorsqu'il contrôle la régularité interne des jugements nationaux.

Descripteurs : erreur manifeste d'appréciation – fait illicite – jugement manifestement injuste – pouvoir discrétionnaire – raisonnable – responsabilité internationale

Substantial Denial of Justice in International Public Law - Abstract

The notion of substantial denial of justice is problematic because it assumes the recognition of the international responsibility of the State in its judicial national sovereign decisions and thus the review, by an international jurisdiction, of the discretionary application of internal law by national judicial authorities.

Attached to the notion of denial of justice in customary law, and historically linked to a fairly large and controversial perception of the protection that is required from States to foreigners on their territories, the notion of substantial denial of justice must still assert its influence in international conventional law, not only in the field of international investment protection but also, and foremost, in the area of human rights protection, because the stakes in that field are particularly important and the questions they raise are more relevant.

Besides the study of the customary notion and its assertion as a form of denial of justice, the main point of this study is to highlight the existence of a general and subjective right to reasonable judgment, of which the definition allows to point out the limits of the normative power that the implementation of a standard provides to an international judge when he is called upon to review the internal regularity of national judgments.

Keywords : Discretion – Illicit fact – International responsibility – Manifest error of appreciation – Manifestly unjust judgement – Reasonable

Principales abréviations

A.F.D.I. : Annuaire Français de Droit International

A.J.I.L. : American Journal of International Law

A.C.D.I. : Annuaire de la Commission du droit international

B.Y.I.L. : British Yearbook of International Law

Can.Y.I.L. : Canadian Yearbook of International Law

C.D.I. : Commission du droit international

F.I.L.J. : Foreign Investment Law Journal

G.Y.I.L. : German Yearbook of International Law

I.C.S.I.D. Rev.:

J.D.I. : Journal du Droit International

N.Y.I.L. : Netherlands Yearbook of International Law

R.C.A.D.I. : Revue des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye

R.D.I.L.C. : Revue de droit International et de Législation Comparée

R.G.D.I.P. : Revue Générale de Droit International

R.S.A. : Revue des Sentences Arbitrales

R.T.D.H. : Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme

Sommaire

<i>PARTIE I - LA NOTION DE DENI DE JUSTICE SUBSTANTIEL</i>	19
CHAPITRE I - LE DENI DE JUSTICE SUBSTANTIEL EN DROIT COUTUMIER	21
Section 1 - Fondement du contrôle international des jugements manifestement injustes	22
Section 2 - Détermination de l'obligation primaire violée : (1) l'obligation de bonne foi	56
Section 3 - Détermination de l'obligation primaire violée : (2) l'obligation coutumière de protection judiciaire des étrangers	87
CHAPITRE II - LE DENI DE JUSTICE SUBSTANTIEL EN DROIT CONVENTIONNEL	114
Section 1 - Définition de l'obligation conventionnelle de protection judiciaire	116
Section 2 - Le contrôle conventionnel de la protection judiciaire interne	163
<i>PARTIE II - DEFINITION DU JUGEMENT RAISONNABLE ET RECONNAISSANCE DU DENI DE JUSTICE SUBSTANTIEL</i>	191
CHAPITRE I - LES CRITERES DE RAISONNABILITE D'UN JUGEMENT	193
Section 1 - Le raisonnable, ce qui est conforme aux exigences de la raison	195
Section 2 - La raisonabilité du jugement au regard du raisonnement juridictionnel	207
Section 3 - La raisonabilité du jugement au regard de son résultat	218
CHAPITRE II - LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DU JUGEMENT MANIFESTEMENT INJUSTE	241
Section 1 - Une erreur d'appréciation	242
Section 2 - Une erreur manifeste et décisive	268
CHAPITRE III - L'ETABLISSEMENT DU DENI DE JUSTICE SUBSTANTIEL PAR LE JUGE INTERNATIONAL	283
Section 1 - L'appréciation des éléments objectifs de la motivation du jugement interne	285
Section 2 - L'appréciation raisonnable de l'existence du jugement manifestement injuste	309

Introduction

Au IV^e siècle avant Jésus-Christ, Aristote écrit déjà : « l'action injuste comporte deux extrêmes : l'un d'eux, le moindre, consiste à subir l'injustice ; l'autre, le plus grave, à la commettre »¹. Ce propos, visant à souligner l'importance de la justice-institution comme pilier de l'ordre social, illustre également le caractère fondamental de la notion de déni de justice en droit². Pourtant, la notion est problématique, tant en droit international qu'en droit interne³.

Longtemps considérée comme « l'une des plus anciennes et des plus mal élucidées du droit international »⁴, la notion de déni de justice a ainsi fait l'objet de nombreuses études⁵, essentiellement durant la première moitié du XX^e siècle, celle-ci étant centrale pour le droit de la responsabilité internationale des Etats pour préjudice causé aux étrangers, lui-même objet de diverses tentatives de codification vouées à

1 ARISTOTE, *Ethique de Nicomaque*, liv.V, chap.V, trad. J. Voilquin, Paris, Garnier-Flammarion, 1965, p.150.

2 Le déni de justice se distinguant de l'injustice, ce qui est en effet visé est la fonction juridictionnelle et non la justice éthique.

3 Voir l'introduction de FAVOREU (L.), *Du déni de justice en droit public français*, Paris, L.G.D.J., 1965, 582 p.

4 DE VISSCHER (C.), « Le déni de justice en droit international », *R.C.A.D.I.*, 1935-II, t.52, p.369.

5 EUSTATHIADES (C.), *La responsabilité des Etats pour les actes des organes judiciaires et le problème du déni de justice en droit international*, 2 vol., Paris, Pedone, 1936, 450 p ; FREEMAN (A.), *The International Responsibility of State for Denial of Justice*, London, New-York, Toronto, Longmans, Green and co., 1938, 758 p ; ADEDE (A), "A Fresh Look at the Meaning of the Doctrine of Denial of Justice under International Law", *Can.Y.I.L.*, 1976, vol.16, p.73-95 ; DE VISSCHER (C.) « Le déni de justice en droit international », *R.C.A.D.I.*, 1935-2, p. 365-442 ; DUMAS (J.), « Du déni de justice considéré comme condition de la responsabilité internationale des Etats en matière criminelle », *R.D.I.L.C.*, 1929, p. 277-307 ; DURAND (C.), « La responsabilité internationale des Etats pour déni de justice », *R.G.D.I.P.*, 1931, p.694 ; EAGLETON (C.), « L'épuisement des recours internes et le déni de justice », *R.D.I.L.C.*, 1935, p. 504-526 ; FITZMAURICE (G.), « The meaning of the term "denial of justice" », *B.Y.I.L.*, 1932, p. 93-114 ; IRIGARRY Y PUENTE (J.), "The Concept of Denial of Justice in Latin America", *Michigan L.R.*, 1944, p.383-406 ; LISSITZYN, « The Meaning of the Term Denial of Justice in International Law », *A.J.I.L.*, 1936, p. 632-646 ; PAULSSON (J.), *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005, 279 p.

l'échec faute, justement, d'un consensus sur la notion de déni de justice. Les difficultés étaient en effet d'abord d'ordre terminologique, plusieurs qualifications correspondant à un même fait et plusieurs faits à une même qualification, le déni de justice étant souvent assimilé à l'épuisement vain des voies de recours internes. Les difficultés étaient cependant aussi, et corollairement, d'ordre conceptuel, les divergences concernant tant la nature juridique du déni de justice que la définition des actes susceptibles d'engager la responsabilité internationale de l'Etat pour déni de justice. C'est ainsi que, dans sa thèse⁶, P. Sucharitkul n'exposait pas moins de cinq conceptions substantielles différentes du déni de justice, sans même tenir compte des divergences relatives au moment de naissance de la responsabilité internationale pour le déni de justice considéré comme un fait illicite.

La controverse a d'abord porté sur la nature du déni de justice, parce que, la notion étant ancienne⁷, son adaptation à l'évolution du droit international l'a amenée à s'éloigner de son sens originel, entraînant diverses confusions avec des notions proches. Ainsi, d'abord condition de mise en œuvre des représailles privées lorsqu'un étranger a subi un dommage que la justice locale a failli à réparer⁸, la notion a dû s'adapter à l'essor du droit international public à la fin du XIXe siècle, entraînant la substitution des mécanismes de responsabilité des Etats et de protection diplomatique aux représailles privées, et trouver sa place dans le droit coutumier relatif à la protection des étrangers puis, plus généralement, dans le droit de la responsabilité internationale des Etats pour fait illicite. Considéré tantôt comme une condition de mise en œuvre de la protection diplomatique, tantôt comme la cause unique de la responsabilité internationale des Etats pour acte préjudiciable aux étrangers, ce n'est en effet qu'avec la codification du droit de la responsabilité des Etats pour fait illicite en général que le déni de justice s'est vu définir comme un fait internationalement illicite parmi d'autres, violation de l'obligation coutumière que les Etats ont d'accorder aux étrangers sur leur territoire une protection judiciaire conforme au

6 SUCHARITKUL (P.), *Le déni de justice en droit international*, thèse, Paris, 1964, 323 p.

7 On trouve en effet une trace constante de la notion de déni de justice à travers les âges. Ainsi A. Freeman relève-t-il la notion dans une loi Wisigoth prévoyant la possibilité de représailles sur toute personne du territoire sur lequel un déni de justice aurait été commis à l'encontre d'un étranger, de même que dans deux Capitulaires de Charlemagne, datant respectivement de 779 et 809, puis très clairement à partir du XIIIe siècle.

8 En effet, il doit alors en demander justice auprès du Prince sur le territoire duquel il séjourne, mais si la justice locale ne lui permet pas d'obtenir réparation, il est en droit de demander à son propre Prince une lettre de représailles qui lui permettra de récupérer son bien, ou la compensation de celui-ci ou de tout préjudice qu'il a subi, directement sur les biens ou la personne des sujets du Prince qui lui a préalablement refusé justice. C'est donc ce refus qui est considéré comme un déni de justice et conditionne l'internationalisation de la réclamation privée.

standard international minimum, ou bien violation d'un droit conventionnel au procès équitable⁹.

La définition de la protection due aux justiciables protégés, notamment dans le cadre du droit coutumier, étant elle-même sujette à discussion, la définition des actes d'administration de la justice interne pouvant constituer un déni de justice, dans son sens spécifique, a nécessairement aussi fait l'objet d'une controverse. Le déni de justice justifiant un examen international de la justice nationale, et donc susceptible de porter une atteinte inacceptable à la souveraineté des Etats, a ainsi cristallisé les différends politiques opposant les pays exportateurs de capitaux aux pays anciennement colonisés. Défini le plus étroitement par ces derniers comme le seul défaut de voie de recours interne accessible aux étrangers, il résultait pour les premiers de tout acte ou omission émanant des organes de l'Etat chargés de rendre la justice. C'est finalement une définition médiane qui s'est imposée, selon laquelle est susceptible de constituer un déni de justice tout acte des organes judiciaires, selon un critère institutionnel, c'est-à-dire par opposition aux actes administratifs ou législatifs, dès lors qu'ils exercent leur fonction juridictionnelle, l'acte juridictionnel étant cependant défini par le droit international sans égard pour la qualification de droit interne.

Aujourd'hui donc, si le déni de justice fait toujours l'objet d'une certaine contestation politique, qu'illustre la remise en cause actuelle du rôle de la Cour européenne des droits de l'homme, il est juridiquement bien établi comme fait internationalement illicite, violation d'une obligation de protection judiciaire imposant aux Etats une certaine organisation et un certain fonctionnement de leur justice nationale. En cela, la notion de déni de justice de droit international se rapproche singulièrement de la notion de droit interne français, où le déni de justice est considéré comme un manquement de l'Etat à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu, sous la forme d'une quelconque défaillance dans l'organisation ou le fonctionnement de l'appareil judiciaire, ayant pour conséquence

⁹ Bien que les différentes dispositions reconnaissant un droit au procès équitable aux justiciables conventionnellement protégés présentent de très nombreux points communs, notamment en raison d'interprétations jurisprudentielles convergentes, certaines distinctions demeurent. Nous devons donc normalement distinguer le droit conventionnel au procès équitable d'un droit conventionnel au procès équitable, mais par souci de simplification, nous choisirons de généraliser ce droit au cours de notre étude.

l'impossibilité pour le plaideur d'obtenir un jugement conforme au droit applicable¹⁰, même si les deux notions n'en diffèrent pas moins à plusieurs égards.

Ainsi, en droit international, la notion de déni de justice continue-t-elle à soulever des questions que focalise la notion coutumière de déni de justice substantiel. Spécifique au droit international¹¹, et objet de nombreuses contestations, cette dernière notion n'a jamais fait l'objet d'une étude approfondie¹², probablement en raison de la sensibilité politique du sujet au moment de la grande controverse. C'est donc à cette notion que nous allons consacrer notre étude.

1 - Objet de l'étude

Le déni de justice, lorsqu'il est admis, est défini comme une forme de déni de justice constitué par un jugement définitif manifestement injuste.

La notion de déni de justice substantiel, d'origine coutumière, ressort essentiellement de décisions arbitrales datant de la seconde moitié du XIXe siècle et de la première moitié du XXe siècle, lesquelles ont porté sur des différends fortement politisés concernant l'étendue de la protection judiciaire résiduelle que les Etats doivent accorder aux ressortissants étrangers et à leurs biens sur le territoire national. Ces décisions, en admettant la responsabilité internationale d'un Etat pour ses décisions de justice nationales souveraines en cas d'application manifestement injuste, à l'encontre des étrangers, du droit interne auquel ces derniers sont soumis comme les nationaux, ont en effet reconnu le déni de justice substantiel comme une forme de déni de justice. Cependant, le déni de justice substantiel est un fait internationalement illicite très controversé, la notion soulevant des difficultés d'ordre terminologique et conceptuel comme celle du déni de justice, et pour les mêmes raisons.

10 FAVOREU (L.), *Du déni de justice en droit public français*, Paris, L.G.D.J., 1965, 582 p.

11 Le jugement d'une cour suprême dans l'ordre interne dispose seul de l'autorité de la chose jugée et est intrinsèquement juste.

12 La notion de déni de justice est très généralement abordée succinctement lors de l'étude du déni de justice en général. Très peu d'études ont été consacrées exclusivement au déni de justice substantiel, et celles-ci sont également assez peu approfondies. Voir GARNER (J.), « International Responsibility of States for Judgments of Courts and Verdicts of Juries Amounting of Denial of Justice », *B.Y.I.L.*, 1929, p.181-189 ; TENEKIDES (C.), « Les jugements nationaux « manifestement injustes » envisagés comme source de la responsabilité internationale des Etats », *R.G.D.I.P.*, 1939, T.XIII, p.373-389.

C'est ce fait internationalement illicite résultant de la mauvaise application manifeste du « seul » droit interne à l'égard des étrangers qui fera l'objet de notre étude, fait internationalement illicite que nous avons choisi de qualifier de déni de justice substantiel pour deux raisons.

D'abord, si l'on est obligé de constater que plusieurs qualifications correspondent à un même fait et plusieurs faits à une même qualification¹³, notre choix terminologique est conforme à l'opinion majoritaire selon laquelle la décision d'une juridiction nationale, manifestement injuste à l'égard des étrangers, constitue un déni de justice substantiel engageant la responsabilité internationale de l'Etat auquel il doit être imputé.

Ensuite, ce choix se justifie par des raisons pratiques. En effet, le déni de justice substantiel est un fait illicite lié à l'exercice de la fonction judiciaire de l'Etat, c'est donc un fait illicite proche du déni de justice en tant que violation de l'obligation internationale de protection judiciaire. C'est pourquoi le déni de justice substantiel est nécessairement opposé au déni de justice, et ce, que l'on considère, ou non, ce qu'il nous appartiendra de vérifier, que le déni de justice substantiel est une forme de déni de justice.

A cet égard, plusieurs remarques s'imposent.

D'abord, si la jurisprudence comme la doctrine distinguent généralement différentes formes de dénis de justice, telles que le déni de justice formel, le déni de justice procédural et le déni de justice substantiel, il nous semble que le premier, résultant du défaut d'accès à la justice, fait en réalité partie des dénis de justice dits procéduraux. C'est pourquoi nous avons choisi de nous limiter, dans une optique didactique, à distinguer le déni de justice procédural, résultant de toute défaillance dans la procédure judiciaire, et le déni de justice substantiel, résultant, lui, d'un défaut

¹³ Voir l'opinion dissidente du juge Hackworth dans l'affaire *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, 13 juillet 1954, Rec. 1954, p.90 : « Le déni de justice est une expression bien connue du droit international. Elle fournit une base solide pour établir la responsabilité des Etats dans le domaine des réclamations internationales. Elle fournit la justification des critiques et de l'examen des décisions juridictionnelles nationales de dernier ressort. Les tribunaux internationaux ont donné à l'expression, suivant la nature des affaires qui leur étaient soumises, des définitions et des nuances de sens variables. On peut citer à titre d'exemples : l'injustice manifeste, l'erreur évidente dans l'administration de la justice, l'injustice claire et notoire, la fraude, la corruption ou l'injustice involontaire, la mauvaise foi, le jugement manifestement injuste, le jugement arbitraire ou irréfléchi, la décision scandaleuse, etc... »

manifeste dans l'application du droit interne par les autorités juridictionnelles nationales.

Ensuite, en admettant que le déni de justice substantiel est bien une forme de déni de justice, il nous a tout de même semblé nécessaire d'écarter l'argument de Jan Paulsson¹⁴ selon lequel le déni de justice substantiel n'existe pas, le déni de justice étant toujours procédural parce que l'obligation de protection judiciaire oblige uniquement l'Etat à garantir aux justiciables protégés une procédure équitable, conforme au standard international minimum, laquelle suppose la bonne foi et la compétence technique des autorités juridictionnelles nationales au même titre que l'indépendance des tribunaux ou la mise en oeuvre du principe du contradictoire. En effet, si l'obligation internationale violée est effectivement de nature procédurale, rien n'empêche de distinguer, par souci de clarté, entre les dénis de justice, dits procéduraux parce que résultant des défauts apparents de procédure judiciaire, et le déni de justice, dit substantiel parce que lié à la substance du jugement, même si celle-ci ne fait, en réalité, que révéler un défaut d'administration de la justice formelle. Car les violations des garanties procédurales explicites du droit au procès équitable posé par l'obligation de protection judiciaire, telles que le principe du contradictoire, constituent sans conteste des dénis de justice, à l'inverse du jugement manifestement injuste, faisant une « mauvaise » application des règles de droit interne autres que procédurales. Acte juridictionnel constitutif d'un déni de justice contesté, il nous a semblé nécessaire de singulariser ce dernier par rapport aux premiers.

Enfin, il faut aussi noter que le déni de justice substantiel est parfois qualifié de déni de justice substantielle en tant que refus de rendre la justice substantielle¹⁵, par opposition à la justice formelle, conformément à la définition classique du jugement manifestement injuste comme justice (substantielle) déniée sous les apparences de justice (formelle). Nous avons également choisi d'écarter cette dernière qualification, car elle laisse supposer que ce déni de justice résulte de la substance seule du jugement, évaluée au regard du droit interne applicable, et non au regard du droit

14 PAULSSON (J.), *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005, 279 p.

15 C'est clairement le cas dans l'affaire *Compañía de aguas del Aconquija and Vivendi Universal c. Argentine*, 21 novembre 2000, *ICSID Report*, vol.5, p.296, §80 : le tribunal est compétent pour connaître des décisions de justice nationales dans les cas où « the claimants were treated unfairly in those courts (denial of procedural justice) or if the judgments of those courts were substantively unfair (denial of substantive justice) or otherwise denied rights ».

international, erreur en partie à l'origine des critiques adressées à la notion de déni de justice substantiel, qu'il nous a semblé inutile d'entretenir par un choix terminologique mal avisé.

Outre ces précisions terminologiques, la définition de l'objet de notre étude suppose également que l'on distingue le champ matériel du déni de justice de celui du déni de justice substantiel en précisant quels sont les jugements susceptibles d'engager la responsabilité internationale de l'Etat pour déni de justice substantiel.

En effet, même en admettant ce dernier comme forme de déni de justice, lequel résulte de la violation d'une obligation internationale, coutumière ou conventionnelle, de protection judiciaire attribuant un droit au procès équitable au justiciable protégé, le champ d'application du déni de justice substantiel n'est pas nécessairement le même que celui du déni de justice. Car tout défaut dans l'administration de la justice quelle qu'elle soit peut constituer un déni de justice, qu'il s'agisse de la justice nationale ou internationale, alors que le déni de justice substantiel, lui, ne concerne que les décisions de justice nationales. C'est pourquoi la protection des droits de l'homme et la protection des investissements internationaux constituent le terrain d'élection de la notion qui nous intéresse, même si celle-ci ne soulève pas les mêmes problèmes dans ces deux domaines du droit international.

2 - Problématique

Les difficultés d'ordre conceptuel que l'on rencontre avec la notion de déni de justice substantiel concernent tant la reconnaissance du déni de justice substantiel comme fait internationalement illicite que sa reconnaissance comme forme de déni de justice, ou bien encore la définition des jugements susceptibles d'engager la responsabilité internationale d'un Etat pour déni de justice substantiel. Pour mieux comprendre les contestations dont le déni de justice substantiel a fait l'objet, il faut se rappeler que la notion résulte de décisions arbitrales politiquement sensibles qui ont naturellement pu être considérées comme portant une atteinte inacceptable à la souveraineté des Etats. Or, ces décisions arbitrales étant souvent imprécises et pas toujours cohérentes entre elles, la notion de déni de justice substantiel s'est vue critiquée plus fortement encore que les différentes formes de déni de justice

procédural attachées à la conception large de la protection judiciaire des étrangers. Ainsi, non seulement une partie de la doctrine s'est opposée à la reconnaissance de toute responsabilité internationale de l'Etat pour l'application du « seul » droit interne par le juge interne, le principe d'irresponsabilité pour mal-jugé ne souffrant aucune exception, mais c'est aussi le fondement de la responsabilité de l'Etat pour ses jugements manifestement injustes qui a fait l'objet de controverses parmi les auteurs et praticiens l'admettant, et corollairement, la définition même du jugement national constitutif du déni de justice substantiel.

Or la notion est fondamentale pour le justiciable puisqu'elle suppose la reconnaissance d'un droit au jugement raisonnable. L'affirmation de la notion en droit international coutumier, et plus encore en droit conventionnel dans le domaine de la protection des droits de l'homme, est donc particulièrement nécessaire. Et c'est pourquoi nous avons choisi de consacrer notre étude au déni de justice substantiel.

3 – Intérêt de l'étude

Notre choix est tout d'abord motivé par l'intérêt d'une telle étude. D'une part, en effet, certains doutes relatifs à l'existence et à la définition du déni de justice substantiel résultent des incertitudes qui demeurent liées à la notion de déni de justice elle-même : lever ces doutes permet donc également d'éclaircir une notion qui ne supporte pas d'incertitude, le déni de justice étant le premier chef de réclamation internationale d'origine privée. D'autre part, la reconnaissance du déni de justice substantiel est fondamentale pour le justiciable, car elle implique la reconnaissance d'une protection judiciaire formelle garante d'une certaine justice substantielle, le déni de justice substantiel impliquant, comme nous allons le voir, un droit à une application raisonnable du droit applicable.

Notre choix se justifie également par le fait que, aujourd'hui, de meilleures conditions sont réunies pour une telle étude. En effet, la définition unanimement admise du déni de justice comme fait illicite engageant la responsabilité internationale de l'Etat pour violation d'une obligation de protection judiciaire, laquelle est assez bien définie, fait de la jurisprudence contemporaine une bonne base de travail car plus cohérente et plus explicite que les décisions arbitrales de la première moitié du XXe siècle, d'autant que cette jurisprudence est également

quantitativement importante, du fait de l'essor des conventions de protection des droits de l'homme et des traités de promotion et de protection des investissements internationaux.

Enfin, la mise en oeuvre de la responsabilité internationale, pour déni de justice substantiel, d'Etats anciennement exportateurs de capitaux prouve que cette notion n'est pas une arme politique dont l'étude ne peut que résulter d'un point de vue passionnel et donc partial.

4 – Méthode et plan

Le point de départ de notre étude ne peut être que l'hypothèse selon laquelle certaines décisions de justice souveraines peuvent engager la responsabilité internationale d'un Etat, ce qu'il nous appartient de vérifier, en précisant nécessairement quelles sont ces décisions de justice, et donc en affinant, dans un premier temps, la définition minimale provisoirement adoptée du déni de justice substantiel comme forme de déni de justice résultant d'un jugement définitif manifestement injuste. Cependant, ayant constaté que la notion générale de déni de justice, d'origine coutumière, est aujourd'hui unanimement admise comme violation de toute obligation internationale de protection judiciaire, tant coutumière que conventionnelle, il nous faudra également envisager l'existence du déni de justice substantiel hors du droit coutumier relatif à la protection des étrangers. En effet, la protection judiciaire coutumière des étrangers étant une protection résiduelle, il ne serait pas logique d'affirmer l'existence du déni de justice substantiel comme forme de déni de justice en droit coutumier et non en droit conventionnel.

Notre étude du déni de justice substantiel reposera donc essentiellement sur l'analyse de la jurisprudence concernant la violation des obligations de protection judiciaire, coutumière et conventionnelles, lorsque nous démontrerons que le jugement manifestement injuste constitue bien une forme de violation d'une obligation de protection judiciaire. Nous nous intéresserons bien sûr aux décisions arbitrales à l'origine de la notion, mais pas seulement. En effet, en raison de leurs défauts intrinsèques, elles fournissent essentiellement des pistes de recherche qu'il nous faudra approfondir en faisant appel à la jurisprudence internationale générale. Nous nous référerons ainsi tant aux décisions de la Cour internationale de Justice

qu'à celles des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme, du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, du Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements, des tribunaux pénaux internationaux ou encore de l'organe d'appel de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, car le droit international attache également des conséquences aux jugements internationaux présentant les mêmes défauts que les jugements internes manifestement injustes, étant cependant entendu que le déni de justice substantiel s'attache aux seuls jugements nationaux.

Par ailleurs, la reconnaissance du déni de justice substantiel impliquant l'existence d'un droit au jugement raisonnable, nous nous intéresserons aussi à la jurisprudence internationale relative au raisonnable en général, même si une attention particulière doit être, là encore, apportée à la jurisprudence concernant la violation des obligations de protection judiciaire, le jugement raisonnable devant être défini à partir de l'analyse de la constatation du déni de justice substantiel par le juge international¹⁶.

Cela nous amène au plan que nous avons retenu pour étudier le déni de justice substantiel en droit international public. Nous nous intéresserons d'abord à la notion elle-même (partie 1), en nous attachant dans un premier temps à démontrer l'existence de cette forme de déni de justice en droit international public, tant coutumier que conventionnel. Cependant, le déni de justice substantiel étant une création jurisprudentielle politiquement sensible, son acceptation générale comme forme de déni de justice implique l'encadrement du pouvoir important que la possibilité de constater l'existence d'un jugement déraisonnable, et la responsabilité qui en découle, confère aux juges internationaux. Cet encadrement passe non seulement par la définition précise de ce qu'il faut entendre par jugement déraisonnable, mais aussi par la délimitation des conditions de reconnaissance du déni de justice substantiel. C'est donc à ces deux points que nous nous consacrerons dans un second temps, grâce à l'analyse de la constatation du déni de justice substantiel (partie 2).

¹⁶ Nous parlons de juge uniquement par souci de simplification, mais il faut entendre toute autorité juridictionnelle au sens large, c'est-à-dire toute autorité exerçant une fonction juridictionnelle, qu'il s'agisse d'arbitre ou de juge à proprement parler.

PARTIE I

LA NOTION DE DENI DE JUSTICE SUBSTANTIEL

Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence arbitrale du début du XXe siècle, le déni de justice substantiel correspond, lorsqu'il est admis, à un fait internationalement illicite constitué par un jugement interne définitif faisant une mauvaise application manifeste du droit interne, c'est donc là la définition provisoire que nous adopterons comme hypothèse de travail. La notion de déni de justice substantiel est essentiellement propre au droit coutumier. En effet, sauf en de rares exceptions, les décisions établissant la responsabilité internationale de l'Etat pour violation d'une obligation conventionnelle de protection judiciaire se contentent de constater une violation du droit au procès équitable, voire un déni de justice, mais sans clairement distinguer les différentes formes de ce fait illicite. Le déni de justice substantiel a ainsi été principalement contesté comme cause de la responsabilité internationale de l'Etat pour acte préjudiciable aux étrangers.

C'est d'abord l'existence même du déni de justice substantiel comme fait internationalement illicite qui a été mise en cause, soit que l'Etat ne doive pas être considéré comme responsable de ses décisions de justice nationales, soit que la « mauvaise » application du droit interne ne puisse pas engager sa responsabilité internationale. C'est ensuite la définition du fait illicite qu'est le déni de justice substantiel, lorsqu'il est admis, qui a donné lieu à controverses, lesquelles ont porté sur la définition du jugement manifestement injuste à l'origine du déni de justice substantiel et sur la détermination de l'obligation internationale violée. L'étude de la

notion, et l'affirmation subséquente de l'existence du déni de justice substantiel en droit international, implique donc que l'on rejette les différents arguments de ses détracteurs. Ceci suppose en particulier une analyse de la jurisprudence arbitrale établissant, ou non, la violation de l'obligation coutumière de protection judiciaire des étrangers. À cet égard, nous appuierons notre démonstration non seulement sur les décisions des tribunaux arbitraux institués, principalement au début du XXe siècle, pour régler les différends entre pays exportateurs et importateurs de capitaux, mais aussi sur les décisions arbitrales des organes, plus récents, chargés de régler les différends relatifs à l'exécution des traités de promotion et de protection des investissements internationaux, ces traités incluant généralement une disposition relative au traitement juste et équitable et à la sécurité et protection pleines et entières que les Etats d'accueil doivent assurer aux investissements étrangers, laquelle renvoie aux obligations coutumières de protection des étrangers¹⁷. Nous nous attacherons donc d'abord à l'étude du déni de justice substantiel en droit international coutumier.

Cependant, si l'on considère que la protection coutumière des étrangers est une protection résiduelle, il ne serait pas logique d'affirmer l'existence du déni de justice substantiel comme forme de déni de justice en droit coutumier et non en droit conventionnel, notamment si l'on considère que, dans le domaine de protection des droits de l'homme, le déni de justice est le premier chef de réclamation internationale. L'affirmation du déni de justice substantiel en droit international ne peut donc être valablement avancée que si l'analyse de la jurisprudence établissant la violation du droit conventionnel au procès équitable confirme également que le déni de justice substantiel est une forme du déni de justice conventionnel. À cet égard, nous appuierons principalement notre démonstration sur les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, la plus explicite en la matière, à laquelle n'hésite d'ailleurs pas à se référer la jurisprudence d'autres organes juridictionnels internationaux.

Nous étudierons donc successivement la notion de déni de justice substantiel en droit coutumier (chapitre 1) et en droit conventionnel (chapitre 2).

¹⁷ Voir les développements de la section 3 de ce chapitre.

CHAPITRE I

LE DENI DE JUSTICE SUBSTANTIEL EN DROIT COUTUMIER

Dans les sentences arbitrales rendues à la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle, où l'on retrouve la notion de déni de justice substantiel, celui-ci correspond à un fait internationalement illicite constitué par un jugement interne manifestement injuste rendu à l'encontre d'un étranger, c'est-à-dire la « mauvaise » application du droit interne par le juge interne, en dépit des apparences de bonne administration de la justice nationale. Cette notion a cependant toujours été contestée, la controverse portant à la fois sur la définition du jugement pouvant engager la responsabilité internationale de l'Etat et sur le titre de cette responsabilité, ce qu'il nous faut donc vérifier et préciser. En effet, étant donné les critiques opposées à la notion, nous devons d'abord vérifier que le droit international permet bien la mise en jeu de la responsabilité internationale de l'Etat pour jugement manifestement injuste, et donc définir le jugement manifestement injuste, ce que nous ferons grâce à l'analyse du fondement du contrôle international des jugements manifestement injustes (section 1). Puis nous nous demanderons quelle est l'obligation internationale primaire violée par le déni de justice substantiel, en envisageant successivement l'obligation de bonne foi (section 2) et l'obligation coutumière de protection judiciaire des étrangers (section 3) comme titres de cette responsabilité.

Section 1

Fondement du contrôle international **des jugements manifestement injustes**

La notion de déni de justice substantiel a été contestée sur le fondement de l'incompétence des autorités juridictionnelles internationales pour contrôler les jugements nationaux en général, et en particulier les jugements manifestement injustes, entendus comme mauvaise application manifeste du droit interne par les autorités juridictionnelles nationales. Nous écarterons successivement ces arguments parce que les décisions de justice nationales peuvent faire l'objet d'un contrôle international de légalité interne, y compris les jugements manifestement injustes, lorsque le droit international renvoie au droit interne en faisant de l'irrégularité de l'application du droit interne un motif d'illicéité internationale.

Par licéité ou illicéité d'un jugement nous entendons la licéité ou l'illicéité de l'action de juger. Le contrôle opéré par le juge international est en effet un contrôle de la licéité internationale du jugement en tant qu'action de juger, d'appliquer le droit, lequel peut cependant inclure un contrôle de la légalité interne du jugement, en tant qu'acte, c'est-à-dire un contrôle de la régularité de l'application de la règle de droit interne par le juge interne. De même, afin d'éviter toute confusion lors de l'étude ultérieure du champ d'application du contrôle international du jugement interne, nous emploierons l'expression contrôle de régularité interne d'une décision de justice nationale par préférence à celle de contrôle de légalité.

§1 - Le contrôle direct de la licéité internationale des jugements nationaux

Deux arguments ont été opposés à la notion de déni de justice substantiel, tenant à l'incompétence du juge international pour contrôler une décision judiciaire nationale. Le premier argument s'attachait à l'indépendance des tribunaux pour dénier toute responsabilité internationale de l'Etat pour ses décisions judiciaires. Cet argument n'est évidemment pas acceptable, et nous l'écartons rapidement, avant de nous intéresser au second argument, plus sérieux, tenant à l'incompétence du juge international pour contrôler la régularité interne d'un jugement étant donné que ce dernier n'est pas un juge d'appel vis-à-vis des juges nationaux. Nous verrons ainsi que le juge international est compétent pour contrôler un jugement interne (A), dès lors qu'il le contrôle au titre du droit international (B).

A) *La compétence du juge international pour contrôler un jugement interne*

Il faut d'abord écarter l'idée selon laquelle un Etat ne peut voir sa responsabilité internationale engagée par les décisions de ses organes judiciaires, car ces derniers sont indépendants et ne sont donc soumis à aucun contrôle de la part de celui-là. Cet argument opposé à la notion de déni de justice substantiel est étayé par une jurisprudence très minoritaire¹⁸. Il concerne le principe de séparation des pouvoirs dans l'ordre juridique interne, et doit naturellement être rejeté. En effet, l'indépendance judiciaire est liée à l'organisation interne de l'Etat, dont on sait qu'elle n'est pas opposable au principe de responsabilité de l'Etat pour tous les actes de ses organes, de même que le droit interne ne peut justifier que l'Etat ne se conforme pas au droit international. Le principe d'indépendance s'oppose ainsi au seul contrôle de l'exécutif sur le judiciaire, argument qui est donc sans pertinence pour nous puisque ce n'est pas de la responsabilité internationale de l'exécutif qu'il est question, mais de celle de l'Etat dans son ensemble. Les décisions juridictionnelles nationales sont ainsi de simples manifestations de l'activité étatique dans l'ordre

¹⁸ Voir par exemple l'affaire *Yuille, Shortbridge et co*, Portugal c. Royaume-Uni, 21 octobre 1861, *La Fontaine Pasicrisie*, p.379.

juridique international et donc de simples faits que le juge international doit pouvoir examiner au même titre que n'importe quel autre acte de l'Etat, en vue de répondre aux requêtes qui lui sont soumises, lesquelles peuvent porter sur des faits quels qu'ils soient. Ce principe est très clairement établi en droit international public, ainsi que le souligne cet extrait de la décision de la Cour Permanente de Justice Internationale relative à *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*, selon laquelle « au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité de l'Etat au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives »¹⁹. Et c'est aussi avec constance que ce même principe est réaffirmé dans tous les domaines du droit international, ainsi qu'en témoigne la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme²⁰, celle de la Cour interaméricaine²¹, ou encore celle du Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)²², confirmant que l'interprétation et l'application du droit interne sont des faits dont doivent répondre les Etats, et rappelant à cet égard que l'autorité de la chose jugée en droit interne n'est pas opposable au juge international.

B) Le contrôle des décisions judiciaires nationales au titre du droit international

Le deuxième argument à rejeter concerne la conception restrictive de la compétence juridictionnelle internationale comme conséquence de la séparation des ordres juridiques interne et international, le juge international n'étant compétent que pour interpréter et appliquer le droit international, à l'exclusion du droit interne, dont l'application doit être le seul fait du juge interne. Nous verrons en effet que, si le juge

19 Affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*, 25 mai 1926, série A, n°7, p.19.

20 Voir l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, A-24, §49 : « [Le contrôle européen] porte tant sur la loi de base que sur la décision l'appliquant, même quand elle émane d'une juridiction indépendante ». Voir aussi l'arrêt *Foti et a. c. Italie*, 10 décembre 1982, A-56, p. 21, §63.

21 Voir l'arrêt *Olmedo Bustos et a. c. Chili*, 5 février 2001, Série C, n°73, §72 : "The international responsibility of the State may be engaged by acts or omissions of any power or organ of the State, whatever its rank, that violate the American Convention".

22 Décision *Amco Asia Corporation et a. c. République d'Indonésie*, 25 septembre 1983, *I.L.M.*, 1985, vol.II, p. 1026, §177 : "An international tribunal is not bound to follow the result of a national court".

international doit uniquement appliquer le droit international (1), il peut cependant également contrôler l'application du droit interne par le juge interne (2).

1) *La compétence du juge international pour appliquer le droit international uniquement*

Pour J.-A. Stoll²³, la question de l'examen du droit interne par les juridictions internationales soulève inévitablement le problème des rapports entre le droit international et le droit interne, parce que le droit applicable par le juge international découle de l'interprétation que fait ce dernier de l'accord déterminant sa compétence pour régler le différend qui lui est soumis par les acteurs du droit international. Doit ainsi être recherchée la volonté des parties à l'accord. Or, cette recherche ne suppose-t-elle pas que l'on tienne compte de la conception variable des rapports entre les ordres juridiques interne et international que chaque acteur peut avoir, celle-ci pouvant influencer la réponse à apporter au problème de l'application et de l'interprétation de règles juridiques appartenant à un ordre juridique déterminé, par les instances juridictionnelles d'un autre ordre ?

C'est donc de l'étude des rapports entre systèmes de droit selon les conceptions monistes et dualiste que Stoll tire l'affirmation de la nécessité d'appliquer, dans un ordre juridique donné, le droit de cet ordre-ci. Il constate en effet que, dans la doctrine dualiste, défendue notamment par Triepel ou Anzilotti, l'ordre juridique international et les ordres juridiques étatiques coexistent et sont indépendants, du fait qu'ils reposent sur des normes fondamentales différentes. On ne peut donc conclure qu'à l'aberration de l'hypothèse au regard de la doctrine dualiste, chaque ordre juridique ne connaissant que ses propres règles de droit. A l'inverse, selon la doctrine moniste, représentée en particulier par Kelsen, l'ordre juridique international et les ordres juridiques étatiques forment un seul ordre unitaire, l'un primant sur les autres ou inversement. Cependant, l'hypothèse envisagée n'est pas non plus acceptable au regard des différentes théories monistes. Ainsi, si l'on considère que le droit interne prime sur le droit international, la reconnaissance d'une juridiction internationale est impossible : notre hypothèse est donc inconcevable dans la théorie moniste à

23 STOLL (J.-A.), *L'application et l'interprétation du droit interne par les juridictions internationales*, thèse, Bruxelles, 1962, 225 p.

primauté du droit interne. De même, et pour conclure définitivement au rejet de l'hypothèse d'application éventuelle du droit interne par le juge international, Stoll constate que, dans le cas du monisme à primauté du droit international, l'application du droit interne par le juge international n'est possible que si celui-ci y est autorisé par une règle internationale expresse, mais cette autorisation transformerait alors formellement la règle de droit interne en règle de droit international, et c'est donc là encore le seul droit international que le juge international serait amené à appliquer.

Pour nous, plus simplement, la réponse à cette question de l'interprétation et de l'application de règles juridiques appartenant à un ordre juridique déterminé, par les instances juridictionnelles d'un autre ordre, relève de la définition même de l'ordre juridique. En effet, la distinction entre les ordres juridiques internes et international impose que le juge international ne soit compétent que pour appliquer le droit international, car le juge qui applique une règle de droit doit appartenir au même ordre juridique que celle-ci, tout comme le différend doit aussi relever de cet ordre. Cela découle de la définition même de l'ordre juridique comme ensemble de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté donnée, ensemble structuré se caractérisant par son efficacité et son unité. D'où, par exemple, l'intérêt de la théorie de Kelsen relative à la norme fondamentale, parce que la question de l'appartenance d'une norme à un ordre juridique est primordiale.

De la séparation des ordres juridiques découle donc le principe d'exclusivité de l'application du droit interne ou international, par les juges internes et internationaux respectivement. C'est pourquoi le juge international ne peut appliquer le droit interne et n'est pas juge d'appel vis-à-vis du juge interne, au sens où il ne peut réinterpréter le droit interne en réformant la décision, pas plus qu'il ne peut l'annuler²⁴. L'arbitre Nielsen l'avait déjà établi dans l'affaire *Garcia y Garza* en rappelant que « des lois

24 On notera cependant l'opinion contraire de Guggenheim pour qui « les réclamations basées sur l'existence d'un déni de justice donnent la possibilité à l'organe international qui fonctionne comme instance d'appel ou de cassation de revoir matériellement les jugements rendus par les tribunaux internes », *Traité*, vol.II, p.15. A l'opposé, voir DE VISSCHER (C.), « Le déni de justice en droit international », *R.C.A.D.I.*, 1935-II, t.52, p.406, citant l'affaire *Martini*, p.26-27 : « La mission du juge international éventuellement saisi de la connaissance du grief [de violation de l'obligation de protection judiciaire], [...] est complètement différente de celle d'un juge d'appel ; il ne va pas connaître l'affaire sous le même angle que celui-ci ; il ne réformera ni ne révisera la sentence interne ; il n'examinera les critiques formulées contre elle « qu'au point de vue de l'existence ou de la non-existence d'un déni de justice ou d'une injustice patente » ; dans le même sens voir CHAPPEZ (J.), *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Paris, Pedone, 1972, p.29.

internes peuvent enfreindre le droit international, des jugements peuvent constituer des dénis de justice, mais assurément c'est un principe général bien établi que l'interprétation des lois nationales appartient aux tribunaux nationaux »²⁵.

Cependant, si le juge international applique exclusivement le droit international et contrôle donc son application par l'Etat, ceci ne l'empêche pas de « connaître » aussi du droit interne, et donc de son application par le juge interne.

2) *La compétence du juge international pour contrôler l'application du droit interne par le juge interne*

L'application du droit interne diffère naturellement du contrôle de l'application du droit interne, même si les deux opérations imposent au juge la connaissance de ce droit. La Commission européenne des droits de l'homme, notamment, a très clairement opéré cette distinction entre l'examen du droit interne et son application, la règle de droit que le juge applique étant celle sur la base de laquelle il tranche un différend. On remarquera ainsi que la Cour permanente de Justice internationale utilise indifféremment les expressions « appliquer le droit » ou « trancher un différend »²⁶. Si les juridictions internationales n'appliquent pas à proprement parler le droit interne, c'est-à-dire qu'elles ne résolvent pas de différend international sur la base du droit interne, elles peuvent cependant « s'occuper » du droit interne dans la mesure où elles sont compétentes pour vérifier la conformité du droit interne au droit international ou examiner l'application du droit interne au regard du droit international, ce qui nous intéresse en particulier dans le cadre de notre étude du déni de justice substantiel. Le juge international peut ainsi connaître du droit interne en contrôlant les actes étatiques, internationaux comme internes²⁷, dont les décisions de justice nationales.

25 Affaire *Garcia y Garza*, Etats-Unis c. Mexique, 3 décembre 1926, R.S.A., vol.IV, p.126.

26 C.P.J.I., affaire relative aux *Emprunts brésiliens*, 12 juillet 1929, série A, n°20, p.19

27 L'acte est international lorsqu'il est destiné à avoir des conséquences dans l'ordre international, tandis que l'acte est interne lorsqu'il est destiné à n'avoir de conséquences que dans la sphère interne de l'Etat.

a) *Le contrôle de la régularité interne des actes étatiques*

Le juge international peut connaître du droit interne en contrôlant la régularité internationale des actes internationaux de l'Etat lorsque celle-ci dépend de sa régularité interne. Le juge international examine alors le droit interne dans le simple but d'établir l'existence d'une situation juridique ou d'un fait relevant de l'ordre juridique international. C'est clairement ce qui ressort de cet extrait de l'opinion dissidente du juge Anzilotti relative à l'affaire des *Décrets-lois dantzikois* : « [...] la Cour peut se trouver dans l'occasion d'interpréter une loi nationale en dehors de toute conformité ou non-conformité au droit international, mais en tant que loi qui régit certains faits dont la Cour doit apprécier la valeur juridique »²⁸. Dans ce cas, en effet, l'application du droit international oblige elle-même à se référer au droit interne. Ici, le contrôle de la régularité de l'application du droit interne constitue donc un contrôle des conditions internationales de formation d'un acte international opposable dans l'ordre juridique international. Ces conditions sont nombreuses et diverses, et l'on se référera aisément au droit international relatif à la protection diplomatique, lequel renvoie au droit interne des États, tant pour la détermination de la nationalité du ressortissant lésé que pour celle des voies de recours internes à épuiser.

Si le juge international peut examiner le droit interne dans le simple but d'établir l'existence d'une situation juridique ou d'un fait relevant de l'ordre juridique international, il peut cependant aussi contrôler la régularité internationale des actes internes de l'Etat, et ce, comme il l'a déjà été précisé, quel que soit l'organe ou l'agent de l'Etat à l'origine de cet acte. C'est en effet la situation la plus courante pour le juge international, ce dernier étant généralement amené à vérifier si l'autorité à l'origine de l'acte interne a bien appliqué le droit international, ou le droit interne conforme au droit international dans le cas où le droit international n'est pas directement applicable. Il en va ainsi des décisions de justice nationales.

28 C.P.J.I., affaire des *Décrets-lois dantzikois* (avis consultatif), 4 décembre 1935, série A/B, n°65, p.63.

b) Le contrôle de la licéité internationale des jugements nationaux

Le contrôle de la licéité internationale des jugements nationaux est un contrôle de l'application, directe ou indirecte, du droit international par le juge interne, lorsque les dispositions internationales en cause attribuent des droits subjectifs aux individus. Ainsi, dans le cas d'un système moniste, ou dans le cas de dispositions internationales revêtues de l'effet direct, le juge international contrôle-t-il l'application directe du droit international par le juge interne. En revanche, dans le cas d'un système dualiste, nécessitant des mesures nationales d'intégration du droit international dans l'ordre interne, ou lorsque la disposition internationale suppose des mesures nationales d'application, le juge international contrôle l'application indirecte du droit international par le juge interne. Lorsqu'il contrôle la mise en œuvre de ces mesures nationales, le juge international peut constater aussi bien la bonne application du droit interne non conforme au droit international que la mauvaise application du droit interne conforme à celui-ci.

En effet, le droit international n'impose généralement aux Etats que des obligations de résultat déterminé attribuant des droits subjectifs aux entités infra étatiques, ce qui suppose seulement que les actes étatiques « définitifs » dans l'ordre juridique interne se conforment au résultat requis par le droit international, sauf exception, lorsque la disposition internationale pose une obligation de comportement déterminé, telle que la conformité du droit interne au droit international. C'est pourquoi on s'accorde généralement à reconnaître que l'illicéité internationale résulte essentiellement de l'application concrète de la loi non conforme, et non de la seule existence abstraite de celle-ci, ce qui justifie d'ailleurs l'idée selon laquelle l'organisation juridique interne est sans pertinence au regard du droit international. La majorité des décisions judiciaires nationales susceptibles d'engager la responsabilité internationale de l'État résultent ainsi de l'application correcte du droit interne non conforme au droit international. Dans ce cas, il ne fait pas de doute que le juge international contrôle la licéité internationale de la décision judiciaire sans empiéter sur les compétences du juge national en constatant la non-conformité de cette décision à une obligation internationale. C'est ainsi que la Cour permanente de Justice internationale a pu affirmer que, si elle « n'est pas appelée à interpréter la loi polonaise comme telle, [...] elle peut se prononcer sur la question de savoir si en

appliquant ladite loi la Pologne agit ou non en conformité avec les obligations que la Convention de Genève lui impose envers l'Allemagne »²⁹.

En revanche, l'hypothèse du contrôle de la mauvaise application du droit interne conforme au droit international appelle quelques précisions. Il nous faut ainsi nous attarder sur le contrôle de la licéité internationale de l'application indirecte du droit international par le juge interne, dans le cadre de la mise en œuvre des mesures nationales d'intégration ou d'application du droit international³⁰, lorsque celles-ci sont conformes à ce dernier. La violation de ce droit interne constitue indéniablement une violation du droit international, qui peut évidemment faire l'objet d'un contrôle international au même titre que n'importe quelle violation du droit international. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est très claire à cet égard. Ainsi, concernant le contrôle international de l'application de dispositions internes au regard de l'article 6, on se référera avec intérêt aux arrêts *Annoni di Gussola*³¹ et *Pham Hoang*³². En effet, on le sait, la Cour a admis que l'obligation de protection judiciaire ne posait pas un droit absolu, le droit au procès équitable pouvant être restreint par des dispositions nationales dès lors que ces limitations ne portent pas atteinte à la substance même de ce droit³³. C'est pourquoi il appartient à la Cour de vérifier ce dernier point : elle se reconnaît ainsi le droit de contrôler les effets de l'application de la réglementation nationale restrictive au regard de la finalité de l'obligation internationale, parce que les limitations nationales aux droits protégés par la Convention doivent poursuivre un but légitime et respecter un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé³⁴. Ce contrôle appelle

29 Affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*, 25 mai 1926, série A, n°7, p.19.

30 Nous parlerons dorénavant de mesures nationales d'application du droit international en faisant référence à ces types de mesures nécessaires à l'application, dans l'ordre juridique interne, du droit international attribuant des droits subjectifs aux sujets internes, sauf à préciser ponctuellement un sens différent.

31 Arrêt *Annoni di Gussola et a. c. France*, 14 nov. 2000, Rec. 2000-IX.

32 Arrêt *Pham Hoang c. France*, 29 août 1992, A-243.

33 Arrêt *Annoni di Gussola et a. c. France*, 14 nov. 2000, Rec. 2000-IX, § 48 : « le droit à un tribunal », dont le droit d'accès constitue un aspect particulier, n'est pas absolu et se prête à des limitations implicitement admises, notamment quant aux conditions de recevabilité d'un recours, car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, lequel jouit à cet égard d'une certaine marge d'appréciation » ; voir aussi, parmi d'autres, les arrêts *Edificaciones March Gallego S.A. c. Espagne*, 19 février 1998, Rec. 1998-I, p. 290, § 34, et *García Manibardo c. Espagne*, 15 février 2000, Rec. 2000-II, § 36.

34 Arrêt *Annoni di Gussola et a. c. France*, 14 nov. 2000, Rec. 2000-IX, § : « La tâche de la Cour consiste dès lors à examiner si, en l'espèce, les mesures de radiation prononcées en application de l'article 1009-1 du nouveau code de procédure civile n'ont pas restreint l'accès ouvert aux requérants « d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même », si celles-ci poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de

ainsi une appréciation du juge international sur l'appréciation que le juge interne a lui-même portée sur les éléments factuels qui lui ont été soumis afin d'appliquer le droit interne aux faits de la cause. La Cour opère ainsi un contrôle similaire à celui de l'application conforme du droit interne non conforme au droit international envisagé précédemment : il s'agit en effet clairement d'un contrôle de licéité internationale de l'application du droit interne au regard d'une obligation de résultat déterminé, et non d'un contrôle de licéité interne de cette application.

Les deux arrêts précités illustrent bien cette compétence de contrôle des mesures nationales d'application des droits protégés par la Convention, au regard, non pas des dispositions internes applicables, mais des dispositions conventionnelles en cause. Dans le premier arrêt, il s'agissait ainsi pour la Cour de contrôler la décision du premier président de la Cour de cassation, faisant application de l'article 1009-1 du nouveau code français de procédure civile, de retirer du rôle de cette Cour l'instance ouverte sur la déclaration de pourvoi des requérants pour inexécution des arrêts d'appel, et ce en dépit de leur situation financière. Pour cela, la Cour avait à contrôler si l'application, en l'espèce, de la réglementation française de l'accès à la justice de la Cour suprême était compatible avec l'article 6 de la Convention, et non si cette réglementation par elle-même portait atteinte au droit conventionnel. La Cour a donc vérifié si la mise en œuvre de la réglementation française relative à l'accès à la Cour de cassation, et notamment l'appréciation des conséquences manifestement excessives que générerait l'exécution des arrêts d'appel dans le cas de requérants dans une situation financière précaire, ne portait pas atteinte au droit d'accès à la justice. C'est ainsi son appréciation de la situation financière des requérants qui l'a amenée à constater l'existence d'un déni de justice formel. Dans le second arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme avait à contrôler l'interprétation et l'application des dispositions françaises relatives à l'existence de présomptions de culpabilité en matière de trafic de stupéfiants, en précisant que, si elle n'a pas « à mesurer *in abstracto* les articles 369 par. 2, 373, 392 par. 1 et 399 du code des douanes à l'aune de la Convention : sa tâche consiste à déterminer s'ils ont été

proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. En d'autres termes, à la lumière des « conséquences manifestement excessives » appréciées par le premier président de la Cour de cassation, il importe pour la Cour de déterminer si les mesures de retrait, telles qu'elles ont été appliquées aux cas litigieux, s'analysent en une entrave disproportionnée au droit d'accès des requérants à la haute juridiction ». Voir aussi l'arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, A-18.

appliqués en l'espèce d'une manière compatible avec la présomption d'innocence et plus généralement avec la notion de procès équitable»³⁵. C'est ainsi qu'elle a réaffirmé que des dispositions nationales pouvaient restreindre le droit au procès équitable dont la présomption d'innocence est un aspect, dès lors que la mise en oeuvre de ces dispositions elle-même ne violait pas l'obligation de protection judiciaire³⁶.

Cependant, dans certains cas, et c'est dans cette hypothèse qu'intervient la notion de déni de justice substantiel, c'est l'application du droit interne « seul » que le juge international aura à connaître. En effet, si le droit international est toujours le fondement de la compétence de contrôle des actes étatiques par le juge international, il existe plusieurs titres à ce contrôle, notamment en ce qui concerne les actes juridictionnels internes. Ainsi, si le juge international doit trancher les différends qui lui sont soumis sur la base du droit international, il peut cependant être amené à contrôler l'application par le juge national du droit interne autre que les mesures d'application du droit international, c'est-à-dire contrôler la régularité interne de la décision judiciaire nationale, ce contrôle étant alors un contrôle indirect de licéité internationale.

Ce type de contrôle appelle quelques précisions, puisque c'est justement parce que le jugement manifestement injuste résulte de la mauvaise application du droit interne relevant du domaine de compétence réservé des Etats, domaine où les autorités juridictionnelles étatiques disposent d'un pouvoir souverain, que la notion de déni de justice substantiel a pu être contestée. En effet, en contrôlant l'interprétation et l'application souveraines du droit interne par le juge interne, le juge international ne se comporterait-il pas comme un juge d'appel ?

35 Arrêt *Pham Hoang c. France*, 29 août 1992, A-243, §33.

36 L'incompatibilité entre les deux présomptions n'est en effet qu'apparente, la présomption d'innocence s'entendant de l'absence d'*a priori* quant à la culpabilité du prévenu, tandis que la présomption de culpabilité n'implique qu'un renversement de la charge de la preuve, lequel peut donc être mis en oeuvre sans porter atteinte à la présomption d'innocence.

§2 - Le contrôle indirect de la licéité internationale des jugements nationaux : le cas du renvoi du droit international au droit interne

Le contrôle international des jugements internes peut porter sur la régularité interne d'un jugement national, c'est-à-dire l'interprétation et l'application souveraine du droit interne par le juge national, lorsque le droit international renvoie au droit interne en faisant de l'irrégularité d'un acte interne un motif d'illicéité internationale. Ce contrôle est un contrôle restreint qui se distingue nettement de celui d'un juge d'appel, ce qui ressort de l'analyse de ce contrôle particulier (A). Or l'analyse de l'étendue du contrôle du jugement manifestement injuste montre que ce jugement est l'objet d'un contrôle restreint de régularité interne (B), ce qui doit nous amener, par un raisonnement déductif, à conclure que le juge international est compétent pour contrôler le jugement manifestement injuste au titre du droit international opérant un renvoi vers le droit interne.

A) Le contrôle international de la régularité interne des décisions de justice nationales

Le contrôle de la régularité interne des décisions judiciaires nationales est un contrôle conditionné (1) et restreint (2).

1) Condition du contrôle

Contrairement au contrôle international des décisions judiciaires constitutives de « violations substantielles » du droit international, qui est assez largement reconnu, tant par la jurisprudence que par la doctrine, le contrôle de la mauvaise application du droit interne seul, c'est-à-dire des dispositions ne faisant pas une application stricte du droit international n'est pas unanimement admis. Il s'agit par exemple des dispositions de droit interne plus protectrices que le droit international, des mesures d'application du droit international objectif, ou encore des dispositions

relevant du domaine de compétence nationale exclusive, pour l'interprétation et l'application desquelles les autorités juridictionnelles nationales disposent d'un pouvoir souverain. Certains auteurs ont en effet considéré qu'un Etat ne saurait être tenu pour responsable des décisions judiciaires internes lorsque celles-ci sont « uniquement » non conformes au droit interne, parce qu'il s'agirait alors pour le juge international de vérifier la seule régularité interne d'une décision de justice, et non de contrôler l'application du droit international, alors que l'exercice du pouvoir d'interprétation et d'application de ce droit interne appartient exclusivement au juge interne. Ce pouvoir ne devrait ainsi jamais être remis en cause par les juges internationaux, qui agiraient sinon comme des juges d'appel vis-à-vis des juges nationaux, un tel contrôle de seconde instance n'étant pas compatible avec le principe de séparation des ordres juridiques.

Cependant, le fait de refuser que le juge international opère un contrôle de second degré par rapport aux jugements nationaux ne s'oppose pas à tout contrôle de ces décisions par le premier, dès lors que ce contrôle n'est pas similaire à celui d'un organe d'appel. En effet, si le juge international n'est pas un juge d'appel, il peut cependant constater qu'une décision judiciaire viole une obligation internationale en violant le droit interne, et peut ainsi amener l'État à réparer cette violation, notamment par l'indemnisation du préjudice occasionné. Ainsi, si le juge international doit apprécier la régularité des décisions internes au regard du droit international, cette appréciation n'exclut pas obligatoirement tout contrôle de la régularité interne de celles-ci. Au contraire, dans les cas où la règle de droit international renvoie à l'application de ce droit interne, le juge international est naturellement compétent pour connaître de cette application par le juge interne. On peut alors parler de contrôle « indirect » de licéité internationale d'un comportement étatique, et c'est bien sûr lorsque la violation du droit interne conforme au droit international entraîne aussi une violation de ce dernier que la décision judiciaire interne pourra engager la responsabilité internationale de l'État, et non pour la seule violation du droit interne.

Ce contrôle de la régularité interne d'un acte étatique³⁷ en cas de renvoi du droit international au droit interne, et non pour seule violation du droit interne, est

³⁷ Le contrôle de la licéité interne d'un jugement national n'est pas spécifique. C'est pourquoi nous appuierons notre démonstration sur la jurisprudence relative au contrôle de licéité interne des mesures nationales en général.

nettement admis par la jurisprudence internationale. C'est ainsi que la Cour européenne³⁸ et la Cour interaméricaine des droits de l'homme³⁹ ont clairement précisé qu'elles n'étaient pas compétentes pour se prononcer sur des erreurs de droit ou de fait prétendument commises par les juridictions nationales, mais uniquement dans la mesure où ces erreurs ne semblaient pas susceptibles d'avoir entraîné une atteinte à l'un des droits protégés par la Convention. *A contrario*, ces juridictions admettent donc la possibilité, sous certaines conditions, d'un contrôle de régularité des actes étatiques internes, dont les décisions de justice. De même, la Cour permanente de Justice internationale a pu dire, dans l'arrêt *Lotus*, que « le fait que les autorités judiciaires auraient commis une erreur dans le choix de la disposition légale, applicable en l'espèce et compatible avec le droit international, ne concerne que le droit interne et ne pourrait intéresser le droit international que dans la mesure où une règle conventionnelle ou la possibilité d'un déni de justice entrerait en ligne de compte »⁴⁰.

En réalité, cette dernière distinction entre non-conformité de l'application du droit interne aux dispositions conventionnelles et possibilité de déni de justice est un peu trop restrictive : l'irrégularité interne de décisions nationales peut également engendrer un fait internationalement illicite autre que le déni de justice, substantiel en l'occurrence, et ce, tant au regard de dispositions conventionnelles que de dispositions coutumières ou même contractuelles. En effet, le contrôle indirect de la licéité internationale des jugements nationaux doit être admis dès lors que le droit international renvoie au droit interne, quelle que soit la nature de la disposition internationale à l'origine du renvoi⁴¹.

38 Voir l'arrêt *Edwards c. Royaume-Uni*, 16 décembre 1992, A-247B, §34 et s .

39 Voir l'arrêt *Carlos Alberto Marin Ramirez*, §36 : "The Commission is competent to declare a petition admissible and rule on its merits when it portrays a claim that a domestic legal decision constitutes a disregard of the right to a fair trial, or if it appears to violate any other right guaranteed by the Convention. However, if it contains nothing but the allegation that the decision was wrong or unjust in itself, the petition must be dismissed under this formula. The Commission's task is to ensure the observance of the obligations undertaken by the States parties to the Convention, but it cannot serve as an appellate court to examine alleged errors of internal law or fact that may have been committed by the domestic courts acting within their jurisdiction."

40 C.P.J.I., affaire du *Lotus*, 7 septembre 1927, Rec. n°10, p.24.

41 Il en va ainsi du droit de la protection diplomatique, lequel renvoie au droit interne de la nationalité - mais attention à distinguer le cas où l'attribution de la nationalité est contestée dans le cadre d'une action diplomatique, l'irrégularité interne constituant alors une violation du droit international coutumier de la protection diplomatique, du cas où un individu conteste la mauvaise application, à son préjudice, du droit interne relatif à la nationalité, où l'irrégularité interne pourra constituer un déni de justice substantiel.

Dans beaucoup de cas ce renvoi sera explicite. Il n'est ainsi pas rare qu'une disposition conventionnelle renvoie explicitement à l'application d'une ou plusieurs dispositions spécifiques du droit interne, faisant ainsi dépendre la licéité internationale d'une décision nationale de sa régularité interne. Ce sont tant des dispositions internes procédurales que substantielles qui sont concernées, ce qu'illustre l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, par exemple, lequel renvoie expressément aux deux types de règles, du respect desquelles il fait une condition de licéité internationale des mesures nationales relatives à la privation de liberté⁴². Cependant le renvoi du droit international au droit interne peut également être implicite. C'est dans ce contexte qu'intervient le déni de justice substantiel, ce qui permet d'éclairer la distinction, opérée par l'arrêt *Lotus*, entre les violations de dispositions internationales qui renvoient explicitement au droit interne, et les dénis de justice constitués par des jugements manifestement injustes au regard du droit interne auquel ne renvoie explicitement aucune disposition de droit international. Et c'est d'ailleurs en raison du caractère implicite du renvoi que le déni de justice substantiel a pu être considéré comme résultant d'une violation du droit interne seul.

Le contrôle de régularité interne intervient lorsque le droit international renvoie à des dispositions internes pour l'interprétation et l'application desquelles les juges nationaux disposent d'un pouvoir souverain, parce qu'aucune règle de droit international n'impose de conduite donnée en la matière. C'est en effet dans cette seule situation qu'un tel renvoi présente un intérêt puisqu'il permet l'intégration de ces dispositions internes au droit international, permettant ainsi le contrôle de leur application par une juridiction internationale. Le but du renvoi du droit international au droit interne apparaît ainsi clairement comme la volonté de protéger le justiciable de l'arbitraire étatique. Il n'est donc pas étonnant que le contrôle de régularité interne des décisions de justice nationales soit restreint.

42 Cette disposition garantit le droit à la liberté et à la sûreté aux bénéficiaires de la Convention, lequel droit ne peut être restreint que par des arrestations ou détentions régulières opérées selon les voies légales.

2) *Etendue du contrôle*

Deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme illustrent particulièrement bien l'étendue de ce contrôle.

Dans l'affaire *Bozano*⁴³, la Cour avait à déterminer si la privation de liberté du requérant en vue de son expulsion portait ou non atteinte au droit à la liberté posé par l'article 5-1(f) de la Convention. Le requérant ayant été condamné à la réclusion à vie en Italie, notamment pour le meurtre d'une ressortissante suisse, et faisant l'objet d'un mandat d'arrêt international, s'était réfugié en France sous une fausse identité, où il avait été arrêté à ce titre. L'Italie avait alors demandé son extradition, qui avait été refusée suite à un avis défavorable rendu par la Cour d'appel de Limoges. Cependant, quelques semaines plus tard, le requérant avait été inculpé du délit d'usage de faux papiers d'identité et arrêté en vue d'une expulsion par les autorités françaises, qui l'avaient immédiatement reconduit à la frontière franco-suisse. De Suisse, il avait ensuite été extradé vers l'Italie pour y purger sa peine. La Cour a ainsi été amenée à rechercher si l'arrestation du requérant, en tant qu'exécution forcée de l'arrêté d'expulsion qui le visait, était régulière au regard du droit interne. Si la Cour a refusé de considérer la procédure d'expulsion comme illicite, au motif que le droit interne applicable en l'espèce prêtait à controverse qu'il ne lui appartenait pas de trancher, elle a en revanche pu constater, au regard du contexte de l'arrestation et de l'expulsion du requérant, que la mise en œuvre de l'expulsion elle-même constituait un détournement de pouvoir, puisque sous les apparences d'expulsion il s'agissait en réalité d'une extradition, qui aurait donc dû obéir à d'autres règles de procédure. Elle a ainsi conclu à la violation du droit international par une mesure qui « constitu[ait] une mesure d'extradition déguisée, destinée à tourner l'avis défavorable que la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Limoges avait exprimé le 15 mai 1979, et non d'une "détention" nécessaire dans le cadre normal d'une "procédure d'expulsion" »⁴⁴.

Dans l'affaire *Winterwerp*⁴⁵, la Cour avait également à déterminer si la privation de liberté du requérant constituait ou non une violation du droit à la liberté posé par

43 Arrêt *Bozano c. Italie*, 18 décembre 1986, A-111.

44 Arrêt *Bozano c. Italie*, 18 décembre 1986, A-111, §60.

45 Arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979, A-33.

l'article 5-1 de la Convention. Plus particulièrement, elle s'est attachée à vérifier si la réglementation interne appliquée par les autorités étatiques néerlandaises était bien une réglementation relative aux « aliénés » au sens de la Convention, et si celle-ci était suffisamment précise pour éviter les internements arbitraires, conformément au but de l'article 5 de la Convention. En l'occurrence, la Cour a pu juger que cette décision n'était pas arbitraire car, bien que le droit interne en cause, tout comme le droit international, n'ait pas défini clairement ce qu'était un aliéné, il précisait cependant qu'il s'agissait d'une personne présentant des troubles mentaux graves la rendant dangereuse pour elle-même ou autrui, motifs de placement dont il appartenait à l'autorité étatique de démontrer la réalisation par des preuves sérieuses afin d'éviter sa détention arbitraire, ce qui était le cas en l'espèce.

a) Un contrôle restreint ...

Le contrôle international de la régularité interne d'une décision de justice nationale intervenant dans un domaine où le juge dispose d'un pouvoir souverain est un contrôle nécessairement restreint. En effet, conformément à un principe unanimement admis, tant en droit interne qu'en droit international, l'étendue du contrôle exercé par le juge varie en fonction de la marge d'appréciation laissée aux autorités, à l'origine de l'acte contrôlé, par la règle de droit applicable.

Ainsi, en droit administratif français, on distingue généralement le contrôle minimum, ou contrôle restreint, visant à déterminer un éventuel détournement de compétence - bien que le contrôle restreint se soit cependant progressivement élargi grâce à la théorie de l'erreur manifeste d'appréciation, permettant aux juges de censurer également les usages abusifs du pouvoir discrétionnaire de l'administration -, du contrôle normal, ou contrôle ordinaire, généralement exercé par le juge lorsque l'administration ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, du contrôle maximum enfin, exercé par le juge dans les rares cas où la loi fait de la nécessité de l'acte administratif une condition de sa légalité.

En droit international également, le contrôle restreint s'oppose au contrôle normal, l'étendue du contrôle international à effectuer étant déterminée par la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales par la disposition opérant le renvoi au

droit interne applicable. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est très explicite sur ce point. Ainsi, dans l'affaire *Handyside*, la Cour a-t-elle rappelé que : « la marge nationale d'appréciation va [...] de pair avec un contrôle européen. [...] la Cour n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais d'apprécier [...] les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation »⁴⁶. On constate ainsi que la Cour de Strasbourg opère un contrôle des restrictions aux droits posés par les dispositions conventionnelles qui renvoient au droit interne, notamment les articles 5 et 8 à 11 de la Convention, au regard de la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales, et ce en fonction de la lettre⁴⁷ des dispositions conventionnelles, mais aussi de leur finalité et de la nature des droits protégés⁴⁸.

Il importe cependant de distinguer entre le pouvoir du législateur et celui de l'organe qui interprète la règle de droit interne applicable, dans le cas du renvoi du droit international au droit interne relevant du domaine de compétences partagées de l'Etat. En effet, dans ce domaine, la liberté d'action de l'Etat est plus ou moins limitée en fonction de la marge d'appréciation que lui laisse le droit international, mais n'est plus totalement⁴⁹ libre. Cette restriction au pouvoir de l'Etat peut cependant prendre plusieurs formes dans l'ordre juridique interne, l'Etat étant libre de son organisation interne. Ainsi, en fonction de la nature de l'obligation internationale concernée, la restriction au pouvoir de l'Etat pourra-t-elle se refléter sur le pouvoir législatif seul, notamment si le droit international impose un comportement déterminé, ou sur les pouvoirs, exécutif et judiciaire, chargés de mettre en œuvre le droit interne conformément au résultat requis par le droit international, voire sur les trois pouvoirs ensemble. C'est ainsi qu'il faut comprendre ce rappel effectué par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Handyside* : « [...] l'article 10

46 Arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, A-24, §49.

47 Voir l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, A-24, §48 : « [...] La Cour note à cette occasion que si l'adjectif "nécessaire" [...] n'est pas synonyme d'"indispensable" [...], il n'a pas non plus la souplesse de termes tels qu'"admissible", "normal" [...], "utile" [...], "raisonnable" [...] ou "opportun". Il n'en appartient pas moins aux autorités nationales de juger, au premier chef, de la réalité du besoin social impérieux qu'implique en l'occurrence le concept de "nécessité" ».

48 Arrêt *Gillow c. Royaume-Uni*, 24 novembre 1986, A-109, §55 : « [...] l'étendue de la marge d'appréciation dont jouissent les autorités nationales dépend non seulement de la finalité de la restriction, mais encore de la nature du droit en cause. En l'espèce, le bien-être économique de Guernesey doit être mis en balance avec le droit des requérants au respect de leur "domicile", lequel relève de leurs sécurité et bien-être personnels. Pour déterminer l'ampleur de la marge d'appréciation laissée à l'Etat, il faut garder à l'esprit l'importance d'un tel droit pour l'individu ».

49 Le pouvoir n'est jamais totalement libre. Cette question sera abordée plus en détails ultérieurement.

par. 2 (art. 10-2) réserve aux Etats contractants une marge d'appréciation. Il l'accorde à la fois au législateur national ("prévues par la loi") et aux organes, notamment judiciaires, appelés à interpréter et appliquer les lois en vigueur [...]»⁵⁰. Ainsi les articles 5 et 8 à 11 limitent-ils le pouvoir des autorités législatives en conditionnant la licéité des atteintes pouvant être portées aux droits qu'ils protègent, tandis que les autorités d'application conservent leur pouvoir souverain pour appliquer le droit interne conforme au droit international. En effet, le droit international se contente ici de définir le cadre de l'action de l'Etat, à l'intérieur duquel il pourra agir librement ou du moins disposer d'une certaine liberté en relation avec la marge d'appréciation déterminée par le droit international⁵¹. Et c'est pourquoi le régime des restrictions à ces droits fondamentaux est particulièrement protecteur : si le droit international pose un standard international minimum comme cadre de l'action étatique, il est cependant loisible aux Etats d'adopter des réglementations internes plus restrictives et donc plus favorables aux individus.

Lorsque la liberté d'action des organes de l'Etat, et en particulier des autorités juridictionnelles pour ce qui nous intéresse, est limitée, le juge international doit également limiter son contrôle : il se bornera ainsi à rechercher une erreur manifeste d'appréciation ou un détournement de pouvoir.

b) ... de la motivation ...

Le contrôle restreint de régularité interne d'un jugement national est un contrôle de sa motivation, et en particulier un contrôle de ses motifs au travers de sa motivation, c'est-à-dire un contrôle de sa justification.

50 Arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, A-24, §48 in fine.

51 D'où un double contrôle de licéité : un contrôle de conformité du droit interne au droit international, c'est-à-dire un contrôle plus étendu du cadre légal de l'action juridictionnelle (contrôle de licéité internationale de la mise en œuvre du pouvoir restreint des autorités législatives) et un contrôle restreint de l'application souveraine du droit (contrôle de licéité interne). On constate cependant qu'un seul contrôle est réellement opéré : un contrôle de la régularité interne de l'application du droit interne, effectué au regard du cadre légal de l'action étatique, la Cour contrôlant la conformité du droit interne au droit international au travers de la conformité effective de la mesure en cause au droit international, au regard du but poursuivi par celui-ci, et ce parce que la mesure nationale doit être conforme au droit interne, lui-même conforme au droit international. C'est ainsi que le professeur Sudre a souligné que le contrôle de conformité du droit interne au droit international était « plus rituel que susceptible d'engendrer un contrôle réel ». Voir l'article de F. SUDRE, « L'arrêt *Bozano* du 18 décembre 1986 », *R.G.D.I.P.*, 1987-I, p.533-586.

La jurisprudence est très claire : le contrôle international de régularité interne est un contrôle des motifs de l'acte⁵² parce qu'il s'agit d'un contrôle de l'arbitraire étatique, ce que traduit le renvoi du droit international au droit interne en intégrant au droit international le droit interne, normalement soustrait à tout contrôle international, permettant ainsi son contrôle. C'est ce que souligne l'arrêt *Bozano*, où la Cour a rappelé que « la Convention renvoie pour l'essentiel à la législation nationale et consacre la nécessité d'en appliquer les règles, mais elle exige de surcroît la conformité de toute mesure privative de liberté au but de l'article 5 : protéger l'individu contre l'arbitraire »⁵³, l'article 5 étant la disposition opérant le renvoi au droit interne applicable. Plus explicitement encore, la Cour a d'ailleurs déduit du renvoi du droit international au droit interne l'existence d'un impératif de sécurité juridique imposant la prévisibilité du droit interne applicable⁵⁴. Dans le même sens, l'analyse de la jurisprudence montre que l'application du droit interne par le juge national doit également être contrôlée au regard des principes généraux du droit. Le contrôle de licéité interne des jugements nationaux, en tant que contrôle de l'arbitraire juridictionnel, souligne ainsi que le pouvoir souverain des autorités juridictionnelles nationales, comme tout pouvoir, n'est jamais totalement libre. Cela ressort très nettement de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, qui a rappelé, dans l'arrêt *Kreil*⁵⁵, que la marge de manœuvre des Etats membres, y compris dans l'exercice de leurs compétences nationales, était limitée par les principes généraux du droit, imposant notamment la non-discrimination et la proportionnalité d'une mesure. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs également confirmé cette limite au pouvoir souverain des autorités nationales lorsqu'elle a rappelé, dans l'arrêt *Winterwerp*, que « à la base du membre de phrase [selon les voies légales] se trouve la notion de procédure équitable et adéquate, l'idée que toute mesure privative de liberté doit émaner d'une autorité qualifiée, être exécutée par une telle autorité et ne pas revêtir un caractère

52 Ainsi la Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle rappelé, dans l'affaire *Handyside* qu'il « incombe à la Cour de déterminer, sur la base des divers éléments en sa possession, si les motifs donnés par les autorités nationales pour justifier les mesures concrètes d'"ingérence" qu'elles adoptent sont pertinents et suffisants au regard de l'article 10 par. 2 », arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, A-24, §50-2.

53 Arrêt *Bozano c. Italie*, 18 décembre 1986, A-111, § 54.

54 Arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979, A-33, §42-2.

55 Arrêt *Kreil*, 11 janvier 2000, aff. C-285/98, Rec., p.1-69. Voir également l'arrêt *Rutili c. Ministre de l'Intérieur*, 28 octobre 1975, aff. n°36/75, Rec. 1975, p.1219.

arbitraire »⁵⁶. En effet, à défaut d'être conforme au droit international, le droit interne pour l'interprétation et l'application duquel le juge national dispose d'un pouvoir souverain doit être compatible avec lui. C'est ainsi que la licéité interne d'une décision de justice nationale doit être appréciée au regard de la finalité du droit international comme du droit interne.

Le juge international est en effet amené à contrôler les motifs du jugement national au regard de la finalité du droit interne applicable, afin de déceler un éventuel détournement de pouvoir. C'est ainsi que, dans l'affaire *Bozano*⁵⁷, la Cour a pu constater l'illicéité interne de la mise en œuvre de l'expulsion du requérant, parce que celle-ci poursuivait un but illégitime, soulignant bien la nécessité d'une corrélation entre les motifs de l'acte et la finalité du droit appliqué.

C'est cependant, plutôt que le détournement de pouvoir, une erreur manifeste d'appréciation qui permet de constater l'illicéité interne d'une mesure nationale.

c) ... dans un domaine où le droit n'est pas controversé

La jurisprudence est très claire à cet égard : le contrôle de régularité interne est un contrôle des motifs de l'acte limité à la recherche d'une erreur manifeste d'appréciation dans un domaine dans lequel l'état du droit n'est pas controversé. L'arrêt *Winterwerp* illustre bien cet aspect du contrôle international de la régularité interne d'un acte interne. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme ayant dû, dans un premier temps, contrôler la régularité procédurale de l'internement du requérant, elle a dû l'admettre à défaut de pouvoir constater une erreur manifeste d'appréciation dans un domaine controversé du droit interne⁵⁸. Puis, concernant la légalité de la mesure d'internement, la Cour a admis que « pour priver l'intéressé de sa liberté on doit, sauf en cas d'urgence, avoir établi son "aliénation" de manière

56 Arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979, A-33, §45.

57 Arrêt *Bozano c. Italie*, 18 décembre 1986, A-111, § 54. Dans le même sens, l'arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979, A-33, §42-2.

58 Arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979, A-33, §48-4 : « La Cour constate que la solution adoptée en l'espèce par le tribunal d'arrondissement d'Utrecht découlait de son règlement intérieur, approuvé par un arrêté royal sur avis du *Hoge Raad*. La conformité de ce règlement au code de procédure civile pose en droit néerlandais un problème qui, faute de jurisprudence du *Hoge Raad*, semble prêter encore à controverse. Dans ces conditions, la Cour n'a pas de raisons suffisantes de conclure que le tribunal d'arrondissement d'Utrecht n'a pas agi "selon les voies légales" ».

probante. La nature même de ce qu'il faut démontrer devant l'autorité nationale compétente – un trouble mental réel - appelle une expertise médicale objective. En outre, le trouble doit revêtir un caractère ou une ampleur légitimant l'internement »⁵⁹. Mais la Cour de Strasbourg a cependant refusé de faire droit à la demande du requérant, refusant de se substituer aux tribunaux internes pour apprécier chacune des preuves retenues et se contentant de constater qu'elle n'avait « aucune raison de douter de l'objectivité et de la solidité des preuves médicales sur la base desquelles les tribunaux néerlandais, à partir de juin 1968, ont autorisé l'internement de celui-ci comme aliéné »⁶⁰.

L'absence de controverse est en effet une condition d'existence de l'erreur manifeste d'appréciation, qui ne peut être constatée lorsque le droit est controversé, et donc une condition d'efficacité du contrôle de licéité interne d'une mesure nationale. La Cour européenne des droits de l'homme est allée plus loin, en considérant que l'absence de controverse était une condition de conformité du droit interne au droit international opérant le renvoi. En effet, si le contrôle international de licéité d'un acte interne est conditionné par le renvoi à la loi, encore faut-il entendre la loi au sens du droit international. Or la Cour européenne a précisé qu'il existait un critère de légalité, à savoir la clarté et la prévisibilité suffisante de la loi, c'est-à-dire l'absence de controverse possible quant à son interprétation⁶¹, ce qui ressort clairement de la décision rendue dans l'affaire *Svipsta c. Lettonie*, concernant la mise en détention provisoire, prolongée sans motif suffisant, du requérant, donc constitutive d'une violation de l'a.5 de la Convention. La Cour a en effet profité de cette affaire pour souligner qu'il « est essentiel que les conditions de la privation de liberté en vertu du droit interne soient clairement définies et que la loi elle-même soit prévisible dans son application, de façon à remplir le critère de « légalité » fixé par la Convention. Ce critère exige que toute loi soit suffisamment précise pour permettre au citoyen – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé »⁶².

59 Id §39-5.

60 Id § 42-2.

61 Voir les développements sur ce point, partie 2.

62 Arrêt *Svipsta c. Lettonie*, 9 mars 2006, Rec. 2006-III (extraits), req. n°66820/01, §79-e ; voir aussi l'arrêt *Steel et a. c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998, Rec. 1998-VII, § 54.

Le fondement de ce critère de légalité est clairement le souci de protéger le justiciable de l'arbitraire étatique, finalité du renvoi du droit international au droit interne, ainsi que le montre bien l'arrêt *C.R. c. Royaume-Uni*⁶³, où la Cour avait à s'assurer de la licéité de la condamnation du requérant, sur la base de la réglementation nationale relative au « viol » interprétée largement, de manière à sanctionner une tentative de viol sur épouse légitime, alors que la disposition en cause n'incriminait explicitement que les relations illégitimes avec une personne non consentante. La Cour a ainsi dû vérifier que l'interprétation large de la disposition nationale en cause était compatible avec l'article 7 de la Convention, qui établit le principe de non-rétroactivité des peines. Elle s'est ainsi assurée de l'existence du délit au moment de la commission des faits en contrôlant l'interprétation du droit applicable ainsi que son application aux faits, en recherchant le caractère éventuellement arbitraire de la condamnation, celle-ci ne devant résulter que de l'application sans erreur manifeste d'une règle de droit interne satisfaisant le critère de légalité. La Cour a ainsi pu conclure à l'absence de violation du droit conventionnel, après s'être assurée que, au moment des faits, cette interprétation du droit interne était déjà clairement admise et ne prêtait pas à controverse, permettant valablement au requérant de prévoir les conséquences de ses actes.

Le juge international peut donc contrôler l'application du droit interne par le juge interne dès lors que le droit international fait de la régularité interne d'un acte interne une condition de la licéité internationale de la conduite étatique. Il s'agira alors pour le juge international d'opérer un contrôle restreint de la licéité internationale indirecte de cette mesure nationale. Or, comme nous allons le voir maintenant, l'analyse du contrôle international du jugement manifestement injuste montre qu'il s'agit d'un contrôle restreint de régularité interne, ce dont on doit donc logiquement déduire que le jugement manifestement injuste est une « mauvaise » application du droit interne auquel renvoie une disposition internationale.

63 Arrêt *C.R. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, A-335 C.

**B) *Le jugement manifestement injuste,
objet d'un contrôle restreint de régularité interne
au titre du droit international***

C'est la définition du jugement manifestement injuste comme unique exception au principe d'irresponsabilité de l'Etat pour mal-jugé (1) qui nous permet de préciser ce qu'il faut entendre par « mauvaise » application du droit interne par le juge interne. En effet, le jugement manifestement injuste est un jugement manifestement erroné, que le juge international peut constater en effectuant un contrôle restreint de sa régularité interne (2).

**1) *La responsabilité internationale exceptionnelle
pour jugement manifestement injuste***

Pour une partie de la doctrine⁶⁴, si le juge international est effectivement compétent pour contrôler la régularité interne des décisions de justice nationales, ce contrôle ne saurait s'appliquer aux décisions souveraines du juge interne, le jugement manifestement injuste n'engageant pas la responsabilité internationale de l'Etat, et ce au même titre que le mal-jugé, dont il ne doit pas être distingué. C'est ainsi que pour Tenekidès, « la qualification d'un acte ne saurait dépendre que de sa nature et non pas de l'appréciation quantitative d'un facteur matériel. À quel élément d'ailleurs s'attacher pour la graduation de l'injustice au point d'en faire une injustice manifeste ? Faute d'orientation objective possible pour le juge international, ce serait introduire dans la justice qu'il est appelé à rendre un élément d'arbitraire et d'anarchie, admettre *a priori* le contrôle et la révision des jugements nationaux intéressant un étranger par le juge international, et faire de ce juge un juge d'appel [...] »⁶⁵.

64 TENEKIDES (C.), « Les jugements nationaux « manifestement injustes » envisagés comme source de la responsabilité internationale des Etats », *R.G.D.I.P.*, 1939, vol.46 ; DUMAS (J.), « Du déni de justice considéré comme condition de la responsabilité internationale des Etats en matière criminelle », *R.D.I.L.C.*, 1929, p. 295 ; DURAND (C.), « La responsabilité internationale des Etats pour déni de justice », *R.G.D.I.P.*, 1931, p.736.

65 TENEKIDES (C.), « Les jugements nationaux « manifestement injustes » envisagés comme source de la responsabilité internationale des Etats », *R.G.D.I.P.*, 1939, vol.46, p.383.

L'analyse de la jurisprudence montre cependant que le jugement manifestement injuste doit être opposé au mal-jugé, ce qui nous amène à étudier le principe d'irresponsabilité de l'Etat pour mal-jugé (a) et son unique exception (b).

a) *Le principe d'irresponsabilité internationale de l'Etat pour « mal-jugé »*

Champ d'application du principe d'irresponsabilité pour mal-jugé. - Toute décision judiciaire irrégulière au regard du seul droit interne, c'est-à-dire tout jugement erroné fruit d'une simple erreur d'interprétation ou d'application du droit interne aux faits de l'espèce⁶⁶, ne permet normalement pas d'engager la responsabilité internationale de l'Etat, le principe unanime en la matière étant l'irresponsabilité de l'Etat pour mal-jugé. La jurisprudence est très claire à cet égard, ainsi que le souligne la sentence rendue dans l'affaire *Yuille, Shortridge et co*⁶⁷, rejetant la responsabilité du Portugal pour le jugement erroné rendu par la Cour d'appel de Lisbonne le 15 novembre 1840 au motif que celle-ci avait « statué en basant son arrêt sur des principes de droit, encore qu'elle les ait mal appliqués aux faits », en se référant à Vattel pour qui « c'est à la nation ou à son souverain de rendre la justice dans tous les lieux de son obéissance [...] Les autres nations doivent respecter ce droit. Et comme l'administration de la justice exige nécessairement que toute sentence définitive, prononcée régulièrement, soit tenue pour juste et exécutée comme telle, dès qu'une cause dans laquelle des étrangers se trouvent intéressés a été jugée dans les formes, le souverain de ces plaideurs ne peut écouter leurs plaintes. Entreprendre d'examiner la justice d'une sentence définitive, c'est attaquer la juridiction de celui qui l'a rendue »⁶⁸.

Cette décision souligne bien le champ d'application de ce principe d'irresponsabilité, qui ne vaut que pour les décisions relevant du pouvoir souverain d'interprétation et d'application du droit interne dont disposent les autorités

66 L'erreur de jugement est à distinguer de l'erreur judiciaire, que révèlent des éléments nouveaux permettant de juger l'affaire différemment, bien qu'alors il ne s'agisse pas à proprement parler d'erreur.

67 Affaire *Yuille, Shortridge et co.*, Royaume-Uni c. Portugal, 21 octobre 1861, La Fontaine, *Pasicrisie*, 1902, p.383 et s. Voir également l'affaire *Zamora* : « Quand toute liberté est laissée aux juges et qu'ils rendent leur sentence conformément à leur conscience, même s'ils se trompent, il n'y a pas lieu à représailles ».

68 VATTEL (E.de), *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, texte de 1758, Washington, Carnegie, 1916, Livre II, Chap. XVII, §84.

juridictionnelles de l'Etat : c'est en effet le sens de cette réserve dans l'énoncé du principe, qui ne s'applique que « quand toute liberté est laissée aux juges » en la matière, c'est-à-dire quand le droit interne applicable n'est pas une mesure d'application du droit international.

Fondement du principe d'irresponsabilité pour mal jugé. - On comprend dès lors que le principe d'irresponsabilité internationale de l'Etat pour mal-jugé trouve son fondement dans le respect dû aux décisions de l'État souverain qui, par ailleurs, « ne saurait se porter garant d'une justice idéale »⁶⁹. En effet, dans l'exercice de son pouvoir juridictionnel, l'Etat n'est tenu qu'à faire en sorte d'assurer à ses justiciables une bonne administration de la justice interne, c'est-à-dire à se conformer au standard international minimum en la matière⁷⁰, et non pas garantir l'interprétation et l'application exactes, sans erreur, du droit interne.

Selon le dictionnaire de la terminologie du droit international, le terme « standard international » désigne le comportement moyen des Etats civilisés par référence auquel on apprécie la correction du comportement d'un Etat en la matière considérée. Le standard international est donc un critère de licéité du comportement de l'État dans l'exécution de ses obligations internationales de faire, lesquelles ne sont généralement que des obligations proches des obligations de moyen au sens civiliste du terme, c'est-à-dire des obligations de faire en sorte qu'un tel résultat ait des chances raisonnables d'être atteint par la mise en oeuvre des moyens nécessaires : l'appréciation de la conformité du comportement de l'État au standard international résultera donc de l'appréciation de l'exercice normal, diligent, de bonne foi, de leur fonction par des autorités nationales compétentes, c'est-à-dire dans la mise en oeuvre de ces moyens.

Le standard international varie en fonction de la matière considérée, mais il est un principe bien établi selon lequel l'État doit au moins assurer une organisation interne, et le fonctionnement de celle-ci, conforme à un standard international dit minimum, afin de ne pas vider ses obligations internationales de leur sens. Ce standard international minimum permet donc notamment d'évaluer le comportement

69 HOIJER (O.), « La responsabilité internationale des Etats en matière d'actes judiciaires », *R.D.I.*, 1930, vol.5, p.115-146.

70 Nous le reverrons plus en détail dans la troisième section de ce chapitre.

discrétionnaire des Etats exerçant leurs fonctions régaliennes, domaine dans lequel seule est garantie une protection résiduelle des étrangers. C'est ainsi que l'État est, par exemple, tenu d'assurer une certaine protection judiciaire aux étrangers résidant sur son territoire, protection liée à l'organisation de l'appareil judiciaire étatique conformément aux principes généraux de droit international en matière de justice, et à son fonctionnement conforme au standard international minimum, qui implique la bonne foi, la compétence et la diligence des autorités juridictionnelles nationales. C'est bien le sens de ces paroles du juge Huber dans l'affaire de la *Zone espagnole du Maroc* : « [...]L'existence de] restrictions aux droits des Etats d'intervenir pour protéger leurs ressortissants présuppose que la sécurité générale dans les pays de résidence de ceux-ci ne tombe pas au-dessous d'un certain niveau, et qu'au moins leur protection par la justice ne devienne pas purement illusoire. [...] Le principe de la non-intervention dans les rapports entre un État et les étrangers établis sur son territoire présuppose [...] des conditions normales d'administration et de justice [...] ».

Définition du mal-jugé. - Ceci nous amène donc à définir le mal jugé comme un jugement simplement erroné, donc excusable car conforme au standard international minimum, qui n'engage pas la responsabilité internationale de l'État parce qu'il ne saurait être considéré autrement que comme l'un des risques du fonctionnement des institutions publiques, et ne saurait donc remettre en cause la présomption de conformité de l'appareil judiciaire interne et de son fonctionnement au droit international, contrairement au jugement manifestement injuste⁷¹.

En effet, l'État et ses organes sont présumés se comporter conformément au standard international minimum, ou standard de normalité, y compris dans l'exercice d'un pouvoir souverain, qui sera par conséquent lui aussi présumé conforme au droit international jusqu'à preuve du contraire. Dans l'affaire *Putnam*, la Commission déclarait ainsi que : *“The Commission, following well established international precedents, has already asserted the respect that is due to the decisions of the highest courts of a civilized country. A question which has been passed on in courts of*

71 Le mal-jugé a parfois été défini comme un jugement résultant d'une erreur commise de bonne foi, la bonne foi de l'État l'exonérant de toute responsabilité à cet égard, mais cette conception restrictive du mal-jugé, et corollairement du jugement manifestement injuste, doit être écartée, la mauvaise foi n'étant pas une condition d'existence du déni de justice substantiel. Voir la partie 2.

*different jurisdiction by the local judges, subject to protective proceedings, must be presumed to have been fairly determined*⁷².

L'erreur de jugement, tant qu'elle n'est pas anormale, est donc présumée compatible avec le droit international et donc insusceptible de mettre en jeu la responsabilité internationale de l'Etat. Le mal-jugé résulte ainsi d'une simple erreur dans l'interprétation ou l'application du droit interne, erreur que tout juge puisse commettre : en effet, si un Etat ne peut se porter garant d'une justice idéale, c'est bien parce que la justice est tributaire du juge, et que le juge est un homme, donc faillible, susceptible de se tromper dans l'opération intellectuelle d'interprétation et d'application du droit.

Cette erreur simple se définit par opposition à l'erreur anormale ou inexcusable qui permettra, elle, d'engager la responsabilité internationale de l'Etat. En effet, l'erreur simple se définit *a contrario*, car il n'est pas besoin de définir ce qui est normal. C'est donc à la définition de l'erreur inexcusable qu'il faut maintenant nous attacher.

*b) Le « jugement manifestement injuste »,
exception au principe d'irresponsabilité internationale de l'Etat
pour mal-jugé*

Le jugement manifestement injuste, fruit d'une erreur inexcusable. - La responsabilité internationale de l'Etat pour décision irrégulière au regard du droit interne ne peut être mise en cause qu'exceptionnellement, lorsque l'erreur est inexcusable. Si cette exception n'est pas aussi clairement établie que le principe lui-même, ainsi que l'atteste la doctrine⁷³, l'analyse de la jurisprudence⁷⁴ permet

72 Affaire *Putnam*, Etats-Unis c. Mexique, 15 avril 1927, *R.S.A.*, vol.IV, p.151-155.

73 Pro : VATTEL (E.de), *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, texte de 1758, Washington, Carnegie, 1916, Livre II, Chap. XVIII, p.536 ; HOIJER (O.), « La responsabilité internationale des Etats en matière d'actes judiciaires », *R.D.I.*, 1930, vol.5, p.119-120 ; ANZILOTTI (D.), « La responsabilité des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers », *R.G.D.I.P.*, 1906, vol. 13, p.25 ; EUSTATHIADES (C.), *La responsabilité des Etats pour les actes des organes judiciaires et le problème du déni de justice en droit international*, 2 vol., Paris, Pedone, 1936, p.205 et s. Contra : BORCHARD (E.), *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New-York, The Banks Law Publishing Co, 1927, 988 p ; TENEKIDES (C.), « Les jugements nationaux « manifestement injustes » envisagés comme source de la responsabilité internationale des Etats », *R.G.D.I.P.*, 1939, vol.46 ; DUMAS (J.), « Du déni de justice considéré comme condition de la responsabilité internationale des Etats

cependant nettement de distinguer entre l'erreur simple et l'erreur inexcusable de jugement. En effet, l'erreur, pour être inexcusable, doit être manifeste, au sens d'évident, non équivoque, qui se révèle d'elle-même de manière très visible⁷⁵, ainsi qu'il ressort des différentes qualifications qui ont pu être attribuées à l'erreur de jugement constituant un déni de justice substantiel, comme erreur grossière, flagrante, notoire, manifeste, évidente et palpable⁷⁶. C'est donc une erreur sur l'existence de laquelle on ne puisse avoir de doute qui se trouve à l'origine de la responsabilité internationale de l'Etat pour les décisions de justice nationales. Dans l'affaire *Putnam*, la Commission déclarait ainsi que : *“Only a clear and notorious injustice, visible to put it thus at a mere glance could furnish ground for an international arbitral tribunal, of the character of the present, to put aside a national decision presented before it and to scrutinize its grounds of fact and law”*⁷⁷. Dans ces cas en effet, l'erreur ne peut plus être justifiée par l'imperfection humaine: il ne s'agit plus d'une conséquence de la faillibilité du juge mais du résultat de sa mauvaise foi ou d'un défaut de compétence technique grave, ce qui ne saurait être considéré comme compatible avec le standard international minimum. C'est ainsi que Charles De Visscher a pu admettre l'existence du déni de justice substantiel, « dans les cas évidemment exceptionnels où la défaillance des juges atteint un degré tel que l'on ne puisse plus expliquer la sentence rendue par aucune considération de fait ou par aucune raison de droit valable »⁷⁸.

en matière criminelle », *R.D.I.L.C.*, 1929, p. 277-307 ; DURAND (C.), « La responsabilité internationale des Etats pour déni de justice », *R.G.D.I.P.*, 1931, p.694.

74 Voir l'affaire *Cotesworth et Powell*, Colombie c. Royaume-Uni, 5 novembre 1875, Moore, *Arbitrations*, p.2050-2085 ; voir aussi l'affaire du *Schooner Orient*, Moore, *Arbitrations*, vol.3 ; affaire *Fabiani*, Moore, *Arbitrations*, p.4878-4915 ; Affaire *Putnam*, Etats-Unis d'Amérique c. Mexique, 15 avril 1927, *R.S.A.*, vol.IV, p.151-155

75 Pour qu'il y ait déni de justice, il faut, dit Vattel (liv. II, chap. XVIII, § 350), « que l'injustice soit bien évidente et palpable ; dans tous les cas susceptibles de doute, un souverain ne doit pas écouter les plaintes de ses sujets contre un tribunal étranger, ni entreprendre de les soustraire à l'effet d'une sentence rendue dans les formes ».

76 Même conception en droit interne, voir le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : il s'agit d'une erreur portant sur l'appréciation des motifs, qui n'entraîne l'annulation que si elle est grossière. En droit anglais également, une décision irrationnelle justifie le contrôle judiciaire d'un acte de l'administration bénéficiant d'une immunité juridictionnelle, or elle se définit comme « une décision qui défie de manière si flagrante la logique ou les principes moraux communément admis que nulle personne sensée n'aurait pu la prendre après avoir réfléchi au problème », étant encore précisé que ce contrôle s'impose « si, de toute évidence, consciemment ou non, cette autorité agit de façon aberrante », voir l'arrêt *Fayed c. Royaume-Uni*, 21 septembre 1994, A-294B, §44 et 45.

77 Affaire *Putnam*, Etats-Unis c. Mexique, 15 avril 1927, *RSA*, vol.IV, p.151-155.

78 DE VISSCHER (C.). « Le déni de justice en droit international », *R.C.A.D.I.*, 1935-2, p.404.

L'assimilation entre mal-jugé et jugement manifestement injuste au regard de la responsabilité internationale de l'Etat pour ses décisions de justice nationales doit ainsi être écartée, car la distinction ne résulte pas d'une graduation subjective de l'injustice résultant de l'application erronée du droit interne, mais de la nature de l'erreur au regard du standard international minimum. L'erreur en cause en cas de jugement manifestement injuste entraînant le renversement de la présomption de bonne administration de la justice favorable aux Etats, le critère de distinction entre mal-jugé et jugement manifestement injuste est bien le standard international minimum.

Le renversement de la présomption de bonne administration de la justice. - Le jugement manifestement injuste peut en effet engager la responsabilité internationale de l'Etat parce que caractérisé par une erreur dont le caractère illicite n'est effacé par aucune cause justificative, et qui opère donc un renversement de la présomption de bonne administration de la justice. En effet, la présomption de conformité du comportement de l'Etat au standard international minimum est bien une présomption simple qui peut être renversée par l'établissement de l'existence d'une erreur inexcusable, contrairement à la position minoritaire de certains juristes, concernant l'existence d'un principe absolu d'irresponsabilité internationale de l'Etat pour jugement irrégulier au regard du droit interne. Ainsi Guerrero considérerait-il que les nationaux et les étrangers devaient être soumis au même régime à l'égard des erreurs judiciaires quelles qu'elles soient car « les décisions [des] tribunaux doivent toujours être considérées comme conformes au droit. Le juge, et seulement le juge local, a le pouvoir d'interpréter le droit. Quand bien même il se tromperait, son jugement doit être respecté. Ainsi l'exigeraient la dignité de la justice et le caractère de l'Etat moderne ». Cette position minoritaire souligne cependant bien la conception rigoureuse de l'erreur inexcusable constitutive du jugement manifestement injuste, laquelle se justifie pour deux raisons. D'abord, si la présomption légale, irréfragable dans l'ordre interne, selon laquelle *res judicata pro veritate accipitur*, est sans pertinence dans l'ordre international, il faut cependant tenir compte de la finalité de cette fiction juridique, qui vise à protéger la stabilité de l'ordre public interne. C'est pourquoi, si le jugement manifestement injuste ne peut être considéré comme l'un des risques du fonctionnement des institutions publiques « qui, dans l'ordre international

comme dans l'ordre interne, est couvert par l'autorité de la chose jugée »⁷⁹, le juge international devra cependant mettre en balance, lors du contrôle du jugement manifestement injuste, l'impératif international de justice et de protection des droits du justiciable avec l'intérêt de l'ordre public et donc la préservation de l'autorité des décisions de justice suprême. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que la présomption de conformité au standard international minimum se justifie particulièrement dès lors que le principe d'irresponsabilité pour mal-jugé intervient dans un domaine de compétence où l'Etat exerce son pouvoir souverain. En effet, l'Etat est alors libre d'apprécier l'opportunité des décisions, qu'il appartient d'autant plus aux juges internationaux de respecter que, d'une part, l'opération de jugement est une opération subjective difficile à contrôler et que, d'autre part, les juges internes sont les mieux placés pour apprécier les éléments du problème à prendre en compte pour choisir l'interprétation la plus adaptée à l'espèce. En effet, le respect de l'interprétation souveraine du droit comme des faits est d'autant plus nécessaire, et impose par conséquent d'autant plus de retenue de la part des juridictions internationales, que ce choix doit résulter de considérations portant notamment sur des valeurs sociales, que le juge national est mieux à même d'apprécier que le juge international. La Cour européenne des droits de l'homme le rappelle d'ailleurs souvent, lorsqu'elle doit contrôler l'application des dispositions nationales auxquelles la Convention renvoie, en précisant que cet avantage des juges nationaux repose sur « une connaissance directe de leur société et de ses besoins »⁸⁰, ou encore sur « leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays »⁸¹. C'est en effet un autre principe bien établi selon lequel « c'est fondamentalement aux tribunaux et aux autorités de l'Etat [...] qu'il appartient d'interpréter la législation nationale »⁸², impliquant corollairement qu'il n'appartient dès lors pas aux juridictions internationales de se substituer à eux en révisant leurs jugements, ainsi qu'un tribunal arbitral a pu clairement l'établir à l'occasion de l'affaire *Turner*⁸³.

79 SCHELLE (G.), *Précis de droit des gens*, T.2, Paris, Rec. Sirey, 1934, p.95.

80 Voir l'arrêt *James et a. c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, A-98, §46.

81 Voir l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, A-24, §48.

82 Décision du Comité des Droits de l'homme des Nations Unies (CDHNU) concernant la communication n°698/1996, *Gonzalo Bonelo Sánchez c. Espagne*, 29 juillet 1997, §4.2. Voir aussi la décision du Comité concernant la communication n°58/1979, *Anna Maroufidou c. Suède*, §10-1.

83 Affaire *Turner*, Etats-Unis d'Amérique c. Mexique, 23 juillet 1927, *R.S.A.*, vol.IV, p.278-282.

Ce dernier principe s'applique quelles que soient les dispositions de droit interne mises en œuvre par le jugement faisant l'objet du contrôle international de licéité, tant internationale qu'interne. C'est ce que confirme régulièrement la Cour européenne des droits de l'homme, pour qui « il incombe au premier chef aux autorités nationales, notamment aux tribunaux, d'interpréter et appliquer le droit interne, *même* dans les domaines où la Convention s'en "approprie" les normes [car] par la force des choses, elles sont spécialement qualifiées pour trancher les questions surgissant à cet égard »⁸⁴. Mais, c'est bien dans le cadre du contrôle de régularité interne des décisions relevant du pouvoir souverain des autorités juridictionnelles étatiques que ce principe s'exprime avec le plus de pertinence, justifiant l'irresponsabilité internationale de ce dernier en cas de mal jugé, ainsi qu'il faut comprendre la décision de la commission arbitrale rendue dans l'affaire *Chattin*, selon laquelle : « *However unsatisfactory this appears, it is not for this Commission to assume that a technical point of Mexican law has been misinterpreted by two Courts* »⁸⁵.

Le fait que seule l'erreur manifeste de jugement permette la mise en cause d'une décision ayant force de chose jugée confirme bien que le champ d'application du principe d'irresponsabilité de l'État pour mal-jugé, et donc celui de son exception, est bien l'exercice d'un pouvoir souverain qui, conformément à ce que nous avons vu précédemment, ne peut que faire l'objet d'un contrôle restreint visant à détecter d'éventuelles erreurs manifestes d'appréciation.

2) *Etendue du contrôle du jugement manifestement injuste*

Le jugement manifestement injuste est le fruit d'une erreur manifeste d'appréciation. Or celle-ci révèle l'existence d'un contrôle restreint. Le jugement manifestement injuste est donc l'objet d'un contrôle restreint. C'est ce que l'analyse de la jurisprudence confirme, l'existence d'un déni de justice substantiel ne pouvant être constatée que dans le cas où le droit interne « mal » appliqué n'est pas controversé. En effet, le contrôle du jugement manifestement injuste ne doit porter que sur l'existence d'une erreur dans l'établissement matériel des faits ou

84 Arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979, A-33, § 46; voir aussi l'arrêt *Luberti c. Italie*, 23 février 1984, A-75, §27.

85 Affaire *Chattin*, Etats-Unis d'Amérique c. Mexique, 23 juillet 1927, R.S.A., vol.II, p.283, §5.

l'interprétation et l'application d'une règle de droit interne non controversée⁸⁶. Ainsi, dans l'affaire *Martini*⁸⁷, concernant la résiliation d'un contrat de concession par le Venezuela pour cause de non-exécution par la société Martini de ses obligations contractuelles, le tribunal arbitral a-t-il rendu sa décision en précisant que le litige soulevait des questions d'interprétation du contrat de concession sur la base du droit vénézuélien et que « pour que l'interprétation appliquée par la Cour de Caracas puisse être caractérisée comme manifestement injuste, il [fallait] que des arguments d'une valeur incontestable soient présentés à l'appui de telle opinion », et que en l'espèce, il n'avait pas été prouvé que l'interprétation du droit en cause « fût erronée [et] encore moins qu'elle fût manifestement injuste », parce que le droit interne applicable était controversé, la disposition concernant notamment l'obligation du concessionnaire de payer le loyer pendant la période envisagée pouvant « facilement, dans quelque pays que ce soit, donner lieu à des interprétations différentes, en l'absence, soit de dispositions législatives ou contractuelles précises et détaillées, soit d'une jurisprudence bien établie ». Cette limite au champ d'application du contrôle international de régularité interne des décisions de justice nationale se justifie parce que le doute doit toujours être favorable à l'État, ainsi que Grotius l'avait déjà souligné⁸⁸.

Le contrôle du jugement manifestement injuste est donc caractéristique du contrôle de régularité interne exercé par le juge international lorsque le droit international renvoie au droit interne pour l'interprétation et l'application duquel les autorités de justice nationales disposent d'un pouvoir souverain.

La définition minimale du déni de justice substantiel comme résultat de la mauvaise application manifeste du droit interne par les juridictions nationales, provisoirement adoptée, peut ainsi être précisée. Le déni de justice substantiel ne concerne que les jugements nationaux ayant manifestement mal appliqué le droit interne et non le droit international, bien que ces jugements ne contribuent à l'illicéité internationale que dans la mesure où le droit international renvoie au droit interne. Ainsi le déni de justice est-il un unique fait internationalement illicite, découlant de

⁸⁶ La question sera abordée plus en détails dans la partie 2.

⁸⁷ Affaire *Martini c. Venezuela*, Italie c. Venezuela, 3 mai 1930, *R.S.A.*, vol.II, p.975-1008.

⁸⁸ Voir les développements ultérieurs, partie 2, chapitre 2, section 1.

toute mauvaise application manifeste du droit interne auquel renvoie le droit international indépendamment d'une mauvaise application distincte du droit international.

Reste alors à définir quelle est l'obligation internationale opérant un renvoi vers le droit interne pour l'interprétation et l'application duquel les autorités de justice nationales disposent d'un pouvoir souverain, et plus généralement quelle est l'obligation internationale primaire violée par le déni de justice substantiel. Deux propositions ont été avancées, que nous envisagerons successivement : soit l'obligation de bonne foi, soit l'obligation de protection judiciaire des étrangers.

Section 2

Détermination de l'obligation primaire violée :

(1) l'obligation de bonne foi

Il ressort d'une doctrine, assez minoritaire⁸⁹ bien que relayée par quelques décisions juridictionnelles internationales⁹⁰, que l'obligation de bonne foi est le seul titre de contrôle possible d'un jugement national. Plusieurs raisons ont été avancées à cela. D'abord, seule l'obligation de bonne foi pourrait être violée par l'opération subjective de jugement. Ensuite, ce serait parce que le jugement manifestement injuste résulte d'une « erreur » commise de mauvaise foi que la responsabilité internationale de l'État pourrait être engagée par un tel jugement, à la différence du mal-jugé résultant d'une erreur commise de bonne foi, la bonne foi de l'État l'exonérant de toute responsabilité à cet égard⁹¹. Et c'est d'ailleurs en raison de l'imputabilité de la seule mauvaise foi des organes supérieurs de l'État à ce dernier que le jugement manifestement injuste ne peut être qu'un jugement définitif dans l'ordre interne. Enfin, et surtout, l'obligation de bonne foi a été avancée comme titre de responsabilité par défaut, cette proposition tenant essentiellement au fait que l'obligation de protection judiciaire ne saurait être le fondement de la responsabilité internationale pour jugement manifestement injuste.

L'étude de la bonne foi en droit international nous amène d'une part à écarter l'obligation de bonne foi comme titre de la responsabilité internationale de l'État pour

89 Voir notamment ANZILOTTI (D.), « La responsabilité des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers », *R.G.D.I.P.*, 1906, vol. 13, p.5-29. Voir aussi TAMBURINI (M.), *Trattamento degli stranieri e buona fede nel diritto internazionale generale*, Padova, 1984, p.34 et s.

90 La Commission arbitrale jugeant l'affaire *Chattin* s'est fait l'écho de cette doctrine en énonçant que : "*intentional severity of the punishment is proven, without it's being shown that the explanation is to be found in unfairmindedness of the judge*", affaire *Chattin*, Etats-Unis d'Amérique c. Mexique, 23 juillet 1927, *R.S.A.*, vol.II, p.282-312.

91 Voir DE VISSCHER (C.). « Le déni de justice en droit international », *R.C.A.D.I.*, 1935-2, p. 382.

déni de justice substantiel, même si le principe de bonne foi est effectivement à l'origine de l'interdiction du déni de justice substantiel, tout en nous permettant cependant de préciser d'autre part la définition du jugement manifestement injuste. En effet, nous verrons que la bonne foi ne concerne le déni de justice substantiel qu'en tant que critère de licéité internationale du comportement des autorités juridictionnelles nationales exerçant un pouvoir internationalement discrétionnaire. C'est donc comme préambule nécessaire à la définition du jugement manifestement injuste comme exercice arbitraire du pouvoir internationalement discrétionnaire des autorités juridictionnelles de l'Etat (§2) que nous aborderons succinctement la notion de bonne foi en droit international, en distinguant l'obligation de bonne foi de l'interdiction d'exercer arbitrairement un pouvoir discrétionnaire (§1).

§1 - Obligation de bonne foi et interdiction d'exercer arbitrairement un pouvoir discrétionnaire

Son étude montre que la bonne foi concerne le déni de justice substantiel non pas en tant qu'absence de mauvaise foi, laquelle n'est pas l'objet d'une obligation internationale, mais en tant que critère de licéité du comportement des Etats, et plus particulièrement des organes étatiques exerçant un pouvoir discrétionnaire.

A) Définition de la bonne foi en droit international

Ainsi que le remarquait S. Jovanovic, « la bonne foi est une notion profondément équivoque et ambiguë. L'incertitude concerne sa signification et, surtout, ses effets »⁹². Il nous faudra donc à la fois définir la bonne foi, c'est-à-dire en déterminer la ou les significations, et en préciser les effets, c'est-à-dire cerner la bonne foi comme objet d'obligation internationale. Or la notion de bonne foi, au même titre que celle de justice ou d'équité, est une notion polysémique, les différents sens de la notion se recoupant souvent les uns et les autres au point qu'il soit

92 JOVANOVIC (S.), *Restriction des compétences discrétionnaires des Etats en droit international*, Paris, Pedone, 1988, p.202.

impossible d'en dégager une présentation claire et unanime, ainsi que la doctrine le révèle. Nous ne le tenterons donc pas, l'objet de notre étude n'étant pas la notion de bonne foi en tant que telle mais celle de déni de justice substantiel, la définition de la bonne foi ne nous intéressant ici qu'en vue d'écarter une proposition concernant le fondement de la responsabilité internationale de l'Etat pour ce fait internationalement illicite. C'est pourquoi nous nous contenterons de résumer les réflexions que d'autres ont menées sur la question, de manière très exhaustive et intéressante. Nous distinguerons ainsi, conformément à la triple définition de la bonne foi retenue par le professeur Kolb⁹³, *la bonne foi subjective* (1), de *la bonne foi objective* (2) et *semi-objective* (3).

1) *La bonne foi subjective*

La bonne foi subjective correspond à un état psychologique attribuable à un sujet de droit, lequel présente deux aspects différents sinon contraires.

a) *La bonne foi, croyance rendant l'erreur excusable*

La bonne foi subjective correspond d'une part à une « croyance erronée »⁹⁴ mais légitime, ce qui rend donc l'erreur excusable. Ce type de bonne foi est souvent une condition de mise en œuvre de réglementations juridiques d'exception visant à protéger les sujets de droit ayant accompli, dans l'ignorance de certains faits, des actes juridiques devant normalement avoir des conséquences défavorables pour leurs auteurs. Dans ce sens, la bonne foi correspond à un fait à prendre en compte pour l'application de ces normes d'exception : il n'existe ainsi pas d'obligation, ou d'interdiction, d'être de bonne foi, c'est-à-dire dans l'erreur légitime.

Le professeur Zoller s'est en particulier attachée à l'étude de ce type de bonne foi⁹⁵, montrant d'ailleurs qu'il n'est guère présent en droit international. En effet, il

93 KOLB (R.), *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, P.U.F., 2001.

94 ZOLLER (E.), *La bonne foi en droit international public*, 1977, Paris, Pedone, p.7.

95 Voir aussi CAVARE (L.), *La notion de bonne foi et quelques-unes de ses applications en droit international public*, Cours de l'I.H.E.I., Paris, 1963-1964.

est clairement établi que la bonne foi subjective n'est pas une circonstance exonératoire de responsabilité, sauf dans les cas particuliers où elle peut être apparentée au cas fortuit⁹⁶. Une jurisprudence abondante illustre ce principe. Est ainsi engagée la responsabilité d'un Etat pour la saisie, même de bonne foi, d'armes à bord d'un navire étranger n'ayant enfreint aucune règle⁹⁷. C'est pourtant bien à ce type de bonne foi que renvoie la notion de mal-jugé, l'irresponsabilité de l'Etat pour une décision de justice simplement erronée résultant de ce type de bonne foi même si, en définitive, le principe d'irresponsabilité repose sur une présomption de bonne foi subjective comme absence de mauvaise foi.

b) La bonne foi comme absence de mauvaise foi

La bonne foi subjective correspond également à l'absence d'intention malveillante, de tromperie ou de déloyauté. On retrouve la bonne foi ainsi conçue dans la présomption de bonne foi, qui renverse le fardeau de la preuve en imposant à celui qui allègue l'absence de bonne foi d'un sujet de droit de démontrer la mauvaise foi de ce dernier. A cette présomption de bonne foi doit ainsi être préférée la présomption d'absence de mauvaise foi, fait à prendre en considération lors de l'évaluation de la licéité des comportements des sujets de droit, en cas de discrimination par exemple. Cette présomption est unanimement admise en droit international, ainsi que l'illustre l'affaire du *Lac Lanoux*, où le tribunal a pu affirmer qu' « il est un principe général de droit bien établi selon lequel la mauvaise foi ne se présume pas »⁹⁸.

Si la mauvaise foi est une notion justiciable, puisqu'il est possible de conclure à la mauvaise foi d'un sujet de droit en présence de circonstances nettement probantes⁹⁹, la censure du comportement illicite d'un sujet de droit « de mauvaise foi » se place cependant plus généralement sur un autre terrain, car, ainsi que

96 *A.C.D.I.* 1979-II-1, p51 et p.64 et s.

97 Par exemple, *Affaire Propriétaires du Jessie, du Thomas F. Bayard et du Pescawha*, Royaume-Uni c. Etats-Unis d'Amérique, 2 décembre 1921, *R.S.A.*, vol.VI, p.59 : "It is unquestionable that the United States naval authorities acted bona fide, but though their bona fides might be invoked by the officers in explanation of their conduct to their own Government, its effect is merely to show that their conduct constituted an error in judgment [...]".

98 *Affaire du Lac Lanoux*, France c. Espagne, 16 novembre 1957, *R.S.A.*, vol.XII, p.305.

99 Voir notamment l'affaire *Tacna-Arica*, Chili c. Pérou, 4 mars 1925, *R.S.A.*, vol. II, p.930.

Yasseen¹⁰⁰ l'a justement fait remarquer, « ce qui intéresse le droit n'est pas tellement la bonne foi en tant qu'attitude psychologique du sujet que le comportement objectif qui en est le résultat », ce qui amène à préférer, au sens subjectif de la bonne foi, son sens objectif.

2) *La bonne foi objective*

La bonne foi correspond à la conformité aux attentes légitimes que les sujets de droit international sont en droit d'avoir lorsqu'ils développent des rapports juridiques entre eux, soit que ces attentes découlent des actes du cocontractant en particulier, soit qu'elles découlent de la finalité visée par une règle de droit ou l'exercice d'un pouvoir en général¹⁰¹. La bonne foi, dans ce sens, est prépondérante, étant donné que la confiance joue un rôle primordial dans un système de rapports juridiques. C'est pourquoi la bonne foi objective a fait l'objet d'une réglementation internationale¹⁰², le principe de bonne foi obligeant les sujets de droit à agir de bonne foi, conformément aux attentes individuelles ou collectives des autres sujets, et leur interdisant d'agir dans un sens différent et de tirer parti de tel comportement. Ainsi la Cour internationale de Justice rappelle-t-elle régulièrement¹⁰³ que « l'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi ». C'est donc le comportement de bonne foi auquel sont attachées différentes conséquences qu'il importe d'apprécier objectivement. La bonne foi subjective relèverait ainsi d'une question de pur fait permettant, ou non, de conclure à l'existence de la bonne foi objective. En effet, la bonne foi « s'extériorise et se révèle par des indices qui peuvent être appréciés d'après

100 YASSEEN (M. K.), « L'Interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *R.C.A.D.I.*, 1978-III, p.21.

101 Voir les développements précédents sur la théorie des compétences fonctionnelles en droit international public, partie 1, chapitre 2.

102 Affaire de *Essais nucléaires*, Australie c. France, 20 décembre 1974, *Rec.* 1974, §46 : « L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi ». *Dictum* cependant précisé dans l'affaire *Actions armées frontalières et Transfrontalières*, Nicaragua c. Honduras (compétence et recevabilité), *Rec.* 1988, p. 105, par. 94: « [le principe de la bonne foi] n'est pas en soi une source d'obligation quand il n'en existerait pas autrement ».

103 Affaire relative aux *Essais nucléaires*, *Rec.* 1974, p.268. Voir aussi l'affaire relative aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *Rec.* 1984, p.418.

certain standards juridiques »¹⁰⁴, ce qui s'explique, ainsi que le remarquait R. Kolb¹⁰⁵, par le fait que « dans une perspective historique, nombre de principes généraux dont la bonne foi, sont issus de standards juridiques particulièrement aptes à capter des besoins de réglementation dans des relations humaines marquées par la permanence et la typicité de certains problèmes. Le principe contient du standard mais le transcende en même temps, puisqu'il est un standard devenu normatif », et pourtant, « le principe, une fois constitué, gardera toujours dans son patrimoine génétique des aspects de standard ».

Il nous faut donc envisager maintenant la bonne foi comme standard.

3) *La bonne foi semi-objective*

La bonne foi n'est pas à proprement parler un standard¹⁰⁶, mais la notion est souvent conjuguée au raisonnable, au point que l'on puisse considérer que la bonne foi constitue également un standard, alors qu'une analyse de la jurisprudence, où la bonne foi est également associée à d'autres notions telles que le conforme au sens commun ou l'équitable, montre que la bonne foi est en réalité assimilée au raisonnable, dont elle est censée appuyer, ou éclairer, le sens. On retrouve cette assimilation dans plusieurs règles de droit dont, notamment, le principe d'interprétation du droit, lequel pose la bonne foi comme standard d'interprétation judiciaire en affirmant la nécessité de faire prévaloir l'esprit sur la lettre dans l'interprétation d'une règle de droit. Mais ce sont surtout la doctrine et la jurisprudence concernant les modalités d'exercice de pouvoirs ou de droits qui sont des sources importantes de confusion à cet égard. C'est ainsi que, selon Bin Cheng, le pouvoir discrétionnaire de l'Etat doit être exercé de bonne foi, c'est-à-dire raisonnablement, honnêtement, en conformité avec l'esprit de la loi et au regard des

104 YASSEEN (M. K.), « L'Interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *R.C.A.D.I.*, 1978-III, p.21.

105 KOLB (R.), *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, P.U.F., 2001, p.141. Dans le même sens, voir RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard – Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité –*, Paris, L.G.D.J., 1980, p.214.

106 ZOLLER (E.), *La bonne foi en droit international public*, 1977, Paris, Pedone, 392 p. ; RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard – Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité –*, Paris, L.G.D.J., 1980, p.102 et s. ; Contra : YASSEEN (M. K.), « L'Interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *R.C.A.D.I.*, 1978-III, p.21.

intérêts des différentes parties en présence ¹⁰⁷, ou bien encore que la Cour internationale de Justice a considéré, dans son avis consultatif relatif aux *conditions de l'admission d'un Etat comme membre des Nations Unies*, que les Etats avaient l'obligation d'apprécier les faits « raisonnablement et en toute bonne foi ».

En tant que standard ¹⁰⁸, la bonne foi est donc un critère de licéité du comportement étatique, lequel permet notamment d'évaluer la bonne foi objective attendue des sujets de droit. La bonne foi semi-objective ne peut donc pas être l'objet d'une norme. Ainsi que le notait le professeur Rials, « le standard n'est pas la règle : le standard est dans la règle » ¹⁰⁹. En effet, la bonne foi semi-objective est un élément d'une norme en même temps qu'une technique particulière de formulation de la règle, mais comme tous les standards, elle n'a de réalité juridique que lorsqu'une norme fait appel à elle.

Finalement donc, le caractère excusable de la croyance erronée en l'existence d'une situation juridique est une conséquence de la présomption d'honnêteté, de sincérité, d'absence de mauvaise foi, découlant elle-même du principe général de bonne foi, présomption pouvant être renversée par la constatation d'un comportement non conforme apprécié au regard du standard du raisonnable. C'est ainsi que, si l'Etat n'est pas responsable d'un mal-jugé, c'est parce que celui-ci résulte d'une erreur excusable, non parce que commise de bonne foi, sans malveillance, mais parce que raisonnable, donc admissible au regard d'un comportement normal. Le déni de justice substantiel ne peut donc pas engager la responsabilité internationale de l'Etat en tant que violation d'une obligation d'agir de bonne foi, entendue comme absence de mauvaise foi. Cependant, ne pourrait-il pas constituer une violation de l'interdiction de l'abus de *discretion*, et nous préférons ici l'expression anglaise plus évocatrice que l'expression française, laquelle interdiction concrétise le principe de bonne foi ?

107 BIN CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Tribunals*, Cambridge, University Press, 1994, p.132-134

108 Il n'existe pas à proprement parler de standard de bonne foi, ainsi que S. Rials l'a montré, puisque la notion correspond alors à celle de raisonnable, mais nous sommes obligés d'envisager tout de même le « standard de bonne foi », à l'instar de R. Kolb, afin d'éclaircir la notion de bonne foi telle qu'on la retrouve dans la pratique et la doctrine.

109 RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard – Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité* –, Paris, L.G.D.J., 1980, p.32.

B) *Obligation d’agir de bonne foi et interdiction de l’abus de discrétion*

Selon S. Jovanovic, il existe trois normes restreignant l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire en droit international : le principe de l’exercice raisonnable des compétences¹¹⁰, l’interdiction de l’abus de droit et le principe de bonne foi. Ces trois normes ayant deux points communs, car la restriction d’une compétence discrétionnaire « n’impose qu’une obligation ou prohibition générale concernant la mise en œuvre de la compétence, non pas pour la réglementer, mais pour empêcher l’arbitraire. Les restrictions se rapportent donc aux éléments qui conditionnent l’objet de l’acte : les motifs et le but »¹¹¹. L’analyse de ces règles montre cependant qu’il n’y a en réalité qu’une seule limite à l’exercice d’un tel pouvoir¹¹², c’est l’interdiction de l’abus de *discretion*, règle qui limite l’exercice d’un droit ou d’un pouvoir discrétionnaire en autorisant un contrôle objectif de ses motifs au regard du standard du raisonnable. En effet, l’interdiction de l’abus de *discretion* est une concrétisation du principe de bonne foi (1), posant le standard de bonne foi, au sens de standard du raisonnable, comme critère de licéité de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire (2).

1) L’interdiction de l’abus de discrétion, concrétisation du principe de bonne foi

L’interdiction de l’abus de *discretion* est la concrétisation du principe général de bonne foi en matière de compétence (a), dont l’interdiction de l’abus de droit et l’obligation d’exercer raisonnablement un pouvoir discrétionnaire sont des démembrements (b).

110 S. Jovanovic ne distingue pas clairement entre les notions de compétence et de pouvoir, la première ayant trait aux domaines d’action de l’Etat, tandis que la seconde désigne l’exercice de cette action.

111 JOVANOVIC (S.), *Restriction des compétences discrétionnaires des Etats en droit international*, Paris, Pedone, 1988, p.36

112 D’ailleurs comme l’auteur le remarque lui-même, l’idée de restriction représentant un tout, il serait normal de s’attendre à ce qu’une seule norme réalise cette fonction. Op. cit., p.142.

a) *L'interdiction de l'abus de discrétion,*
concrétisation du principe général de bonne foi en matière de compétence

La bonne foi est l'objet d'un principe général de droit fondamental prônant la confiance entre sujets de droit international, la bonne foi de ces sujets étant un présupposé nécessaire aux relations internationales. Ce principe général présuppose en effet des comportements conformes aux attentes légitimes que les sujets de droit international sont en droit d'avoir lorsqu'ils développent des rapports juridiques entre eux, ainsi que l'a souligné la Cour internationale de Justice dans l'affaire anglo-norvégienne des *Pêcheries*, en indiquant que « le principe de bonne foi requiert que tout droit soit exercé honnêtement et avec loyauté »¹¹³. L'étude du principe de bonne foi comme principe général de droit montre cependant que celui-ci est rarement une source normative directe, c'est-à-dire qu'il trouve rarement à s'appliquer en tant que tel, soit qu'il ait été codifié et que s'applique alors la disposition conventionnelle¹¹⁴, soit que le juge international préfère, en l'absence de telle disposition, se référer à des règles plus précises concrétisant le principe général et créées par voie jurisprudentielle. Ainsi le respect des attentes légitimes découlant des actes d'un cocontractant est-il à la base du principe de l'*estoppel*, tandis que l'interdiction de l'abus de *discrétion*, ou interdiction d'exercer arbitrairement un pouvoir discrétionnaire, et c'est ce qui nous intéresse en particulier, est la concrétisation¹¹⁵ du principe de bonne foi en matière de compétences, en vue de protéger les attentes que les sujets de droit sont en droit d'avoir, eu égard à la finalité sociale visée par une règle de droit ou l'exercice d'un pouvoir en général. C'est ce qui ressort également de l'affaire anglo-norvégienne des *Pêcheries*, où la Cour internationale de Justice, après avoir indiqué que « le principe de bonne foi requiert que tout droit soit exercé honnêtement et avec loyauté », a ajouté : « l'exercice fictif d'un droit en vue

113 Affaire des *Pêcheries anglo-norvégiennes*, Royaume-Uni c. Norvège, 18 décembre 1951, Rec. 1951, p.116

114 Par exemple l'article 18 de la Convention EDH.

115 Nous considérons qu'il n'y a réellement qu'une concrétisation du principe de bonne foi en matière de restriction des compétences discrétionnaires, l'interdiction de l'abus de *discrétion* – et nous nous attacherons à le démontrer dans les développements qui vont suivre –, même si la doctrine, comme la jurisprudence, peuvent laisser entendre qu'il existe différentes règles concrétisant le principe de bonne foi, telles l'interdiction de l'abus de droit ou de détournement de pouvoir, ou encore l'obligation d'exercer raisonnablement un pouvoir. Ainsi, dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en haute Silésie polonaise*, la Cour permanente de Justice internationale a-t-elle qualifié l'abus de droit de manquement au principe de la bonne foi, 1926, série A, n°7, p.30.

d'échapper à une règle de droit ou une obligation contractuelle ne doit pas être toléré. Un tel exercice constitue un abus de droit prohibé par le droit »¹¹⁶.

Le principe de bonne foi pose ainsi une présomption de bonne foi¹¹⁷ selon laquelle les sujets de droit international, c'est-à-dire leurs agents, exécutent leurs obligations de manière à ne pas les vider de leur substance et exercent légitimement leurs droits et pouvoirs conformément à leur finalité, tandis que les règles concrétisant le principe s'attachent à régler les conséquences du comportement non conforme aux attentes légitimes. En effet, la présomption de bonne foi est une présomption simple, laquelle peut donc être renversée, le principe de bonne foi autorisant, notamment pour ce qui nous intéresse, un contrôle de la finalité des actes discrétionnaires des sujets de droit international. C'est ce contrôle qui constitue l'objet de l'interdiction de l'abus de *discretion*, laquelle précise les modalités du contrôle de la bonne foi objective et fonde la responsabilité éventuelle d'un sujet de droit international pour l'exercice arbitraire de son pouvoir discrétionnaire. La bonne foi est ainsi une limite, ou plutôt l'unique source de restriction de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

La jurisprudence comme la doctrine internationales font clairement ressortir le lien entre bonne foi, interdiction de l'arbitraire et contrôle de la finalité d'un acte juridique. Ainsi, dans l'affaire *AMCO Asia Corporation c. Indonésie*¹¹⁸, le Tribunal arbitral a-t-il précisé que, l'investisseur opérant ses investissements au regard de l'attente raisonnable de certains profits à tirer de la loi, l'exercice arbitraire du droit national ne saurait affecter ses attentes sans que l'Etat en cause mette en jeu sa responsabilité internationale pour violation de son obligation d'agir de bonne foi. De même, dans leur opinion dissidente collective jointe à l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative aux *Conditions de l'admission d'un Etat comme membre des Nations Unies*, les juges Basdevant, Winiarski, McNair, Read, Zoricic et Krylov ont considéré qu'il « existe pour tous les membres des Nations Unies une obligation juridique générale d'agir selon la bonne foi, que vise

¹¹⁶ Affaire des *Pêcheries anglo-norvégiennes*, préc., p.116.

¹¹⁷ Voir l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en haute Silésie polonaise*, CIJ, 25 mai 1926, série A, n°7., p.30 : « ce n'est qu'un abus de droit ou un manquement au principe de la bonne foi qui pourraient donner à un acte d'aliénation le caractère d'une violation du traité ; un tel abus ne se présume pas, mais il incombe à celui qui l'allègue de fournir la preuve de son allégation », ce qui amène à assimiler la présomption de bonne foi et l'interdiction de présumer l'intention d'abuser d'un droit.

¹¹⁸ Décision *Amco Asia Corporation et a. c. République d'Indonésie*, 20 novembre 1984, *J.D.I.*, 1987, p.145 et s.

d'ailleurs l'article 2 § 2 de la Charte, en vue de réaliser les buts et principes des Nations Unies », ce qui amène à ne pas « considérer la liberté ainsi laissée aux membres des Nations Unies comme illimitée, ni leur pouvoir comme arbitraire »¹¹⁹, traduisant l'idée selon laquelle une compétence est toujours limitée par le but dans lequel elle peut être exercée, ce qui avait également amené G. Scelle, représentant de la France, à énoncer que « la compétence pour se prononcer sur l'admission doit rester conforme au but essentiel de l'institution des Nations unies, c'est-à-dire qu'elle peut seulement être utilisée [...] en vue d'établir une collaboration harmonieuse et efficace des différents Etats qui doivent composer l'Organisation des Nations Unies [...] »¹²⁰.

Cette interdiction de l'abus de *discretion* permet d'engager la responsabilité du sujet de droit en cas d'abus de droit ou d'exercice déraisonnable d'un pouvoir discrétionnaire.

*b) Interdiction de l'abus de droit
et obligation d'exercer raisonnablement un pouvoir discrétionnaire,
démembrements de l'interdiction de l'abus de discretion*

Sont classiquement considérées comme des règles concrétisant le principe de bonne foi, l'interdiction de commettre un abus de droit ou un détournement de pouvoir, ou encore l'obligation d'exercer raisonnablement un pouvoir, laquelle revient à interdire les actes déraisonnables ou encore arbitraires¹²¹. Cependant, pour certains auteurs, la prohibition des actes arbitraires car déraisonnables rend inutile la théorie de l'abus de droit – qui inclut l'interdiction de commettre un abus de droit *stricto sensu* et celle de commettre un détournement de pouvoir – alors que pour d'autres, l'exercice déraisonnable d'un droit ne constitue qu'une hypothèse d'abus de droit, c'est-à-dire de détournement de pouvoir. Pour S. Jovanovic, l'une et l'autre de

119 Avis consultatif relatif aux *Conditions de l'admission d'un Etat comme membre des Nations Unies*, 28 mai 1948, Rec. 1948, p.91.

120 Affaire relative aux *Conditions de l'admission d'un Etat comme membre des Nations Unies*, exposé oral de M. le professeur Scelle représentant la France, 23 avril 1948, Rec. 1948, Mémoires, Plaidoiries et Documents, p.76.

121 La relation entre arbitraire et déraisonnable a été étudiée préalablement. Voir la partie 1, chapitre 2.

ces hypothèses doivent être distinguées, la théorie de l'abus de droit s'attachant à restreindre l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire au regard de sa seule finalité, alors que l'interdiction d'exercer déraisonnablement un tel pouvoir viserait à restreindre le pouvoir discrétionnaire en autorisant un contrôle des motifs. Avant de conclure que l'interdiction de l'abus de *discretion* est la seule restriction à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, cet abus pouvant revêtir plusieurs formes, il nous faut définir ces différentes formes.

L'interdiction de l'abus de droit. – Selon la théorie de l'abus de droit, l'interdiction de l'abus de droit permet de censurer les actes juridiques dont le but ne coïnciderait pas avec la finalité sociale du droit ou du pouvoir exercé, soit que ce droit ou pouvoir ait été exercé dans l'intention de nuire à autrui¹²², et sont alors mis en cause les mobiles de l'acte, c'est-à-dire les éléments psychologiques de l'auteur de l'acte, soit qu'il y ait eu détournement de pouvoir, alors établi au regard du seul décalage entre le but visé par l'acte et la finalité sociale du pouvoir exercé. L'interdiction de l'abus de droit au sens large impliquerait donc à la fois une interdiction de commettre un abus de droit au sens étroit, et une interdiction de commettre un détournement de pouvoir, les notions d'abus de droit *stricto sensu* et de détournement de pouvoir étant identiques en ce qu'elles découlent toutes deux du fait qu'un acteur du droit international se serve des pouvoirs qui lui sont conférés par une règle de droit – qu'il s'agisse de l'attribution d'un droit ou d'un pouvoir, y compris en vue d'exécuter une obligation¹²³ – dans un but autre que celui pour lequel elle a été édictée, mais aussi divergentes en ce que l'une implique la prise en compte de l'intention de l'auteur de l'acte et l'autre non.

122 Car « le droit étant la protection légale d'un intérêt légitime, l'exercice malicieux du droit dans le but inavoué de nuire ne saurait donc être considéré comme l'exercice de la protection juridique », B. CHENG, préc., p.122.

123 L'abus de droit prohibe en effet l'exercice d'un droit ou d'un pouvoir de manière ou dans des circonstances telles qu'il constituerait pour son titulaire un moyen indirect de manquer à une obligation internationale. Ce serait notamment le cas de la mise en œuvre d'une réserve à l'acceptation de la compétence obligatoire d'une juridiction dans le but d'échapper à cette compétence dans une situation relevant pourtant manifestement de celle-ci, c'est-à-dire dans un but qui ne serait pas conforme à la finalité de l'acceptation de la compétence obligatoire de cette juridiction. Voir la position de la Norvège à l'égard de la réserve française à l'acceptation de la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de *Certains emprunts norvégiens*, dans laquelle la Norvège a considéré que la réserve en cause devait être interprétée de bonne foi, excluant qu'un gouvernement se retranche derrière elle pour dénier la compétence de la Cour dans un cas où il ne s'agirait manifestement pas d'une « affaire relevant essentiellement de la compétence nationale », arrêt du 6 juillet 1957 (exceptions préliminaires), Rec. 1957.

L'obligation d'exercer raisonnablement un droit ou pouvoir. – On distingue classiquement quatre hypothèses d'exercice déraisonnable d'un droit ou pouvoir. D'abord, l'interdiction d'exercer déraisonnablement un droit est contrôlée au regard de ses conséquences, ce qui amène à distinguer l'interdiction de nuire par l'exercice malicieux d'un droit et l'interdiction de porter une atteinte disproportionnée aux droits ou intérêts d'un autre Etat en exerçant ses droits propres. Ensuite, l'interdiction d'exercer déraisonnablement un pouvoir est contrôlée au regard de sa finalité ou de ses motifs, de manière à censurer le détournement de pouvoir comme l'exercice injustifiable du pouvoir, c'est-à-dire les décisions qui ne sont pas justifiées par des faits ou qui reposent sur des faits qui ne sont pas pertinents¹²⁴. Dans son sens large, l'obligation d'exercer raisonnablement un droit ou pouvoir est donc la plus générale des restrictions des compétences, car elle permet de sanctionner tout ce qui est inacceptable dans l'exercice d'une compétence discrétionnaire. En ce sens, cette obligation ne se distingue pas de l'interdiction de l'abus de *discretion*, c'est-à-dire de l'interdiction d'agir arbitrairement. Nous préférons cependant garder leur spécificité à chacune des expressions en attribuant donc un sens plus étroit à l'obligation d'exercer raisonnablement un droit ou un pouvoir, acception délimitée par la notion d'abus de droit *lato sensu*, les première et troisième hypothèses correspondant aux cas précédemment évoqués d'abus de droit *stricto sensu* et de détournement de pouvoir.

Au sens étroit, l'obligation d'exercer raisonnablement un droit ou pouvoir suppose donc que chaque sujet de droit agisse, d'une part, en tenant compte des faits pertinents aptes à justifier son acte et, d'autre part, en proportionnant le gain retiré de son acte à l'atteinte portée aux droits et intérêts des autres sujets, la justification et la proportion étant plus particulièrement des éléments classiques de détermination du raisonnable¹²⁵.

124 Dans son avis relatif aux *Conditions d'admission d'un État comme membre des Nations Unies*, qui a apporté d'importantes précisions sur l'existence des restrictions aux compétences discrétionnaires, la Cour internationale de Justice a précisé que les Etats avaient l'obligation de faire reposer leurs décisions sur des faits pertinents, c'est-à-dire que les faits devaient être de nature à justifier objectivement la décision. Voir l'avis consultatif relatif aux *Conditions de l'admission d'un Etat comme membre des Nations Unies*, 28 mai 1948, Rec. 1948.

125 Voir les développements ultérieurs, partie 3, chapitre 1.

Cependant, considérer que l'obligation d'exercer raisonnablement un droit ou un pouvoir inclut l'interdiction de l'abus de droit au sens large souligne le trait commun aux différentes formes d'abus de *discretion* : en effet, la présomption de bonne foi tombe en cas d'exercice arbitraire d'un droit ou d'un pouvoir, lequel est toujours apprécié au regard du standard du raisonnable.

2) *La bonne foi-standard,*
critère de licéité de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire

La position selon laquelle l'obligation de bonne foi serait le fondement de la responsabilité internationale de l'État pour déni de justice substantiel est minoritaire, le principe selon lequel un jugement peut être manifestement injuste indépendamment de toute intention de nuire étant généralement admis¹²⁶. En effet, considérer la mauvaise foi comme condition nécessaire d'existence du déni de justice substantiel tient essentiellement au fait que la notion s'est développée dans le cadre de la protection internationale des étrangers : le jugement manifestement injuste concernant nécessairement un étranger, il a en effet pu être défini comme un jugement discriminatoire à l'encontre des étrangers¹²⁷. Cette position se justifie d'autant plus que l'abus de *discretion* est en définitive apprécié au regard du standard du raisonnable (a), lorsque le juge international effectue un contrôle de conformité du but de l'acte à la finalité du pouvoir au travers des motifs de l'acte (b), ce qui évite la recherche de l'intention réelle de l'auteur de l'acte arbitraire.

126 Voir les développements ultérieurs Partie 2, Chapitre 2, Section 1.

127 Voir GUGGENHEIM (P.), *Traité de Droit international public : avec mention de la pratique internationale et suisse*, vol.2, libr. de l'Université, Georg et Cie, 1954, p.13-14, pour qui « la pratique internationale, qui s'inspire des principes généraux reconnus dans le droit interne des nations civilisées, comprend, par déni de justice, deux choses différentes. En premier lieu, des fautes graves commises au cours de la procédure, comme l'emprisonnement ou les lenteurs de la procédure ; souvent aussi des actes de procédure, et même la constitution antiréglementaire d'un tribunal (déni de justice au sens formel). Secondement, on considère comme déni de justice les jugements rendus en violation d'une norme juridique claire et manifestement dirigés contre des étrangers. [...] Une interprétation erronée du droit interne ne représente pas un déni de justice, contrairement aux mesures arbitraires ordonnées à l'égard de l'étranger par les organes judiciaires et qui ne satisfont pas au standard international minimum exigé par le droit international (déni de justice au sens matériel) ».

a) *L'appréciation de l'abus de discrétion
au regard du standard du raisonnable*

Lorsque le juge international évalue les comportements étatiques au regard de l'interdiction de l'abus de *discretion*, il le fait au regard du standard du raisonnable, cet abus résultant de l'usage déraisonnable d'un droit¹²⁸ ou de l'exercice déraisonnable d'un pouvoir. C'est ainsi que l'abus de droit *stricto sensu* peut également être défini comme l'exercice déraisonnable d'un droit, et que l'acte discriminatoire est considéré comme illicite lorsqu'il est déraisonnable. La jurisprudence comme la doctrine sont en effet unanimes pour considérer le raisonnable comme le critère de licéité d'un comportement entrant en ligne de compte pour distinguer, notamment, l'exercice discrétionnaire d'un pouvoir de son exercice arbitraire, et ce en droit interne comme en droit international.

En droit interne, la théorie de l'erreur manifeste d'appréciation permet ainsi aux juges de censurer l'exercice abusif du pouvoir discrétionnaire de l'administration, c'est-à-dire de sanctionner l'autorité administrative qui serait « allée au-delà des limites du raisonnable dans le jugement qu'elle a porté sur des éléments d'opportunité »¹²⁹.

De même, la Cour internationale de Justice a clairement posé la règle du raisonnable comme limite générale à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Ainsi, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*¹³⁰, a-t-elle énoncé que « le droit international exige, dans le domaine de la protection diplomatique comme dans d'autres, une application raisonnable », *dictum* ensuite repris dans de nombreuses décisions, ainsi que l'a fait la Commission d'arbitrage dans l'affaire du *Golfe du Saint-Laurent*, en précisant que « à l'instar de l'exercice de toute compétence quelconque, l'exercice d'une compétence réglementaire est toujours lié par la règle du raisonnable, invoquée par la Cour internationale de justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* »¹³¹. La Cour a également précisé, dans l'affaire *ELSI*, en répondant aux interprétations

128 Voir l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise* (arrêt au fond), 25 mai 1926, série A, n°7.

129 PACTEAU (B.), *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, Clermont-Ferrand, 1977, p.242

130 Affaire de la *Barcelona Traction Light and Power Limited*, Belgique c. Espagne, arrêt du 5 février 1970 (2e phase), Rec. 1970, p.48, §92.

131 Affaire du *Golfe du Saint-Laurent*, Canada c. France, 17 juillet 1986, R.S.A., vol.XIX, p.258.

contradictaires des parties sur ce que constituent des mesures arbitraires ou déraisonnables, que l'arbitraire devait s'entendre de la non-conformité aux exigences de raison. De même, en considérant que l'abus de droit est un principe selon lequel « l'exercice des droits, même s'ils sont discrétionnaires, ne doit pas être arbitraire, et que les Etats ne peuvent mettre en œuvre les droits qu'ils tiennent soit de la coutume, soit des traités, que sous une forme modérée »¹³², L. Cavaré renvoyait-il au standard du raisonnable comme critère de licéité d'un comportement discrétionnaire, l'idée de modération étant caractéristique du standard.

En effet, le standard est un étalon de mesure du comportement, qui ne tend pas à une délimitation objective de ce qui est permis et de ce qui est défendu, comme le font les règles ou les principes, c'est un concept indéterminé, ayant trait aux valeurs fondamentales de la société, qui constitue une formule d'appréciation d'une conduite, du comportement des acteurs juridiques, sur la base d'un type-modèle par référence à un type de conduite moyen, au sens de normal¹³³. Cependant, et l'on rejoint l'idée du contrôle de l'arbitraire au regard de la finalité sociale du pouvoir exercé, bien que le standard se caractérise par son indétermination, cette indétermination est relative car, si le standard attribue une marge de discrétion à l'opérateur juridique, cette marge de discrétion est limitée par les objectifs et finalités du standard, lequel vise à déterminer une normalité sociale par renvoi aux valeurs acceptées à un moment précis dans une société déterminée. Ainsi le standard permet-il l'adaptation de la règle de droit à l'esprit du temps, ce que confirme l'idée selon laquelle « l'arbitraire [d'une interprétation] n'est pas tant ce qui s'oppose à une règle de droit que ce qui s'oppose au règne de la loi »¹³⁴, la régularité d'une décision judiciaire pouvant dépendre de sa conformité à l'esprit de la loi plus qu'à la lettre de la loi¹³⁵, le juge étant libre d'interpréter la loi dans la limite du raisonnable, ainsi que l'imposent les règles en matière d'interprétation¹³⁶.

132 CAVARE (L.), *La notion de bonne foi et quelques unes de ses applications en droit international public*, Cours de l'IHEI, 1963-1964, vol.II, Paris, p.43

133 Voir la démonstration de S. Rials quant au lien entre standard et normalité, notamment p.47.

134 Voir l'affaire *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Etats-Unis d'Amérique c. Italie, 20 juillet 1989, Rec. 1989, p.74, §128

135 Ces remarques sont valables quelle que soit la nature du jugement, interne ou international.

136 Voir la partie 3, chapitre 1.

Si la finalité du pouvoir exercé est fondamentale pour la détermination du caractère arbitraire d'un acte, le critère du raisonnable présente l'avantage majeur d'objectiver l'abus au travers des motifs de l'acte indépendamment de la recherche de l'intention de son auteur.

b) Le contrôle objectif des motifs de l'acte

Le principal attrait du critère du raisonnable est son objectivité, puisqu'il implique uniquement un jugement de la base factuelle de la décision et exclut la prospection de l'intention. Le contrôle de l'arbitraire au regard du standard du raisonnable est ainsi un contrôle objectif des motifs de l'acte.

Le contrôle des motifs de l'acte discrétionnaire – La concrétisation du principe de bonne foi au travers de l'interdiction de l'abus de *discretion* permet un contrôle des motifs d'un acte discrétionnaire, c'est-à-dire un contrôle de l'adéquation entre le but de l'acte et la finalité sociale du droit ou du pouvoir en cause au travers de la motivation. Ce contrôle est un contrôle restreint des motifs de fait, lesquels doivent justifier raisonnablement l'acte. Le raisonnable est en effet apprécié au regard du rattachement effectif de l'acte juridique aux faits pertinents de la cause, l'acte résultant de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire devant être justifié par les faits. Ainsi le raisonnable réalise-t-il l'équilibre entre l'existence d'un pouvoir discrétionnaire et la nécessité d'un contrôle, contrôle qui ne doit pas signifier une nouvelle appréciation de l'opportunité de la décision mais uniquement une censure de ce qui paraît manifestement arbitraire. Le juge ne se substitue pas à l'auteur de l'acte disposant d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire mais reste cantonné dans le domaine de la légalité qui, en prohibant le déraisonnable, signifie que toute décision doit être justifiée par les faits. C'est ainsi que, dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour internationale de Justice a précisé qu'une solution devait être considérée comme raisonnable du moment qu'elle était justifiée par la situation objective¹³⁷.

137 Affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, Danemark c. République Fédérale d'Allemagne et République Fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas, arrêt du 20 février 1969, *Rec.* 1969, p.50-51.

Principe général selon lequel les droits et pouvoirs doivent être exercés conformément aux attentes légitimes des acteurs du droit international, c'est-à-dire selon leur finalité sociale, le principe de bonne foi ne peut qu'avoir été concrétisé par une règle visant à contrôler le but de l'acte, quelle que soit l'intention réelle de son auteur, c'est-à-dire indépendamment du but réellement poursuivi.

Un contrôle objectif – Le critère du raisonnable permet d'exclure la recherche de l'intention lors du contrôle de l'acte discrétionnaire, c'est pourquoi ce critère objectif s'applique dans la majorité des cas à la place du critère et du contrôle subjectifs. En effet, l'acte, à sa base, a une situation de fait dont l'examen permet de déceler toutes les irrégularités, la décision prise dans un but prohibé ayant nécessairement, à sa base, des faits qui ne pourront la justifier, le raisonnable excluant naturellement tout arbitraire. De même, si la notion d'abus de droit, au sens strict, introduit un élément intentionnel, la recherche de l'intention réelle n'est pas impérative dans le contrôle de l'arbitraire, la recherche d'éléments objectifs étant au contraire généralement préférée. C'est notamment ce qu'a souligné le juge Hackworth dans son opinion jointe à l'avis de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Jugements du T.A.O.I.T.*, en considérant que la décision du directeur général de l'UNESCO, de ne pas renouveler les contrats de fonctionnaires ayant refusé de remplir les questionnaires distribués par leur gouvernement en vue de s'assurer de leur fidélité politique, constituait effectivement un abus de pouvoir indépendamment de la preuve de sa mauvaise foi¹³⁸. Et c'est ainsi que le professeur Zoller considère que « le recours à la notion de bonne ou mauvaise foi n'est pas nécessaire pour juger de la licéité d'une compétence. La juridiction internationale ne peut d'ailleurs trancher un litige que par recours aux critères objectifs et notamment au regard du critère du comportement raisonnable qui exclut logiquement tout arbitraire »¹³⁹.

Reste à savoir si l'obligation d'exercer raisonnablement un pouvoir est susceptible d'encadrer le pouvoir des autorités juridictionnelles étatiques. Certes, tous

138 Avis consultatif relatif aux *Jugements du Tribunal administratif de l'O.I.T. sur requête contre l'U.N.E.S.C.O.*, 23 octobre 1956, Rec. 1956, p.121 : « en l'absence de preuve que le directeur général avait agi de mauvaise foi, c'est-à-dire que son action était arbitraire ou non fondée [...] »

139 ZOLLER (E.), *La bonne foi en droit international public*, 1977, Paris, Pedone, p.108.

les comportements de tous les organes de l'État sont imputables à celui-ci au regard du droit international. Certes aussi, le déni de justice substantiel est le fait des tribunaux supérieurs de l'État, susceptibles d'être plus sensibles aux intérêts de celui-ci lorsqu'ils doivent apprécier les enjeux d'un litige. Certes enfin, un étranger étant toujours la victime d'un jugement manifestement injuste, il peut être présumé, du caractère déraisonnable de celui-ci, une intention malveillante à l'égard de l'étranger. Cependant, il ressort de l'analyse de la jurisprudence que ce sont les comportements des organes gouvernementaux représentant les intérêts internationaux de l'État qui sont en cause lorsque la responsabilité internationale de l'État est engagée pour violation de son obligation de bonne foi, et non les comportements de ses organes juridictionnels. Il nous faut donc envisager maintenant les autorités juridictionnelles nationales comme titulaires d'un pouvoir discrétionnaire.

§2 - Le jugement manifestement injuste, exercice arbitraire du pouvoir internationalement discrétionnaire des autorités juridictionnelles de l'État

Nous avons précédemment vu que le jugement manifestement injuste était l'objet d'un contrôle restreint parce qu'il s'agissait de l'exercice du pouvoir souverain des autorités juridictionnelles nationales. Ce pouvoir souverain peut-il être assimilé à un pouvoir discrétionnaire ? L'analyse de la jurisprudence permet de définir, plus précisément, le jugement manifestement injuste comme un jugement arbitraire (B), ce qui confirme le fait que les autorités juridictionnelles nationales disposent effectivement d'un pouvoir internationalement discrétionnaire pour interpréter et appliquer le droit interne dans les cas où la responsabilité internationale de l'État est engagée pour déni de justice substantiel (A).

A) *Définition du pouvoir d'interprétation et d'application du droit interne mis en cause par la reconnaissance d'un déni de justice substantiel*

Pour pouvoir vérifier que la définition du pouvoir dont disposent les autorités juridictionnelles nationales dans le domaine qui nous intéresse correspond à celle du pouvoir discrétionnaire, il nous faut nous attacher à cette dernière définition. La notion de pouvoir discrétionnaire est cependant difficile à cerner, ainsi que le soulignent les différentes études menées à ce sujet¹⁴⁰. Il en ressort cependant que le pouvoir discrétionnaire se définit à la fois par opposition au pouvoir lié et par opposition au pouvoir arbitraire. Nous verrons que le pouvoir souverain des juges nationaux faisant l'objet d'un contrôle international restreint est effectivement un pouvoir internationalement discrétionnaire, dont la singularité résulte de la situation particulière, à la frontière des ordres juridiques interne et international, dans laquelle il trouve place.

1) *Définition du pouvoir discrétionnaire*

La notion de pouvoir discrétionnaire vise à rendre compte de la marge de liberté dont dispose l'auteur d'un acte. Le pouvoir discrétionnaire représente ainsi une intensité variable de discrétion comprise entre celle, absolue, caractérisant l'arbitraire et celle, nulle, caractérisant la compétence liée. Deux¹⁴¹ conceptions du pouvoir discrétionnaire s'opposent cependant, lesquelles découlent des différentes définitions de la liberté d'action laissée au titulaire de ce pouvoir.

140 Par exemple, voir VENEZIA (J.-C.), *Le pouvoir discrétionnaire*, Paris, L.G.D.J., 1959, 175 p. ; DI QUAL (L.), *La compétence liée*, Paris, L.G.D.J., 1964, 626 p. ; BOUVERESSE (A.), *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 657 p. ; BUFFA (S.), *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration fiscale*, thèse, Université Panthéon-Sorbonne, Paris, 504 p. Voir également S.F.D.I., *Les compétences de l'Etat en droit international*, Colloque de Rennes, Paris, Pedone, 2006, 320 p.

141 Nous distinguons deux conceptions différentes, à l'origine d'une définition étroite et d'une définition large, qui regroupent, chacune, de nombreuses variations.

a) *Le pouvoir discrétionnaire, un pouvoir d'appréciation*

Les autorités juridictionnelles sont parfois¹⁴² considérées comme détentrices d'un pouvoir discrétionnaire d'interprétation du droit lorsque les normes applicables sont faiblement déterminées¹⁴³. Le pouvoir discrétionnaire des autorités juridictionnelles est ainsi le pouvoir qu'elles ont d'interpréter avec une certaine liberté une règle de droit, voire une totale liberté lorsqu'il s'agit d'une autorité juridictionnelle supérieure non soumise à contrôle dans l'ordre interne. S'agissant cependant, dans le cas qui nous intéresse, d'un pouvoir souverain soumis à un contrôle international restreint, cette définition du pouvoir discrétionnaire doit être écartée, d'autant que le déni de justice substantiel n'entre pas en ligne de compte lorsque le droit interne mal appliqué par le juge national est faiblement déterminé, mais lorsque celui-ci n'est pas réglementé par le droit international, même si la faible détermination du droit interne non réglementé par le droit international n'est pas sans conséquence pour la reconnaissance d'un déni de justice substantiel¹⁴⁴.

Il nous faut donc envisager le pouvoir discrétionnaire dans son sens étroit.

b) *Le pouvoir discrétionnaire, une marge d'appréciation*

Le pouvoir discrétionnaire correspond à la liberté d'action que consent une norme « habilitante » à l'autorité chargée de sa mise en oeuvre en lui reconnaissant un choix entre plusieurs mesures ou comportements également conformes à la légalité. Considérer que le pouvoir discrétionnaire correspond à un pouvoir de choix consenti par le droit permet ainsi de le distinguer des notions d'arbitraire, où aucun choix ne vient limiter la liberté d'action, la décision arbitraire trouvant sa justification dans la seule volonté de son auteur, et de pouvoir lié, où aucune liberté ne résulte d'une quelconque possibilité de choix. Doit ainsi être précisée la réflexion menée par

142 Une telle définition large du pouvoir discrétionnaire reste cependant marginale.

143 Voire, plus généralement, détentrices d'un pouvoir discrétionnaire d'interprétation de toute règle de droit parce que le juge dispose d'une marge d'appréciation lors de l'application concrète de la règle abstraite, une marge d'interprétation étant inhérente à la détermination de toute notion, polysémique par nature.

144 En effet, le contrôle de licéité interne étant un contrôle restreint limité au droit non controversé, la faible détermination du droit interne limite donc *a priori* l'étendue du contrôle international.

Charles Eisenmann sur le pouvoir discrétionnaire, laquelle résume la conception doctrinale majoritaire selon laquelle la source de « discrétionnarité » c'est l'absence de détermination impérative de l'action : si le pouvoir discrétionnaire est lié à l'indétermination de la réglementation juridique habilitante, cette indétermination résulte uniquement d'un choix et non une simple appréciation, ce qui distingue la conception large du pouvoir discrétionnaire de sa conception étroite.

Un tel pouvoir discrétionnaire se retrouve en droit interne. La notion est ainsi loin d'être étrangère au droit administratif français, où le pouvoir discrétionnaire est défini comme un pouvoir qui s'exerce librement dans un certain cadre légal, et qui laisse donc à son détenteur une grande liberté quant au choix d'une action parmi plusieurs possibles, sans que ce choix d'opportunité puisse être contrôlé par un juge, sauf contestation relative à l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation, objet du contrôle minimum des motifs. D'où la distinction entre pouvoir discrétionnaire et pouvoir arbitraire, le premier étant un pouvoir qui s'exerce librement dans un certain cadre juridique contrôlable, tandis que le second sort de tout cadre pour n'obéir qu'à la volonté propre de celui qui l'exerce, et qui exclut donc tout contrôle¹⁴⁵. En droit interne, c'est la règle juridique qui investit une autorité de l'aptitude à exercer un pouvoir qui soumet les pouvoirs exécutif, législatif, ou judiciaire, parce qu'elle en constitue le « titre de compétence ». Et c'est ce titre de compétence qui constitue la limite à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire¹⁴⁶ en conditionnant l'existence même du pouvoir, puisque la compétence est d'attribution et que c'est la règle juridique qui définit la qualité de l'organe qu'elle va désigner pour exercer concrètement ce

145 C'est d'ailleurs en réaction à l'existence du pouvoir absolu du roi, et donc à son arbitraire, que l'on doit la distinction entre pouvoir discrétionnaire et pouvoir arbitraire, laquelle distinction découle de la notion d'Etat de droit. Cette dernière notion, directement liée à la « *rule of law* » posée par l'article 29 de la *Magna Carta* de 1215, reconnaissant le règne du droit et la soumission du pouvoir royal au droit, s'attache en effet à un mode d'organisation politique fondé sur le principe de prééminence du droit et sur le principe corollaire de légalité des décisions des organes de l'Etat quelles qu'elles soient, qui impliquent une protection contre l'exercice arbitraire du pouvoir quel qu'il soit. C'est ainsi que la « *rule of law* » s'est ainsi étendue en Amérique de manière à soumettre aussi le législateur au règne du droit et notamment de la Constitution : voir la décision *Marbury v. Madison*, 1803.

146 C'est à l'école de Vienne que l'on doit d'avoir mis en avant le fait que tout acte juridique est la réalisation d'une règle antérieure qui a investi de sa compétence l'autorité d'un acte, y compris discrétionnaire, réalisation qui relève donc de conditions qui appellent nécessairement un contrôle.

pouvoir, même s'il conditionne aussi la manière de l'exercer en édictant une nouvelle norme¹⁴⁷.

En droit international également, certains sujets ou organes peuvent disposer d'un pouvoir discrétionnaire. Il en va ainsi des Etats lorsqu'ils mettent en œuvre le droit international dérivé dans des domaines de compétences partagées, bien que dans ce domaine le pouvoir discrétionnaire soit résiduel, ce pourquoi de nombreuses institutions internationales bénéficient, elles, d'un tel pouvoir. Là également, le pouvoir discrétionnaire est un pouvoir limité par la règle habilitante, que constitue généralement une disposition conventionnelle. En effet, si le titulaire du pouvoir discrétionnaire est libre d'exercer un choix d'opportunité insusceptible de contrôle, en revanche l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans le cadre limité déterminé par la règle ayant consenti ce pouvoir est, lui, toujours contrôlable. Mais le contrôle sera d'autant plus limité que le cadre du pouvoir sera large, le pouvoir discrétionnaire n'étant en définitive qu'une zone d'indépendance, une marge d'appréciation, ce que confirme la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle rappelle constamment que les autorités juridictionnelles nationales disposent de pouvoirs très larges mais pas illimités car « la marge nationale d'appréciation va [...] de pair avec un contrôle européen »¹⁴⁸. Et c'est aussi pourquoi, selon Ph. Cahier, le juge international doit expliciter par son contrôle les limites de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en cause, et finalement, en fonction de la détermination de sa propre compétence de contrôle, déplacer un curseur sur une échelle de discrétion, déterminant ainsi la plus ou moins grande marge d'appréciation de l'organe détenteur du pouvoir discrétionnaire.

Mais qu'en est-il des autorités nationales dont l'exercice du pouvoir souverain d'appliquer le droit interne est contrôlé par le juge international, ce qui suppose la mise en œuvre d'un pouvoir déterminé par une règle internationale, et donc l'existence d'une règle internationale habilitant les autorités nationales à interpréter et

147 C'est ainsi que G. Cahin considère à juste titre que « le pouvoir discrétionnaire, consistant en une liberté de choix entre plusieurs solutions également légales, ne se concrétise pas seulement lorsque l'organe doit choisir le contenu de la décision, mais également à un stade antérieur, quand il doit décider du principe même de son intervention. L'appréciation de l'opportunité de l'action et le choix du contenu de la décision constituent ainsi les deux étapes du processus décisionnel et, partant, les deux objets du pouvoir discrétionnaire », et donc les deux objets de son contrôle. CAHIN (G.), « La notion de pouvoir discrétionnaire appliquée aux organisations internationales », *R.G.D.I.P.*, 2003-III.

148 Arrêt *Handyside, c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, A-24, §49.

appliquer le droit interne d'une certaine manière, même lorsque les dispositions applicables relèvent du domaine de compétence réservé de l'État ?

2) *Le pouvoir souverain des autorités juridictionnelles
faisant l'objet d'un contrôle international,
un pouvoir internationalement discrétionnaire*

a) *Le contrôle d'un pouvoir discrétionnaire
au regard d'une norme habilitante*

Les Etats sont réputés disposer d'un pouvoir discrétionnaire pour mettre en œuvre leurs compétences nationales, ce pouvoir étant défini comme « le pouvoir reconnu à un sujet de droit ou à un organe qui ne sont pas liés par une règle de droit » étant parfois précisé que, « par conséquent, [son] usage n'a pas à être motivé et n'est pas susceptible de contrôle »¹⁴⁹. En effet, la liberté ayant pour corollaire une absence de contrôle, semble alors discrétionnaire ce qui n'est pas contrôlé, d'où la définition du pouvoir discrétionnaire tant par son régime de liberté que par son statut juridictionnel¹⁵⁰.

Pourtant, cette définition n'est pas sans poser problème, puisqu'elle semble effacer la distinction entre le discrétionnaire et l'arbitraire, qui, lui, caractérise réellement le produit d'une volonté totalement libre, à la différence du premier. En réalité, il faut admettre, à la suite de Ph. Cahier, que l'existence de limites au pouvoir discrétionnaire ne préjuge en rien l'éventualité d'un contrôle, qui reste exceptionnel en droit international, contrairement au droit interne français où la définition du pouvoir discrétionnaire est intimement liée à la délimitation du pouvoir juridictionnel de contrôle de l'exercice de ce pouvoir, au point que l'on peut, à cet égard, parler des deux faces d'une même pièce. Cependant, si en droit international le pouvoir

149 Dictionnaire de droit international public, J.Salmon (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2001.

150 C'est ainsi que l'on a pu opposer jusqu'en 1902, en droit administratif français, le pouvoir discrétionnaire à un pouvoir lié, ou encore « compétence » liée selon la terminologie retenue parce que la règle de droit qui limite le pouvoir en cause résulte d'un titre de compétence qui détermine également l'aptitude elle-même à exercer ce pouvoir, en distinguant certains actes de haute administration insusceptibles de contrôle des actes relevant d'une compétence liée, laquelle appelle, au contraire du pouvoir discrétionnaire, un contrôle juridictionnel.

discrétionnaire ne donne pas systématiquement lieu à contrôle, c'est uniquement parce que ce type de contrôle est assez rare en raison de l'absence d'institutionnalisation systématique d'organes de contrôle, et non parce que le pouvoir discrétionnaire exclut par définition tout type de contrôle.

En effet, pouvoir discrétionnaire ne veut jamais dire pouvoir totalement libre : « un pouvoir discrétionnaire n'est pas un pouvoir absolu »¹⁵¹ : il n'est pas illimité, pas plus qu'il n'assure une immunité juridictionnelle à son détenteur, mais doit se soumettre à un certain contrôle, notamment au regard des principes généraux du droit. La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes l'a très clairement énoncé : même le pouvoir discrétionnaire dont disposent les autorités nationales dans le domaine des compétences nationales est un pouvoir encadré par ces principes généraux. Ainsi la Cour a-t-elle rappelé, dans son arrêt *Kreil*¹⁵² que l'application du droit d'accès aux professions militaires, bien que relevant du domaine de compétence réservé de l'Etat, devait satisfaire l'exigence de l'égalité de traitement résultant des principes généraux du droit. Plus généralement, mais dans le même sens, ce sont les objectifs du droit international qui ont été reconnus comme imposant des restrictions implicites au pouvoir discrétionnaire des organes et sujets de droit international, ce qu'illustre l'arrêt *Tadic*, par lequel la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est reconnue compétente pour examiner l'exception d'incompétence soulevée par la défense et fondée sur l'illégalité de la création du Tribunal par le Conseil de sécurité des Nations Unies. A cette occasion, la Chambre a ainsi pu rappeler que si « de toute évidence, plus le pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité dans le cadre de la Charte est large et plus le pouvoir du Tribunal de réexaminer ses actions est étroit, même au plan de la compétence subsidiaire. Cela ne signifie pas, néanmoins, que ce pouvoir disparaît complètement, en particulier dans les affaires où l'on peut observer une contradiction manifeste avec les principes et les buts de la Charte »¹⁵³. Il en va de même pour le pouvoir discrétionnaire des Etats dans leur domaine de compétence réservé, ce qui

151 Voir l'affaire *Mérode et a. c. la Banque Mondiale*, 5 juin 1981, *World Bank Administrative Tribunal Reports*, 1981, Juillet 1981. Voir également l'avis consultatif relatif aux *Conditions de l'admission d'un Etat comme membre des Nations Unies*, 28 mai 1948, Rec. 1948.

152 Arrêt *Kreil*, 11 janvier 2000, aff. C-285/98, Rec., p.1-69.

153 TPIY, arrêt *Procureur c. Dusko Tadic*, 2 oct. 1995, IT-94-1-AR 72, §21.

ressort clairement, notamment, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁵⁴.

Bien que cette dernière hypothèse concerne la subsistance d'un pouvoir discrétionnaire étatique dans un cadre conventionnel, lequel s'oppose par nature à un tel pouvoir, puisque les traités lient le pouvoir des Etats pour leur application, et dont on peut donc penser qu'il n'est pas discrétionnaire, l'encadrement du pouvoir de l'Etat lorsqu'aucune règle internationale ne lui dicte explicitement de conduite est également soumis aux principes généraux du droit et à un contrôle de finalité. Faut-il dans un cas comme dans l'autre admettre l'existence d'une norme habilitante implicite ? Ceci nous amène à la question cruciale : s'il y a titre de compétence implicite, quel est-il ?

*b) L'obligation d'exercer raisonnablement un pouvoir,
norme habilitante implicite*

Dans le domaine des compétences nationales des Etats, la définition du pouvoir discrétionnaire comme pouvoir encadré par une règle habilitante semble *a priori* difficilement acceptable car le pouvoir en droit international n'est pas d'attribution.

Sous l'influence des réflexions sur l'aspect fonctionnel du pouvoir menées par l'école française de sociologie, selon laquelle tout pouvoir, y compris discrétionnaire, doit être exercé conformément à la finalité visée, même implicitement, par son titre de compétence¹⁵⁵, une partie de la doctrine a cependant

154 Voir par exemple l'arrêt *Ute Saur Vallnet c. Andorre*, 29 mai 2012, req. n°16047/10, §63.

155 C'est ainsi que la théorie du détournement de pouvoir, ou de l'abus de droit, s'est affirmée dans tous les domaines du droit français, tant en droit civil où l'on définit certains droits discrétionnaires comme pouvant être exercés comme bon leur semble par leurs titulaires, sous réserve d'abuser de ceux-ci, que, plus nettement encore, en droit administratif, où s'est finalement imposée à la fois l'obligation de motivation des actes administratifs comme garantie contre l'arbitraire, car la détermination des motifs d'un acte est le procédé technique qui permet de contrôler si l'agent a bien visé le but qui lui était assigné, mais aussi le contrôle minimum des motifs d'un acte discrétionnaire, qui ne saurait s'appuyer sur des motifs étrangers à son champ légal naturel et normal. C'est également ainsi que, originellement reconnue pour soumettre au droit le pouvoir royal en Grande-Bretagne, la « *rule of law* » s'est étendue aux Etats-Unis d'Amérique de manière à soumettre aussi le législateur au règne du droit et notamment à la Constitution. Or cette règle de droit visant à exclure l'arbitraire du gouvernement à l'encontre des individus soumis à son pouvoir, a imposé le « *due process of law* » comme idéal dans l'exercice de ce pouvoir, impliquant non seulement la protection de règles juridiques procédurales - qui déterminent la compétence du pouvoir exécutif - mais aussi celle de règles substantielles. Car, si à l'origine, la protection contre l'arbitraire s'entendait d'une protection purement procédurale, celle-ci s'est progressivement étendue à la suite du

avancé une théorie fonctionnelle du pouvoir discrétionnaire en droit international, fondée sur l'idée selon laquelle le droit international n'a pas pour unique rôle de limiter une liberté originaire et inaliénable des Etats, mais qu'au contraire, tout pouvoir étatique dérive d'une autorisation du droit international au regard des nécessités de la communauté internationale¹⁵⁶. En conséquence, les pouvoirs dont sont investis les sujets de droit international, dont les Etats, ne devraient pas être exercés selon leur bon plaisir, mais pour réaliser certains buts qui leurs sont extérieurs et qui résident dans l'intérêt général, qu'il s'agisse de l'intérêt de la collectivité nationale ou celui de la communauté internationale.

Nous pensons plus précisément que le pouvoir discrétionnaire de l'Etat dans le domaine de compétence réservée est encadré par l'obligation d'exercer raisonnablement tout pouvoir. Le contrôle de régularité interne des jugements manifestement injustes souligne notre propos. En effet, dans ce cas, la norme habilitant les autorités juridictionnelles est implicite et se déduit du contrôle international opéré, lequel suppose le renvoi du droit international au droit interne, parce que ce renvoi vise à empêcher l'arbitraire étatique et implique donc l'exercice raisonnable de leur pouvoir discrétionnaire. Le contrôle de régularité interne des décisions de justice nationales souveraines est donc un contrôle de l'exercice raisonnable du pouvoir discrétionnaire des autorités juridictionnelles nationales d'interpréter et d'appliquer le droit interne auquel le droit international renvoie, et qu'il intègre par là-même, au regard de l'obligation internationale d'exercer raisonnablement un pouvoir. Et c'est pourquoi le contrôle de licéité interne des mesures nationales souveraines est un contrôle restreint notamment par les principes généraux et les finalités du droit international, le juge international contrôlant naturellement l'interprétation du droit interne par le juge interne au regard des principes généraux d'interprétation du droit international imposant la règle du raisonnable en la matière. Et c'est également ce que traduit l'aspect fonctionnel du pouvoir en droit international, illustré d'abord par la corrélation entre pouvoir

constat selon lequel l'arbitraire du pouvoir peut s'exercer par les procédés qu'il utilise mais aussi par les fins qu'il poursuit.

156 Cette théorie a été critiquée, notamment par les auteurs positivistes qui ont reproché à cette théorie de faire du droit international, non plus un simple système d'organisation de libertés, mais un système de régulation de compétences dévolues à chaque Etat, et donc de ne pas refléter la réalité, parce que les Etats sont antérieurs au droit international et ne peuvent donc tenir leurs pouvoirs d'une délégation du droit international, impliquant l'absence de règle d'attribution de compétence.

discrétionnaire et devoir d'agir dans l'intérêt général, et illustré ensuite tant par la reconnaissance de l'obligation de motivation des actes que par la reconnaissance unanime de la théorie de l'abus de droit en droit international public.

L'assimilation entre pouvoir souverain et pouvoir discrétionnaire dans notre cas d'étude est confirmée par l'étendue du contrôle du jugement manifestement injuste, laquelle a déjà été analysée, mais également par le constat selon lequel le jugement manifestement injuste est effectivement un jugement arbitraire.

B) Le jugement manifestement injuste, un jugement arbitraire

Nous avons vu d'une part que le jugement manifestement injuste était apprécié au regard du standard international minimum et que, d'autre part, le jugement manifestement injuste se distinguait du mal-jugé parce qu'il résultait d'une erreur incompatible avec le standard international minimum. Or il ressort de la jurisprudence, comme de la doctrine, que l'erreur inexcusable est une erreur manifeste d'appréciation, sur l'existence de laquelle aucun juge raisonnable ne doit avoir de doute¹⁵⁷. Le critère de licéité de l'interprétation et de l'application discrétionnaire du droit interne par le juge interne est donc le standard du raisonnable.

La jurisprudence relative au déni de justice établit en effet que le standard international minimum auquel doit se conformer chaque Etat dans le traitement judiciaire qu'il accorde aux ressortissants étrangers correspond à la pratique moyenne des nations civilisées, c'est donc un concept indiquant une conduite de référence à laquelle doit être comparée la conduite requise par l'obligation internationale de protection des étrangers. C'est cet aspect que souligne la décision *Neer* en précisant : « *the propriety of governmental acts should be put to the test of international standard* »¹⁵⁸, la conduite de référence en cause étant la conduite moyenne ou normale des Etats de droit en matière de traitement judiciaire accordé aux individus. Or le comportement moyen en matière de justice est le comportement qui n'est pas arbitraire, c'est le comportement de l'homme qu'Aristote qualifiait de vertueux, c'est le comportement de l'homme mesuré, de l'homme du juste milieu, c'est-à-dire, ainsi

¹⁵⁷ Voir les développements ultérieurs, partie 2, chapitre 2.

¹⁵⁸ Affaire *Neer*, Etats-Unis d'Amérique c. Mexique, 15 octobre 1926, *R.S.A.*, vol.IV, p.61.

qu'il résulte de la jurisprudence, celui qui se comporte raisonnablement, de bonne foi, avec diligence, parmi la multitude de critères de normalité¹⁵⁹. En effet, la jurisprudence montre qu'à l'inverse des autres exemples de standards, le standard de justice des nations civilisées ne découle pas d'un adjectif ou d'un verbe en particulier mais de différents qualificatifs, ce dont il faut déduire qu'ils servent à déterminer le comportement raisonnable attendu dans un contexte particulier. C'est ainsi que le jugement manifestement injuste peut découler non seulement de l'intention malveillante à l'égard des étrangers, mais aussi, et d'ailleurs surtout, de l'incompétence technique ou de la négligence des juges nationaux. Il faut donc admettre que le standard international minimum équivaut au standard du raisonnable, et que le jugement manifestement injuste est un jugement déraisonnable.

Or, le raisonnable étant le critère de distinction entre le discrétionnaire et l'arbitraire, on peut déduire de la définition du jugement manifestement injuste comme jugement déraisonnable qu'il s'agit d'un jugement arbitraire résultant de l'exercice déraisonnable du pouvoir discrétionnaire des autorités juridictionnelles nationales, ce que confirme l'étendue restreinte du contrôle de licéité interne du jugement manifestement injuste. Et inversement donc, il nous suffit de déduire du contrôle du jugement manifestement injuste précédemment étudié que le contrôle de licéité interne des jugements nationaux est effectivement un contrôle de l'exercice arbitraire du pouvoir internationalement discrétionnaire des autorités juridictionnelles nationales, et donc que le jugement manifestement injuste est un jugement arbitraire. En effet, ne sont acceptables en droit international que les jugements internes discrétionnaires mais non arbitraires, les jugements raisonnables ou encore raisonnablement motivés. Si le juge interne dispose d'un pouvoir discrétionnaire d'interprétation et d'application du droit interne, il ne doit pas le transformer en pouvoir arbitraire en dénaturant le droit, par exemple par une interprétation choquante, volontaire ou non. Le jugement manifestement injuste est ainsi un jugement sans base légale, au sens d'illégitime, incompatible avec les principes

159 En effet, le standard international minimum de justice est un standard indéterminé de normalité qui englobe plusieurs standards eux-même déterminés, d'où l'indétermination que l'on trouve parfois dans la doctrine ou la jurisprudence concernant le standard de justice énoncé parfois au pluriel. Voir CHAPPEZ (J.), *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Paris, Pedone, 1972, p.62 : « C'est tout acte ou omission, contraire aux standards internationaux de protection des étrangers, émanant des organes chargés de rendre la justice » et p.64 : « En effet, nous pensons que le déni de justice apparaît toutes les fois que les tribunaux ou que les autres organes chargés de l'administration de la justice descendent en dessous du standard ou de la norme de justice exigée par le droit international. »

d'interprétation du droit. Ainsi le souligne Chaïm Perelman, pour qui « tout pouvoir en droit suppose toujours la possibilité d'un choix raisonnable entre plusieurs solutions », or « s'il est normal que toute instance qui dispose de certains pouvoirs, les exerce selon son meilleur jugement, [il ne doit pas] l'exercer de manière déraisonnable, donc inacceptable, [car] il y a des limites à ne pas dépasser »¹⁶⁰.

En effet, en droit interne comme en droit international, l'obligation de motivation vise à contrôler la subjectivité du juge dans son opération de jugement, et encadre donc le pouvoir discrétionnaire en imposant à son détenteur de montrer qu'il n'a pas agi arbitrairement mais selon le droit, l'arbitraire caractérisant ce qui n'est pas fondé juridiquement. Cependant, si le jugement arbitraire est un jugement injustifiable, c'est au sens d'illégitime, la légitimité étant ce qui confère au pouvoir sa justification et sa validité. La légitimité implique la légalité, mais aussi l'idée de ce qui est juste puisqu'elle met l'accent sur la finalité du pouvoir. Si le jugement arbitraire est un jugement qui ne repose pas sur la règle de droit applicable, l'absence de base légale s'entend donc de la non-conformité à l'esprit du droit plus qu'à la lettre de la disposition applicable¹⁶¹, que le juge sera donc libre d'interpréter dans la limite de sa finalité sociale, conformément aux règles juridiques d'interprétation. C'est ainsi que le caractère arbitraire du jugement national discrétionnaire est apprécié au regard des principes généraux du droit qui s'imposent pour l'interprétation d'une règle de droit quelle qu'elle soit. Et c'est pourquoi, si l'irrégularité du jugement interne est un motif de son illicéité internationale, l'inverse n'est pas vrai¹⁶² : le renvoi du droit international au droit interne ne fait pas de la régularité interne du jugement une condition de sa licéité internationale, ce que traduit l'irresponsabilité de l'Etat pour mal-jugé.

160 PERELMAN (C.), « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse », in *La motivation des décisions de justice*, sous la dir. de C. Perelman et P. Foriers, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1978, p.420

161 Affaire *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Etats-Unis d'Amérique c. Italie, 20 juillet 1989, *Rec.* 1989, §128 : « L'arbitraire n'est pas tant ce qui s'oppose à une règle de droit que ce qui s'oppose au règne de la loi. La Cour a exprimé cette idée dans l'affaire du Droit d'asile, quand elle a parlé de «l'arbitraire » qui «se substitue au règne de la loi» (*Droit d'asile*, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1950, p. 284). Il s'agit d'une méconnaissance délibérée des procédures régulières, d'un acte qui heurte, ou du moins surprend, le sens de la correction juridique ».

162 *Id.*, §124 : « Toutefois, il faut tenir compte du fait qu'un acte d'une autorité publique peut avoir été illégitime en droit interne sans que cela signifie nécessairement que cet acte était illicite en droit international, en tant que violation d'un traité ou autrement [...].11 ne découle pas non plus du fait qu'une juridiction nationale a conclu qu'un acte était injustifié, déraisonnable ou arbitraire, que cet acte doive être qualifié d'arbitraire en droit international, bien que la qualification donnée par une autorité nationale à l'acte attaqué puisse constituer une indication utile ». Dans le même sens, voir l'affaire *ADF GROUP INC. C. Etats-Unis d'Amérique*, 9 janvier 2003, n° ARB(AF)/00/1, *F.I.L.J.*, §190.

L'étude de la bonne foi en droit international a montré qu'il n'existe pas d'obligation de bonne foi susceptible d'être violée par le déni de justice substantiel, mais qu'il existe une interdiction, fondée, elle, sur le principe de bonne foi, d'exercer arbitrairement un pouvoir internationalement discrétionnaire dont le pendant est l'obligation d'exercer raisonnablement ce type de pouvoir. Cette obligation semble se traduire, pour les autorités juridictionnelles de l'Etat, par une interdiction de commettre un déni de justice substantiel, si l'on considère le jugement manifestement injuste comme un jugement arbitraire.

Mais l'interdiction de l'abus de *discretion* est une de ces règles dites systématiques, définies comme « éléments d'autres règles auxquelles elles sont indispensables mais desquelles on les détache par souci d'organisation cohérente de la présentation d'un ensemble de règles »¹⁶³, cette interdiction constituant une prescription relative à l'exercice d'un droit ou d'un pouvoir, laquelle n'est pas prévue par la règle instituant ce droit ou ce pouvoir, les règles spécifiques attribuant un droit ou un pouvoir comprennent implicitement la règle concernant la manière dont le droit, ou le pouvoir, doit être mis en œuvre, c'est-à-dire les fins qu'il poursuit et la manière dont il doit tenir compte des droits des autres Etats¹⁶⁴.

Il faut donc se demander maintenant quelle est l'obligation violée par le déni de justice substantiel et, si l'on envisage l'obligation de protection judiciaire des étrangers, vérifier qu'elle implique l'interdiction de l'exercice arbitraire du pouvoir internationalement discrétionnaire des autorités juridictionnelles de l'Etat et attribue également un droit subjectif au jugement raisonnable.

163 SANTULLI (C.), *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Etude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, p.12.

164 REUTER (P.), « Principes de droit international », *R.C.A.D.I.*, 1961-II, p.599-600.

Section 3

Détermination de l'obligation primaire violée :

(2) l'obligation coutumière de protection judiciaire des étrangers

Si le déni de justice substantiel a été considéré comme une violation de l'obligation de bonne foi, c'est principalement par opposition à l'hypothèse selon laquelle l'obligation de protection judiciaire des étrangers serait à l'origine de la responsabilité internationale de l'Etat pour ses jugements manifestement injustes, et ce, pour deux raisons. Deux arguments ont en effet été opposés à la reconnaissance du déni de justice substantiel comme violation de l'obligation coutumière de protection judiciaire des étrangers, c'est-à-dire à la reconnaissance du déni de justice substantiel comme forme de déni de justice au même titre que le déni de justice procédural. Le premier argument s'attache à la nature de l'obligation, considérée comme incompatible avec l'existence d'un droit au jugement juste et équitable, tandis que le second s'attache à la nature des faits internationalement illicites que seraient, d'une part, le déni de justice substantiel et, d'autre part, le déni de justice comme violation de l'obligation de protection judiciaire des étrangers, dont les régimes de responsabilité seraient distincts.

Pour affirmer que le déni de justice substantiel est bien une violation de l'obligation coutumière de protection judiciaire des étrangers, il nous faut donc analyser successivement la nature de cette obligation (§ 1) et la nature de sa violation (§ 2), ce qui nous permettra de vérifier que l'obligation de protection judiciaire impose effectivement aux autorités juridictionnelles de l'Etat l'exercice raisonnable de leur pouvoir internationalement discrétionnaire et permet, par là, le contrôle de la régularité interne des décisions nationales souveraines.

§1 - Nature de l'obligation coutumière de protection judiciaire des étrangers

Le déni de justice substantiel, dit-on, ne pourrait être une violation de l'obligation coutumière de protection des étrangers, dans son volet judiciaire, parce que celle-ci serait une obligation de bonne administration de la justice interne excluant tout droit au jugement raisonnable. L'analyse de la jurisprudence classique révèle au contraire que c'est de l'existence même de ce droit qu'il faut inférer la nature de l'obligation coutumière de protection judiciaire des étrangers, ce que confirme la jurisprudence relative au traitement juste et équitable dû par les Etats dans le cadre des conventions de promotion et de protection des investissements étrangers. Nous étudierons donc la nature de l'obligation coutumière de protection judiciaire des étrangers au travers, successivement, de la jurisprudence relative à la protection des étrangers (A) et de la jurisprudence, plus récente, relative à la protection des investissements étrangers (B).

A) *Jurisprudence relative à la protection des étrangers*

A la différence de l'obligation de prévention et de répression des agissements dommageables aux étrangers, définie explicitement comme une obligation de moyens au sens civiliste du terme¹⁶⁵, la nature de l'obligation de protection judiciaire ne ressort pas aussi clairement de la jurisprudence. Cependant, l'obligation de prévention et de répression des actes dommageables commis à l'encontre des étrangers et l'obligation de protection judiciaire de ces derniers étant deux éléments de l'obligation coutumière de protection générale des étrangers, il n'est pas illogique de déduire de la jurisprudence relative au déni de justice substantiel que les deux obligations sont de même nature. Nous verrons ainsi que l'obligation de prévention et de répression est une obligation de diligence (1), et que l'obligation de protection judiciaire est effectivement une obligation de faire en sorte d'assurer une bonne

165 Dans le dictionnaire de vocabulaire juridique de G. Cornu, l'obligation de moyens est définie comme l'obligation pour le débiteur, non de parvenir à un résultat déterminé mais d'y appliquer ses soins et ses capacités de telle sorte que la responsabilité du débiteur n'est engagée que si le créancier prouve, de la part de ce débiteur, un manquement à ce devoir de prudence et de diligence.

administration de la justice interne, attribuant néanmoins aux étrangers un droit au raisonnable (2).

1) *L'obligation de prévention et de répression des actes préjudiciables aux étrangers, une obligation de diligence*

La jurisprudence a établi très clairement que la conformité au standard international minimum en matière de prévention et de répression des actes dommageables commis à l'encontre des étrangers suppose, d'une part, que les Etats emploient les moyens dont ils doivent disposer avec toute la diligence requise en vue de prévenir les actes dommageables que pourraient subir les étrangers sur leur territoire et, d'autre part, en cas de survenance de tels actes, que les Etats fassent en sorte de les réprimer. En effet, cette obligation est une obligation de moyens, ou obligation de diligence, qui suppose d'abord que l'État dispose des moyens permettant effectivement de prévenir et de réprimer certains événements, et ensuite qu'il les mette en oeuvre avec toute la diligence requise, ce qui suppose de déterminer quels sont les moyens attendus et quelle est la diligence requise par le droit international.

Les obligations de diligence sont fréquentes en droit international, mais ce type d'obligation a en particulier été étudié au travers de l'obligation de prévention et de répression des actes dommageables commis à l'encontre des étrangers. Celle-ci a notamment permis de définir le degré de diligence requis par le droit international.

Tout d'abord, si l'obligation de diligence est généralement définie comme une obligation d'agir en bon père de famille, il est apparu que, en droit international public, la diligence internationale minimum devait être opposée à la diligence *quam in suis*¹⁶⁶. En effet, il est un principe général selon lequel l'État ne saurait s'exonérer de toute responsabilité du fait d'une organisation interne insuffisante, et ce principe trouve à s'appliquer pour déterminer le degré de diligence requis par l'obligation de protection des étrangers, même si la doctrine n'est pas totalement unanime à cet

166 Voir ZANNAS (P.). La responsabilité des Etats pour actes de négligence, thèse, Genève, Gauguin & Laubscher, 1952, 146 p.

égard¹⁶⁷. Il faut ainsi admettre que l'État ne saurait s'exonérer de toute responsabilité en démontrant qu'il a agi à l'égard des étrangers comme il l'aurait fait pour ses propres nationaux, parce qu'il doit disposer d'un minimum de moyens à mettre en œuvre, une organisation interne défaillante ne pouvant lui permettre de vider de tout sens ses obligations de faire. C'est ainsi que, selon Panayotacos, « l'Etat, sur le territoire duquel réside l'étranger, garantit à ce dernier la jouissance d'un minimum de droits. Il assume à cet égard une véritable garantie de sécurité, de telle sorte qu'il ne pourrait s'exonérer de sa responsabilité des dommages encourus, même en démontrant qu'il a exercé toute la vigilance que l'on est en droit d'attendre de sa part, eu égard à la puissance matérielle dont il dispose »¹⁶⁸.

Ensuite, la diligence internationale minimum requise par l'obligation de protection des étrangers est une diligence raisonnable qui doit être adaptée aux circonstances. Ainsi, si l'on admet que l'obligation qu'a l'État de prévenir certains événements est limitée à la prévention d'événements prévisibles et que l'Etat n'est normalement pas responsable des actes dommageables subis par les étrangers en cas d'émeute, de révolte ou de guerre, la sécurité générale des étrangers ne doit cependant pas non plus tomber au-dessous d'un certain niveau, car « le principe de la non-responsabilité n'exclut pas le devoir d'exercer une certaine vigilance »¹⁶⁹. La jurisprudence est très claire à cet égard : l'obligation de protection des étrangers suppose que les autorités nationales agissent en faisant preuve d'une diligence adaptée aux circonstances, lesquelles peuvent parfois appeler une vigilance spéciale¹⁷⁰.

Qu'en est-il de l'obligation de protection judiciaire des étrangers ?

167 Par exemple, BORCHARD (E.), *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New-York, The Banks Law Publishing Co, 1927, p.179 : « As a general rule, the responsibility of the State for a failure to protect an alien is measured by its actual ability to protect ».

168 PANAYOTACOS (C.). *La règle de l'épuisement des voies de recours internes en théorie et en pratique*, Marseille, Moullot, 1952, p.28

169 Affaire des *Biens britanniques au Maroc espagnol*, Espagne c. Royaume-Uni, 01 mai 1925, *R.S.A.*, vol.II, p.642. p.642.

170 Voir par exemple les affaires *Leonor Buckingham*, Royaume-Uni c. Mexique, 3 août 1931, *R.S.A.*, vol.V., p.288, §3 ; *Nick Cibich*, Etats-Unis d'Amérique c. Mexique, 31 mars 1926, *R.S.A.*, vol.IV., p.58 ; *Sophie B. Sturtevant*, Etats-Unis d'Amérique c. Mexique, 5 novembre 1930, *R.S.A.*, vol.IV., p.667.

2) *Le cas de l'obligation de protection judiciaire des étrangers :
une obligation d'assurer une bonne administration de la justice interne*

Les opposants à l'existence du déni de justice substantiel comme forme de déni de justice se sont en partie fondés sur le fait que l'obligation coutumière de protection judiciaire des étrangers est une obligation de moyens, c'est-à-dire une obligation de bonne administration de la justice interne, laquelle ne saurait se concilier avec la mise en oeuvre de la responsabilité internationale de l'État du fait du mauvais résultat d'une justice nationale pourtant conforme au standard international minimum quant à son organisation et son fonctionnement, le jugement manifestement injuste, entendu comme la justice déniée sous les apparences de justice rendue, résultant d'une mauvaise application du droit interne indépendamment de l'organisation et du fonctionnement de l'appareil judiciaire conformes au droit international. En réalité, si, comme nous allons le vérifier, l'obligation de protection judiciaire est effectivement une obligation de moyens, l'argument selon lequel une telle obligation ne peut pas attribuer de droit au jugement raisonnable, dont la violation serait le déni de justice substantiel, n'est pas admissible, parce qu'il dénote une compréhension inexacte du droit au jugement raisonnable. En effet, si le mot « jugement » correspond à la décision de justice, il désigne aussi cependant l'action de juger elle-même, c'est-à-dire l'exercice de la fonction juridictionnelle. Or, en l'occurrence, le droit au jugement juste et équitable est le droit à l'exercice raisonnable du pouvoir discrétionnaire des autorités juridictionnelles nationales et non pas la décision judiciaire comme résultat de l'exercice de ce pouvoir, ce qui explique d'ailleurs que la violation de ce droit constitue un déni de justice, notion qui se distingue de celle d'injustice, laquelle suppose, elle, un jugement injuste plutôt que l'exercice déraisonnable de la fonction juridictionnelle.

Cette définition du jugement raisonnable ressort clairement de la distinction jurisprudentielle entre jugement manifestement injuste et mal-jugé. En effet, c'est parce que le jugement, c'est-à-dire la décision matérielle, objective l'exercice raisonnable, ou non, du pouvoir juridictionnel qu'il est contrôlé par le juge international. Ce dernier ne recherche jamais si le juge national a correctement appliqué le droit interne, ce qu'il ferait si l'obligation de protection judiciaire imposait telle décision plutôt que telle autre, car, ainsi que le rappelle une

jurisprudence convergente, “*the right to judicial protection as enshrined in the Convention includes the right to a fair, impartial and speedy trial necessary to achieve, but never to require, a favorable outcome*”¹⁷¹. En effet, ainsi que la Cour internationale de Justice l’a rappelé dans l’affaire E.L.S.I., la justice requise doit être conforme à l’idée de justice et ne doit donc pas être choquante, ce qui ne suppose pas une exacte application de la règle de droit en tant que telle¹⁷². Et c’est pourquoi le simple mal-jugé, qui n’est pas le résultat de l’exercice arbitraire du pouvoir discrétionnaire des autorités juridictionnelles nationales, n’engage pas la responsabilité internationale de l’Etat : par droit au jugement juste et équitable, il faut donc bien comprendre droit à l’exercice raisonnable de la fonction juridictionnelle nationale.

Et c’est du caractère exceptionnel de la responsabilité internationale de l’État pour jugement manifestement injuste qu’il faut déduire que l’obligation coutumière de protection judiciaire des étrangers est effectivement une obligation de moyens, c’est-à-dire une obligation de faire en sorte d’assurer une bonne administration de la justice interne. En effet, la jurisprudence classique relative à l’obligation coutumière de protection judiciaire des étrangers n’explicite pas la nature de cette obligation, laquelle se déduit uniquement d’un droit au jugement juste et équitable entendu comme droit à l’exercice raisonnable de la fonction de juger, dont la violation ne peut résulter de la seule application incorrecte du droit interne. Il faut ainsi admettre que l’obligation coutumière de protection judiciaire des étrangers, en tant qu’obligation de moyens, n’impose aux Etats que de faire en sorte d’assurer que les étrangers sur leur territoire puissent bénéficier du droit national qui leur est favorable grâce à l’organisation et au fonctionnement d’un système judiciaire national conforme au standard international minimum. Il s’agit donc d’une obligation de faire en sorte d’assurer une bonne administration de la justice interne, qui doit être distinguée d’une obligation de résultat, laquelle imposerait aux Etats d’assurer que chaque étranger justiciable obtienne effectivement ce à quoi il peut légitimement prétendre en vertu du droit interne applicable. Et c’est donc parce que l’obligation de protection judiciaire des étrangers est une obligation de moyens que la violation de cette obligation ne peut être constatée par un juge international que si la victime prouve

171 Affaire *Carlos Alberto Marin Ramirez c. Colombie*, 29 septembre 1998, Req. n°11/403.

172 DE VISSCHER (C.) « Le déni de justice en droit international », *R.C.A.D.I.*, 1935-2, p.376.

que le jugement est à ce point choquant que l'exercice de la fonction juridictionnelle ne peut plus être présumé conforme au standard international minimum.

La jurisprudence plus récente en matière de protection des investissements étrangers confirme cette déduction en posant explicitement que l'obligation coutumière de protection des étrangers, tant en ce qui concerne son volet prévention et répression, qu'en ce qui concerne son volet protection judiciaire, est bien une obligation de moyens.

B) Jurisprudence relative à la protection des investissements étrangers

Dans nombre de traités relatifs à la promotion et à la protection des investissements étrangers¹⁷³, on trouve des clauses concernant le traitement juste et équitable et l'entière sécurité et protection que les Etats d'accueil doivent assurer aux investissements étrangers. Or le traitement juste et équitable et la sécurité pleine et entière correspondent aux deux objets de l'obligation coutumière de protection des étrangers, subdivisée en obligation de prévention-répression et en obligation de protection judiciaire. Ceci n'est d'ailleurs pas étonnant si l'on considère que l'obligation coutumière de protection des étrangers est historiquement liée aux traités de commerce et de navigation. Or, si certaines de ces dispositions font explicitement référence au standard international minimum comme critère de licéité du traitement attendu des Etats en matière de protection des investissements étrangers¹⁷⁴, ce n'est pas le cas de toutes. La définition de ce traitement a ainsi récemment donné lieu à une importante jurisprudence, notamment en ce qui concerne l'interprétation de l'article 1105 de l'Accord de libre échange nord-américain (ALENA), laquelle nous permet de confirmer la nature de l'obligation violée par le déni de justice comme obligation de

173 Voir par exemple la convention établissant l'Agence multilatérale de garantie des investissements, la Convention Lomé IV, le traité ASEAN, le traité sur la Charte de l'énergie, et surtout l'ALENA, dont l'article 1105 a donné lieu à une jurisprudence importante sur le déni de justice matériel, laquelle fera l'objet de notre analyse.

174 Par exemple, dans les accords de libre-échange Etats-Unis/Chili et Etats-Unis/Singapour, la clause relative au traitement juste et équitable et à la pleine et entière sécurité a été énoncée de manière très explicite en référence au standard international minimum coutumier, et accompagnée d'une note explicative précisant que le niveau de traitement à accorder aux investissements était effectivement le traitement international minimum requis par le droit coutumier, le traitement attendu des états d'accueil des investissements étrangers n'excédant donc pas le traitement exigé par le droit coutumier au profit des étrangers.

moyens. Dans cette optique, nous analyserons la solution retenue après avoir rappelé les éléments du débat.

1) *Éléments du débat*

L'article 1105 de l'ALENA¹⁷⁵, intitulé « standard minimum de traitement », dispose que chacune des Parties doit accorder aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie, un traitement conforme au droit international, y compris un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité pleine et entière. La référence à un traitement conforme au droit international sans autre précision, indépendamment de l'intitulé de la disposition, a généré une importante controverse entre États d'accueil des investissements et investisseurs étrangers, dont les opinions se sont opposées quant au sens et à la portée de la disposition. En effet, le traitement auquel la disposition fait référence pouvait être compris, soit comme le traitement international minimum de droit international coutumier, soit comme un traitement autonome plus protecteur, le standard international minimum n'étant plus un critère adapté aux temps modernes pour déterminer la licéité du comportement des États à l'égard des investissements étrangers. Dans ce dernier cas, l'obligation de protection des investissements étrangers correspondrait à une obligation de résultat, au sens civiliste du terme¹⁷⁶, et permettrait donc à l'investisseur victime d'une violation de l'article 1105 de prouver l'existence de cette violation en démontrant que le traitement accordé par l'État n'a pas été conforme à ses attentes légitimes, et non pas que l'action de l'État a été défailante au point d'être choquante au regard du standard international minimum coutumier.

Défendue notamment par F.A. Mann dès 1981¹⁷⁷, l'idée que le standard international minimum, visant à distinguer le choquant du tolérable, n'était plus adapté à une société ayant une plus haute idée de la justice, a trouvé écho dans certaines décisions arbitrales. Ainsi, dans la première affaire *Pope & Talbot Inc. c.*

¹⁷⁵ Pour une étude plus approfondie de la question, voir THOMAS (J.C.), "Reflections on Article 1105 of NAFTA : History, State Practice and the Influence of Commentators", *F.I.L.J.*, vol.17, 2002-1, p.21.

¹⁷⁶ L'obligation de résultat est définie comme « une obligation pour le débiteur de parvenir à un résultat déterminé, de telle sorte que la responsabilité du débiteur est engagée sur la seule preuve que le fait n'est pas réalisé, sauf à se justifier, s'il le peut, en prouvant que le dommage vient d'une cause étrangère ».

¹⁷⁷ MANN (F.A.), "British Treaties for the Promotion and Protection of Investments", *B.Y.I.L.*, 1981, p. 52.

Canada, du 10 avril 2001, le tribunal a-t-il admis que l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable accorde une protection supérieure à celle du droit coutumier, un déni de justice pouvant être constaté indépendamment de l'existence d'une négligence ou d'une injustice grave et évidente¹⁷⁸.

Le 31 juillet 2001, la Commission de libre-échange a tranché le débat en précisant l'interprétation à donner à l'article 1105 de l'Accord, en se fondant en particulier sur le titre de la disposition, conformément à un principe classique d'interprétation : le standard de traitement à accorder aux investissements étrangers est bien le standard international minimum de traitement des étrangers de droit coutumier. Le traitement juste et équitable attendu des Etats d'accueil des investissements étrangers n'exige donc pas un traitement au-delà de celui qu'impose l'obligation coutumière de protection des étrangers¹⁷⁹.

Les arbitres étant liés par l'interprétation donnée par la Commission¹⁸⁰, ceux-ci se sont ralliés à sa position¹⁸¹. Cependant, la jurisprudence du CIRDI, tout en confirmant que le traitement attendu des Etats d'accueil des investissements étrangers est bien le traitement international minimum auquel se réfère l'obligation coutumière de protection des étrangers, et que cette dernière est effectivement une obligation de moyens, appelle néanmoins quelques remarques.

2) *Solution retenue*

Les décisions arbitrales les plus récentes en la matière sont unanimes : le traitement accordé aux investissements étrangers doit être apprécié au regard du standard international minimum, ce qui suppose plusieurs choses.

D'abord, le standard international minimum se contente d'établir un plancher au-dessous duquel ne doivent pas descendre les Etats dans le traitement qu'ils accordent aux investisseurs étrangers. C'est cet aspect du standard coutumier, déjà

178 Affaire *Pope & Talbot Inc. c. Canada* (2e phase), 10 avril 2001, §118 ; voir aussi affaire *Methanex Corporation c. Etats-Unis d'Amérique*, 11 octobre 2002, *ICSID Report*, vol.7, p.239 et s.

179 *ICSID Report*, vol.6, p.367.

180 a.1131 ALENA.

181 Voir l'affaire *Pope & Talbot Inc. c. Canada* (dommages), 31 mai 2002, §55-56.

souligné par la jurisprudence *Hopkins*¹⁸², que le tribunal arbitral a rappelé dans l'affaire *Myers c. Canada*, selon laquelle “*the minimum standard is a floor below which the treatment of foreign investors must not fall, even if a government were not acting in a discriminatory manner*”¹⁸³.

Ensuite, le standard international minimum est la conduite de référence au regard de laquelle le traitement accordé aux investissements étrangers doit être évalué, ainsi que l'a déjà clairement établi la décision *Neer*¹⁸⁴. Cette conduite, définie dans la jurisprudence classique comme la pratique moyenne des nations civilisées est une conduite normale, au sens de moyenne, parce qu'induite des comportements les plus nombreux. Cependant, si le standard international minimum est le comportement moyen marquant le seuil au-dessous duquel les Etats ne doivent pas descendre dans le traitement qu'ils accordent aux ressortissants d'autres Etats, la notion de standard est une notion complexe, ainsi que l'a démontré le professeur Rials, laquelle correspond plus largement à une technique de formulation d'une règle de droit, ayant pour effet une certaine indétermination *a priori* de celle-ci. Révélé par l'utilisation de certaines formes et permettant la mesure de comportements et de situations en termes de normalité, le standard « permet une régulation permanente du système juridique par le biais de la délégation de pouvoir normatif qu'il opère en laissant à l'autorité qui applique la règle de droit ainsi formulée le pouvoir de l'actualiser »¹⁸⁵. L'obligation de se conformer à un standard est donc une règle évolutive, que son interprète adapte aux temps, aux lieux et aux circonstances, en la concrétisant par son application aux faits de l'espèce, déterminant ce qui est licite de ce qui ne l'est pas, en fonction de ce qui lui paraît normal ou acceptable par la société, au moment où les faits sont appréciés. C'est ainsi que la jurisprudence a rappelé que non seulement le standard de traitement juste et équitable et de protection pleine et entière ne pouvait être déterminé abstraitement¹⁸⁶, mais également que le standard minimum auquel l'article 1105 fait référence est un critère évolutif, qui n'est donc pas fixé dans le temps par la

182 Affaire *George W. Hopkins*, Etats-Unis d'Amérique c. Mexique, 3 juin 1927, R.S.A., vol.IV, p.218-219

183 Affaire *S.D. Myers c. Canada*, 13 novembre 2000, §259

184 Affaire *Neer*, Etats-Unis d'Amérique c. Mexique, 15 octobre 1926, R.S.A., vol.IV, p.61 : “The propriety of governmental acts should be put to the test of international standard”

185 RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard – Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité* –, Paris, L.G.D.J., 1980, p.120

186 Affaire *Mondev International Ltd c. Etats-Unis d'Amérique*, 11 octobre 2002, n°ARB(AF)/99/2, *ICSID Report*, vol.6 (2004), §118.

définition qu'en a donnée la jurisprudence du début du XXe siècle, illustrée par l'affaire *Neer* à l'occasion de laquelle il a été établi que « *the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency* »¹⁸⁷. Ainsi, dans l'affaire *Mondev*, le tribunal arbitral a-t-il tenu à préciser que « *to the modern eye, what is unfair or inequitable need not to equate with the outrageous or the egregious. In particular, a state may treat a foreign investment unfairly and inequitably without necessarily acting in bad faith [...] the content of the minimum standard today cannot be limited to the content of customary international law as recognised in arbitral decision in the 1920s* »¹⁸⁸. Plutôt que la nature du standard au regard duquel évaluer le traitement accordé aux Etats d'accueil des investissements étrangers, c'est donc le seuil de normalité auquel se référer qui a été remis en cause par la jurisprudence du CIRDI, considérant que le standard international minimum ne doit pas permettre de déterminer le comportement étatique illicite au regard du seul tolérable, mais au regard du satisfaisant, notamment en tenant compte des attentes légitimes des investisseurs.

En revanche, l'évolution naturelle du standard n'implique pas de changement de nature de l'obligation de protection des étrangers. La jurisprudence a ainsi confirmé que l'obligation de protection des investissements étrangers, comme l'obligation coutumière de protection des étrangers, était bien une obligation de moyens, refusant d'admettre la responsabilité de l'Etat lorsque le traitement accordé aux investissements étrangers ne correspondait pas exactement au traitement attendu par les investisseurs. En effet, conformément à la définition des deux types d'obligation, les modalités de preuve de la violation d'une obligation de moyens se distinguent des modalités de preuve de la violation d'une obligation de résultat. C'est ainsi que la jurisprudence du CIRDI a confirmé la nature de l'obligation de protection des étrangers, dont la violation ne peut être établie que si le requérant démontre que l'Etat n'a pas agi avec la diligence requise, en rapportant la preuve d'une action anormalement négligente, et non que l'Etat aurait pu agir avec plus de diligence. Dans l'affaire *Pantechniki SA contractors and engineers c. Albanie*¹⁸⁹, le tribunal arbitral a

187 Affaire *Neer*, Etats-Unis d'Amérique c. Mexique, 15 octobre 1926, R.S.A., vol.IV, p. 61-62.

188 Affaire *Mondev International Ltd c. Etats-Unis d'Amérique*, prec., § 116 et 123.

189 Affaire *Pantechniki SA contractors and engineers c. Republic of Albania*, 30 juillet 2009, ARB/07/21, §94 : « The general rule is that "mere error in the interpretation of the national law does not *per se* involve responsibility." Wrongful application of the law may nonetheless provide "elements of proof of a denial of justice". But that requires an extreme

ainsi confirmé la jurisprudence classique selon laquelle la violation de l'obligation coutumière de protection des étrangers ne peut être établie que « *on the basis of convincing evidence of a pronounced degree of improper governmental action* »¹⁹⁰. A cet égard, la décision rendue dans l'affaire *Asian Agricultural Products Limited c. Sri Lanka*¹⁹¹ illustre bien la distinction entre les modalités de preuve requises en fonction de la nature de l'obligation violée, le tribunal arbitral ayant fait droit à la demande du requérant, dont l'entreprise de culture de crevettes avait été totalement détruite par des agents de l'Etat au cours d'une action de répression contre des rebelles, soupçonnés de se cacher parmi le personnel de l'entreprise, en considération du fait que si l'Etat n'est pas tenu d'assurer une protection absolue des investissements étrangers au titre de l'article 1105 ALENA, en l'occurrence le manque de précaution des agents de l'Etat était évident au point que l'action étatique ne pouvait être considérée comme licite au regard du standard minimum de diligence.

En définitive, l'obligation de bonne administration de la justice interne ne s'oppose pas à l'existence d'un droit au jugement juste et équitable, qui pourrait dès lors être violé par un déni de justice substantiel. Il nous reste donc à vérifier que dénis de justice procédural et substantiel sont tous deux des formes de violation de l'obligation coutumière de protection judiciaire des étrangers.

§2 - Nature du déni de justice

La reconnaissance du déni de justice substantiel comme violation de l'obligation coutumière de protection des étrangers s'est vu opposer un autre argument, tenant au fait que le jugement manifestement injuste à l'origine du déni de justice substantiel ne peut être qu'un jugement définitif dans l'ordre juridique interne, car lui seul dispose de l'autorité de la chose jugée, tandis que le déni de justice formel résulterait de tout acte ou omission des autorités judiciaires nationales, y compris subalternes, non réparé au terme de l'épuisement des voies de recours internes mises à la disposition de l'étranger requérant. Déni de justice substantiel et formel seraient ainsi des faits

test: the error must be of a kind which no "competent judge could reasonably have made". Such a finding would mean that the state had not provided even a minimally adequate justice system ».

190 Affaire *Salem*, Egypte c. Etats-Unis, 8 juin 1932, *R.S.A.*, vol.II, p.1163.

191 Affaire *Asian Agricultural Products Limited c. Democratic socialist Republic of Sri Lanka*, 27 juin 1990, n°ARB/87/3, ICSID report, vol.4, p.246.

illicites distincts, violations d'obligations internationales distinctes, seul le déni de justice formel constituant une violation de l'obligation coutumière de protection judiciaire des étrangers. Cet argument doit néanmoins être écarté, parce qu'il résulte à la fois d'une conception erronée du jugement manifestement injuste, et d'une conception erronée de la responsabilité internationale de l'Etat pour violation de l'obligation de protection judiciaire des étrangers, ce que les travaux de codification du droit de la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites ainsi que la jurisprudence contemporaine permettent de démontrer. Après avoir étudié la controverse relative au moment de naissance de la responsabilité internationale de l'Etat pour déni de justice (A), nous verrons que l'obligation de protection judiciaire des étrangers est une obligation *sui generis* dont la violation, caractéristique du fait internationalement illicite complexe, peut prendre différentes formes (B).

A) *La controverse relative au moment de naissance de la responsabilité internationale de l'Etat pour déni de justice*

A cet égard, deux positions majeures se sont affrontées dès le début du XXe siècle, avec les premières tentatives de codification du droit de la responsabilité des Etats pour préjudices causés aux étrangers (1), le débat ayant ensuite été réalimenté par l'intervention du second rapporteur à la Commission du droit international, Roberto Ago, dans le cadre de la codification du droit de la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite (2).

1) *Positions classiques*

Pour les uns¹⁹², dès que les autorités étatiques commettent un acte qui n'est pas conforme au droit international, tant la responsabilité de l'Etat ayant commis l'acte en cause, que le droit de protection diplomatique de l'Etat de nationalité de la victime de cet acte, naissent simultanément comme conséquences de l'acte étatique préjudiciable, mais l'exercice du droit de protection diplomatique est, lui, conditionné

192 EAGLETON (C.), « Une théorie au sujet du commencement de la responsabilité », *R.D.I.L.C.*, 1930, p.643-659.

par la mise en œuvre de la règle procédurale d'épuisement des voies de recours internes, donnant ainsi à l'Etat l'occasion de se décharger de sa responsabilité internationale, pourtant déjà engagée. La responsabilité internationale apparaît ainsi dès qu'il y a violation du droit international et, en l'occurrence, toute infraction aux règles relatives au traitement international minimum des étrangers, y compris judiciaire, engage immédiatement la responsabilité de l'Etat, bien que celui-ci ait la possibilité de se dégager de cette responsabilité grâce à l'action de ses tribunaux internes. En effet, selon cette théorie, la règle de l'épuisement des voies de recours internes vise à réaliser un équilibre entre la souveraineté de l'Etat territorial et les exigences du droit international en instituant « une hiérarchie dans les recours »¹⁹³, c'est donc une condition de recevabilité de la réclamation diplomatique qui affecte la mise en œuvre de la responsabilité internationale et non l'existence même de cette responsabilité. Une jurisprudence importante conforte cette position, l'obligation d'épuiser les voies de recours étant en effet généralement envisagée par les juges internationaux, lors des exceptions préliminaires, comme une condition d'exercice de la protection diplomatique, ainsi que le soulignent tant l'affaire *Interhandel*¹⁹⁴ que l'affaire *Panevezys-Saldutiskis*¹⁹⁵. Ainsi, pour J. Chappex comme pour E. Jimenez de Aréchaga par exemple, le déni de justice naît dès qu'un organe de l'Etat commet un acte judiciaire non conforme à l'obligation de protection des étrangers, et ce quel que soit son rang hiérarchique, bien que le second, à la différence du premier, exclue le jugement manifestement injuste des actes judiciaires susceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat pour déni de justice.

Pour les autres, dont Borchart¹⁹⁶ notamment, la naissance de la responsabilité internationale de l'Etat est concomitante à l'obligation d'accorder réparation, or la violation du droit international n'apparaît que lorsqu'il n'y a plus de possibilité de réparation du préjudice au niveau interne, c'est donc le fait, pour les tribunaux

193 CHAPPEZ (J.), *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Paris, Pedone, 1972, p.11. Dans le même sens : AMERASINGHE (C.), *The Local Remedies Rules in International Law*, Cambridge, Grotius Publications, 1990, 410 p. ; PANAYOTACOS (C.), *La règle de l'épuisement des voies de recours internes en théorie et en pratique*, Marseille, Mouillot, 1952, 117 p. ; LAW (C.), *The Local Remedies Rule in International Law*, Genève, Droz, 1961, 153 p.

194 Affaire de l'*Interhandel*, Suisse c. Etats-Unis d'Amérique, arrêt du 21 mai 1959 (exceptions préliminaires), Rec. 1959.

195 Affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, 28 février 1939, série A/B, n°76

196 BORCHARD (E.), *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New-York, The Banks Law Publishing Co, 1927, 988 p. Voir également DUMAS (J.), « Du déni de justice considéré comme condition de la responsabilité internationale des Etats en matière criminelle », *R.D.I.L.C.*, 1929, p. 277-307.

nationaux, de ne pas réparer l'acte étatique dommageable initial, conformément aux exigences du droit international, qui fait naître la responsabilité internationale de l'Etat. Cette théorie repose sur une conception dualiste des rapports entre ordres juridiques : tant que les recours internes ne sont pas épuisés, un acte non conforme au droit international ne fait naître qu'une responsabilité interne à l'égard de l'étranger, puisque seuls les actes définitifs de l'Etat peuvent être considérés comme des actes internationaux¹⁹⁷. C'est dans ce contexte que doit être placée la distinction entre déni de justice interne¹⁹⁸ et déni de justice international, seul le premier étant en cause tant que le tribunal suprême n'a pas confirmé la « violation » de l'obligation de protection judiciaire par un jugement manifestement injuste constituant, lui, le déni de justice international. Selon cette théorie, la règle de l'épuisement des voies de recours internes est une condition préalable à la naissance de la responsabilité et le déni de justice, assimilé à l'épuisement vain des voies de recours internes, conditionne toute réclamation diplomatique dont il constitue la cause. Il en va ainsi quel que soit l'acte préjudiciable commis à l'encontre des étrangers, d'ordre public ou privé, judiciaire ou non, le déni de justice résultant de la décision de l'instance juridictionnelle suprême de ne pas réparer l'acte non conforme initial, laquelle rend la violation du droit international définitive dans l'ordre interne.

Enfin, selon une théorie mixte¹⁹⁹, si le fait préjudiciable aux étrangers est celui d'un particulier, il n'y a responsabilité de l'Etat que pour déni de justice, le fait illicite est alors la décision définitive et la règle de l'épuisement des voies de recours internes est donc une règle matérielle, alors que si l'atteinte initiale est le fait de l'Etat, la responsabilité est immédiatement engagée et la règle de l'épuisement des voies de recours internes est alors une règle de procédure.

Au moment de la controverse, la jurisprudence permettait d'autant moins de trancher la question que la notion même de déni de justice faisait l'objet de nombreuses confusions, alimentant le débat sur le moment de naissance de la

197 Pour Borchard, « c'est le caractère définitif de l'action de l'Etat qui justifie seul la présentation d'une demande internationale de réparation (responsabilité internationale) », *R.D.I.L.C.*, 1931, p.37.

198 Le déni de justice interne doit être distingué du déni de justice de droit interne.

199 Notamment défendue par EAGLETON (C.), *The Responsibility of State in International Law*, New-York, University Press, 1928 ; EUSTATHIADES (C.), *La responsabilité des Etats pour les actes des organes judiciaires et le problème du déni de justice en droit international*, 2 vol., Paris, Pedone, 1936, 450 p. ; FREEMAN (A.), *The International Responsibility of State for Denial of Justice*, London, New-York, Toronto, Longmans, Green and co., 1938, 758p.

FAWCETT (J.), "The Exhaustion of Local Remedies: Substance or Procedure ?", *B.Y.B.I.L.*, 1954, vol. 31, p. 452.

responsabilité des Etats pour les actes et omissions de leurs organes judiciaires, dont l'assimilation entre déni de justice et épuisement vain des voies de recours internes, tantôt comme cause de la responsabilité et tantôt comme condition d'internationalisation d'un différend d'origine privée, n'est qu'un exemple. Ceci explique en partie que les différents travaux de codification sur la question n'aient pas emporté d'adhésion générale, et que la Commission du droit international ait adopté une nouvelle approche de la question à la suite du Rapporteur Ago, à partir de 1963, refusant de limiter les travaux de codification du droit de la responsabilité internationale des Etats aux actes préjudiciables aux étrangers parce qu'une vision aussi étroite de la question n'était pas justifiée par la spécificité de la violation de l'obligation de protection des étrangers, et empêchait même la systématisation nécessaire du lien entre fait illicite et responsabilité internationale de l'Etat²⁰⁰.

2) *Position du Rapporteur Ago*

Pour R. Ago, la distinction fondamentale à admettre pour bien cerner le droit de la responsabilité des Etats pour fait illicite était la distinction entre normes primaires et normes secondaires, la responsabilité étant l'ensemble des normes secondaires s'imposant à l'Etat comme conséquences de la violation d'une norme primaire. Car « une chose est [de] définir une règle et le contenu de l'obligation qu'elle impose et autre chose [d']établir si cette obligation a été violée et quelles doivent être les suites de cette violation. Seul ce deuxième aspect fait partie du domaine propre de la responsabilité ; favoriser une confusion à cet égard serait élever un obstacle qui risquerait de faire échec une fois de plus à l'espoir de réussir une codification de ce sujet »²⁰¹. Dès lors que la responsabilité de l'Etat dépendait de la nature des normes primaires violées, il importait de définir des catégories de normes primaires et les types de faits illicites correspondant à leur violation.

Le rapporteur a ainsi proposé de distinguer trois types de règles primaires. L'obligation de comportement déterminé, imposant à l'Etat d'adopter un comportement spécifique, sa violation résulterait de tout comportement qui n'est pas

²⁰⁰ Ago, A/CN.4/217 et Add. 1 et 2, et A.C.D.I. 1970-II

²⁰¹ 2e rapport Ago (A/CN.4/233, §7), A.C.D.I. 1970, vol.II

conforme à celui requis par l'obligation (a. 20 du projet de codification adopté en 1981). L'obligation de résultat déterminé, imposant à l'Etat d'assurer un certain résultat tout en le laissant plus ou moins libre de choisir les moyens à mettre en œuvre pour aboutir à ce résultat, voire à un résultat de rechange, sa violation résulterait de la seule constatation que le résultat requis n'a pas été assuré (a. 21). Enfin, l'obligation de prévenir un événement déterminé (a. 23), bien que distinguée de l'obligation de résultat déterminé, ne présentait pas de spécificité par rapport à elle.

Quant aux catégories de faits illicites, R. Ago en a distingué quatre types, caractérisés par le moment de naissance de la responsabilité et sa durée, ainsi que le temps de perpétration du fait illicite, la détermination de la manière dont la violation d'une norme primaire s'étend dans le temps permettant de fixer l'étendue du préjudice et donc de la réparation, de s'assurer la compétence *ratione temporis* de la juridiction internationale, de fixer les éventuels délais de prescription et de déterminer le droit en vigueur au moment de la commission des faits. Parmi ces types de faits internationalement illicites, le fait complexe (a. 25 §3) nous intéresse en particulier puisque de l'avis même du Rapporteur, le déni de justice constituait un fait illicite complexe²⁰². Dans son cinquième rapport à la Commission du droit international, en 1976, le Rapporteur Ago avait en effet soutenu que la violation d'une obligation prescrivant l'obtention d'un résultat déterminé tout en laissant les Etats libres du choix des moyens à mettre en œuvre pour y parvenir se matérialisait par un fait internationalement illicite, dit complexe, parce que constitué d'un ensemble d'actions ou d'omissions étatiques ayant trait à une même affaire, dont la première amorcerait la violation de l'obligation et dont la dernière confirmerait cette violation. L'obligation ne serait donc violée qu'à partir du dernier comportement étatique, rendant définitivement irréalisable l'obtention par l'Etat du résultat attendu, cependant que le temps de perpétration du fait illicite débiterait avec le premier comportement non conforme. La violation de l'obligation de protection des étrangers constituerait ainsi un fait internationalement illicite complexe n'engageant la responsabilité internationale de l'État qu'après la dernière décision de justice nationale ayant trait à une affaire dont le premier acte dommageable aux étrangers marquerait le début de la violation, l'épuisement des voies de recours internes étant

202 A.C.D.I., 1977-I, §11, p.250-251.

considéré comme une condition de fond d'existence du fait illicite (a. 22). En effet, pour le Rapporteur, la violation de l'obligation de protection des étrangers est une obligation de résultat déterminé permettant que l'État respecte ses engagements soit en assurant aux étrangers un traitement international minimum, soit en réparant, dans l'ordre interne, un traitement non conforme, en tant que résultat de rechange attendu. Dès lors, ce n'est que faute pour l'État d'avoir atteint le résultat exigé, ou son résultat de rechange, au fur et à mesure que s'épuisent les voies de recours internes, que la responsabilité internationale de l'État peut être engagée pour la violation de l'obligation de protection des étrangers, et donc pour déni de justice.

Définir ainsi le déni de justice rapproche la position de Roberto Ago de celle de Borchard, notamment en ce que l'épuisement des voies de recours apparaît dans les deux cas comme une condition d'existence du déni de justice, mais les deux théories se distinguent clairement quant à leur fondement. En effet, alors que Borchard fait reposer la naissance de la responsabilité internationale de l'État, avec le dernier acte, sur la possibilité de réparation dans l'ordre interne d'un acte internationalement non conforme, la naissance de la responsabilité pour déni de justice avec le dernier acte interne résulte, pour R. Ago, de la nature de la règle primaire, car les obligations de résultat déterminé ne sauraient être méconnues qu'à partir du moment où les voies de recours internes ont été épuisées sans que l'État parvienne à obtenir le résultat prescrit, ou son résultat de rechange, c'est-à-dire tant que des moyens subsistent pour que l'État s'acquitte de ses obligations. Dans ce dernier cas, l'existence d'une possibilité d'obtenir le résultat attendu, ou son résultat de rechange, s'oppose à la naissance de toute responsabilité de l'État, y compris dans l'ordre juridique interne.

Objet de critiques importantes, les propositions du rapporteur Ago n'ont finalement pas été retenues par la Commission du droit international, le projet de codification finalement proposé à l'adoption ayant été expurgé de toute référence aux différentes catégories d'obligations primaires et de faits internationalement illicites. Pour notre étude²⁰³, il n'est pas utile de rentrer dans le détail de ces critiques, aussi

203 Pour notre étude, il n'est pas intéressant de se positionner, notamment parce que la question du *tempus commissi delicti* n'a pas d'intérêt concernant la violation de l'obligation coutumière de protection des étrangers, mais dans son étude de responsabilité de l'État sur le fondement des Traités de promotion et de protection des investissements, Mathieu Raux a clairement démontré l'application du régime juridique attaché au fait illicite complexe aux cas de dénis de justice lors de situations « chevauchantes ». Voir RAUX (M.), *La responsabilité de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements*, Thèse, Paris II, 2010, p.301 et s.

fondées aient-elles été. Il nous suffit de noter qu'elles ont essentiellement porté sur la distinction entre les types d'obligations primaires, sans remettre en cause le lien entre nature de l'obligation violée et fait internationalement illicite, ce que la responsabilité internationale de l'État pour déni de justice illustre très clairement. C'est donc ce lien que nous analyserons pour démontrer que dénis de justice formel et substantiel sont deux formes de violation d'une même obligation, l'obligation coutumière de protection judiciaire des étrangers.

B) *Le déni de justice substantiel, une forme de violation de l'obligation de protection judiciaire des étrangers*

La jurisprudence révèle que dénis de justice formel et substantiel sont deux formes de déni de justice. En effet, la responsabilité internationale de l'État pour toute violation de l'obligation coutumière de protection judiciaire des étrangers est caractéristique, car cette obligation est une obligation *sui generis*. Nous verrons ainsi que la responsabilité internationale pour déni de justice naît effectivement avec le jugement rendu définitivement dans l'ordre juridique interne (1), et que l'épuisement des voies de recours internes est une condition d'existence du déni de justice (2).

1) Naissance de la responsabilité pour déni de justice

L'obligation de protection judiciaire des étrangers est une obligation, pour l'Etat, de faire en sorte d'assurer une bonne administration de la justice nationale. Cette obligation s'impose donc à toutes les autorités constituant le « système judiciaire » de l'État²⁰⁴, et c'est donc le comportement de ce système dans son entier qui doit être apprécié globalement par le juge international pour déterminer l'existence d'un déni de justice. La jurisprudence est très claire à cet égard, qu'il s'agisse de l'obligation de protection judiciaire coutumière ou conventionnelle. Ainsi, dans l'affaire *Ambatielos*²⁰⁵, a-t-il été explicitement rappelé que c'est l'ensemble des actes d'administration de la justice nationale qui devait être évalué au regard du

²⁰⁴ La notion d'organes judiciaires aura été analysée en introduction.

²⁰⁵ Affaire *Ambatielos*, Grèce c. Royaume-Uni, 6 mars 1956, *R.S.A.*, vol. XII, p.120.

standard minimum. De même, dans l'arrêt *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a également souligné : « *the Court must examine the domestic judicial proceedings as a whole [...] to establish whether said actions contravene the standards on the right to fair trial and judicial protection [...]* »²⁰⁶. La jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme est encore plus précise à cet égard. La Cour a ainsi explicité le fait que les exigences du procès équitable concernent le procès dans son ensemble et ne sont pas applicables de la même façon à chaque instance du procès. Le contrôle de la mise en œuvre de l'obligation de protection judiciaire doit ainsi être concret, c'est-à-dire propre à chaque espèce, et global²⁰⁷.

A cet égard, on ne saurait distinguer le déni de justice substantiel du déni de justice formel. En effet, considérer que seul le jugement définitif manifestement injuste engage la responsabilité de l'Etat parce que lui seul dispose de l'autorité de la chose jugée découle d'une compréhension inexacte du jugement manifestement injuste. Comme nous l'avons précédemment souligné, le déni de justice substantiel résulte de l'exercice déraisonnable de la fonction juridictionnelle et non d'une décision de justice particulière même si celle-ci objective le caractère déraisonnable de cet exercice. C'est pourquoi la constatation du déni de justice purement substantiel ne peut que résulter de l'évaluation de l'ensemble des décisions de justice. C'est ainsi que dans son arrêt *Gok et a. c. Turquie*²⁰⁸, la Cour de Strasbourg a pu considérer que la seconde décision de la Cour de cassation turque, opérant un revirement injustifié par rapport à la position qu'elle avait précédemment adoptée, entraînait un déni de justice. De même, un déni de justice purement procédural ne peut que résulter de l'évaluation de l'ensemble des actes de procédure judiciaire. C'est ainsi que la Cour européenne a pu considérer, dans son arrêt *Schenk c. Suisse*²⁰⁹ que le fait d'admettre des preuves illégales au procès ne constituait pas en soi de violation du droit au procès équitable, dès lors que ces preuves pouvaient être utilisées équitablement pendant le procès, ce qui compensait le premier acte non conforme. Enfin, plus

206 Affaire *Myrna Mack Chang c. Guatemala* (fond), 25 novembre 2003, Série C, n°101, §201. Dans le même sens, l'arrêt *Reinaldo Figueredo Planchart c. République Bolivarienne du Venezuela*, 13 avril 2000, req. n°11.298, §139. Voir également la jurisprudence de la Cour EDH : les arrêts *Goddi c. Italie*, 9 avril 1984, ser.A, n°76, §28 et *Granger c. Royaume-Uni*, 28 mars 1990, ser.A, n°174, §46 ;

207 Voir les développements ultérieurs.

208 Arrêt *Gok et a. c. Turquie*, 27 juillet 2006, Req. n° 71867/01, 71869/01, 73319/01 et 74858/01.

209 Arrêt *Schenk c. Suisse*, 12 juillet 1988, A-140, notamment §28.

généralement, le déni de justice est constaté au regard du jugement manifestement injuste, c'est-à-dire du dernier acte judiciaire, apprécié au regard de l'ensemble de la procédure. L'affaire *Loewen*²¹⁰ illustre bien notre propos, puisque le tribunal arbitral a explicitement considéré que la décision de la Cour suprême du Mississippi condamnant le requérant, entrepreneur canadien de pompes funèbres, à verser 625 millions de dollars au concurrent américain qui l'avait assigné en justice pour la rupture d'un contrat d'une valeur de cinq millions de dollars, constituait un jugement manifestement injuste, le montant manifestement disproportionné du dédommagement obtenu devant être mis en relation avec la passivité du juge face aux propos xénophobes tenus par l'avocat du concurrent lors des procédures orales, cette passivité constituant en effet un défaut d'impartialité qui ne suffisait pas en soi à faire naître la responsabilité internationale de l'Etat.

Conséquence directe de la nature particulière de cette obligation « de système », la naissance de la responsabilité internationale de l'Etat pour déni de justice ne peut naître qu'avec la dernière décision des autorités juridictionnelles, rendant le comportement judiciaire global définitif dans l'ordre juridique interne. Ainsi les théories classiques précédemment rappelées concernant le moment de naissance de la responsabilité des Etats pour violation de l'obligation coutumière de protection des étrangers doivent-elles être écartées comme inapplicables au cas de déni de justice. En effet, la responsabilité pour déni de justice ne peut évidemment pas être considérée comme engagée dès le premier acte judiciaire non conforme mais suspendue tant que des recours existent puisque ce premier acte non conforme n'est qu'un élément du comportement judiciaire évalué dans sa globalité. Mais la théorie de Borchard doit également être rejetée, bien qu'elle coïncide avec la réalité en ce qui concerne le moment de naissance de la responsabilité pour déni de justice, car son fondement est erroné. En effet, là encore la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme est très explicite : les différentes garanties du droit au procès équitable constituant les divers éléments de l'unique exigence de procès équitable, le respect de telle ou telle garantie doit en effet être soupesé par rapport à l'ensemble du

²¹⁰ Affaire *The Loewen group et Raymond Loewen c. États-Unis d'Amérique*, 26 juin 2003, n° ARB(AF)/98/3, *ICSID Report*, vol.7, p.442, §137.

procès, la défaillance d'une garantie en première instance pouvant être compensée²¹¹ par le comportement ultérieur d'une autre autorité judiciaire. C'est ainsi que, par exemple, l'utilisation équitable de preuves illégales admises au procès peut compenser l'admission de telles preuves, évitant ainsi que soit engagée la responsabilité de l'Etat pour déni de justice. Or la notion de compensation doit être distinguée de celle de réparation. En effet, la réparation suppose que le comportement initial n'est pas conforme au droit international en lui-même, ce pour quoi il doit être réparé dans l'ordre interne, même si la mise en œuvre de la responsabilité internationale au niveau international est suspendue tant que l'Etat a la possibilité de se dégager de cette responsabilité en réparant le fait illicite dans l'ordre interne. En réalité, l'appréciation globale du comportement judiciaire empêche de considérer un seul acte comme non conforme au droit international, c'est pourquoi l'acte incompatible peut être compensé par un acte postérieur, et non pas réparé. A cet égard, la position du rapporteur Ago est donc plus conforme à la jurisprudence.

Autre conséquence de la spécificité de l'obligation de protection judiciaire des étrangers, l'épuisement des voies de recours est une condition d'existence du déni de justice.

2) *L'épuisement des voies de recours internes,
condition de fond de la responsabilité internationale de l'Etat
pour déni de justice*

La nature de la règle de l'épuisement des voies de recours internes a été une question centrale pour la détermination de la responsabilité internationale de l'État pour ces actes, ce qu'illustrent les différentes tentatives de codification du droit de la responsabilité des Etats pour les actes préjudiciables aux étrangers, ainsi que la proposition du rapporteur Ago sur la question. Le projet de codification du droit de la responsabilité internationale des Etats pour fait illicite, adopté en 2001 sous l'impulsion du rapporteur James Crawford, a finalement écarté cette question litigieuse sans pour autant trancher la controverse relative à la nature de la règle de

²¹¹ Il ne s'agit pas de réparation, ce qui supposerait que le comportement initial engage la responsabilité internationale même si sa mise en œuvre est suspendue parce que l'Etat a la possibilité de se dégager de cette responsabilité en réparant le fait illicite dans l'ordre interne.

l'épuisement des voies de recours internes, le rapporteur ayant considéré que cette question ne relevait pas du droit de la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite, mais du droit de la protection diplomatique. En effet, la règle est généralement considérée comme une règle procédurale, conséquence logique du principe, unanimement admis, selon lequel l'État est responsable des actes de ses organes quels qu'ils soient, et donc également responsable des actes de ses organes subalternes. L'épuisement des voies de recours internes est ainsi une condition de recevabilité du recours international, ce que confirme la possibilité pour les Etats d'y renoncer. Dans cette optique, les traités de promotion et de protection des investissements étrangers incluent généralement une disposition particulière faisant de la règle de l'épuisement des voies de recours internes une condition de recevabilité des recours auprès du CIRDI. Le problème se présente cependant différemment en matière de déni de justice. En effet, la responsabilité internationale de l'État pour ce fait illicite résulte de l'appréciation globale du comportement des autorités juridictionnelles étatiques, et ne peut naître qu'avec une décision définitive ou insusceptible de recours raisonnable dans l'ordre juridique interne. L'épuisement des voies de recours internes étant une condition d'existence du déni de justice, le rattachement de cette exigence à la règle générale d'épuisement des voies de recours internes ne peut être opérée dans le cas du déni de justice : déni de justice et règle de l'épuisement des voies de recours internes, telle qu'elle est habituellement entendue dans le cadre du droit international de la responsabilité, sont deux notions exclusives, l'épuisement vain des voies de recours internes étant, dans le cas du déni de justice, un élément constitutif du fait illicite et non le résultat de la mise en oeuvre de la règle procédurale.

Conformément à la théorie mixte précédemment rappelée, il faut admettre que la règle de l'épuisement des voies de recours internes est une règle procédurale visant à conditionner la mise en jeu, dans l'ordre juridique international, de la responsabilité de l'État pour tout fait internationalement illicite, sauf le déni de justice, où la qualification de la règle comme procédurale n'est pas acceptable. Et c'est parce qu'il n'a pas distingué l'obligation *sui generis* de protection judiciaire des autres obligations de protection des étrangers, en considérant l'épuisement des voies de recours internes comme une condition de fond de la violation de toute obligation internationale concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers et

imposant un résultat déterminé ou un résultat équivalent, que la proposition du Rapporteur Ago à cet égard n'a pas pu être retenue. Ainsi lui a-t-il été reproché l'absence de distinction claire entre l'obligation secondaire de réparation et l'obligation primaire d'assurer un résultat équivalent, dont la réparation est la forme la plus courante, ou encore l'absence de distinction claire entre obligation de résultat déterminé avec résultat de rechange, obligation alternative, ou encore obligation conjonctive. Ainsi, concernant l'obligation de prévention et de répression des actes préjudiciables aux étrangers, faut-il préciser que la répression n'est pas un résultat de rechange permettant à l'État de s'acquitter de son obligation lorsqu'il n'a pas prévenu un acte dommageable comme il aurait dû le faire, mais un moyen de respecter son obligation quand un acte dommageable n'a pas pu être prévenu indépendamment de toute négligence de sa part.

La jurisprudence du CIRDI, pourtant controversée à cet égard, nous semble bien confirmer la spécificité du déni de justice comme violation d'une obligation *sui generis* conditionnée par l'épuisement des voies de recours internes. Dans l'affaire *Loewen c. États-Unis d'Amérique*²¹², née de l'opposition entre entreprises de pompes funèbres américaine et canadienne, le tribunal arbitral a ainsi explicitement établi que l'épuisement des voies de recours internes était une condition d'existence du déni de justice puisque, après avoir constaté l'existence d'un jugement manifestement injuste, le tribunal a refusé d'engager la responsabilité internationale des États-Unis d'Amérique pour déni de justice au motif que les voies de recours internes n'avaient pas été épuisées par le requérant. Bien que ce *dictum* ait été fortement décrié comme opérant un revirement injustifié par rapport à une jurisprudence antérieure bien établie, l'analyse de la jurisprudence confirme notre assertion : seule la responsabilité pour déni de justice est substantiellement conditionnée par l'épuisement vain des voies de recours internes, alors que l'épuisement des voies de recours est une condition formelle du recours au tribunal arbitral en vue de l'établissement de tout fait illicite, y compris au titre de l'article 1105, hormis le déni de justice. L'affaire *R. Azinian c. Mexique*²¹³ est une bonne illustration de cette distinction. Cette affaire opposait l'investisseur Robert Azinian au Conseil municipal (*Ayuntamiento*) d'une

212 Affaire *The Loewen group et Raymond Loewen c. États-Unis d'Amérique*, 26 juin 2003, n° ARB(AF)/98/3, *ICSID Report*, vol.7, p.442, § 142-157 et 217.

213 Affaire *Robert Azinian c. Mexique*, 01 novembre 1999, n°ARB(AF)/97/2, *ICSID Report*, vol.5, p.272, §100-120.

ville mexicaine, lequel avait mis fin à l'exécution du contrat les unissant au motif que ce contrat était nul. Trois décisions de justice mexicaines ayant confirmé que le contrat n'était pas valide au regard du droit national, le requérant s'était tourné vers le CIRDI, arguant que l'*Ayuntamiento* avait violé l'article 1105 de l'ALENA, l'annulation du contrat constituant une expropriation déguisée. Le tribunal arbitral a débouté le requérant parce que celui-ci, n'ayant pas contesté les trois décisions judiciaires mexicaines au titre d'un déni de justice, devait être considéré comme d'accord avec ces décisions et que donc, le contrat n'étant pas valide, le requérant ne pouvait assimiler la rupture des relations entre les Parties avec une expropriation déguisée. Dans cette affaire, même si on peut supposer une erreur de sa part, le requérant n'avait pas fondé son recours sur l'obligation pour l'Etat d'assurer la protection judiciaire grâce à un traitement juste et équitable au titre de l'article 1105. En conséquence, le traitement de l'épuisement des voies de recours internes comme condition de procédure était ici parfaitement justifié, à la différence de l'affaire *Loewen*, où c'est explicitement un jugement manifestement injuste que le requérant contestait ; ou encore l'affaire *Pantehniki SA contractors and engineers c. Albanie*, où le tribunal a pertinemment considéré que l'épuisement des voies de recours internes constituait une condition de fond de la responsabilité internationale de l'Etat pour violation de l'article 1105, la responsabilité internationale des Etats pour les actes de ses organes judiciaires étant en cause²¹⁴.

Si la décision du tribunal arbitral, dans l'affaire *Loewen*, est effectivement critiquable, ce n'est pas tant pour son supposé revirement de jurisprudence que parce qu'elle a manqué une occasion d'explicitement le fondement de la distinction entre l'épuisement vain des voies de recours internes dans le cas d'un déni de justice et dans le cas de mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'Etat pour un fait illicite, également au titre de l'article 1105, lequel ne distingue pas les différentes obligations de traitement des étrangers. Au contraire, la terminologie employée et la motivation de la décision arbitrale ont pu conforter l'idée d'une jurisprudence mal établie. Ainsi, si le tribunal arbitral a effectivement confirmé la différence entre l'épuisement vain des voies de recours comme résultat de la mise en œuvre de la

²¹⁴ Affaire *Pantehniki SA contractors and engineers c. Republic of Albania*, 30 juillet 2009, ARB/07/21, §96 : "Denial of justice does not arise until a reasonable opportunity to correct aberrant judicial conduct has been given to the system as a whole".

règle procédurale et l'épuisement vain des voies de recours comme résultat de « l'obligation de mener la procédure à son terme »²¹⁵ conditionnant l'existence du déni de justice, lorsqu'il a souligné que « *[the rule of finality] means that this requirement and the local remedies rule, though they may be similar in content, serve two different purposes* »²¹⁶, il aurait dû également souligner que la distinction était fondée sur la spécificité de l'obligation de protection judiciaire au lieu de s'appuyer sur un raisonnement téléologique peu pertinent²¹⁷.

Si le principe de bonne foi est donc à l'origine de l'interdiction du déni de justice substantiel, ce dernier constitue cependant une violation, parmi d'autres, de l'obligation de protection judiciaire des étrangers. En effet, le déni de justice substantiel est la violation, par les autorités juridictionnelles étatiques, de l'obligation d'exercer raisonnablement leur pouvoir internationalement discrétionnaire à l'égard des étrangers, c'est-à-dire la violation d'un droit au jugement raisonnable, lequel constitue un élément du droit à la bonne administration de la justice qu'attribue l'obligation de protection judiciaire des étrangers.

Finalement, l'obligation coutumière de protection judiciaire des étrangers est une obligation *sui generis* violée par un fait internationalement illicite unique, le déni de justice. Or ce fait internationalement illicite est polymorphe, et l'on peut, à titre didactique, en distinguer les différentes formes, dont le déni de justice substantiel. C'est ainsi que Vattel distinguait trois types de déni de justice²¹⁸, tandis que, dans l'affaire *R. Azinian c. Mexique*, le tribunal arbitral a considéré que « *a denial of justice could be pleaded if the relevant courts refuse to entertain a suit, if they subject it to undue delay, or if they administer justice in a serious inadequate way. [...] There is a fourth denial of justice, namely the clear and malicious misapplication of the law* », et que nous avons choisi de distinguer le déni de justice formel du déni de justice substantiel. Cependant, dans la grande majorité des cas, aucune distinction

215 Notre traduction de « *rule of finality* ».

216 Affaire *The Loewen group et Raymond Loewen c. États-Unis d'Amérique*, 26 juin 2003, n° ARB(AF)/98/3, *ICSID Report*, vol.7, §159.

217 *Id.* §162.

218 VATTEL (E.de), *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, texte de 1758, 3 vol., Washington, Carnegie, 1916, liv.II, chap.XVIII, §350.

n'est opérée entre ces différentes formes de déni de justice. C'est notamment la position choisie par la Cour européenne des droits de l'homme, dont la jurisprudence va maintenant nous servir de base principale pour l'étude de la notion de déni de justice substantiel en droit international conventionnel.

CHAPITRE II

LE DENI DE JUSTICE SUBSTANTIEL

EN DROIT CONVENTIONNEL

Nous avons vu que le déni de justice substantiel correspondait, en droit international coutumier, à une violation de l'obligation de protection judiciaire des étrangers constituée par un jugement manifestement contraire au standard international minimum de comportement de l'État, laquelle impose la raisonnable de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'interprétation et d'application du droit interne auquel ne renvoie expressément aucune disposition internationale. Il nous faut voir, maintenant, si un tel fait internationalement illicite existe aussi en droit international conventionnel alors que l'on ne trouve pas de référence explicite au déni de justice substantiel dans ce domaine, pas plus que n'est clairement reconnue l'existence d'un fait internationalement illicite constitué par un jugement manifestement injuste tel que nous l'avons défini précédemment. L'absence de référence n'est pas importante en soi, car le déni de justice est un fait internationalement illicite polymorphe, dont le déni de justice substantiel pourrait être implicitement une des différentes formes, surtout si l'on considère que l'usage jurisprudentiel est de ne pas faire de distinction entre les différentes formes du déni de justice conventionnel. Il suffit donc de vérifier si l'obligation conventionnelle de protection judiciaire nationale impose aussi l'interprétation et l'application raisonnables du droit interne relevant du pouvoir discrétionnaire de l'État, en

attribuant aux justiciables protégés un droit au jugement raisonnable, dont la violation par un jugement manifestement injuste amènerait à reconnaître l'existence d'un déni de justice substantiel tel qu'il existe en droit international coutumier.

Notons ici que nous limitons notre étude aux dispositions conventionnelles relatives au droit au procès équitable dans l'ordre juridique interne bien qu'il ne diffère guère du droit au procès équitable dans l'ordre juridique international. En effet, la notion de déni de justice substantiel correspond à un fait internationalement illicite permettant d'engager la responsabilité internationale de l'Etat, lequel, bien que constitué par un jugement manifestement injuste dont les critères d'existence ne sont pas propres à l'espèce, se distingue d'une cause d'appel.

De même, nous excluons de notre champ d'étude les dispositions conventionnelles relatives à la protection des investissements étrangers, lesquelles renvoient au droit international coutumier que nous avons vu précédemment. En effet, La protection des droits de l'homme et la protection des investissements internationaux constituent le terrain d'élection de la notion qui nous intéresse, mais la question de la reconnaissance du déni de justice substantiel ne se pose pas de la même façon dans ces deux domaines du droit international. En effet, le droit de la protection des investissements internationaux renvoie, plus ou moins expressément, à l'obligation coutumière que les Etats ont d'accorder aux étrangers sur leur territoire un traitement conforme au standard international minimum. Par là même il intègre la protection coutumière contre les jugements manifestement injustes et autorise la mise en jeu de la responsabilité des Etats au titre du déni de justice substantiel. Il n'en va pas de même pour le droit de la protection des droits de l'homme où, au contraire, la protection accordée aux justiciables leur attribue un droit au procès équitable qui semble exclure le déni de justice substantiel comme forme de déni de justice. C'est donc à ce domaine du droit conventionnel que nous nous intéresserons pour démontrer l'existence du déni de justice substantiel en droit international conventionnel.

Nous nous attacherons d'abord à définir l'obligation conventionnelle de protection judiciaire nationale (section 1) afin de vérifier si elle attribue bien un droit au jugement raisonnable, dont nous démontrerons, au travers de l'analyse du contrôle conventionnel de la protection judiciaire interne (section 2), qu'il est violé par un jugement manifestement injuste.

Section 1

Définition de l'obligation conventionnelle de protection judiciaire

Pour définir l'obligation conventionnelle de protection judiciaire nationale, c'est-à-dire définir quelle protection découle des différentes dispositions conventionnelles en la matière, il nous faut d'abord nous intéresser à ces différentes dispositions. Or nous constatons que les divers éléments du droit au procès équitable sont énumérés de manière quasiment identique dans les différents instruments conventionnels de protection des droits de l'Homme, que l'on envisage le Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966 (a.14) ou les conventions régionales européenne (a.6) ou interaméricaine (a.8), et dans une moindre mesure la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 (a.10 et 11), et qu'aucun de ces éléments ne concerne explicitement un droit au jugement raisonnable. C'est donc à la jurisprudence qu'il nous faudra nous intéresser pour déterminer si le déni de justice substantiel est bien une forme de violation du droit au procès équitable.

Or nous constatons que la jurisprudence européenne, très poussée en la matière, sert souvent de référence aux autres juridictions internationales dans l'interprétation que celles-ci font du droit au procès équitable qui les concerne. Ainsi la Cour interaméricaine des droits de l'homme a-t-elle explicitement repris à son compte, dans l'affaire *Reinaldo Figueredo Planchart*, la jurisprudence de la Cour européenne concernant l'approche à la fois objective et subjective de la garantie d'impartialité qu'impose le droit au procès équitable²¹⁹. Bien que notre analyse de ce droit repose

219 Affaire *Reinaldo Figueredo Planchart c. Venezuela*, 13 avril 2000, n°11.298, §137-138. Ce type de référence dépasse d'ailleurs le cadre de la protection judiciaire nationale puisque la chambre d'appel du Tribunal Pénal pour l'ex-Yougoslavie se réfère également à la jurisprudence de la Cour européenne : voir l'arrêt *Anto Furundzija*, 21 juillet 2000, IT-95-17,/1,

sur la jurisprudence des différentes juridictions concernées, nous nous intéresserons donc plus particulièrement à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, et à l'importante jurisprudence y afférente.

Cependant, même dans ce domaine restreint, l'obligation conventionnelle de protection judiciaire n'est pas aisée à définir, car elle a fait l'objet d'une importante évolution jurisprudentielle, laquelle n'est pas toujours parfaitement claire et cohérente sur les points qui nous intéressent. Ainsi, si dans un premier temps il a pu paraître clair que l'obligation de protection judiciaire, conçue comme une obligation procédurale garante de la bonne administration de la justice formelle, ne laissait de place ni au contrôle du résultat de la procédure équitable, ni à la notion de déni de justice substantiel, la jurisprudence a rapidement reconnu la responsabilité internationale de l'Etat pour décision de justice nationale inéquitable, au titre d'une obligation de protection judiciaire conçue plus largement. Pour autant, la jurisprudence n'a cependant pas été jusqu'à reconnaître explicitement l'existence du droit au jugement raisonnable comme élément de l'obligation européenne de protection judiciaire, qu'il nous appartient donc de démontrer.

Nous verrons ainsi que l'obligation conventionnelle de protection judiciaire est une obligation de protection formelle de la justice (1) et, plus précisément, une obligation de protection formelle de la justice substantielle (2).

§1 - Une obligation de protection formelle de la justice

L'analyse littérale des dispositions conventionnelles relatives à la protection judiciaire révèle une conception procédurale étroite de celle-ci, ce qui semble s'opposer à la reconnaissance du déni de justice substantiel entendu comme jugement manifestement injuste rendu sous des apparences de justice. Il ressort en effet de cette

§69, citant les arrêts *Ruiz Torija c. Espagne* et *Van de Hurk c. Pays-Bas*, et l'arrêt *Tadic*, 15 juillet 1999, citant l'arrêt *Borgers c. Belgique*. Cette influence de la Convention européenne sur les autres dispositions conventionnelles en la matière : voir RUIZ FABRI (H.) (sous la direction de), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, Société de Législation Comparée, 2003, 290 p.

analyse que le justiciable protégé doit bénéficier d'un procès équitable²²⁰, ou procédure²²¹ juridictionnelle²²² équitable, c'est-à-dire qu'il dispose du droit de se faire entendre équitablement et publiquement, dans des délais raisonnables, par un tribunal indépendant, impartial et établi par la loi, en vue d'une décision de justice. L'obligation conventionnelle de protection judiciaire pose en effet explicitement des règles dites procédurales, formelles ou processuelles²²³, qui réglementent uniquement l'organisation du tribunal et le déroulement du procès, c'est-à-dire les différents actes successivement accomplis pour parvenir à une décision juridictionnelle. Dans ce sens étroit, le procès exclut la décision elle-même, c'est pourquoi l'obligation de protection judiciaire a pu être considérée comme attribuant un droit au procès équitable indépendamment du résultat de celui-ci.

Nous verrons que l'obligation conventionnelle de protection judiciaire est effectivement une obligation procédurale de bonne administration de la justice formelle (A), dont nous analyserons les garanties explicites (B).

**A) *L'obligation de protection judiciaire,
une obligation procédurale de bonne administration de la justice formelle***

La lettre des dispositions en la matière fait ressortir la conception originelle de l'obligation conventionnelle de protection judiciaire comme une obligation procédurale aux deux sens du terme - c'est-à-dire une obligation attribuant un droit de nature procédurale²²⁴ et une obligation dont l'objet est une procédure - garante de la

220 La Cour EDH utilise cette expression de droit au procès équitable depuis l'arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, A-18.

221 Procès et procédure sont parfois employés comme synonymes, c'est pourquoi l'on peut parler de droit au procès équitable au sens de droit à une procédure judiciaire équitable.

222 A la différence de ce qui existe en droit international coutumier (voir le champ d'application de l'obligation de protection judiciaire des étrangers), la protection judiciaire conventionnelle semble se limiter à une protection juridictionnelle. En réalité, si le champ d'application de cette obligation conventionnelle est plus limité que celui de l'obligation coutumière, il dépasse les questions purement juridictionnelles puisque l'interprétation jurisprudentielle des garanties du procès équitable a permis d'inclure dans celui-ci les phases préalables à la procédure juridictionnelle elle-même, en considérant notamment le mode d'obtention des preuves judiciaires comme un élément du procès équitable.

223 C'est-à-dire les règles de procédure, par opposition aux règles substantielles ou matérielles. Voir G. Cornu (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, P.U.F., 2003, v° "procédural".

224 Dans son article intitulé « The relationship between substantive rights and procedural rights guaranteed by the European Convention on Human Rights », in *Mel. Wiarda*, p.595-604, Wolfgang Strasser distingue les droits substantiels,

bonne administration de la justice nationale formelle. Cette conception nous semble être la conséquence de la place spécifique que la protection judiciaire occupe dans le cadre conventionnel de protection des droits fondamentaux de l'Homme (1), et de l'influence de la conception aristotélicienne de la justice dans les pays occidentaux (2).

1) *Protection judiciaire et mise en œuvre des droits fondamentaux de l'homme*

La spécificité de la place qu'occupe l'obligation de protection judiciaire dans le cadre conventionnel de protection des droits fondamentaux de l'Homme résulte de sa finalité, laquelle est d'assurer la mise en œuvre des droits conventionnels substantiels²²⁵ à l'échelon national. Il s'agit en effet d'une obligation visant à garantir l'exécution des droits conventionnels fondamentaux, mission qui repose d'abord sur les tribunaux locaux et subsidiairement sur les juridictions internationales.

a) *La protection judiciaire comme garantie du respect des droits fondamentaux de l'Homme*

La mise en œuvre des droits fondamentaux dans l'ordre juridique interne dépend de chaque État, d'où la nécessité de garantir aux justiciables un accès à la justice nationale pour leur permettre d'obtenir le bénéfice de ces droits, mais aussi, et corollairement, la nécessité de garantir une procédure judiciaire nationale équitable.

dont le respect sera contrôlé au travers du résultat des procédures internes de mise en œuvre, et les droits procéduraux, dont le respect suppose un contrôle des procédures internes elles-mêmes indépendamment de leur résultat, les droits processuels n'étant par définition jamais substantiels puisqu'ils ne donnent lieu qu'à un contrôle de forme et non pas de fond. Cette distinction doit être différenciée de celle que retient la Commission EDH, pour laquelle les droits substantiels sont des droits autonomes, y compris lorsque leur objet est purement procédural, qui peuvent donc être violés indépendamment de la violation d'un autre droit conventionnel, tandis que les droits procéduraux sont les droits relatifs à la procédure conventionnelle, c'est-à-dire des droits processuels. Cette opinion est trop réductrice, car la mise en œuvre des droits processuels peut générer un contrôle de fond (voir l'obligation de motivation), mais nous retenons ici cette distinction qui éclaire la conception originelle de la protection judiciaire conventionnelle.

225 Au sens de W.Strasser.

Le droit au recours interne, préalable à la protection judiciaire étatique. - Les droits de l'Homme sont conçus classiquement comme des droits naturels, c'est-à-dire des droits que chaque homme possède par nature et dont tout Etat de droit doit à la fois reconnaître l'existence comme limite à sa souveraineté et assurer le respect. Or, la reconnaissance, comme la garantie, de ces droits est assurée par l'Etat lui-même, car le droit international n'impose généralement aux Etats que des règles dont il leur appartiendra de réaliser les objectifs par les moyens de leur choix : c'est donc souvent par le moyen des organes judiciaires internes que les droits fondamentaux se réaliseront dans l'ordre juridique national. D'où la nécessité de reconnaître un droit au recours aux tribunaux locaux en cas d'atteinte à ces droits, pour garantir leur mise en œuvre dans l'ordre juridique interne par la réparation de leur violation éventuelle. C'est clairement ce qui ressort de l'article 8 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, qui doit être lu à la lumière de son Préambule : la paix dans le monde suppose la reconnaissance de droits fondamentaux, qui doivent être protégés par un régime de droit organisant un recours effectif devant les juridictions nationales contre toute atteinte à ces droits. Et c'est dans ce même esprit que les différentes conventions régionales relatives à la protection des droits de l'Homme ont toutes affirmé l'existence d'un droit fondamental au recours effectif, de même que le Conseil constitutionnel français a reconnu le lien fondamental entre l'accès au droit et les libertés publiques. C'est ce droit au recours que pose l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cependant, le droit au recours est en lui-même insuffisant pour garantir le respect des droits fondamentaux. Encore faut-il que les justiciables disposent d'un recours effectif auprès d'un tribunal, c'est-à-dire d'un recours permettant d'obtenir réellement la réparation des violations de leurs droits. C'est pourquoi, outre le droit au recours à la justice nationale, la protection judiciaire effective des droits fondamentaux suppose également l'existence d'un droit au procès équitable.

Le procès équitable, objet de l'obligation de protection judiciaire. - Il faut en effet également que des règles encadrent l'organisation et le fonctionnement de l'appareil étatique afin de ne pas vider le droit au recours aux tribunaux locaux de tout sens. C'est l'objet des dispositions conventionnelles relatives à la protection judiciaire étatique, qui posent un droit au procès équitable. Cette complémentarité

entre droit au recours à la justice et droit à un procès équitable a été clairement reconnue aussi bien par la Cour européenne des droits de l'homme que par les autres autorités juridictionnelles internationales. Il en va ainsi de l'arrêt *Kudla c. Pologne*²²⁶, où la Cour a précisé que la question du délai raisonnable était juridiquement distincte de celle du droit de disposer, dans l'ordre juridique interne, d'un droit au recours effectif. De même, dans l'arrêt *Carmelo Soria Espinoza v. Chili*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a-t-elle explicité très clairement cette complémentarité en rappelant que « [...] *under the Convention, States Parties have an obligation to provide effective judicial remedies to victims of human rights violations (Article 25), remedies that must be substantiated in accordance with the rules of due process of law (Article 8(1)) [...]* »²²⁷. Or, cette complémentarité implique nécessairement une conception procédurale étroite de la protection judiciaire, le contrôle au fond de l'interprétation et de l'application du droit interne au titre de l'obligation de protection judiciaire étant inutile en l'espèce, puisque pouvant faire, le cas échéant, l'objet d'un recours au fond au titre de l'obligation substantielle fondamentale dont la mise en oeuvre était visée par le recours à la justice nationale. C'est pourquoi l'obligation de protection judiciaire n'a pas été conçue comme attribuant de droit à la juste application de tout le droit interne, ou droit à la justice substantielle – ce qui explique d'ailleurs le champ d'application étroit de l'obligation de protection judiciaire –, mais comme attribuant seulement un droit à une procédure juste indépendamment de son résultat, ou droit à la justice formelle.

L'obligation de protection judiciaire a en effet été conçue pour assurer l'existence d'un appareil judiciaire national apte à garantir la mise en oeuvre des droits fondamentaux, laquelle appartient au premier chef aux autorités juridictionnelles internes.

226 Arrêt *Kudla c. Pologne*, 26 août 2000, Rec. 2000-IX.

227 Affaire *Carmelo Soria Espinoza c. Chili*, 6 mars 2003, Req. n°11.725 , §87.

b) *La protection judiciaire comme corollaire de la subsidiarité des juridictions internationales par rapport aux juridictions nationales*

Le système judiciaire international est subsidiaire par rapport au système national de garantie des droits de l'Homme, c'est-à-dire que « la Convention confie en premier lieu à chacun des Etats contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre. Les institutions créées par elle y contribuent de leur côté, mais elles n'entrent en jeu que par la voie contentieuse et après épuisement des voies de recours internes »²²⁸. C'est pourquoi l'obligation de protection judiciaire doit favoriser l'existence d'un appareil judiciaire étatique qui soit à même de remplir cette fonction et inspire confiance aux justiciables. La première de ces nécessités impose les garanties procédurales du procès équitable, et la seconde suppose la protection des apparences de justice, car ce sont ces apparences qui génèrent la confiance du justiciable, ce que la jurisprudence souligne clairement, conformément à cet adage selon lequel « *justice must not only be done, but must be seen to be done* ».

Cependant, tous les droits fondamentaux conventionnels étant des droits autonomes, le droit au procès équitable doit donc également pouvoir faire l'objet d'un recours international en dehors de toute violation supplémentaire d'un droit conventionnel substantiel, au sens de W. Strasser, c'est-à-dire faire l'objet d'un recours dès qu'un justiciable protégé estime qu'il n'a pas bénéficié d'un procès lui permettant d'obtenir équitablement ce à quoi il pouvait légitimement prétendre en vertu du droit interne, y compris celui relevant du pouvoir juridictionnel discrétionnaire de l'Etat. Dès lors, comment justifier la conception étroite de l'obligation de protection judiciaire comme garante d'un procès équitable indépendamment de son résultat ? La conception formelle de la justice, fortement ancrée dans les pays occidentaux, n'est pas étrangère à une telle explication.

²²⁸ Arrêt sur le fond de l'affaire "*linguistique belge*", 23 juillet 1968, A n° 6, p. 35, §10 *in fine* ; voir aussi l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, A-24, §48.

2) *La justice formelle, objet de l'obligation conventionnelle de protection judiciaire*

Le fait de garantir un procès équitable, au sens strict de procédure, indépendamment du jugement matériel auquel il aboutit résulte d'une conception formelle de la justice, comme résultat d'une procédure juste, conforme à la conception aristotélicienne de la justice. Cette conception, attachée à la notion de juge vertueux, implique une présomption de bonne foi et de compétence du juge interne, qui doit être considérée comme irréfragable en l'absence de contrôle du jugement matériel.

a) *La conception aristotélicienne de la justice*

Selon Aristote, l'organisation politique doit garantir la justice, cette justice « étatique » n'étant cependant un pilier de l'ordre social que si elle coïncide avec la justice éthique à laquelle chacun aspire. C'est pourquoi la justice étatique, au sens de la fonction de justice, doit être encadrée par les principes de la justice éthique. Cette conception de la justice a clairement influencé les pays occidentaux. Cet idéal se retrouve ainsi dans le préambule du pacte de la Société des Nations tout comme dans le Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme ou celui de la Charte de San Francisco, laquelle assigne comme but aux Etats membres des Nations Unies d'atteindre la paix par l'organisation de la communauté internationale selon les principes de la justice naturelle, entendus comme l'ensemble des données idéales auxquelles les Etats doivent se conformer dans l'exercice de la fonction de justice.

Or, la fonction de justice ne peut coïncider avec la justice éthique que par l'intermédiaire d'un juge vertueux, parce que cette qualité l'autorise à préférer une décision équitable à l'application stricte de la loi²²⁹. La conception aristotélicienne de la justice est ainsi liée à la notion de juge vertueux, donc réputé compétent et de bonne foi, ce qui rejoint l'image biblique du juge vertueux, du Juste, celui qui juge avec droiture, selon un cœur pur, le pouvoir de se substituer provisoirement à Dieu

229 Aristote, *op. cit.*, 1130.

dans l'exercice de la fonction de justice, laquelle est d'essence divine, étant redoutable parce que celui qui juge sera ensuite jugé par Dieu.

Dès lors semble se justifier l'idée selon laquelle il suffit d'organiser le système judiciaire étatique conformément aux principes de justice éthique, c'est-à-dire de garantir un procès équitable, pour réaliser la justice éthique à laquelle chacun aspire, car le procès équitable mené par un juge vertueux, « qui décidera »²³⁰ avec compétence et bonne foi, ne peut qu'aboutir à un jugement juste et équitable. Ainsi, garantir une justice formelle assure la justice substantielle et permet donc au justiciable de bénéficier de ce à quoi il peut légitimement prétendre. La protection judiciaire dont la finalité est nécessairement la justice est donc assurée par la garantie d'un droit au procès équitable, ou droit d'être entendu en équité, et ce en vue du prononcé d'un jugement dans des délais raisonnables. En effet, si le jugement est bien la finalité de la protection judiciaire, ainsi qu'il ressort de la lettre des dispositions conventionnelles en la matière, il importe seulement d'énoncer des garanties procédurales, c'est-à-dire un ensemble de règles concernant le déroulement du procès, et donc de garantir une justice formelle, car le jugement doit être présumé juste si la procédure est juste, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle recherche la trace d'un éventuel « indice d'arbitraire dans le déroulement de la procédure »²³¹ afin de constater une violation du droit au procès équitable garanti par l'article 6 § 1 de la Convention.

La conception aristotélicienne de la justice étatique fondée sur la notion de juge vertueux paraît ainsi expliquer la conception étroite de la protection judiciaire conventionnelle, d'abord garantie dans les pays européens, les idées de la philosophie politique pour laquelle l'oeuvre d'Aristote est fondamentale s'étant progressivement ancrées dans les sociétés occidentales, puis plus largement garantie par d'autres instruments conventionnels sur le modèle européen.

230 Voir l'article 6 de la Convention EDH.

231 Arrêt *Kaggali c. Grèce*, 19 mai 2005, req. n°99733/03, §24 et 25

b) *La présomption de bonne foi et de compétence du juge*

Si l'on considère qu'une procédure équitable aboutit obligatoirement à une décision de justice juste et équitable, instaurer un contrôle de la décision judiciaire en raison de son contenu n'a pas de sens. C'est pourquoi l'obligation de protection judiciaire conçue étroitement ne peut que garantir un droit à une procédure équitable, dont le contrôle doit assurer la confiance du justiciable - justifiant ainsi la protection des apparences de justice -, à l'exclusion d'un droit au jugement juste et équitable. Dès lors, il faut considérer l'obligation conventionnelle de protection judiciaire comme attribuant un droit au procès équitable indépendamment du résultat de celui-ci, le procès faisant donc l'objet d'un contrôle jusqu'à la décision non incluse.

Cependant, si l'on peut admettre que le juge bénéficie d'une présomption de compétence et de bonne foi, garantir une protection judiciaire qui n'autorise pas le contrôle du jugement matériel, et donc la sanction de la négligence ou de la mauvaise foi du juge que seul un tel contrôle pourrait révéler, suppose que le juge bénéficie en réalité d'une présomption irréfragable, et que la notion de déni de justice substantiel n'a pas sa place dans le droit conventionnel relatif à la protection judiciaire, lequel ne conçoit pas que la justice puisse être déniée sous les apparences de la justice rendue.

On peut, certes, partager cette opinion du juge Zupančič selon laquelle « dans un sens très concret, la notion complexe de « procès équitable » se confond avec celle d'impartialité des juges. [...] Ainsi, la légitimité du constat de vérité juridique dépend complètement et entièrement de la légitimité de la procédure suivie par les tribunaux. Une procédure qui présente un vice au regard de l'une quelconque des composantes du procès équitable, telle l'égalité des armes, ne peut conduire à un résultat légitime »²³². Peut-on pour autant admettre que la réciproque est vraie ?

La présomption irréfragable liée à l'absence de contrôle de la décision matérielle est le résultat d'une conception extrême de la conception aristotélicienne de la justice, qui s'explique d'autant moins que la notion de juge vertueux est liée à une pensée philosophique attachée à l'organisation politique de l'État, selon laquelle la justice étatique légale doit se conformer à la justice éthique dans un Etat de droit. Pour Aristote, la notion de juge vertueux visait en effet uniquement à justifier le

232 Arrêt *Kyprianou c. Chypre*, 15 décembre 2005, Rec. 2005-VIII, opinion concordante (traduction).

pouvoir du juge de dire le droit et de l'appliquer avec équité en dépassant le cadre de la loi. Or l'obligation de protection judiciaire doit amener à contrôler la juste application du droit tel qu'il est, indépendamment de sa qualité éthique, et la conception aristotélicienne de la justice ne peut donc servir de fondement à la conception étroite de la protection judiciaire conventionnelle telle qu'elle ressort de l'analyse littérale des dispositions ni à la présomption irréfragable qui en découle. On remarquera d'ailleurs que ces dispositions posent les garanties de compétence et d'impartialité comme nécessaires à la protection judiciaire étatique, ce qui tend à confirmer que la conception de la justice comme une justice formelle ne peut pas justifier pleinement le rejet du déni de justice substantiel.

Il nous reste donc à préciser le sens des garanties explicites du procès équitable, afin de voir comment elles se concilient avec la conception conventionnelle étroite de la protection judiciaire.

B) Les garanties explicites du procès équitable

Le droit au procès équitable suppose le droit d'être entendu de façon équitable par un tribunal, et ce en vue du prononcé d'un jugement dans des délais raisonnables, car le jugement est la finalité de la protection judiciaire, le jugement étant cependant présumé juste si la procédure est juste.

L'obligation conventionnelle de protection judiciaire se rapproche de l'obligation coutumière en ce qu'elle règlemente l'organisation et le fonctionnement de l'appareil juridictionnel, en énonçant les garanties minimales²³³ de la bonne administration de la justice formelle issues des principes généraux du droit international en la matière, tant générales que spécifiques au procès pénal, les dernières éclairant le sens des premières. Plus précisément, il faudrait donc parler de droit au procès équitable et diligent, puisque l'appareil judiciaire doit être organisé selon les principes de justice et d'équité, tant en ce qui concerne l'organisation du tribunal que l'organisation de la procédure elle-même, et fonctionner avec diligence.

²³³ Renvoi à la section 2. Ainsi le précise le Comité des Droits de l'Homme à propos de l'article 14 §3, lequel se contente d'exprimer la liste des garanties minima dont l'observation n'est cependant pas toujours suffisante pour assurer la justice et l'égalité requises au paragraphe 1.

Nous ne souhaitons pas faire ici une étude exhaustive de ces différentes garanties conventionnelles du procès équitable, lesquelles ont déjà fait l'objet de nombreux ouvrages de référence, et nous nous attacherons surtout à l'analyse des garanties dont la conception diffère en droit international conventionnel et en droit international coutumier, puisque notre objectif est de montrer en quoi une interprétation littérale stricte des garanties de la protection conventionnelle judiciaire s'oppose à première vue à la reconnaissance du déni de justice substantiel comme forme de violation de l'obligation conventionnelle de protection judiciaire. Ainsi, nous nous contenterons de rappeler brièvement la réglementation de l'organisation de la procédure judiciaire (1) et celle du fonctionnement du procès, c'est-à-dire l'impératif de diligence dans la conduite du procès, et donc l'étude des délais raisonnables (2), lesquelles ne diffèrent pas fondamentalement de ce qui existe en droit coutumier, au profit de l'étude de la réglementation de l'organisation du tribunal (3).

1) *La réglementation de la procédure judiciaire*

La procédure judiciaire doit être publique et équitable.

a) *Le droit à un procès public*

Les dispositions conventionnelles relatives à la protection judiciaire posent la transparence du procès comme garantie de son équité. Elles visent en effet à protéger les justiciables contre les juridictions secrètes caractéristiques des sociétés non démocratiques, dont la justice échappe au contrôle de l'opinion publique. Cette garantie apparaît dans tous les instruments conventionnels de protection des droits de l'Homme et la jurisprudence en rappelle souvent non seulement l'importance²³⁴, mais aussi la nature de principe général de droit²³⁵.

234 Voir l'arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, A-43 ; voir aussi l'arrêt *Helmets c. Suède*, 29 octobre 1991, A n°212-A, §§33-36.

235 Arrêt *Reinaldo Figueredo Planchart c. République Bolivarienne du Venezuela*, 13 avril 2000, Req. n°11.298, §125 : « [...] Having public trials is not only an essential guarantee of due process, but also a general principle of law » et §132.

b) *Le droit à une procédure équitable*

Le justiciable a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement. Ainsi que l'arrêt *Delcourt c. Belgique*²³⁶ le souligne clairement, il faut « qu'aucune partie ne soit placée dans une situation désavantageuse par rapport à l'autre » sur le plan de la procédure. C'est pourquoi la procédure équitable suppose, en droit conventionnel comme en droit coutumier²³⁷, un débat contradictoire et l'égalité générale des armes entre les parties ». La Cour européenne des droits de l'homme s'est en effet ralliée au principe de l'égalité des armes, mis en avant par la Commission, dans l'arrêt *Neumeister* du 27 juin 1968, dont elle a ensuite précisé la portée comme impliquant « une entière égalité de traitement »²³⁸ entre les parties. Ce principe suppose donc notamment que chacune des parties ait la même possibilité de présenter des preuves, et donc bien entendu aussi la possibilité effective pour chacun de présenter ses preuves aux juges²³⁹.

La garantie d'équité procédurale joue avant tout dans le domaine pénal, où il est prépondérant de garantir la sauvegarde de la liberté individuelle contre l'arbitraire répressif, en assurant une balance raisonnable entre l'impératif de sauvegarde de l'ordre public, par le moyen de la répression, et le droit de la défense à se disculper. Il faut donc considérer que le principe d'équité ne saurait être effectif si des règles de procédure n'assurent pas à la défense la possibilité de prouver son innocence dans les mêmes conditions que l'accusation tente de prouver sa culpabilité. Ce principe implique deux catégories d'obligations : l'obligation de porter clairement et rapidement à la connaissance du prévenu les chefs d'accusation retenus contre lui afin

236 Arrêt *Delcourt c. Belgique*, 17 janvier 1970, A n°11, § 26

237 Avis consultatif relatif aux *Jugements du Tribunal administratif de l'O.I.T. sur requête contre l'U.N.E.S.C.O.*, 23 octobre 1956, *Rec. 1956*, p.85-86: « Le principe de l'égalité entre les parties découle des exigences d'une bonne administration de la justice » ; *Affaire Cotesworth & Powell, Colombie c. Royaume-Uni*, 5 novembre 1875, *Moore, Arbitrations* : « il faudrait considérer comme équivalent à un déni de justice absolu la violation patente des principes essentiels de la justice naturelle, comme par exemple le refus d'entendre les parties ou encore le fait de les empêcher de produire leurs moyens de preuve ».

238 Arrêt *Delcourt c. Belgique*, 17 janvier 1970, série A, n°11, §29.

239 Dans l'arrêt *Perna c. Italie*, la Cour EDH a ainsi rappelé qu'il existait un lien direct entre le mode de présentation des preuves et le caractère équitable de la procédure. C'est pourquoi les parties doivent toujours avoir la possibilité d'offrir tout élément de preuve qu'elles peuvent juger pertinent, à charge pour elles d'en établir clairement la pertinence. Voir les développements ultérieurs de cette partie.

de lui permettre de s'en défendre, et l'obligation de permettre au prévenu de se défendre en lui fournissant le temps et les moyens de sa défense, lesquels dépendent des circonstances de l'espèce. C'est ainsi que la Cour de Strasbourg a reconnu que le témoignage d'un témoin à charge n'ayant pu être interrogé par le prévenu ou son avocat, pour des raisons indépendantes de la volonté des autorités judiciaires, ne pouvait être que très exceptionnellement admis comme preuve de la culpabilité du prévenu et jamais comme unique élément sur lequel faire reposer la condamnation de celui-ci²⁴⁰.

Cependant, la garantie d'équité de la procédure ne joue pas qu'en matière pénale : le droit à une procédure contradictoire s'exerce que l'affaire relève du contentieux civil ou du contentieux pénal²⁴¹, ce qui impose aux juges de veiller à ce que tous les éléments d'un litige, quel qu'il soit, fassent l'objet d'un débat entre les parties. C'est aussi ce que le Tribunal Pénal pour l'ex-Yougoslavie a rappelé plus récemment dans l'affaire *Tadić*²⁴², en se référant pour cela au Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 et à la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme²⁴³, précisant que les garanties spécifiques du procès équitable en matière pénale s'ajoutent aux garanties de sauvegarde générale de la bonne justice et s'inspirent de la même idée.

2) *La réglementation du fonctionnement du procès*

La durée déraisonnable d'un procès est constitutive d'une violation du droit au procès équitable. Cette exigence est identique dans les différents instruments conventionnels relatifs à la protection des droits de l'Homme, sauf en ce qui concerne le Pacte de 1966, lequel limite le champ d'application de cette garantie au procès pénal, mais c'est la jurisprudence européenne en la matière qui a précisé le plus nettement les différents éléments à prendre en compte pour apprécier la raisonnable des délais des procédures judiciaires. Le fondement de cette exigence est évident et a été clairement explicité par Vattel pour qui « les délais déraisonnables du procès

240 Arrêt *Rachdad c. France*, 13 novembre 2003, req. n°41846/01, §24.

241 Arrêts *Lobo Machado c. Portugal* et *Vermeulen c. Belgique*, 20 février 1996, Rec. 1996-I, p.206, §31 et p.234, §33.

242 Arrêt *Dusko Tadic* (appel), 15 juillet 1999, n°IT-94-1-A

243 Notamment l'arrêt *Borgers c. Belgique*, 30 octobre 1991, A n°214-B, §25

équivalent à un refus de rendre la justice, et sont même souvent plus ruineux qu'un simple refus ». D'où l'adage communément admis : « justice rétive, justice fautive ».

Les délais déraisonnables sont des retards qui ne reposent sur aucune justification matérielle et sont donc inexcusables. La jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme est très précise à cet égard. Elle révèle que le caractère déraisonnable de la durée d'une procédure dépend des circonstances de la cause, et précise les différents critères qui permettent d'apprécier la durée raisonnable d'une procédure. Ainsi, dans l'arrêt *Papazafiris c. Grèce*²⁴⁴, la Cour européenne rappelle-t-elle qu'il faut prendre en considération la complexité de l'affaire, qui inclut de nombreuses données non limitatives, le comportement du requérant, le comportement des autorités étatiques, sachant que les lenteurs imputables aux autorités judiciaires compétentes ne sont pas seules à pouvoir amener à constater un dépassement du délai raisonnable imposé par la Convention, car l'exigence de célérité concerne toutes les autorités de l'Etat, et enfin l'enjeu du litige pour l'intéressé²⁴⁵, bien que ce critère soit facultatif. Rappelons aussi que c'est à l'Etat de justifier les délais déraisonnables²⁴⁶, les circonstances d'ordre économique ou administratif n'étant généralement pas suffisantes²⁴⁷.

En revanche, « la célérité particulière à laquelle un accusé détenu a droit dans l'examen de son affaire ne doit pas porter préjudice aux efforts des magistrats pour accomplir leur tâche avec le soin voulu »²⁴⁸. C'est pourquoi on peut se demander si, à l'inverse du procès déraisonnablement lent, un procès déraisonnablement rapide n'est pas aussi constitutif d'un déni de justice. La jurisprudence est également claire à cet égard, puisqu'elle admet qu'un procès sommaire ne garantit pas un procès équitable. Ainsi, dans l'affaire *Smith*²⁴⁹, la condamnation de Cuba pour un procès trop rapide montre-t-elle bien que l'exigence de célérité ne saurait admettre une célérité

244 Arrêt *Papazafiris c. Grèce*, 23 janvier 2003, req. n°55753/00

245 Voir notamment *Frydlender c. France* [GC], CEDH 2000-VII, no 30979/96, § 43.

246 Voir affaire *del Cid Gomez c. Panama*, communication n°473/1991, Doc.N.U. CCPR/C/54/D/390/1990/Rev.1 (1995)

247 Pour le rejet des contraintes budgétaires, voir l'affaire *Fillastre et Bizouarn c. Bolivie*, communication n°336/1988, Doc.N.U. CCPR/C/43/D/336/1988 (1991)

248 Arrêt *W. c. Suisse*, 26 janvier 1993, A n°254, §42.

249 Affaire *Smith*, Etats-Unis c. Cuba, 2 mai 1929, R.S.A., vol.II, p.915 et s. La Cour EDH a aussi très clairement admis que la célérité anormale du procès soulevait un problème d'équité de la procédure, voir à ce sujet l'arrêt *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, 6 décembre 1988, A-146.

déraisonnable, dont le caractère doit être apprécié selon les mêmes critères que ceux du délai déraisonnablement long.

Enfin, rappelons à la suite du Comité des Droits de l'Homme que la célérité du procès s'impose aussi bien en première instance qu'en appel, ce droit impliquant que le résultat définitif du procès intervienne dans un délai raisonnable²⁵⁰. C'est en effet clairement la procédure entière qui doit être menée dans un délai raisonnable²⁵¹, ce pour quoi le Comité est régulièrement amené à condamner des Etats pour la non-transcription à l'écrit du jugement de première instance, ce qui empêche de faire appel dans un délai raisonnable²⁵².

3) *La réglementation de l'organisation du tribunal*

Le justiciable doit bénéficier d'un tribunal compétent, établi par la loi, indépendant et impartial. Nous verrons successivement chacun de ces éléments du droit au procès équitable en mettant l'accent sur les différences entre la compétence et l'impartialité conventionnelles et les éléments du standard international minimum en matière de protection judiciaire.

a) *Le droit à un tribunal compétent établi par la loi*

La notion internationale de tribunal. – Le tribunal se définit matériellement et de manière autonome par rapport à la qualification nationale de l'organe en cause. Sera ainsi considéré comme un tribunal, au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, tout organe caractérisé par son rôle juridictionnel, c'est-à-dire apte à trancher, sur la base de normes de droit, et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence, et ce en vue d'une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire contraignante. Sont donc exclues du champ d'application des dispositions relatives à la protection judiciaire les formations

250 Voir l'affaire *Adolfo Drescher Caldas c. Uruguay*, communication n°43/1979, Doc.U.N. A/38/40, p.192

251 La Cour EDH a ainsi admis qu'il fallait également tenir compte de la phase d'exécution du jugement pour déterminer la durée de la procédure. Voir les arrêts *Di Pede c. Italie* et *Zappia c. Italie*, 26 sept. 1996, Rec. 1996-IV

252 Voir affaire *Hamilton c. Jamaïque*, Communication n°333/1988, Doc.N.U. A/44/40, p.273 (1989)

consultatives, alors que certains organes disciplinaires corporatifs, par exemple, ont pu être considérés comme des tribunaux relevant de l'article 6²⁵³--.

L'exigence de compétence. – Cette exigence s'attache à la possibilité, l'aptitude, pour le tribunal en cause, de se prononcer sur tous les aspects de la contestation ou de l'accusation à laquelle s'applique l'article 6, en appréciant tous les éléments, de fait ou de droit, permettant de donner une solution au litige²⁵⁴. Si la compétence est explicitement garantie par la Convention interaméricaine des droits de l'homme, elle est en revanche implicite dans la Convention européenne des droits de l'homme, parce que la compétence du tribunal est une qualité inhérente à celui-ci : un tribunal est ainsi un organe judiciaire de « pleine juridiction ». Cette exigence de compétence ne s'attache donc pas aux qualités personnelles du juge : il ne s'agit pas de son aptitude professionnelle mais de la capacité juridique d'exercice de la juridiction, le défaut de compétence, ou incompétence, constituant une violation du droit au procès équitable s'entendant du détournement de pouvoir plutôt que de la négligence.

L'impératif de légalité du tribunal. – Cet impératif vise à garantir l'organisation d'un système judiciaire régie par la loi et non pas laissée à la discrétion du pouvoir exécutif, ce qui rejoint l'impératif d'indépendance et d'impartialité comme éléments fondamentaux du tribunal. Car l'exigence de compétence est une exigence inhérente à la notion de tribunal, d'où son caractère implicite dans la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, le tribunal doit être conforme à la loi, notamment dans sa composition, et l'étendue de sa compétence doit être fixée par la loi. Cet impératif s'oppose ainsi à l'existence de tribunaux de fait ou de tribunaux d'exception tels que certains tribunaux militaires, en imposant que chacun soit jugé devant une cour ordinaire, conformément aux procédures légalement établies²⁵⁵.

253 Voir la Cour EDH, arrêt *Bentham c. Pays-Bas*, 23.10.1985, A-87, §38.

254 Voir l'arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 10 fév. 1983, A-43, §29.

255 Arrêt *Castillo Petruzzi et a. c. Pérou* (fond), 30 mai 1999, Série C, n°52, §129.

b) *Le droit à un tribunal indépendant et impartial*

Les exigences d'indépendance et d'impartialité sont souvent liées en pratique, mais elles ne doivent pas être confondues²⁵⁶. Deux conceptions de ces garanties se sont opposées. Selon la première, l'indépendance des juges doit s'apprécier par rapport à l'Etat alors que l'impartialité des juges s'apprécie par rapport à l'individu concerné par le procès équitable²⁵⁷, tandis que selon la seconde, l'indépendance, liée à l'absence de lien de subordination, s'apprécie aussi bien par rapport à l'Etat que par rapport aux collègues ou aux parties, tandis que l'impartialité suppose que le juge soit sans préjugé en son for intérieur, l'indépendance étant une condition préalable de l'impartialité. La Cour européenne des droits de l'homme a finalement retenu la seconde conception de l'indépendance du tribunal, ainsi que le révèle l'arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, précisant que « l'indépendance doit exister à l'égard de l'exécutif comme à l'égard des parties en cause »²⁵⁸. En effet, le juge doit être un tiers au litige, c'est-à-dire être libre de toute influence extérieure pour être libre de tout préjugé dans son for intérieur.

L'exigence d'indépendance. - La Cour de Strasbourg a récapitulé les critères d'existence de l'indépendance des tribunaux dans l'arrêt *Coeme et autres c. Belgique*²⁵⁹. Elle a ainsi rappelé qu'il faut prendre en compte l'existence d'une protection contre les pressions extérieures en appréciant notamment la structure et le fonctionnement du tribunal²⁶⁰ et plus particulièrement le mode de désignation et la durée du mandat des juges²⁶¹. Mais surtout, la Cour a précisé qu'à cet égard, est aussi

256 Voir arrêt *Pullar c. Royaume-Uni*, 10 juin 1996, Rec.1996-III

257 Voir affaire *Olo Bahamonde c. Guinée Equatoriale*, Communication n° 468/1991, Doc.N.U. CCPR/C/49/D/468/1991 (1993) : le Comité des Droits de l'Homme a considéré « qu'une situation où les fonctions et les compétences des pouvoirs judiciaires et exécutifs ne sont pas clairement distinctes, où le dernier est capable de contrôler ou de diriger le premier, est incompatible avec la notion de tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 14§1 du Pacte ». Voir l'arrêt *Landborger c. Suède*, 22 juin 1989, CEDH, A n°155, §32.

258 Sur le risque de confusion, voir l'arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, précité, §55.

259 Arrêt *Coeme et a. c. Belgique*, 22 juin 2000, req. nos 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96§120.

260 Voir notamment les arrêts *Sramek c. Autriche*, A n°84; *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, A n°39; *Engel et a. c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, série A n° 22 ; même solution pour la Cour IADH, voir l'arrêt *Reinaldo Figueredo Planchart*, précité, §137.

261 Voir l'arrêt *Landborger c. Suède*, 22 juin 1989, A-155.

à prendre en compte le fait de savoir s'il y a, ou non, apparence d'indépendance²⁶²-- car, ainsi que nous l'avons vu précédemment, la justice étatique se doit d'inspirer confiance au justiciable, car il ne suffit pas que les garanties du procès équitable soient respectées, il faut aussi que cela se voie.

L'exigence d'impartialité. - L'impartialité est la qualité du juge capable de rendre une décision sans qu'aucun préjugé quant aux parties au litige soit venu en affecter la solution, ni en faveur, ni en défaveur de l'une des parties. Elle est donc assimilable à la neutralité du juge, dont les éléments de personnalité et les choix personnels ne doivent pas influencer le processus décisionnel, lequel ne doit s'appuyer que sur les éléments produits et débattus à l'audience. C'est ainsi que, pour le juge Zupančič, l'impartialité « est une attitude mentale ouverte caractérisée par l'indécision », et « le contraire de l'impartialité est le pré-jugé ». Or, « avoir un préjugé signifie avoir une décision dans la tête avant que toutes les données n'aient été reçues. Un juge ayant un préjugé refuse d'écouter l'une des parties, ou les deux. Pareil préjugé peut être exacerbé si le juge souscrit à des critères de jugement prématuré qui sont extrinsèques à la cause ou au droit en général. [...] Les questions qui peuvent se poser tiennent donc, premièrement, au moment de la décision et, deuxièmement, à l'absence de critères décisionnels extrinsèques »²⁶³. La détermination du moment réel de la décision étant impossible à déterminer, c'est donc en vérifiant si le processus décisionnel n'a pas été, ou ne risque pas d'être, perturbé par l'existence de tels critères décisionnels extrinsèques que la garantie d'impartialité jouera, en permettant d'abord la récusation éventuelle d'un juge, ou en permettant d'établir une violation du droit au procès équitable.

L'impartialité au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme s'apprécie théoriquement selon une double démarche²⁶⁴. La première

262 Voir, parmi beaucoup d'autres, les arrêts *Findlay c. Royaume-Uni* du 25 février 1997, Rec. 1997-I, p. 281, §73, et *Incal c. Turquie* du 9 juin 1998, Rec. 1998-IV, p. 1571, § 65 ; voir aussi l'arrêt *Delcourt c. Belgique*, 17 janvier 1970, A-11, §§ 32-38, au sujet de l'indépendance de la Cour de cassation et de son parquet.

263 Arrêt *Kyprianou c. Chypre*, 15 décembre 2005, opinion concordante du juge Zupancic.

264 A cet égard, la Cour IADH a repris la jurisprudence de la Cour EDH à son compte, comme elle l'a bien souligné dans l'arrêt *Reinaldo Figueredo Planchart c. République Bolivarienne du Venezuela*, 13 avril 2000, Req. n°11.298, en énonçant : « Article 8 (1) of the Convention provides that every person has the right to a hearing by an impartial tribunal. [...] Impartiality supposes that the judge or tribunal does not have any preconceptions on the case sub lite and, in particular,

amène à s'assurer que la juridiction offre des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime²⁶⁵ quant à l'impartialité des juges, notamment en exerçant un contrôle objectif d'ordre organique²⁶⁶ et fonctionnel. La seconde démarche, elle, consiste à essayer de déterminer la conviction personnelle du juge en telle occasion : cette impartialité subjective, parfois qualifiée de personnelle par rapport à l'impartialité fonctionnelle ou objective, se présume jusqu'à preuve contraire²⁶⁷. En pratique, la Cour se réfère rarement à une appréciation subjective qui l'amènerait à suspecter les convictions personnelles et à supputer sur le comportement personnel des juges, d'autant qu'il est généralement considéré qu'une démarche purement objective amène aux mêmes fins. C'est ainsi, en se demandant si, indépendamment de la conduite subjective du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité du juge interne, que le juge international contrôlera l'existence de cette garantie. Cette impartialité subjective pourra ainsi être objectivement révélée soit par l'expression d'opinions personnelles du juge sur des éléments du litige en cause, par exemple devant les médias, soit par l'existence de situations particulières, telles des relations privilégiées entre un juge et une partie intervenante au litige, soit encore par l'expression d'opinions générales pouvant laisser supposer des préjugés dans le cas particulier en cause, telles des opinions racistes. Cependant, quels que soient ces éléments pris en compte, ce ne peuvent être que des éléments apparus avant le jugement lui-même, qui ouvrent ainsi droit à récusation du ou des juges par l'une ou l'autre des parties au litige. On notera donc la distinction fondamentale entre la garantie d'impartialité comme élément du standard international minimum, laquelle autorise un contrôle du jugement lui-même, c'est-à-dire des préjugés qui ne seraient pas exprimés avant le jugement – notamment si le juge est de mauvaise foi - mais que la motivation objectiverait, et la garantie d'impartialité conventionnelle, conçue pour permettre la récusation des juges, laquelle amène en définitive à rechercher si la juridiction offre des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute

that he or it does not assume the accused be guilty. For the European Court of Human Rights the impartiality of the judge is composed of subjective and objective elements. The subjective impartiality of the judge is assumed in a given case until proved otherwise [...]".

265 Arrêt *Gautrin et a. c. France*, 20 mai 1998, Rec. 1998-III, pp. 1030-1031, § 58 ; arrêt *Piersack c. Belgique*, 1er octobre 1982, A-53

266 Arrêt *De Cubber c. Belgique*, 26 octobre 1984, A n°86, §29

267 Arrêt *Cianetti c. Italie*, 22 avril 2004, n° 55634/00, § 37.

légitime²⁶⁸ en soulignant finalement l'importance des apparences de justice et d'impartialité.

En la matière, en effet, les apparences revêtent de l'importance²⁶⁹. Cependant, si le point de vue de l'accusé entre en ligne de compte pour apprécier l'existence d'une raison légitime de craindre un défaut d'impartialité, il ne joue pas pour autant un rôle décisif, l'élément déterminant consistant à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées. A cet égard, la charge de la preuve repose sur le requérant demandant la récusation d'un juge, conformément à la présomption d'impartialité favorable à ce dernier. Toutes les juridictions nationales s'accordent sur cette exigence²⁷⁰, qu'elles apprécient rigoureusement, ainsi que l'illustre la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Ainsi, dans l'arrêt *Genie Lacayo*²⁷¹, la Cour, ayant considéré qu'il y avait un doute raisonnable quant à l'impartialité d'une juridiction militaire²⁷², s'est attachée à vérifier si ces doutes se confirmaient ou s'infirmaient : elle a finalement conclu qu'il n'y avait pas de preuve suffisante pour renverser la présomption d'impartialité.

Plus généralement, l'exigence d'impartialité imposant que le jugement ne s'appuie que sur des éléments produits et débattus à l'audience, suppose que la charge de la preuve de leurs prétentions incombe aux parties au litige, conformément à l'adage *onus probandi actori incumbit*, qui se prolonge dans le principe de la

268 Arrêt *Hauschildt c. Danemark*, 24 mai 1989, série A, n°154, p.21, §46

269 Voir, entre autres, les arrêts *Hauschildt c. Danemark*, 24 mai 1989, série A no 154, p. 21, § 48, et *Pullar c. Royaume-Uni*, 10 juin 1996, Recueil 1996-III, p. 794, § 38

270 C'est ainsi ce que le Tribunal Pénal pour le Rwanda a confirmé dans son arrêt *Furundzija* concernant l'appel en récusation d'un juge de première instance pour partialité, en rappelant les principes généraux relatifs à l'impartialité des juges, à savoir que le juge jouit d'une présomption d'impartialité qui ne tombe que si l'existence d'un parti-pris est réellement démontrée. Arrêt *Anto Furundzija*, 21 juillet 2000, n°IT-95-17/1-A, § 189 et 196. Voir aussi l'arrêt *Gustavo Gómez López c. Venezuela*, 28 septembre 1998, n°11.703, § 20 à 24, où l'argument du manque d'impartialité des autorités, justifiant selon le requérant, le non épuisement des voies de recours internes, a été rejeté pour défaut de preuve.

271 Arrêt *Genie Lacayo c. Nicaragua* (fond), 29 janvier 1997, Ser. C, n°. 30 (1997) §86-87.

272 Il est intéressant de remarquer que la Cour IADH considère qu'étant donné sa nature, un tribunal militaire est présumé ne pas satisfaire à l'exigence d'indépendance, tandis que son impartialité n'est que douteuse : voir l'arrêt *Masacre « Caloto » c. Colombie*, 13 avril 2000, Req. n°11.101: "The Commission has repeatedly stated that given its nature and structure, the military criminal jurisdiction does not meet the requirements of independence and impartiality set out in Article 8 of the American Convention."

présomption d'innocence²⁷³ en matière pénale. Ce principe impose effectivement à l'accusation de prouver la culpabilité du prévenu, et indirectement donc, impose au juge de ne pas condamner ce dernier sur le seul doute que pourrait générer son comportement en l'absence de preuve certaine. La position de la Cour interaméricaine des droits de l'homme²⁷⁴ est identique sur cette question, de même que celle des tribunaux pénaux internationaux²⁷⁵. En effet, l'exigence d'impartialité revêt une forme particulière en matière pénale : le droit de l'accusé à la présomption d'innocence, c'est-à-dire le droit d'être considéré par tous comme innocent tant qu'un jugement de culpabilité n'a pas été prononcé légalement. Ce sont essentiellement les actes du pouvoir judiciaire dans son ensemble qui sont concernés par cet impératif, mais pas seulement : ainsi, la violation de la présomption d'innocence peut-elle aussi s'apprécier au travers d'éléments extrinsèques au procès, tels que la publicité faite par les médias²⁷⁶, car la présomption d'innocence ne se limite pas au cadre étroit du procès mais exige « qu'aucun représentant de l'Etat ne déclare une personne coupable d'une infraction avant que sa culpabilité n'ait été légalement établie »²⁷⁷, de même qu'elle met à la charge de toutes les autorités de l'Etat l'obligation de réprimer les préjugés quant à l'issue du procès²⁷⁸, en obligeant, par exemple, l'Etat à empêcher un procès par voie de presse, car « une campagne de presse virulente est dans certains

273 À cet égard, la Cour EDH ne précise pas clairement s'il s'agit d'un aspect spécifique de l'équité ou de l'impartialité du tribunal mais, ainsi que le notait le juge Zupancic, équité et impartialité sont des garanties du procès équitable difficilement dissociables. Voir l'arrêt *Kyprianou c. Chypre*, 15 décembre 2005, opinion concordante du juge Zupancic : « Dans un sens très concret, la notion complexe de « procès équitable » se confond avec celle d'impartialité des juges ».

274 Arrêt *Reinaldo Figueredo Planchart*, précité, §119: Le principe de présomption d'innocence impose que " *the conviction and, therefore, the application of the penalty may only be founded upon the assurance of the court regarding the existence of a punishable act attributable to the accused. The judge upon whom it devolves to take cognizance of the indictment is under obligation to address the case without prejudgment and must on no account assume a priori the accused to be guilty. On contrary, the American Convention requires that, in accordance with due process of law and with universally accepted principles of criminal law, the judge confine himself to determining criminal responsibility and to sentencing the accused based on his appraisal of the evidence to hand*". Voir aussi §140.

275 Voir l'arrêt *Jean Bosco Barayagwiza*, 3 décembre 2003, n°ICTR-99-52-T, §74.

276 Arrêt *Reinaldo Figueredo Planchart*, précité, §143: The European Commission of Human Rights has stated that [93] That Commission also declared that "a virulent press campaign can adversely affect the fairness of the proceeding and entail the responsibility of the Government, particularly when it is encouraged by one of the organs of the Government itself."

277 Requête n°10847/84, décision du 7 octobre 1985, DR 44

278 L'affaire *Dole Chadee et a. c. Trinité et Tobago* souligne cependant que les efforts des autorités qui n'auraient pas abouti à empêcher la publicité partielle avant procès n'est pas constitutive d'une violation de ce droit si les mesures prises étaient d'ordre à empêcher une telle publicité. Communication n°813/1998, doc.N.U., CCPR/C/63/D/913/1998.

cas susceptible de nuire à l'équité du procès, en influençant l'opinion publique et, par là même, les jurés appelés à se prononcer sur la culpabilité d'un accusé »²⁷⁹.

Plus particulièrement pour ce qui nous intéresse, l'arrêt *Minelli c. Suisse*²⁸⁰ a clairement établi les formes de la violation de l'obligation de présomption d'innocence, en précisant qu'il y a violation de celle-ci dès qu'un aspect de la décision judiciaire reflète l'opinion de la culpabilité de l'accusé alors que celle-ci n'a pas encore été établie avec certitude selon la loi, et que même un seul aspect du raisonnement de la décision suggérant cette opinion suffit à cette violation. C'est ainsi que le juge international est amené à contrôler l'existence d'éléments objectifs révélateurs de la partialité personnelle du juge national dans la motivation de son jugement. Cette conception de l'obligation de présumer l'innocence d'un prévenu comme conséquence de la garantie conventionnelle d'impartialité du juge remet en cause la conception étroite de celle-ci. Il apparaît en effet difficile de concilier la simple possibilité de récuser un juge sur la base d'éléments objectifs apparents avant le prononcé du jugement et la recherche de la violation de la présomption d'innocence dans la motivation du jugement. Cet élément de l'obligation d'impartialité semble ainsi plutôt se rattacher à l'interdiction d'un jugement arbitraire qui ne résulte pas directement et uniquement des éléments décisionnels intrinsèques à l'affaire en cause, ce qui renvoie à l'approche coutumière de l'impartialité comme élément du standard international minimum de comportement attendu des autorités juridictionnelles étatiques.

Comme nous allons le voir maintenant, si l'analyse littérale des dispositions conventionnelles en matière de protection judiciaire amène à définir l'obligation de protection judiciaire comme attribuant aux justiciables bénéficiaires un droit à une procédure équitable, réputée générer un jugement juste et équitable puisque les garanties processuelles imposent l'organisation et le fonctionnement d'un appareil judiciaire mettant le juge à même de bien juger, c'est-à-dire en ayant pris

279 Arrêt *Craxi c. Italie*, 5 mars 2003, req. n° 34896/97, §98.

280 Arrêt *Minelli c. Suisse*, 25 mars 1983, A-62, §37 : « Aux yeux de la Cour, la présomption d'innocence se trouve méconnue si, sans établissement légal préalable de la culpabilité d'un prévenu et, notamment, sans que ce dernier ait eu l'occasion d'exercer les droits de la défense, une décision judiciaire le concernant reflète le sentiment qu'il est coupable. Il peut en aller ainsi même en l'absence de constat formel; il suffit d'une motivation donnant à penser que le juge considère l'intéressé comme coupable ».

connaissance, équitablement, des différents éléments du litige, cette conception étroite de la protection judiciaire comme garantie d'une justice formelle a cependant été remise en cause par une importante évolution jurisprudentielle en la matière, amenant à lui préférer une conception large de la protection judiciaire comme protection formelle de la justice substantielle, bien que la jurisprudence n'ait cependant pas été jusqu'à reconnaître explicitement l'existence du droit au jugement juste et équitable.

§2 - Une obligation de protection formelle de la justice substantielle

La conception procédurale étroite de l'obligation de protection judiciaire telle qu'elle ressort de l'analyse littérale des dispositions conventionnelles en la matière se retrouve dans de nombreux systèmes de droit occidentaux, mais cette protection procédurale est alors complétée par la possibilité de reconnaître la responsabilité pour faute personnelle des juges manifestement incompétents, négligents ou de mauvaise foi. En droit international, en l'absence de telle possibilité, c'est par la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat pour jugement manifestement injuste que la protection procédurale devait être complétée, rejoignant ainsi la notion de protection judiciaire coutumière, laquelle, étant une protection résiduelle, ne saurait être plus protectrice que la protection judiciaire conventionnelle. En effet, la jurisprudence européenne a considérablement fait évoluer la protection judiciaire conventionnelle en interprétant très largement les dispositions en la matière (A), interprétation dont l'analyse amène à reconnaître un droit implicite au jugement équitable comme élément du droit au procès équitable (B).

C'est donc ce droit implicite au jugement équitable (B) que nous verrons après avoir analysé l'interprétation jurisprudentielle large de l'obligation conventionnelle de protection judiciaire (A). Cette analyse sera aussi succincte que possible, ne s'attachant pas directement à notre sujet, le passage en revue de chaque élargissement jurisprudentiel du droit au procès équitable étant cependant un préliminaire nécessaire à l'étude du droit au jugement équitable, dont la reconnaissance n'est que le résultat d'un raisonnement en cascade.

A) *L'interprétation large de l'obligation conventionnelle de protection judiciaire*

La jurisprudence a non seulement interprété largement les garanties explicites du droit au procès équitable, c'est-à-dire le droit au procès équitable *stricto sensu* (2), mais elle a aussi reconnu que l'obligation de protection judiciaire ne se limitait pas à garantir un tel droit, celui-ci n'étant qu'un élément d'un droit à la justice concrète (1).

1) *Le droit au procès équitable, élément d'un droit à la justice concrète*

L'obligation de protection judiciaire a fait l'objet d'une interprétation extensive par une série de raisonnements, ou encore un raisonnement « en poupées russes » selon l'expression du doyen Cohen-Jonathan²⁸¹, la jurisprudence ayant d'abord reconnu, à partir du droit au procès équitable explicitement garanti par l'obligation européenne de protection judiciaire, l'existence d'un droit d'accès à la justice (a), puis, plus largement, celle d'un droit à la justice concrète (b).

a) *La reconnaissance jurisprudentielle du droit d'accès à la justice*

Nous verrons d'abord le fondement de l'interprétation large du droit au procès équitable, lequel a d'abord justifié la reconnaissance du droit d'accès à la justice, puis, plus généralement, la reconnaissance de tous les éléments implicites de la protection judiciaire conventionnelle, avant de définir brièvement ce droit d'accès à la justice.

Fondement de l'interprétation jurisprudentielle – La Cour européenne des droits de l'homme s'est fondée sur le principe d'effectivité des droits garantis par la Convention pour reconnaître le droit d'accès à la justice, le droit au procès équitable étant en effet dépourvu de sens sans la garantie préalable de l'accès à la justice nationale.

281 COHEN-JONATHAN (G.), « Le droit au juge », in Mel. J. Waline, *Gouverner, administrer, juger*, Dalloz, 2002, p. 471-504.

Selon la jurisprudence constante de la Cour, « la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs »²⁸², c'est pourquoi « [...] toute] disposition de la Convention [...] doit s'interpréter de telle manière que les droits y consacrés ne soient pas théoriques et illusoires mais concrets et effectifs »²⁸³. Or la garantie de l'équité d'un procès n'a de sens que s'il y a un procès au sens strict du terme : la protection du procès étant en effet illusoire sans la garantie effective de l'accès à la justice, l'organisation du procès équitable ne pouvait être que la concrétisation d'un droit d'accès à la justice. C'est donc par un raisonnement déductif, fondé sur le souci d'effectivité des droits conventionnels et remontant de l'effet à la cause, que la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé le droit d'accès à la justice dans son arrêt *Golder c. Royaume-Uni*²⁸⁴. Dans cet arrêt, la Cour a en effet reconnu que l'article 6 posait un droit à un tribunal organisé conformément aux garanties prescrites explicitement, ou droit au procès *lato sensu*, dont le droit d'accès constitue un élément inhérent, et ce, en se fondant sur « les termes mêmes de la première phrase de l'article 6 par. 1, lue dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de ce traité normatif qu'est la Convention, ainsi que de principes généraux de droit ».

Cependant, le principe d'effectivité des droits conventionnels s'appliquant également au droit nouvellement reconnu à l'accès à la justice, la jurisprudence européenne a ensuite dû en préciser l'étendue.

Définition du droit d'accès à la justice – Deux précisions s'imposaient, concernant d'abord l'étendue du devoir de l'Etat, puis l'agencement entre le droit d'accès à la justice posé par l'article 6 et le droit au recours posé par l'article 13 de la Convention.

La Cour européenne des droits de l'homme a d'abord précisé que, comme tous les droits protégés par la Convention, le droit d'accès à la justice était également un droit effectif, ce qui supposait qu'un individu jouisse d'une possibilité claire et concrète de contester un acte constituant une ingérence dans ses droits²⁸⁵, c'est-à-dire

282 Voir l'arrêt *Linguistique belge*, 23 juillet 1968, série A no 6, p. 31, §3 *in fine* et 4.

283 Voir, parmi d'autres, l'arrêt *Artico c. Italie*, 13 mai 1980, série A no 37, pp. 15-16, § 33, et l'arrêt *Schöps c. Allemagne*, no 25116/94, CEDH 2001-I, § 47.

284 Arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, série A, n°18, p18, §34 à 36.

285 Voir l'arrêt *Geouffre de la Pradelle c. France*, 16 décembre 1992, A-253B, p. 43, §34.

qu'il puisse « présenter ses arguments de manière adéquate et satisfaisante »²⁸⁶, impliquant par là que l'obligation d'assurer un droit d'accès à la justice est une obligation positive de l'Etat. C'est ainsi que, si des limitations au droit d'accès à la justice sont possibles, étant donné que le droit d'accès à la justice n'est pas un droit absolu²⁸⁷, l'accès à la justice doit cependant être facilité par l'Etat, au sens où le justiciable ne doit en aucun cas être dissuadé de recourir à la justice, notamment pour des raisons matérielles. C'est ainsi que les Etats ont notamment l'obligation de mettre en place un système d'aide juridictionnelle visant à réduire les obstacles financiers à la saisine des juridictions nationales.

Par ailleurs, il faut remarquer que la reconnaissance d'un droit à l'accès à la justice nationale comme élément du droit au procès équitable a nécessairement contribué à la marginalisation de l'article 13, même si, ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme l'a précisé dans l'arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, les deux dispositions restent néanmoins nettement distinctes car « la notion de "droits et obligations de caractère civil" (article 6 par. 1) ne coïncide pas avec celle de "droits et libertés reconnus dans la (...) Convention" (article 13), même s'il peut y avoir entre elles des chevauchements »²⁸⁸. En revanche, la reconnaissance d'un droit général à la justice, quel que soit le fondement du recours, c'est-à-dire indépendamment d'une atteinte aux droits substantiels protégés par la Convention, souligne clairement l'absence de complémentarité entre les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, et donc l'autonomie du droit au procès équitable *lato sensu*, consacré comme droit substantiel à la justice, en conformité avec le souci d'une interprétation attachée au lien entre justice et prééminence du droit.

Cependant, le droit à la justice étant un droit à l'obtention de ce à quoi l'on peut prétendre en vertu du droit applicable, conventionnel assurément, mais aussi national, l'interprétation de l'article 6 ne pouvait s'arrêter là. En effet, construction gigogne, le droit au procès équitable effectif s'est d'abord concrétisé en amont, avec la

286 Arrêt *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, Req. n° 6289/73, §24.

287 Par exemple, voir l'arrêt *Annoni di Gussola et a. c. France*, 14 nov. 2000, § 48 : « le droit à un tribunal », dont le droit d'accès constitue un aspect particulier, n'est pas absolu et se prête à des limitations implicitement admises, notamment quant aux conditions de recevabilité d'un recours, car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, lequel jouit à cet égard d'une certaine marge d'appréciation » ; voir aussi, parmi d'autres, les arrêts *Edificaciones March Gallego S.A. c. Espagne* du 19 février 1998, Rec. 1998-I, p. 290, § 34, et *García Manibardo c. Espagne*, no 38695/97, § 36, Rec. 2000-II.

288 Arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, préc., §33.

reconnaissance de l'accès à la justice, puis en aval, avec la reconnaissance d'un droit à la justice concrète.

Le droit au jugement. - Si, dans l'arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, la Cour a précisé qu'elle n'avait pas « à rechercher en l'espèce si, et dans quelle mesure, l'article 6 par. 1 exige en outre une décision sur le fond même de la contestation », elle ne pouvait se limiter à reconnaître un droit d'accès à la justice sans reconnaître également un droit au jugement. En effet, si le procès équitable est la concrétisation du droit d'accès à la justice, celui-ci n'a pas non plus de sens autonome : si un justiciable doit pouvoir accéder à la justice, c'est en vue d'obtenir justice, c'est-à-dire ce qu'il peut légitimement obtenir en vertu du droit applicable. Le droit d'accès à la justice est donc l'instrument d'un droit à la justice concrète. Ce droit se déduit d'ailleurs non seulement de l'impératif d'effectivité du droit au procès équitable, mais aussi de la lettre même de l'article 6, selon laquelle le justiciable a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal « qui décidera », c'est-à-dire qui se prononcera sur cette cause, soit en la rejetant, soit en tranchant le litige au fond²⁸⁹, ainsi que la Cour l'a rappelé dans l'arrêt *Sramek*²⁹⁰, selon lequel « le "tribunal" se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel : trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence ».

Cependant, le jugement obtenu n'ayant d'existence concrète qu'une fois exécuté, la Cour européenne a naturellement dû déduire l'existence d'un droit à l'exécution des jugements à partir de celle du droit au jugement.

Le droit à l'exécution des jugements. – Cette extension ressort clairement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a déduit un droit fondamental à l'exécution des jugements à partir du droit à un procès équitable en invoquant le principe de l'effet utile, illustrant nettement le choix d'une interprétation pragmatique et utilitariste de la Convention européenne des droits de l'homme²⁹¹. La

289 C'est en effet un principe propre au contentieux selon lequel le juge doit prendre une décision, c'est-à-dire refuser de trancher un litige en raison de son incompétence ou bien de l'irrecevabilité de la requête, ou bien juger le litige au fond et donc le trancher en faveur de l'une ou l'autre des parties.

290 Arrêt *Sramek c. Autriche*, 22 octobre 1984, Req. n° 8790/79, série A no 84, p. 17, § 36.

291 En cela, la jurisprudence relative à la protection des droits de l'Homme rejoint l'interprétation classique de l'obligation coutumière de protection judiciaire des étrangers selon laquelle l'étranger bénéficie aussi d'un droit à l'exécution des

Cour de Strasbourg a en effet reconnu que l'exécution effective d'une décision de justice devait faire partie intégrante du droit au procès équitable parce que le principe de prééminence du droit supposait que le procès ait pour finalité d'assurer l'application effective du droit : en conséquence, la reconnaissance d'un droit au jugement effectif supposait l'exécution effective de ce jugement. Dans l'arrêt *Hornsby c. Grèce*, la Cour, reprenant le raisonnement mené pour reconnaître le droit au juge, a ainsi énoncé que « l'exécution d'un jugement [devait] être considérée comme faisant partie intégrante du "procès" au sens de l'article 6 » car « le droit de saisir un tribunal en matière civile [...] serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un Etat contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie »²⁹².

La reconnaissance du droit à l'exécution d'un jugement suppose, d'une part, que l'Etat permette au justiciable d'obtenir l'exécution forcée des décisions juridictionnelles qui lui sont favorables. C'est pourquoi il faut considérer que le refus de l'administration de prêter son concours à l'exécution d'un jugement emporte violation du droit au procès équitable, qu'il s'agisse de refuser une expulsion décidée par un jugement, ou de refuser de tirer les conséquences administratives de l'annulation en justice d'un acte administratif. D'autre part, la reconnaissance du droit à l'exécution du jugement n'est pas sans conséquence quant à la détermination de la durée d'une procédure judiciaire, et donc la reconnaissance éventuelle de délais déraisonnables de jugement, puisque, ainsi qu'il ressort de l'arrêt *Silva Pontes c. Portugal*²⁹³, « le droit revendiqué ne trouve sa réalisation effective qu'au moment de l'exécution ».

Cependant, si la protection judiciaire suppose que l'Etat mette les justiciables à même d'obtenir ce à quoi ils peuvent légitimement prétendre en vertu du droit applicable, alors le droit au procès équitable *stricto sensu*, c'est-à-dire les garanties explicites du droit au procès équitable, devait naturellement, lui aussi, faire l'objet d'une interprétation large. En effet, si le droit au jugement est un élément du droit à

décisions qui lui sont favorables, y compris les jugements d'exequatur des décisions internationales à défaut des décisions internationales elles-mêmes.

292 Arrêt *Hornsby c. Grèce*, 25 février 1997, Req. n° 107/1995/613/70, Rec. 1997-II, pp. 510-511, §40.

293 Arrêt *Silva Pontes c. Portugal* du 23 mars 1994, A n° 286-A, p. 13-14, §29-33.

la justice concrète, encore fallait-il préciser qu'il s'agissait d'un droit au jugement équitable.

b) La reconnaissance jurisprudentielle d'un droit à la justice concrète

Liée par la reconnaissance du droit effectif au procès équitable *lato sensu*, la Cour européenne des droits de l'homme a dû poursuivre son interprétation de l'article 6 en admettant également l'existence d'un droit à la justice concrète, lequel suppose non seulement que le justiciable obtienne un jugement, mais aussi qu'il obtienne l'exécution de ce jugement.

2) *L'interprétation large du droit au procès équitable stricto sensu*

C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme a non seulement interprété largement le champ d'application de l'article 6 (a), mais qu'elle a également reconnu l'existence de garanties implicites du droit au procès équitable (b).

a) L'interprétation du champ d'application du droit au procès équitable

La Cour de Strasbourg a d'abord interprété le champ d'application *ratione materiae* de l'article 6, avant de reconnaître que les garanties du droit au procès équitable s'appliquaient à toutes les phases de la procédure judiciaire *lato sensu*.

L'interprétation du champ d'application ratione materiae du droit au procès équitable. – Selon la lettre de l'article 6, le droit à un procès équitable ne concerne pas tous les litiges mais uniquement « les contestations sur les droits et obligations de caractère civil » et « le bien-fondé d'une accusation en matière pénale », cependant les juges européens ont donné à ces notions un sens autonome et large, consacrant une interprétation extensive de ce champ d'application, rejoignant en cela le champ plus large de la protection judiciaire telle qu'elle ressort explicitement des autres dispositions conventionnelles en la matière .

D'abord, concernant la notion de « contestation sur les droits et obligations de caractère civil » la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé que la contestation se définissait matériellement et non pas formellement, celle-ci pouvant donc concerner tant des points de fait que des questions de droit, et porter sur l'existence même du droit ou sur son étendue et ses modalités d'exercice. Par ailleurs, la Cour a également précisé que le caractère civil des droits et obligations constituait un concept autonome, les juges européens pouvant se référer aux définitions nationales sans pour autant être tenus par elles si celles-ci sont jugées trop restrictives²⁹⁴. Ainsi, la notion de droit et obligation de caractère civil a été largement entendue par les juges européens, celle-ci ayant été étendue non seulement au contentieux de caractère privé, mais aussi, dans une certaine mesure, au contentieux public et au contentieux mixte. En effet, la Cour a finalement admis que ce qui était essentiel pour reconnaître un droit de caractère civil, c'était son caractère privé, son contenu et ses effets, la nature de la loi applicable comme celle des juridictions compétentes étant indifférentes. Le critère de l'applicabilité de l'article 6 est donc principalement l'existence d'une contestation ayant un caractère essentiellement patrimonial²⁹⁵, c'est pourquoi le champ d'application de ce texte s'est considérablement étendu, dans le domaine social, administratif, ou encore disciplinaire, même si le critère fonctionnel de l'exercice de la puissance publique peut cependant entrer en ligne de compte pour limiter le champ d'application du droit au procès équitable.

De même, la notion d'accusation pénale a été dotée d'un sens européen autonome, la Cour de Strasbourg ne s'estimant pas liée par les définitions nationales et préférant privilégier une interprétation extensive de la notion, afin d'assurer une protection judiciaire la plus efficace possible. C'est ainsi que certaines infractions, qualifiées d'administratives, de disciplinaires ou de fiscales par les droits nationaux, ont pu être considérées comme des infractions pénales sur le plan européen, car c'est la conception matérielle de la notion d'accusation qui a été retenue, étant considérée comme accusation toute mesure émanant d'une autorité compétente, impliquant le reproche d'avoir commis une infraction d'une certaine gravité, et entraînant des

294 Voir l'arrêt *König c. Allemagne*, 28 juin 1978, série A no 27, pp. 29-30, §§ 88-89 et l'arrêt *Baraona c. Portugal*, 8 juillet 1987, série A, n°122, §41.

295 La seule existence de questions d'ordre économique étant insuffisante.

répercussions d'une certaine sévérité sur la situation de la personne en cause²⁹⁶. L'obligation de protection judiciaire vise ainsi à protéger les justiciables lors des procédures portant sur le bien-fondé d'une accusation, tant dans la détermination de la culpabilité que dans celle de la peine d'un justiciable.

Dans le même sens, la jurisprudence a également précisé le champ de la protection judiciaire, le procès équitable devant s'entendre largement.

Extension de la protection de l'équité du procès stricto sensu à ses phases préliminaires. – La jurisprudence a non seulement affirmé que le droit à la justice impliquait un droit à l'exécution de la décision judiciaire, mais elle a aussi étendu la protection judiciaire aux phases préliminaires du procès proprement dit. En effet, le justiciable ne peut normalement être jugé au pénal qu'au terme d'une période d'investigation ayant pour but de prouver sa culpabilité éventuelle. Cette période est donc essentielle pour le prévenu, car elle doit lui donner la possibilité de prouver son innocence, ou en tout cas d'établir correctement les faits qui lui sont reprochés. Pour cela, il doit pouvoir bénéficier des droits de la défense avant le procès proprement dit, c'est-à-dire dès qu'il est impliqué dans une procédure visant à définir sa culpabilité dans la commission d'une infraction pénale²⁹⁷.

Si les dispositions conventionnelles relatives à la protection des droits judiciaires de l'Homme ne concernent expressément que le procès, la Cour européenne des droits de l'homme a explicitement rappelé que le principe d'effectivité des droits conventionnels s'opposait à une interprétation restrictive de l'article 6, ce qui supposait que les garanties du procès équitable s'appliquent également au domaine administratif de la justice²⁹⁸. En effet, considérant que les garanties énumérées par les dispositions conventionnelles relatives au droit au procès

296 RENUCCI (J.-F.), *Droit européen des droits de l'Homme*, Paris, L.G.D.J., 2002p. 245 et s.

297 Arrêt *Pisano c. Italie*, 27 juillet 2000, req. n° 36732/97, §27 : Selon sa jurisprudence, « l'article 6 a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un tribunal compétent pour décider du bien-fondé de l'accusation, mais il n'en résulte pas qu'il se désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement ». Et d'ajouter : « d'autres exigences, (...) peuvent elles aussi jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si et dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès ».

298 Voir l'arrêt *Feldbrugge v. Pays-Bas*, 29 mai 1986, A-99 : La Cour a décidé au regard de l'applicabilité de l'article 6§1 et de ses garanties judiciaires spécifiques que « bien sûr, il est également essentiel que justice soit faite dans le domaine de l'administration ».

équitable sont seulement des éléments nécessaires à l'existence d'un procès équitable et non les garanties du procès lui-même²⁹⁹, ces dispositions ne sauraient en effet se limiter à la phase purement juridictionnelle du procès équitable, car une telle « garantie » n'aurait plus de sens si elle ne permettait pas de se défendre et donc de bénéficier de l'égalité des armes et du procès équitable lorsque le tribunal va se prononcer sur la légalité de la détention préalablement à tout jugement définitif de culpabilité³⁰⁰.

Ainsi la Cour a-t-elle reconnu, dans l'arrêt *Allenet de Ribemont c. France*³⁰¹, que la présomption d'innocence devait s'appliquer dès la phase préparatoire du procès. De même, la Cour européenne des droits de l'homme a de nombreuses fois appliqué ces garanties aux phases préliminaires, rappelant donc que tout individu a le droit, dès le début de sa détention provisoire, d'être assisté par un avocat de son choix ou celui de se défendre lui-même ; le droit d'être informé de la nature et des causes de son arrestation ; le droit d'avoir le temps et les moyens nécessaires à la préparation de sa défense ; le droit de garder le silence ; le droit d'être assisté d'un interprète ; et enfin le droit d'examiner les témoignages. Le non-respect de ces garanties, avant le procès et même avant toute arrestation, violerait donc le droit au procès équitable en empêchant le prévenu de se défendre librement et constituerait un déni de justice.

Une telle solution a aussi été retenue par le Comité des Droits de l'Homme, pour lequel il ne fait aucun doute que l'article 14 du Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966 s'applique à toutes les phases de l'enquête et du procès³⁰². C'est ainsi qu'il a constamment considéré que le droit d'être informé de la nature de l'accusation concerne aussi bien les personnes en détention que celles qui sont encore en liberté, et que l'acte d'accusation peut être oral ou écrit mais doit toujours contenir à la fois les faits reprochés et le droit applicable à l'espèce³⁰³, et qu'enfin, cette notification doit intervenir le plus tôt possible pour permettre à l'individu de préparer

299 Voir l'affaire *Reinaldo Figueredo Planchart*, préc., §84 : « la Convention ne vise pas l'établissement des garanties à proprement parler mais plutôt... » ; Affaire *Coeme et a. c. Belgique*, 22 juin 2000, req. nos 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, § 93 : « Les exigences des paragraphes 2 et 3 b) de l'article 6 représentent des éléments de la notion générale de procès équitable consacrée par le paragraphe 1 (voir, parmi d'autres, les arrêts *Van Geyselghem c. Belgique* [GC], no 26103/95, § 27, CEDH 1999-I, et *Poitrimol c. France* du 23 novembre 1993, série A no 277-A, p. 13, § 29) ».

300 Arrêt *X c. Royaume-Uni*, 5 novembre 1981, A n°46

301 Arrêt *Allenet de Ribemont c. France*, 10 février 1995, A – 308.

302 Voir commentaire général de l'article 14, 21e session de 1984, Doc.N.U. HRI/GEN/1/Rev.1, p.14 (1994)

303 Voir l'affaire *Adolfo Drescher Caldas c. Uruguay*, communication n°43/1979, Doc.U.N. A/38/40,p.192

sa défense³⁰⁴. De même, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a très clairement condamné le secret entourant les résultats d'une enquête préliminaire, en soulignant que les garanties relatives aux droits de la défense énumérées par l'article 8 de la Convention concernaient toutes les procédures pénales visant à établir la culpabilité d'un individu, c'est-à-dire aussi bien le procès lui-même que les phases préliminaires de l'enquête³⁰⁵. En cela d'ailleurs, la jurisprudence relative à la protection conventionnelle des droits de l'Homme ne fait que rejoindre la jurisprudence constante en matière de protection coutumière des étrangers³⁰⁶.

b) La reconnaissance des garanties implicites du droit au procès équitable

Toujours dans le souci de protéger effectivement le justiciable, les juges européens ont également consacré le principe des garanties implicites. Ainsi la Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle reconnu, d'une part, le droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination et, d'autre part, le droit au jugement motivé.

Les droits de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination. - Codifiés dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (a.14-3-g), ces droits ont été consacrés par la jurisprudence européenne dans les arrêts *Funke c. France*³⁰⁷ puis *John Murray*³⁰⁸ et *Saunders*³⁰⁹ *c. Royaume-Uni*, sans expliciter clairement ni les rapports entre ces deux droits, ni si ces droits devaient être rattachés au droit à l'équité du procès, lequel suppose une utilisation équitable des preuves au procès, ou au droit à la présomption d'innocence, qui suppose non seulement que la

304 Voir l'affaire *Mbenge c. Zaïre*, Communication n°16/1977, Doc.U.N. A/38/40, p.134, où une notification intervenue trois jours avant le début du procès a été jugée insuffisante pour une préparation effective de la défense.

305 Voir notamment l'arrêt *Reinaldo Figueredo Planchart*, prec.

306 Jurisprudence selon laquelle l'obligation de protection judiciaire des étrangers impose à l'Etat d'organiser un appareil judiciaire, et non seulement juridictionnel, et d'en assurer le fonctionnement conformément aux exigences minimales du droit international, ce qu'illustre parfaitement l'affaire *Chevreau*, en mettant sur le même plan à la fois l'arrestation et la détention arbitraire, l'absence d'enquête conforme aux droits de la défense dans la phase préliminaire du procès et les mauvais traitements en prison, en tant qu'actes des autorités judiciaires entraînant la responsabilité internationale de l'Etat. Voir affaire *Chevreau*, France c. Royaume-Uni, 9 juin 1931, R.S.A., Vol.II, p.1113 et s.

307 Arrêt *Funke c. France*, 25 février 1993, A-256A.

308 Arrêt *John Murray c. Royaume-Uni*, 8 février 1996, Rec. 1996-I.

309 Arrêt *Saunders c. Royaume-Uni*, arrêt du 17 décembre 1996, Recueil 1996-VI.

charge de la preuve repose effectivement sur l'accusation, mais aussi que l'accusé soit présumé innocent, y compris dans la présentation des preuves au procès. Ainsi, si, dans l'arrêt *Funke c. France*, la Cour a établi que ces droits résultaient de l'impératif d'équité de la procédure, car protéger l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités permet d'éviter les erreurs judiciaires et donc d'atteindre les buts de l'article 6³¹⁰, dans l'arrêt *Saunders*, la Cour a pourtant énoncé que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination était une des composantes du droit de se taire et que « le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé. En ce sens, ce droit est étroitement lié au principe de la présomption d'innocence consacré à l'article 6 par. 2 de la Convention »³¹¹.

En revanche, la Cour a, d'une part, précisé qu'il s'agissait là de droits à caractère général, même si la question se pose surtout dans le domaine pénal, et, d'autre part, que le droit de se taire n'était pas un droit absolu. Ainsi, la décision d'un prévenu de se taire tout au long de la procédure ne peut être sans incidence. En effet, au moment d'apprécier les éléments à charge et à décharge, les juges et jurés³¹² devront prendre en considération les circonstances dans lesquelles le silence s'inscrit pour en tirer éventuellement des conclusions défavorables au prévenu, le silence du prévenu ne pouvant être interprété comme une preuve à charge que si les charges de l'accusation sont suffisamment sérieuses et appellent une réponse du prévenu.

*Le droit au jugement motivé*³¹³. - Poursuivant son raisonnement en cascade, la Cour européenne des droits de l'homme a également rappelé que l'effectivité de

310 Arrêt *Funke c. France*, préc., §44.

311 Arrêt *Saunders c. Royaume-Uni*, préc., § 68.

312 Cette obligation s'impose en effet également aux jurés lorsqu'ils interviennent dans le prononcé d'un jugement. Ceux-ci ont alors le devoir d'évaluer les faits, et notamment les preuves, en toute objectivité, et prendre également en considération les circonstances dans lesquelles le silence s'inscrit pour en tirer éventuellement des conclusions défavorables au prévenu. Or, c'est généralement au juge professionnel qu'incombe le devoir de présenter ces éléments aux jurés, c'est pourquoi le respect du droit au silence de l'accusé impose à ce dernier de présenter les éléments à charge et à décharge en précisant clairement aux membres du jury les limites exactes de leur pouvoir souverain d'appréciation en la matière, lequel interdit de fonder essentiellement ou exclusivement la culpabilité d'un prévenu sur son silence.

313 Nous avons choisi de traiter ici de l'obligation de motivation, à la différence de l'obligation de garantir l'égalité des armes et le débat contradictoire, alors qu'il s'agit de trois éléments implicites du droit au procès équitable, car l'obligation de motivation est un élément implicite dont la reconnaissance résulte de l'interprétation fondée sur le principe

l'équité de la procédure supposait que les juridictions internes se livrent « à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence pour la décision à rendre »³¹⁴, car « le droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, englobe, entre autres, le droit des parties au procès à présenter les observations qu'elles estiment pertinentes pour leur affaire [lequel] ne peut passer pour effectif que si ces observations sont vraiment « entendues », c'est-à-dire dûment examinées par le tribunal saisi »³¹⁵. Or, l'effectivité de cet examen ne pouvant que ressortir de la motivation des décisions de justice nationales, le souci d'effectivité du droit au procès équitable impliquait donc l'existence d'une obligation de motivation des jugements. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi, dans l'arrêt *Van de Hurk c. Belgique*³¹⁶, explicitement énoncé cette obligation qu'elle avait déjà reconnue implicitement précédemment³¹⁷, se conformant par là même à l'esprit de la Convention, laquelle attache une importance particulière à la motivation des décisions de justice ainsi que le révèle l'obligation explicite de motivation des arrêts de la Cour³¹⁸.

Or la motivation est clairement le moyen de contrôler que le jugement discrétionnaire n'a pas été arbitraire mais fondé en droit³¹⁹. C'est ainsi qu'il faut comprendre cette opinion du juge De Castro selon laquelle « le juge ne décide pas en vertu d'un pouvoir discrétionnaire³²⁰ (*ex voluntate*), mais selon la loi (*ex ratione legis*), ce qu'il montre bien en motivant les arrêts ». En effet, la motivation permet de

d'effectivité, à la différence des deux autres éléments qui éclaircissent la signification de l'équité, et qui ont donc été traités dans la section 1 de ce chapitre.

314 Arrêt *Van de Hurk c. Belgique*, 19 avril 1994, A-288, p. 19, § 59.

315 Arrêt *Perez c. France*, 12 février 2004, Req. n° 47287/99, §80.

316 Arrêt *Van de Hurk c. Belgique*, 19 avril 1994, A-288

317 Arrêt *H. c. Belgique*, 30 novembre 1987, A-127B ; arrêt *Hadjianastassiou c. Grèce*, 16 décembre 1992, A-252.

318 Article 45.

319 C'est très clairement l'idée sous-tendue dans l'obligation de motiver les décisions de justice adoptée en France à partir de 1790. En effet, ce principe, tout comme le principe de légalité pénale auquel il est intimement lié, visait alors à encadrer le pouvoir du juge en le subordonnant strictement à la volonté du législateur, conformément au courant de pensée « légicentriste » issu de la Révolution française, reposant sur le principe de séparation des pouvoirs qui accordent au législatif le droit exclusif de légiférer et au judiciaire le seul pouvoir d'appliquer la loi. En effet, s'imposait alors l'idée selon laquelle le droit c'est la loi, que les décisions judiciaires doivent strictement appliquer. Ainsi, la Constitution française du 5 fructidor de l'an III précisait-elle que imposer que les jugements soient motivés signifiait qu'il fallait y énoncer les termes mêmes de la loi appliquée.

320 Il faut comprendre ici arbitraire et non discrétionnaire car le pouvoir discrétionnaire constitue un élément intrinsèque de tout mécanisme de décision : d'après son origine étymologique, la notion de pouvoir discrétionnaire implique l'idée de jugement, et notamment de jugement fondé.

contrôler le fondement juridique de la décision puisqu'elle suppose l'exposé de ses motifs³²¹, c'est-à-dire des considérations juridiques qui ont amené le juge à se prononcer comme il l'a fait, car « détenteur d'un pouvoir dans un régime démocratique, le juge se doit de rendre compte de la manière dont il en use »³²².

Ce lien entre contrôle de la motivation et contrôle de l'arbitraire a d'ailleurs été explicité par la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Hadjanastassiou*³²³, laquelle a rappelé que « les Etats contractants jouissent d'une grande liberté dans le choix des moyens propres à permettre à leur système judiciaire de respecter les impératifs de l'article 6. Les juges doivent cependant indiquer avec une clarté suffisante les motifs sur lesquels ils se fondent. C'est ainsi, par exemple, qu'un accusé peut exercer utilement les recours existants », soulignant ainsi le lien entre l'obligation de motiver les décisions judiciaires, l'existence d'une marge d'appréciation discrétionnaire en matière de jugement, et donc le risque d'arbitraire.

En effet, l'obligation de motivation vise à contrôler la subjectivité du juge dans son opération de jugement, car imposer au juge de justifier ses décisions c'est limiter sa liberté d'action, c'est limiter son pouvoir d'interprétation du droit³²⁴. D'ailleurs, dans la terminologie juridique moderne, le terme de pouvoir discrétionnaire est devenu synonyme d'autonomie de jugement : avoir un pouvoir discrétionnaire, au sens large du terme, consiste ainsi à disposer d'une sphère d'autonomie à l'intérieur de laquelle les décisions prises relèvent, dans une certaine mesure, de l'appréciation de

321 La jurisprudence internationale a ainsi clairement admis que motiver une décision, c'est avant tout donner les raisons sur lesquelles elle se fonde, conformément d'ailleurs à l'article 31 du projet de la Commission du droit international codifiant l'obligation coutumière de motiver les jugements internationaux, qui assimile cette dernière à la présentation des raisons qui expliquent la décision, *A.C.D.I.*, 1958-II, p.15. Voir l'avis consultatif relatif à la *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies*, 12 juillet 1973, *Rec.* 1973, p.211, §96 : « Un jugement du tribunal administratif doit énoncer les raisons sur lesquelles il se fonde » ; affaire dite sentence arbitrale, *rec.*1991, p.67-68, §63 : « la motivation [...] est brève et aurait pu être plus développée. Mais les renvois opérés [...] n'en permettent pas moins de déterminer sans aucune difficulté les raisons qui ont conduit le tribunal à ne pas répondre à la deuxième question ».

322 PERELMAN (C.), « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse », in *La motivation des décisions de justice*, sous la dir. de C. Perelman et P. Foirers, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1978, p.422

323 Arrêt *Hadjanastassiou c. Grèce*, préc., §33 :

324 En effet, en droit interne comme en droit international, on admet que le juge fait appel à l'équité lors de l'opération d'interprétation, préalable nécessaire à l'application de la règle de droit, le juge ne pouvant se contenter ni de justice formelle ni de logique formelle, sauf à admettre l'hypothèse d'une règle de droit incontestable et claire dans toutes ses applications possibles, c'est-à-dire supposant que ni le choix, ni l'interprétation, de la règle ne posent problème. C'est d'ailleurs ce que montre clairement l'option laissée au juge par l'article 4 du code civil français, qui prévoit cette intervention en cas de silence, d'obscurité ou d'insuffisance de la loi, la loi universelle ne pouvant régler toutes les situations dans leur spécificité.

leur auteur³²⁵. C'est dans ce sens que s'exprimait ainsi le juge De Castro, pour qui « [l']exigence formulée par les lois comme par le statut du tribunal administratif des Nations unies de motiver les jugements découle de la nature même de la fonction juridictionnelle [...] »³²⁶.

Derrière le droit au procès équitable, semble ainsi se profiler un droit au jugement juste et équitable. Il nous faut donc vérifier maintenant que l'obligation conventionnelle de protection judiciaire pose non seulement un droit substantiel³²⁷ à la justice, mais aussi un droit à la justice substantielle.

B) La reconnaissance implicite du droit au jugement juste et équitable

La reconnaissance de l'obligation de motivation est un élément important pour notre étude du déni de justice substantiel en droit international conventionnel, car elle suppose que le droit au procès équitable comprend un droit au jugement équitable (1), l'analyse de la jurisprudence révélant que ce droit au jugement équitable est un droit au jugement raisonnablement motivé, c'est-à-dire, en définitive, un droit au jugement juste et équitable (2).

1) Le droit au jugement équitable, élément du droit au procès équitable

L'obligation de motivation des jugements nationaux comme élément de la protection judiciaire remet en question l'interprétation littérale étroite du droit au procès équitable garant d'une procédure judiciaire équitable. C'est ainsi que, non seulement le droit au procès équitable doit se comprendre comme un droit au processus décisionnel équitable (a), mais que la présomption favorable aux jugements nationaux doit également être admise comme une présomption simple (b).

325 Cf « Pouvoir discrétionnaire de l'administration et problème de responsabilité », actes du 25e colloque de droit européen, Oxford, 27-29 septembre 1995, p.16.

326 CIJ, avis consultatif relatif à la *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies*, 12 juillet 1973, *Rec.* 1973, op. diss., p.293-294, §49 et 52

327 Au sens de W. Strasser, voir la note de bas de page n°222.

a) *Le droit au procès équitable, un droit au processus décisionnel équitable*

De la lettre même de l'article 6, il ressort que le procès équitable est une procédure équitable permettant aux parties de s'exprimer de manière égale et contradictoire, mais la reconnaissance de l'obligation de motivation comme élément du droit au procès équitable, et la prise en compte du résultat de cette procédure – c'est-à-dire de la décision réellement fondée sur les arguments avancés équitablement par les parties – qui en découle, remet en cause cette définition. En effet, la reconnaissance du jugement équitable, non comme résultat d'une procédure équitable mais comme révélateur d'une procédure effectivement équitable, implique la possibilité d'un jugement inéquitable indépendamment du respect des garanties d'équité au cours de la procédure au sens strict, car distinguer l'équité de la procédure de l'équité du résultat de celle-ci suppose que le déroulement d'une procédure équitable n'aboutit pas nécessairement à une décision équitable.

La reconnaissance de l'obligation de motivation conçue comme garantie de l'équité effective du procès suppose donc que le droit au jugement motivé est un droit au jugement équitable, et, si l'obligation de protection judiciaire impose à la fois une procédure équitable et une décision équitable, c'est donc que la protection judiciaire ne se limite pas à garantir un déroulement équitable du procès au sens strict mais assure un processus décisionnel équitable dans son ensemble. Le droit au procès équitable *stricto sensu* est donc un droit à un processus décisionnel équitable, processus comprenant trois phases : la phase préliminaire de préparation du procès, le procès au sens très étroit de déroulement de la procédure, et enfin le jugement lui-même.

Cette conception de droit au procès équitable comme droit au processus décisionnel équitable permet ainsi de mieux cerner la garantie conventionnelle étroite d'impartialité, laquelle s'apprécie en dehors du jugement lui-même, dont l'impartialité subjective, entendue comme absence de préjugé du juge, en son for intérieur, en vue d'une décision équitable, est également un élément de la garantie d'équité du procès, c'est-à-dire une garantie de l'équité du procès en tant que processus décisionnel qui englobe la décision elle-même, conformément à ce que soulignait Zupančič et que confirmait la Cour européenne des droits de l'homme en précisant, dans son arrêt

*Hauschildt c. Danemark*³²⁸, que « le jugement en tant qu'appréciation des données disponibles doit intervenir en fin de processus et s'appuyer sur tous les éléments produits et débattus à l'audience ».

L'interprétation large de la garantie d'équité permet ainsi de concilier la conception étroite de l'impartialité conventionnelle avec l'obligation de protection du justiciable contre la mauvaise foi éventuelle du juge en infirmant l'existence d'une présomption irréfragable d'impartialité subjective du juge national.

b) La présomption de justice et équité des jugements, une présomption simple

La redéfinition jurisprudentielle de la notion de procès équitable comme processus décisionnel équitable permet au juge international de contrôler le jugement interne comme résultat du processus décisionnel et donc de reconnaître éventuellement l'existence d'un « mal-jugé », au sens de jugement inéquitable constitutif d'une violation de l'obligation de protection judiciaire conventionnelle. Ainsi le notaient les juges Lagergren, Pettiti et MacDonald dans leur opinion concordante commune jointe à l'arrêt *H. c. Belgique*³²⁹, selon laquelle « l'arrêt reconnaît une importante exigence : les décisions des cours et tribunaux doivent indiquer de manière suffisante les motifs sur lesquels elles se fondent. Ce faisant, il se situe dans le droit fil de l'avis consultatif formulé le 12 juillet 1973 par la Cour internationale de Justice³³⁰ [selon lequel] "(...) [C]ertains éléments du droit d'être impartialement entendu sont cependant bien connus et fournissent d'utiles critères pour déterminer les cas d'erreurs procédurales essentielles ayant provoqué un mal-jugé: on peut citer, par exemple, [...] le droit d'obtenir une décision motivée." »

La reconnaissance de la défaillance possible des juges, et donc la reconnaissance de la possibilité d'une justice déniée sous les apparences de justice rendue³³¹ remet donc en cause l'influence de la conception aristotélicienne du juge vertueux et la présomption irréfragable de bonne justice favorable aux juges nationaux qui pouvait

328 Arrêt *Hauschildt c. Danemark*, 24 mai 1989, série A, n°154, p.22, §50.

329 Arrêt *H. c. Belgique*, 30 novembre 1987, A-127B.

330 Avis consultatif relatif à la *Demande de réformation du jugement n° 158 du tribunal administratif des Nations Unies*, 12 juillet 1973, C.I.J., Rec. 1973, p. 166, §92.

331 Il faut distinguer les apparences de la justice rendue au cours de la procédure juridictionnelle des apparences du procès équitable au sens de processus décisionnel, dont relève la motivation.

sembler en découler. En effet, la présomption d'équité favorable aux jugements nationaux est une présomption simple, comme est la présomption d'impartialité du tribunal, conformément à l'idée selon laquelle la protection judiciaire ne peut se limiter à une protection des apparences de justice, les droits énoncés par la Convention étant des droits effectifs, et la justice visée par l'obligation de protection judiciaire, une justice concrète. C'est ainsi que la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans une jurisprudence constante, admet la violation du droit au procès équitable en cas de défaillance ou de refus du juge de tenir compte de tel ou tel élément factuel ou juridique du procès, ainsi que l'illustre clairement l'arrêt *Villagrán Morales* où la Cour a repris à son compte les conclusions de la Commission selon lesquelles “*regarding Article 8.1, [...] “the [Third] Sentencing Court failed to take into account or evaluate a significant part of the evidence that had been submitted to [it], or refused to do so, [...] causing a substantial and additional denial of justice”*”³³².

Si l'obligation de protection judiciaire attribue aux justiciables un droit substantiel à une justice concrète, encore faut-il vérifier qu'il s'agit également d'une justice substantielle, ce que révèle la définition du droit au jugement équitable comme au droit au jugement juste et équitable tel qu'il existe en droit international coutumier.

2) *Le droit au jugement équitable, un droit au jugement motivé*

Si le droit au jugement équitable est explicitement un droit au jugement suffisamment motivé (a), l'analyse de la jurisprudence montre que le droit au jugement suffisamment motivé est un droit au jugement raisonnablement motivé (b), c'est-à-dire que le droit au jugement juste et équitable est finalement bien un élément du droit au procès équitable.

a) *Le droit au jugement équitable, un droit au jugement suffisamment motivé*

332 Affaire *Villagrán Morales et a. c. Guatemala* (affaire dite « des enfants de la rue »), 19 novembre 1999, Série C, n°63.

L'obligation de motivation est une obligation de motivation suffisante pour révéler l'équité du processus décisionnel³³³, ce qui ressort *a contrario* de l'arrêt *Van de Hurk c. Belgique*, selon lequel : « Se livrant à une appréciation générale, elle estime que l'arrêt du Conseil n'était pas insuffisamment motivé. En conséquence, aucune violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) ne se trouve établie [...] »³³⁴, ou plus explicitement de l'arrêt *Garcia Ruiz c. Espagne*, selon lequel « les décisions judiciaires doivent indiquer de manière suffisante les motifs sur lesquels elles se fondent »³³⁵.

En effet, la motivation doit convaincre que le juge a jugé équitablement, après avoir pris en compte tous les arguments pertinents des parties. La motivation doit ainsi apporter une réponse à tous les moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence³³⁶, ainsi que le souligne la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle l'obligation de motivation, « sans exiger une réponse détaillée à chaque argument du plaignant, [...] présuppose néanmoins que la partie lésée puisse s'attendre à une réponse spécifique et explicite aux moyens décisifs pour l'issue de la procédure en cause »³³⁷.

Or, si le droit au jugement équitable est un droit au jugement suffisamment motivé, l'analyse de la jurisprudence révèle l'existence d'une présomption qui amène à définir le jugement suffisamment motivé comme un jugement raisonnablement motivé.

333 Cette conception de l'obligation de motivation est générale, voir les développements ultérieurs, partie 3, chapitre 3, section 1.

334 Arrêt *Van de Hurk c. Belgique*, 19 avril 1994, série A n° 288, p. 19, § 61 in fine.

335 Arrêt *Garcia Ruiz c. Espagne*, 21 janvier 1999, no 30544/96, Rec. 1999-I, §26 ; voir aussi l'arrêt *Riccardi c. Italie*, §94 in fine : « la Cour admet [...] que, dans certains cas, la durée de la procédure n'entraîne qu'un dommage moral minime, voire pas de dommage moral du tout. Le juge national devra alors justifier sa décision en la motivant suffisamment ».

336 Cette exigence de réponse aux prétentions des parties renvoie d'ailleurs à la définition première du déni de justice en droit interne.

337 Voir aussi l'arrêt *Defalque c. Belgique*, 20 avril 2006, Req. no 37330/02, §25 : « La Cour ne saurait entrer dans les détails de la motivation, mais est seulement appelée à examiner si la juridiction saisie a bien eu égard à tous les moyens pertinents et s'ils ont eu une réponse ».

b) *Le droit au jugement suffisamment motivé, un droit au jugement raisonnablement motivé*

Il ressort de la jurisprudence que l'insuffisance de motivation fait présumer l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation et donc un jugement arbitraire. Or la recherche de l'erreur manifeste d'appréciation suppose un contrôle au fond du jugement, ce qui confirme le fait que l'obligation de protection judiciaire pose effectivement un droit à la justice substantielle.

Insuffisance de la motivation et présomption d'arbitraire. – Si l'obligation de motivation s'entend de l'obligation pour le juge d'examiner réellement, objectivement, avec neutralité, tous les éléments du procès avant de prendre une décision, la motivation suffisante ne peut s'entendre de la motivation quantitativement suffisante. En effet, la motivation doit révéler la prise en compte effective et raisonnable des arguments des parties au litige, c'est-à-dire révéler un jugement raisonnable. C'est ce qui ressort de l'analyse de la jurisprudence qui, d'une part, a défini *a contrario* le jugement suffisamment motivé comme un jugement qui n'est pas insuffisamment motivé, et a défini, d'autre part, le jugement insuffisamment motivé comme un jugement arbitraire, l'insuffisance de motivation faisant présumer l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation. C'est ce qui ressort notamment de l'arrêt *Dulaurans c. France*, où la Cour européenne des droits de l'homme, ayant constaté l'absence de toute motivation de la Cour de cassation quant à la nouveauté du moyen soulevé par la requérante, a dû « conclure que la seule raison pour laquelle la Cour de cassation rejeta le moyen en question était le résultat d'une erreur manifeste d'appréciation »³³⁸.

On retrouve ainsi très souvent cette relation entre motivation suffisante, motivation raisonnable et absence d'arbitraire, ou inversement³³⁹, dans la

338 Arrêt *Dulaurans c. France*, 21 mars 2000, Req. n° 34553/97, §38.

339 Le lien inverse est moins explicite mais le jugement manifestement erroné n'en est pas moins considéré inéquitable au regard de sa motivation. Voir l'arrêt *Donadze c. Georgie*, 7 mars 2006, Req. no 74644/01, §35 : « Eu égard aux considérations qui précèdent [selon lesquelles « les arguments principaux des juridictions du fond, ayant motivé le rejet de l'action du requérant, furent tirés des faits que celui-ci ne dénonçait ni ne contestait dans son recours » c'est-à-dire de faits manifestement erronés], la Cour estime que les conclusions contenues dans les décisions judiciaires rendues en l'espèce ne témoignent pas que les juridictions internes [...] motivèrent valablement le rejet de ses contestations ».

jurisprudence européenne comme américaine. Ainsi, dans l'arrêt *Defalque*³⁴⁰, la Cour européenne a-t-elle rejeté la prétention du requérant après avoir constaté que « [...] dans sa décision du 6 novembre 1996, la commission d'appel s'est prononcée sur la base d'une motivation circonstanciée, raisonnable et dépourvue de tout caractère arbitraire ». De même, dans l'affaire *Myrna Mack Chang c. Guatemala*³⁴¹, concernant l'équité d'un jugement de cour d'appel ayant acquitté, sans motivation – la décision était fondée sur l'absence de débat contradictoire en première instance, absence qui n'était pas établie –, un prévenu reconnu coupable, en première instance, au terme d'un procès équitable tant au regard de l'établissement des faits que de l'application de la loi pénale, la commission a clairement reconnu le lien entre l'absence de motivation suffisante et l'existence d'une décision arbitraire en portant violation de l'obligation de protection judiciaire. Si la Cour n'a pas elle-même développé cette position, s'étant limitée à l'étude détaillée d'une autre violation de l'obligation, suffisante en elle-même pour constater la violation du droit au procès équitable, elle a cependant admis les conclusions de la commission à cet égard. On peut d'ailleurs clairement mettre cette décision en parallèle avec l'arrêt *Gok et a. c. Turquie*³⁴², où la Cour de Strasbourg a considéré que la décision de la Cour de cassation turque, de revenir sur les constatations effectuées lors de sa première prise de position quant à la date de commencement du délai de prescription de l'action en indemnisation d'une expropriation *de facto*, entraînait une violation du droit au procès équitable, parce que la cour nationale s'était contentée de procéder à une nouvelle appréciation des pièces déjà débattues, sans disposer d'aucun nouvel élément, tout en aboutissant à une position radicalement opposée à sa première décision sur cette question, et ce sans motiver ce revirement de position. Si la Cour n'a pas explicitement fait référence à l'arbitraire d'une telle décision, elle n'en remarquait pas moins que le revirement injustifié était d'autant plus inacceptable « que les requérantes attendaient *légitimement*³⁴³ que cette même juridiction tranchât la suite d'un même litige dans le sens de deux décisions ayant acquis l'autorité de la force jugée »³⁴⁴.

340 Arrêt *Defalque c. Belgique*, 20 avril 2006, Req. no 37330/02, §26.

341 Arrêt *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, (fond), 25 novembre 2003, Série C, n°101.

342 Arrêt *Gok et a. c. Turquie*, 27 juillet 2006, Req. n° 71867/01, 71869/01, 73319/01 et 74858/01, 27 juillet 2006.

343 Nous soulignons.

344 Arrêt *Gok et a. c. Turquie*, préc., §60 in fine.

A contrario, est donc présumée effectivement équitable la décision raisonnablement motivée car sans erreur manifeste d'appréciation, or l'erreur manifeste d'appréciation suppose un contrôle au fond du jugement, confirmant que le jugement équitable est bien un jugement juste et équitable tel qu'il existe en droit international coutumier.

Le contrôle au fond du jugement. – La reconnaissance du jugement manifestement erroné comme jugement inéquitable suppose un contrôle au fond des jugements nationaux au titre de l'obligation de protection judiciaire et non un seul contrôle formel, c'est-à-dire un contrôle qualitatif et non seulement quantitatif de la motivation, conformément à cette opinion de Max Gounelle selon laquelle « le respect des prescriptions formelles ne suffit pas à assurer la régularité d'un acte juridique : l'appréciation du fond de l'acte est le complément nécessaire du contrôle formel. Le contrôle préalable de la motivation formelle ne peut guère préjuger du contrôle au fond, parce qu'ils ont chacun un objet propre »³⁴⁵. Ainsi, l'erreur consistant en une inexacte interprétation des pièces du procès ou des faits allégués ne peut se déduire du seul examen de la motivation formelle, mais suppose au contraire un réexamen global de la cause, ce que semble confirmer la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt *I.J.L.*, en énonçant que, « eu égard à son propre examen approfondi de ces éléments, la Cour estime que l'on ne saurait contester l'appréciation des éléments de preuve ou l'établissement des faits par la Cour d'appel au motif qu'ils sont manifestement déraisonnables ou arbitraires d'une autre manière »³⁴⁶.

Ce contrôle au fond du jugement révèle clairement que l'obligation de protection judiciaire est une protection formelle de la justice substantielle.

Protection judiciaire et droit à la justice substantielle - L'évolution de la jurisprudence semble signifier que, désormais, la bonne application de la règle de droit fait partie des exigences du procès équitable. En effet, l'effectivité de la protection judiciaire peut difficilement ne pas impliquer que la règle de droit soit

345 GOUNELLE (M.), *La motivation des actes juridiques en droit international public*, Paris, Pedone, 1979, p.28.

346 Arrêt *I.J.L. et a. c. Royaume-Uni*, 19 septembre 2000, Req. nos 29522/95, 30056/96 et 30574/96, §99.

correctement appliquée, ainsi que le juge Loucaïdès le rappelait dans son opinion concordante jointe à l'arrêt *Ernst et a. c. Belgique*, en développant l'idée qu'il avait déjà émise précédemment, selon laquelle « le droit à un procès équitable ne se limite pas à des garanties procédurales mais s'étend aussi à la teneur de la décision au fond rendue à l'issue de la procédure [car] il serait en effet absurde que la Convention eût cherché à garantir des procédures adéquates permettant de statuer sur des droits ou des accusations en matière pénale tout en laissant le justiciable sans protection quant au résultat du processus juridictionnel. Pareille démarche autoriserait un procès équitable à produire un résultat arbitraire ou manifestement injustifié »³⁴⁷. En effet, poursuivant le raisonnement interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme amorcé par la reconnaissance du droit d'accès à la justice selon lequel « équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès », le juge Loucaïdès remarquait que l'on ne comprendrait pas non plus que l'article 6 § 1 décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours mais qu'il ne protège pas contre des décisions injustes. Ainsi, selon lui, « équité, publicité et célérité du procès n'offriraient point d'intérêt si elles produisaient des résultats manifestement injustes »³⁴⁸.

Il paraîtrait d'ailleurs d'autant plus étonnant que la protection judiciaire conventionnelle exclue la décision arbitraire de son champ de protection alors qu'elle interdit explicitement le détournement de pouvoir en spécifiant que le justiciable doit bénéficier du jugement d'un juge compétent, c'est-à-dire habilité à agir en l'espèce. En effet, la décision relative à la propre compétence juridictionnelle de l'autorité en cause et la décision relative au choix du contenu de la décision sont les deux objets du processus décisionnel, le pouvoir de dire le droit pouvant donc être exercé arbitrairement en cas de détournement de pouvoir ou en cas de décision injustifiable en droit. On ne comprendrait pas non plus que l'obligation conventionnelle ne protège que partiellement le justiciable de l'arbitraire juridictionnel. Le droit au procès équitable, visant à protéger les justiciables contre tout arbitraire juridictionnel, doit donc garantir également un droit au jugement juste et équitable.

347 Arrêt *Göktan c. France*, 2 juillet 2002, Req. n° 33402/96, op. partiellement dissidente du juge Loucaïdès.

348 Arrêt *Ernst et a. c. Belgique*, 15 juillet 2003, opinion concordante du juge Loucaïdès.

La reconnaissance implicite du droit au jugement juste et équitable comme élément du droit au procès équitable permet de concilier la conception originelle de l'obligation conventionnelle de protection judiciaire, comme obligation de bonne administration de la justice formelle - et donc, corollairement, la conception étroite des garanties d'indépendance et d'impartialité³⁴⁹ -, avec le principe fondamental de la prééminence du droit et l'impératif de protection de la justice substantielle qui en découle. C'est pourquoi, si la notion de déni de justice substantiel n'a pas de sens en droit international conventionnel, la protection de la justice substantielle étant une protection formelle, l'obligation de protection judiciaire ne permet pas moins de mettre en jeu la responsabilité internationale de l'Etat en raison des jugements manifestement injustes, ainsi que le révèle l'analyse du contrôle en la matière.

349 L'objectivation de l'inéquité du jugement au regard de l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation suppose que la cause de cette inéquité est indifférente, que la justice soit déniée par mauvaise foi, négligence ou incompétence. L'interprétation large de la garantie d'équité permet ainsi de ne pas redéfinir les garanties de compétence et d'impartialité dans un sens plus conforme au standard international minimum.

Section 2

Le contrôle conventionnel de la protection judiciaire interne

Il nous faut vérifier, au travers du contrôle de sa mise en œuvre, que l'obligation conventionnelle de protection judiciaire pose effectivement un droit au jugement discrétionnaire équitable semblable au droit au jugement juste et équitable violé, en droit international coutumier, par un jugement manifestement injuste. Pour cela, nous analyserons la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle montre bien que l'obligation conventionnelle de protection judiciaire interdit les jugements discrétionnaires manifestement injustes, puisque la Cour opère non seulement un contrôle de licéité internationale de l'administration de la justice interne (§1), mais aussi un contrôle restreint de la licéité interne des jugements nationaux discrétionnaires (§2).

§1 - Le contrôle conventionnel de licéité internationale de l'administration de la justice interne

D'après la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, se demander si un procès est équitable et se demander si la décision du tribunal est correcte ou non sont deux questions distinctes puisque la Cour n'a pour mission que de contrôler si la procédure, considérée dans son ensemble, a revêtu un

caractère équitable³⁵⁰ et refuse, en conséquence, de contrôler l'existence d'erreurs portant sur les faits ou le droit applicable, sauf lorsque celles-ci portent atteinte aux droits protégés par la Convention. Cette affirmation est conforme au principe du contrôle des effets de la mise en oeuvre des obligations conventionnelles dans l'ordre juridique interne, ce que révèle l'analyse de la *nature du contrôle conventionnel des actes juridictionnels internes* (A). En revanche, l'étude de *l'étendue de ce contrôle* amène à nuancer le principe du contrôle normal des effets de la mise en oeuvre des obligations conventionnelles dans l'ordre juridique interne (B).

**A) *Nature du contrôle conventionnel des actes juridictionnels internes :
contrôle concret contre contrôle abstrait***

Le principe, selon lequel le contrôle de licéité conventionnelle des actes juridiques internes est un contrôle des effets de la mise en oeuvre des obligations conventionnelles dans l'ordre juridique interne, est bien établi dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, y compris en matière de protection judiciaire.

En effet, « aux termes de l'article 19 de la Convention, la Cour a pour tâche d'assurer le respect des engagements résultant de la Convention pour les Etats contractants [...et] est donc appelée à vérifier si la manière dont le droit interne est interprété et appliqué produit des effets conformes aux principes de la Convention tels qu'interprétés dans sa jurisprudence »³⁵¹, c'est-à-dire que la Cour de Strasbourg opère uniquement un contrôle des effets de l'application du droit conventionnel par le juge interne, qu'il s'agisse de son application directe ou de son application indirecte, lorsque l'ordre juridique interne appelle des mesures nationales d'intégration du droit international dans l'ordre interne ou que la disposition internationale suppose des mesures nationales d'application, c'est-à-dire lorsque le juge interne applique les mesures d'application du droit conventionnel au sens large³⁵².

350 Voir par exemple l'arrêt *Pisano c. Italie*, 27 juillet 2000, Req. n° 36732/97, §21. La Cour IADH a adopté la même position. Voir l'arrêt *Carlos Alberto Marin Ramirez c. Colombie*, n° 11.403 : "The right to judicial protection as enshrined in the Convention includes the right to a fair, impartial and speedy trial necessary to achieve, but never to require, a favorable outcome".

351 Arrêt *Riccardi Pizzati c. Italie*, 29 mars 2006, Req. no 62361/00, §80-81.

352 Renvoi à la partie 1, chapitre 1, section 1.

Lorsqu'il contrôle la mise en œuvre de ces mesures nationales, le juge européen peut ainsi constater, tant la bonne application du droit interne non conforme au droit conventionnel, que la mauvaise application du droit interne conforme à celui-ci, l'illicéité internationale résultant en définitive de l'application concrète de la loi, lorsque celle-ci a des effets contraires au droit conventionnel indépendamment de l'existence abstraite de la loi non conforme. C'est en effet un principe également bien établi que la Cour européenne ne peut exercer un contrôle abstrait des règles de droit interne dont les requérants contestent l'application, mais seulement les effets de leur application concrète dans le cas d'espèce, même si la Cour a précisé, dans son arrêt *Marckx c. Belgique*³⁵³, que l'article 25 de la Convention habilite les justiciables à soutenir qu'une disposition de droit interne viole leurs droits par elle-même, en l'absence d'un acte individuel d'exécution, s'ils risquent d'en subir directement les effets : si la Cour doit contrôler les effets de l'application concrète du droit interne, elle peut ainsi se prononcer également sur les effets plausibles d'une telle application au cas d'espèce.

La Cour européenne des droits de l'homme pose clairement que ce principe du contrôle des effets de l'interprétation et de l'application du droit conventionnel s'applique en matière de protection judiciaire. Ainsi, dans son arrêt *Pham Hoang c. France*, la Cour a-t-elle rappelé, à l'occasion du contrôle de l'application des dispositions françaises relatives à l'existence de présomptions de culpabilité en matière de trafic de stupéfiants, qu'elle n'a pas « à mesurer *in abstracto* les articles 369 par. 2, 373, 392 par. 1 et 399 du code des douanes à l'aune de la Convention [et que] sa tâche consiste à déterminer s'ils ont été appliqués en l'espèce d'une manière compatible avec la présomption d'innocence et plus généralement avec la notion de procès équitable»³⁵⁴. L'arrêt *Wos c. Pologne* illustre ce contrôle des effets des actes juridictionnels internes que la Cour de Strasbourg opère au titre de l'article 6 de la Convention. Dans cette affaire, le requérant se plaignait de n'avoir pu accéder à la justice interne pour contester la décision, de la Fondation pour la réconciliation germano-polonaise, de ne lui octroyer qu'une indemnisation partielle du dommage qu'il avait subi en raison du travail forcé auquel il avait été soumis pendant la seconde guerre mondiale, décision qu'il prétendait résulter d'une interprétation

353 Arrêt *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, Req. n° 6833/74, §27.

354 Arrêt *Pham Hoang c. France*, 29 août 1992, A-243, §33.

erronée des critères de calcul du montant de l'indemnité due. L'accès à la justice nationale lui avait été refusé au motif que sa requête était irrecevable, conformément à une jurisprudence bien établie selon laquelle les juridictions polonaises n'étaient pas compétentes pour contrôler les décisions de la Fondation. Pour déterminer si le refus d'accès à la justice nationale constituait une violation du droit au procès équitable, la Cour européenne s'est attachée à vérifier si l'interprétation des juridictions nationales quant aux dispositions internes relatives à leur compétence était compatible avec le droit conventionnel, au regard des effets de cette interprétation. Ainsi la Cour a-t-elle d'abord rappelé qu'il appartenait aux juridictions internes d'interpréter la législation interne et que son rôle à elle « se limit[ait] à s'assurer que les effets d'une telle interprétation sont compatibles avec la Convention »³⁵⁵, et qu'elle n'avait donc pas à « répondre à la question de savoir si les conclusions [des juridictions nationales] reflètent une interprétation correcte de la législation interne »³⁵⁶, mais uniquement à se demander si l'interprétation en cause, ayant pour effet de restreindre le droit d'accès à la justice du requérant, était conforme à l'article 6. La Cour a donc d'abord contrôlé si l'interprétation restrictive au droit d'accès poursuivait un but légitime, question à laquelle elle a répondu par l'affirmative, une telle restriction visant à assurer la flexibilité et l'efficacité des octrois d'indemnités par la Fondation, puis elle s'est interrogée sur la proportionnalité de la restriction litigieuse au droit d'accès du requérant, que la Cour a dû apprécier à la lumière des circonstances particulières de l'espèce. La Cour a finalement conclu à la non-conformité de la décision des juridictions nationales pour défaut de proportionnalité entre l'intérêt légitime qu'il pouvait y avoir à restreindre l'accès à la justice nationale et l'atteinte au droit du justiciable d'accéder aux tribunaux internes, parce que, en l'espèce, il résultait de l'interprétation litigieuse que le requérant s'était retrouvé dans l'incapacité totale d'obtenir justice, ne disposant d'aucun autre moyen de réparation raisonnable du préjudice occasionné par la décision de la Fondation³⁵⁷. C'est ainsi que la Cour de Strasbourg a conclu à la violation du droit au procès

355 Arrêt *Wos c. Pologne*, 8 juin 2006, Req. no 22860/02, §104.

356 Arrêt *Wos c. Pologne*, préc., §106.

357 C'est cet effet de l'interprétation et de l'application du droit interne par les juridictions nationales qui est effectivement déterminant, ce que souligne la comparaison avec une affaire précédente où la Cour EDH avait conclu à l'absence de violation du droit au procès équitable en raison de l'existence d'autres voies de droit s'offrant aux requérants pour obtenir justice ; voir l'arrêt *Waite et Kennedy c. Allemagne*, 18 février 1999, Rec. 1999-I, §73.

équitable parce que l'interprétation des juridictions nationales ne donnait pas assez d'effet à ce droit, tout particulièrement dans le cas où « l'on peut valablement démontrer que les décisions correspondantes étaient viciées en raison d'une appréciation erronée des faits sous-tendant la demande ».

Si le contrôle opéré en l'espèce était donc bien un contrôle concret des effets de l'interprétation restrictive, par les juridictions polonaises, de leur compétence pour connaître des recours dirigés contre les décisions de la Fondation³⁵⁸, était-il pour autant un contrôle normal de ces effets ?

***B) Etendue du contrôle conventionnel des actes juridictionnels internes :
contrôle normal contre contrôle restreint***

L'analyse du contrôle des effets de l'interprétation et de l'application des obligations conventionnelles dans l'ordre juridique interne opéré par la Cour européenne des droits de l'homme montre que celui-ci est un contrôle normal, qui s'oppose en principe au contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation. L'étude de la jurisprudence révèle cependant que ce principe du contrôle normal de licéité conventionnelle des actes internes (1) connaît une exception : le contrôle des mesures nationales restreignant le droit au procès équitable (2).

1) Le principe du contrôle normal de licéité conventionnelle des actes internes

Le contrôle de licéité conventionnelle des actes internes est un contrôle normal, qui s'oppose au contrôle restreint qu'une juridiction opère lorsqu'elle se limite à rechercher une erreur manifeste d'appréciation. L'étendue de ce contrôle conventionnel est une conséquence de sa nature. En effet, lorsque la Cour européenne des droits de l'homme contrôle la licéité conventionnelle des actes internes, elle contrôle les effets de l'interprétation et de l'application des obligations conventionnelles dans l'ordre juridique interne indépendamment de la cause de ces effets, qu'il s'agisse de la non-conformité du droit interne au droit conventionnel, de

358 Arrêt *Wos c. Pologne*, préc., §109.

l'interprétation non conforme du droit interne conforme, ou encore de l'erreur dans l'établissement des faits auxquels le juge interne a appliqué le droit interne, à la fois conforme au droit conventionnel et correctement interprété et appliqué. Ainsi, dans le cadre du contrôle normal des effets de l'interprétation et de l'application des obligations conventionnelles, le juge européen n'a-t-il pas besoin de contrôler l'opération discrétionnaire d'établissement des faits par le juge interne, opération qui distingue précisément le contrôle normal de licéité internationale des actes internes du contrôle restreint de leur licéité interne. En effet, ce dernier contrôle trouve sa place lorsque l'autorité dont la mesure est contrôlée dispose d'un pouvoir discrétionnaire, l'objet du contrôle de licéité interne des actes étatiques étant donc les opérations d'établissement des faits, d'interprétation et d'application du droit interne relevant de la compétence exclusive des Etats, le contrôle de l'erreur manifeste découlant d'une norme selon laquelle celui qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire ne peut néanmoins, dans l'appréciation des faits et du droit³⁵⁹, commettre d'erreur manifeste, c'est-à-dire qu'il ne peut exercer arbitrairement son pouvoir discrétionnaire d'établissement des faits de la cause et d'interprétation et d'application du droit à ces faits établis. C'est en cela que le contrôle normal se définit par opposition au contrôle restreint. L'arrêt *Gorzelik et a c. Pologne*³⁶⁰ illustre cette opposition entre les deux types de contrôle, la Cour ayant rappelé à cette occasion que, « lorsqu'elle exerce son contrôle, la Cour n'a point pour tâche de se substituer aux autorités nationales qui sont mieux placées qu'une juridiction internationale pour décider de la politique législative et des mesures de mise en œuvre, mais de vérifier sous l'angle de l'article 11 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'Etat défendeur a usé de ce pouvoir de façon raisonnable, de bonne foi et avec soin [...] ».

359 En droit interne, le contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation est un contrôle de l'opération discrétionnaire d'établissement des faits par le juge du fond, mais en droit international, l'établissement des faits comme l'interprétation du droit interne relevant de la compétence exclusive de l'État, et son application, sont, pour le juge international, des faits établis par le juge interne dont il doit contrôler l'établissement discrétionnaire.

360 Arrêt *Gorzelik et a c. Pologne*, 17 février 2004, Req. n° 44158/98, §96. Voir aussi, en ce qui concerne le contrôle des actes internes au regard de l'article 8, l'arrêt *Scozzari et Giunta c. Italie*, 13 juillet 2000, Req. n° 39221/98 et 41963/98, §148.

En réalité cependant, le contrôle dit normal est un contrôle variable en fonction de la marge d'appréciation laissée aux Etats par les dispositions conventionnelles. C'est ainsi que l'on peut distinguer le contrôle normal, proprement dit, du contrôle poussé que la Cour européenne des droits de l'homme opère lorsqu'elle contrôle l'opportunité des mesures nationales, notamment au regard de leur nécessité, ce qui l'amène à vérifier l'appréciation du besoin social impérieux effectuée par l'autorité nationale à l'origine de la mesure contestée. En effet, le contrôle opéré par la Cour de Strasbourg est un contrôle de l'exercice du pouvoir étatique dans un domaine de compétence liée où les autorités nationales ne disposent pas de pouvoir discrétionnaire, bien que leur marge d'appréciation puisse être plus ou moins étendue selon les dispositions conventionnelles. Les articles 8 à 11 autorisent ainsi la Cour européenne à effectuer un contrôle poussé de compatibilité entre le droit conventionnel et les effets de l'interprétation et de l'application de leurs mesures nationales d'application, les restrictions aux libertés ainsi protégées supposant l'existence d'un besoin social impérieux dont la Cour doit vérifier la réalité au travers des motifs invoqués par les autorités nationales pour les justifier, lesquels doivent apparaître « pertinents et suffisants », c'est-à-dire, concernant par exemple les restrictions à la liberté d'association en cause dans l'affaire *Gorzelik et a. c. Pologne*, que la Cour « doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés par l'article 11 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents »³⁶¹.

Si le contrôle normal de régularité conventionnelle des actes internes est un contrôle variable qui peut être poussé, il doit également pouvoir être limité lorsque les dispositions conventionnelles attribuent aux Etats un pouvoir d'appréciation plus important. Il en va ainsi du droit au procès équitable dont les aspects particuliers peuvent, à l'instar du droit d'accès à la justice, se prêter à des limitations parce qu'« il appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, lequel jouit à cet égard d'une certaine marge d'appréciation »³⁶². Or, le contrôle alors opéré par la Cour européenne des droits de l'homme est un contrôle restreint, au sens propre du terme,

361 Arrêt *Gorzelik et a. c. Pologne*, 17 février 2004, Req. n° 44158/98, §96.

362 Arrêt *Annoni di Gussola et a. c. France*, 14 novembre 2000, Req. n° 31819/96 et 33293/96, § 48 : « le droit à un tribunal », dont le droit d'accès constitue un aspect particulier, n'est pas absolu et se prête à des limitations implicitement admises, notamment quant aux conditions de recevabilité d'un recours, car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, lequel jouit à cet égard d'une certaine marge d'appréciation ».

révélant l'existence d'une exception au principe du contrôle normal de licéité conventionnelle des actes juridiques internes.

2) *L'exception au principe : le cas du contrôle des mesures nationales restreignant le droit au procès équitable*

Dans l'affaire *S.A.R.L. Aborcas c. France*³⁶³, la Cour européenne des droits de l'homme a dû contrôler si le rejet du recours en appel de la requérante, et de son pourvoi en cassation, au motif, manifestement erroné, qu'elle n'était pas partie à la première instance, devait être considéré comme constituant une violation du droit d'accès à la justice. La Cour s'est prononcée dans ce sens après avoir constaté qu'une restriction au droit d'accès à la justice fondée sur une erreur manifeste d'appréciation ne pouvait jamais être considérée comme poursuivant un but légitime, et ne pouvait donc être admise comme compatible avec l'article 6 de la Convention. Il semble que, en cela, la Cour de Strasbourg ait assimilé la légitimité du but poursuivi par l'interprétation restrictive de la législation nationale avec la légitimité de l'interprétation elle-même³⁶⁴. Il est possible de considérer qu'il s'agit là d'une simple erreur, qui n'a pas de conséquence quant à l'étendue du contrôle de régularité internationale des mesures nationales restreignant le droit au procès équitable, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation opéré en l'espèce n'étant qu'un aspect du contrôle normal. En effet, si l'erreur manifeste d'appréciation révèle l'exercice irrégulier d'un pouvoir discrétionnaire, elle ne peut que révéler également l'exercice irrégulier d'un pouvoir non discrétionnaire. Cependant, la confusion entre la légitimité du but poursuivi par l'interprétation restrictive de la législation nationale avec la légitimité de l'interprétation elle-même peut aussi n'être qu'apparente. C'est le cas si l'on considère que la Cour européenne des droits de l'homme n'opère qu'un contrôle restreint de la compatibilité avec la Convention des mesures nationales restreignant le droit au procès équitable, l'interprétation restrictive de la législation

363 Arrêt *S.A.R.L. Aborcas c. France*, 30 mai 2006, Req. no 59423/00.

364 Dans une affaire comparable, la Cour avait estimé « légitimes les buts poursuivis par cette obligation d'exécution d'une décision, à savoir notamment assurer la protection du créancier, éviter les pourvois dilatoires, renforcer l'autorité des juges du fond, désengorger le rôle de la Cour de cassation », voir l'arrêt *Annoni di Gussola et a. c. France*, 14 novembre 2000, Req. n° 31819/96 et 33293/96, §50.

nationale n'étant considérée comme légitime que si elle n'est pas manifestement illégitime. Cette dernière interprétation a notre préférence, d'autant que l'analyse de la jurisprudence montre généralement que la Cour européenne opère effectivement un contrôle restreint des restrictions nationales au droit au procès équitable, car le droit conventionnel en cause attribue à l'Etat un pouvoir discrétionnaire, uniquement limité par l'interdiction de l'arbitraire.

En effet, la Cour de Strasbourg a reconnu la possibilité de restreindre, sous certaines conditions, différents éléments du droit au procès équitable. C'est ainsi que, par exemple, le droit d'accès à la justice n'étant pas un droit absolu, celui-ci peut être limité par une réglementation nationale à condition que ses limitations ne portent pas atteinte à la substance même du droit, qu'elles poursuivent un but légitime et respectent un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé³⁶⁵. Ainsi, lorsque la Cour contrôle les effets de l'interprétation et de l'application d'une réglementation nationale restreignant le droit d'accès à la justice, la Cour doit vérifier que l'irrecevabilité de sa requête ne prive pas le requérant de tout recours, qu'elle poursuit un but légitime comme, par exemple, celui d'éviter l'engorgement de la justice afin d'éviter les délais déraisonnables de procédure, et enfin qu'elle ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit du requérant, ce qui suppose une mise en balance des intérêts, également légitimes mais divergents, du justiciable et de l'Etat.

Cependant, l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne permet pas de faire une distinction claire entre ces trois conditions. Ainsi le contrôle du rapport raisonnable de proportionnalité peut-il être confondu avec celui de l'atteinte à la substance du droit, ce qu'illustre l'arrêt *Wos*, où le défaut de proportionnalité entre l'intérêt légitime qu'il pouvait y avoir à restreindre l'accès à la justice nationale et l'atteinte au droit du justiciable d'accéder aux tribunaux internes a été reconnu parce qu'il résultait de l'interprétation litigieuse que le requérant s'était retrouvé dans l'incapacité totale d'obtenir justice, ne disposant d'aucun autre moyen

365 Arrêt *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, 23 juin 1995, Req. n° 8/1994/455/536, §59 : « La Cour rappelle que le droit d'accès à un tribunal consacré par l'article 6 par. 1 (art. 6-1) peut être soumis à des limitations prenant la forme d'une réglementation par l'Etat. A cet égard, celui-ci jouit d'une certaine marge d'appréciation. Néanmoins, la Cour doit se convaincre que les limitations appliquées ne restreignent ni ne réduisent l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. Deuxièmement, toute limitation doit poursuivre un but légitime et il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but recherché ».

de réparation raisonnable du préjudice occasionné par la décision de la Fondation, le fait d'interpréter de la sorte la réglementation relative à la compétence des juridictions polonaises revenant également à réduire l'accès à la justice ouvert au justiciable à un point tel que le droit s'en trouvait atteint dans sa substance même. De même, le contrôle de légitimité du but poursuivi par une restriction est, tout comme le contrôle de proportionnalité entre les moyens employés et le but recherché, un contrôle de raisonabilité de la mesure en cause³⁶⁶. En définitive, donc, les limitations au droit d'accès à la justice ne sont régulières, au regard de l'article 6, que si elles sont raisonnables. C'est pourquoi, le contrôle de raisonabilité d'une mesure étant alors un contrôle de sa motivation raisonnable, lorsque la Cour contrôle la régularité conventionnelle de telles limitations au droit au procès équitable, elle opère en fin de compte un contrôle de leur motivation raisonnable, c'est-à-dire un contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation.

Le contrôle de l'interprétation et de l'application des mesures nationales restreignant le droit au procès équitable est donc un contrôle restreint de leur régularité conventionnelle. Cela ressort clairement de la jurisprudence relative aux limitations au droit d'accès à la justice : des arrêts *S.A.R.L. Aborcas* et *Annoni di Gussola et a. c. France* bien sûr, mais aussi de la lecture combinée des arrêts *Wos c. Pologne* et *Waite et Kennedy c. Allemagne*³⁶⁷. Dans ces dernières affaires, la Cour européenne des droits de l'homme avait en effet eu à s'interroger sur l'existence du rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé par la restriction au droit d'accès à la justice dont les requérants avaient eu à souffrir. Dans l'arrêt *Wos c. Pologne*, la Cour avait conclu à la violation du droit au procès équitable au regard de la privation de toute possibilité de se faire entendre en justice, alors que dans l'arrêt *Waite et Kennedy c. Allemagne*, la Cour de Strasbourg avait conclu qu'il n'y avait pas, en l'espèce, de violation du droit d'accès à la justice étant donné que les requérants disposaient d'autres voies de droit pour obtenir justice. Il faut ainsi conclure à la définition *a contrario* des mesures restrictives légitimes et proportionnées comme des mesures qui ne sont pas manifestement illégitimes et disproportionnées, tout comme les mesures raisonnables qui sont, de manière

366 Renvoi à l'étude ultérieure des critères du raisonnable, partie 2, chapitre 1, section 3.

367 Arrêt *Waite et Kennedy c. Allemagne*, 18 février 1999, Req. n° 26083/94, §73.

générale, définies *a contrario* comme les mesures qui ne sont pas manifestement déraisonnables³⁶⁸.

Mais la réflexion relative au contrôle restreint de la licéité conventionnelle des mesures nationales limitant le droit au procès équitable est généralisable. Il en va ainsi du contrôle de la mise en œuvre de la présomption d'innocence, laquelle engendre un droit au silence qui impose de ne pas tirer du silence du requérant des conséquences qui lui soient défavorables. En effet, le droit au silence n'est pas un droit absolu, ce qui suppose donc la possibilité d'enfreindre ce droit en tirant des conséquences défavorables du silence d'un accusé lorsque celles-ci sont raisonnables. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme a admis qu'il était en effet possible d'apprécier défavorablement le silence d'un accusé en vue d'établir sa culpabilité dans les situations particulières requérant des réponses de l'accusé, et à condition de ne pas fonder la condamnation de l'accusé uniquement, ou essentiellement, sur son silence, s'autorisant ainsi à contrôler l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation quant au poids du silence comme preuve à charge. L'arrêt *John Murray c. Royaume-Uni*³⁶⁹ est une bonne illustration de ce contrôle. Il en va également ainsi du contrôle de l'équité effective du procès et donc du contrôle de la mise en œuvre du droit au jugement juste et équitable dans l'ordre juridique interne. L'affaire *Dulaurans*³⁷⁰ illustre le contrôle restreint opéré en la matière, bien que l'on puisse reprocher à cet arrêt un certain manque de cohérence avec la jurisprudence générale de la Cour européenne, telle qu'elle ressort d'affaires similaires jugées ultérieurement bien sûr, mais également de la jurisprudence générale concernant le contrôle de régularité conventionnelle des mesures d'application nationales au regard de la compatibilité de leurs effets avec les dispositions conventionnelles. En l'espèce, la Cour avait été amenée à contrôler la mise en œuvre d'une disposition procédurale française concernant la possibilité de retirer du rôle de la Cour de cassation les requêtes fondées sur de nouveaux moyens de droit, c'est-à-dire qu'elle devait vérifier la compatibilité, avec la Convention, de la mise en œuvre de dispositions limitant le droit d'accès à la justice. Or, ayant constaté que la Cour de cassation française avait rejeté l'un des moyens de la requérante à la suite d'une erreur manifeste

368 Voir la partie 2, chapitre 2.

369 Arrêt *John Murray c. Royaume-Uni*, 8 février 1996, *Rec.* 1996-I, §47.

370 Arrêt *Dulaurans c. France*, 21 mars 2000, *Req.* n° 34553/97, §33-34.

d'appréciation, la Cour a considéré que l'absence de prise en compte équitable des arguments de la requérante constituait une violation du droit au procès équitable, préférant exercer un contrôle de l'équité du jugement plutôt qu'un contrôle de conformité d'une mesure nationale restreignant le droit d'accès à la justice au regard de sa légitimité, contrairement à sa façon de procéder dans l'affaire *S.A.R.L. Aborcas c. France* par exemple³⁷¹. Il n'empêche cependant pas d'en conclure que la Cour de Strasbourg opère également un contrôle restreint de licéité internationale des actes juridictionnels internes au regard du droit au jugement équitable, en recherchant notamment l'existence d'erreurs manifestes dans l'appréciation des faits.

Ce dernier contrôle rejoint, là, le contrôle restreint de licéité interne des opérations discrétionnaires de jugement classique en droit interne français. Il nous reste donc à vérifier que la Cour européenne des droits de l'homme opère effectivement un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation de toutes les opérations discrétionnaires, et donc non seulement de l'établissement des faits mais aussi de l'interprétation et de l'application du droit interne relevant du domaine de compétences exclusives de l'Etat.

§2 - Le contrôle restreint de régularité interne des jugements nationaux discrétionnaires

La Cour européenne des droits de l'homme opère un contrôle de régularité interne des jugements nationaux, bien que ce contrôle n'apparaisse pas toujours très clairement. En effet, ce contrôle est un élément du contrôle de licéité internationale du procès équitable (A), ce qu'illustre notamment l'analyse de la jurisprudence quant au contrôle de l'admission au procès de preuves illicites (B), bien que cette analyse soit généralisable à toute opération discrétionnaire de jugement, et donc aux opérations d'appréciation des preuves, d'interprétation du droit ou de qualification juridique des faits³⁷².

371 Voir aussi l'arrêt *Radeva c. Bulgarie*, 3 juillet 2012, Req. n° 13577/05, § 27 et 29.

372 Renvoi à la partie 2, chapitre 2, section 1.

A) *Le contrôle de régularité interne des jugements nationaux, un élément du contrôle de licéité internationale du procès*

Si le droit au procès équitable comprend un droit au jugement juste et équitable lié à l'interdiction d'exercer arbitrairement le pouvoir juridictionnel discrétionnaire, alors le contrôle de licéité internationale du procès doit nécessairement inclure un contrôle de l'exercice de ce pouvoir juridictionnel discrétionnaire, c'est-à-dire un contrôle restreint de la régularité interne des opérations discrétionnaires de jugement, limité à la recherche d'erreurs manifestes d'appréciation. C'est ainsi qu'il faut comprendre le principe, énoncé par la Cour européenne des droits de l'homme, selon lequel il ne lui appartient pas de contrôler les erreurs relatives aux faits ou au droit sauf en cas d'atteinte aux droits protégés par la Convention³⁷³, amenant la Cour à rappeler régulièrement qu'il n'entre normalement pas dans ses attributions de contrôler le bien-fondé de la preuve³⁷⁴, « d'exprimer une opinion sur l'intérêt de l'offre de preuve écartée »³⁷⁵ par les juridictions internes, de « rechercher si les arguments ont été adéquatement traités »³⁷⁶ ou encore « de se prononcer sur la culpabilité des requérants ou sur la question de savoir si les juridictions internes ont correctement apprécié les faits et appliqué la loi »³⁷⁷.

A contrario, il appartient donc à la Cour de contrôler les erreurs de fait ou de droit lorsque celles-ci constituent des erreurs manifestes d'appréciation portant atteinte au droit au procès équitable, et plus précisément au droit au jugement juste et équitable, ce que la jurisprudence a d'ailleurs explicité plus récemment, la Cour de Strasbourg ayant rappelé, dans son arrêt *Antica et la société « R » c. Roumanie*³⁷⁸, que « c'est au premier chef aux juridictions nationales qu'il incombe d'établir les faits et d'interpréter la législation interne [et donc que] dans l'exercice de son pouvoir de

373 Voir l'arrêt *Schenk c. Suisse*, 12 juillet 1988, A-140, §45 : « aux termes de l'article 19 de la Convention, la Cour a pour tâche d'assurer le respect des engagements résultant de la Convention pour les États contractants. Spécialement, il ne lui appartient pas de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction, sauf si et dans la mesure où elles pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention ».

374 Par exemple *Hiro Balani c. Espagne*, 09 décembre 1994, A-303B, §28 ou *Perna c. Italie*, 25 juillet 2001, req. n° 48898/99, §29.

375 Arrêt *Vidal c. Belgique*, 25 mars 1992, §34.

376 Arrêts *Van de Hurk*, 19 avril 1994, Fourchon, §22 et *Perez*, §81-82.

377 Arrêt *Perlala c. Grèce*, 22 février 2007, no 17721/04, § 25.

378 Arrêt *Antica et la société « R » c. Roumanie*, 2 mars 2010, Req. no 26732/03, §32.

contrôle, la Cour n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 6 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation », étant entendu de leur pouvoir d'appréciation discrétionnaire. Il n'est ainsi pas rare que la Cour rejette des requêtes tendant à faire admettre la violation du droit au procès équitable pour erreur manifeste d'appréciation quant à l'établissement des faits³⁷⁹ ou l'interprétation discrétionnaire du droit interne.

Cependant, dans son arrêt *Melich et Beck c. République Tchèque*, la Cour européenne a également précisé que, « en l'absence d'arbitraire, elle n'est pas compétente pour substituer sa propre interprétation du droit ou sa propre appréciation des faits et des preuves à celles des juridictions internes [et que] la tâche que la Cour se voit attribuer par la Convention consiste à rechercher, sur la base d'une appréciation de la procédure considérée dans sa globalité, si la procédure litigieuse, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, a revêtu un caractère équitable »³⁸⁰, car, si l'erreur manifeste d'appréciation permet généralement de présumer l'inéquité d'un jugement, cette erreur n'est pas suffisante en elle-même pour déterminer l'existence d'un déni de justice. Conformément au principe du contrôle des effets de l'application du droit international, le contrôle de régularité interne des jugements discrétionnaires ne doit amener la Cour européenne qu'à rechercher les erreurs d'appréciation manifestes et décisives, seules erreurs pouvant générer un déni de justice parce que l'erreur manifeste d'appréciation doit avoir été décisive pour porter atteinte au droit au procès équitable³⁸¹. Si la Cour de Strasbourg opère un contrôle de régularité interne des jugements nationaux discrétionnaires, ce n'est donc pas pour constater qu'une erreur manifeste d'appréciation entraîne *de facto* une violation du droit au procès équitable, ce contrôle restreint n'étant qu'un élément du contrôle de licéité internationale du procès dans son ensemble.

En effet, l'équité du procès doit être appréciée globalement³⁸² par le juge international, un premier comportement inéquitable pouvant être « compensé »³⁸³ par

379 Par exemple, voir l'arrêt *I.J.L. et a. c. Royaume-Uni*, 19 septembre 2000, Req. nos 29522/95, 30056/96 et 30574/96.

380 Arrêt *Melich et Beck c. République Tchèque*, 24 juillet 2008, Req. no 35450/04, *a contrario*, §48

381 Renvoi à la partie 2, chapitre 2, section 2.

382 Renvoi à la partie 1, chapitre 1, section 3.

383 Il ne s'agit pas de réparation, le comportement inéquitable n'étant pas constitutif d'un fait internationalement illicite réparable. Cependant, la jurisprudence peut être source de confusion à cet égard. Voir l'arrêt *I.J.L. et a. c. Royaume-Uni*,

le comportement ultérieur d'une autorité juridictionnelle. C'est ainsi qu'il faut comprendre cette affirmation de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle « le rôle de la Cour [est] d'examiner les allégations des intéressés que la conduite de la procédure dans son ensemble ne leur a pas garanti un procès équitable »³⁸⁴. Il en va ainsi très nettement des défauts procéduraux tels l'absence de débats contradictoires à un stade du procès, laquelle peut ensuite être compensée par la possibilité effective de débattre les pièces non communiquées dans un premier temps³⁸⁵. Il en va ainsi également des erreurs manifestes d'appréciation portant sur des éléments de fait ou de droit qu'il appartient au juge national d'apprécier discrétionnairement, ce que la jurisprudence relative au rejet des offres de preuves illustre clairement. En effet, le juge national est libre d'accepter ou non la présentation des preuves, dont il apprécie librement la pertinence, cette liberté étant cependant limitée par l'interdiction de l'arbitraire. Lorsqu'une contestation s'élève quant à l'établissement des faits en raison du rejet d'un moyen de preuve, le juge européen doit vérifier si ce rejet a été motivé par l'absence de pertinence du moyen de preuve en question, l'obligation d'équité dans l'offre de preuve se traduisant par l'obligation de motiver raisonnablement le rejet éventuel de certaines offres. C'est pourquoi l'absence de motivation du rejet des preuves peut, si elle est décisive, permettre d'engager la responsabilité internationale de l'Etat pour violation du droit au jugement juste et équitable, la Cour de Strasbourg ayant précisé, dans l'arrêt *Vidal c. Belgique*³⁸⁶, que « le silence complet de l'arrêt du 11 décembre 1985 sur [l'intérêt de l'offre de preuve écartée] ne cadre pas avec l'idée de procès équitable qui domine l'article 6 ». L'absence de motivation sera en effet considérée comme révélatrice, non pas de l'erreur d'appréciation quant à la pertinence de l'offre de preuve, mais de l'inéquité de la phase de présentation des preuves au procès³⁸⁷, laquelle sera présumée

19 septembre 2000, Req. nos 29522/95, 30056/96 et 30574/96, où la Cour a dû s'interroger sur le point de savoir si « la seconde procédure d'appel était de nature à remédier à tout préjudice que les requérants auraient pu subir en raison de l'omission de l'accusation de leur divulguer des documents », §18.

384 Arrêt *Melich et Beck c. République Tchèque*, 24 juillet 2008, Req. no 35450/04, §50 ; voir aussi l'arrêt *Perlala c. Grèce*, 22 février 2007, no 17721/04, § 25.

385 Arrêt *I.J.L. et a. c. Royaume-Uni*, préc.

386 Arrêt *Vidal c. Belgique*, 25 mars 1992, §34.

387 Arrêt *Van Mechelen et a. c. Pays-Bas*, arrêt du 23 avril 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-III, p.711, § 50 ; voir aussi l'arrêt *Perna c. Italie*, 6 mai 2003, req. n° 48898/99, §29 : « La tâche assignée à la Cour par la Convention ne consiste pas à se prononcer sur le point de savoir si des dépositions de témoins ont été à bon droit admises comme

entraîner une erreur manifeste dans l'établissement matériel des faits et pourra donc justifier la reconnaissance d'un déni de justice substantiel, que cette absence de motivation soit le fruit d'une erreur d'appréciation quant à la pertinence du moyen, ou le fait d'avoir négligé l'argument d'une partie.

Or la phase de présentation des preuves au procès permet d'admettre des preuves comme de rejeter des offres de preuves. Si le juge européen contrôle le pouvoir d'appréciation discrétionnaire du juge interne dans la seconde hypothèse, il doit donc en être de même dans la première.

B) Le contrôle de l'admission au procès de preuves irrégulières

Si la Cour contrôle clairement l'opération discrétionnaire qu'est le rejet d'une offre de preuve, il n'en va pas aussi nettement du contrôle de l'admission des preuves. Pour mieux cerner le contrôle de régularité interne de l'admission des preuves au procès que le juge européen opère au titre de l'article 6 (1), il importe de le distinguer du contrôle de régularité internationale de l'admission au procès de preuves irrégulières, que la Cour européenne des droits de l'homme refuse d'effectuer. L'analyse du contrôle conventionnel de l'utilisation équitable des preuves au procès confirme cette distinction, comme nous le verrons dans un second temps (2).

1) Le contrôle de licéité interne de l'admission des preuves au procès

La réalité du contrôle de l'admission des preuves qu'opère la Cour européenne des droits de l'homme ne s'impose pas d'emblée car celle-ci, opérant un contrôle de licéité internationale de l'équité du procès, n'a jamais eu à se prononcer sur les conséquences de l'illicéité interne de l'admission arbitraire de preuves au procès, l'occasion de le faire ne s'étant pas présentée. L'affirmation selon laquelle la Cour de Strasbourg opère bien un tel contrôle se déduit cependant de l'analyse de la

preuves, mais à rechercher si la procédure considérée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, a revêtu un caractère équitable ».

jurisprudence relative au contrôle de l'admission au procès de preuves irrégulières, les deux types de contrôle devant être distingués l'un de l'autre.

a) *Le contrôle de motivation de l'admission des preuves au procès*

Il ressort *a contrario* de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, en matière de contrôle de l'admission au procès de preuves irrégulières, que celle-ci opère bien un contrôle de régularité interne de l'admission des preuves au procès, portant sur la motivation de l'admission des preuves litigieuses par le juge interne. Ce contrôle pourrait donc l'amener à constater un défaut de motivation faisant présumer l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation, et donc entraîner une violation du droit au jugement juste et équitable si l'erreur est également décisive.

Les arrêts *Schenk c. Suisse*³⁸⁸ et *Bykov c. Russie*³⁸⁹ illustrent ce premier contrôle, la Cour ayant vérifié à chaque fois que l'admission de preuves dont les requérants contestaient la régularité interne, avait valablement pu être contestée devant les juridictions internes et que celles-ci avaient effectivement écarté leur requête par des décisions raisonnablement motivées, lesquelles n'étaient donc pas arbitraires. Dans la première affaire, la Cour européenne des droits de l'homme s'est ainsi appuyée sur une analyse précise des règles de droit interne applicables, de la jurisprudence interne ainsi que de la doctrine, pour établir que l'admission du moyen de preuve litigieux – c'est-à-dire un enregistrement effectivement illicite car recueilli de manière illégale – n'était pas interdite par le droit suisse en raison des circonstances ayant justifié cet enregistrement, c'est-à-dire n'était pas irrégulière au regard d'un droit interne autorisant exceptionnellement la recevabilité de preuves illicites. De même, dans la seconde affaire, la Cour a également établi, à la suite d'une analyse comparable, que le moyen de preuve litigieux était régulièrement recevable en vertu du droit interne applicable, parce que, cette fois-ci, l'enregistrement admis n'était pas illicite.

Le contrôle de l'opération discrétionnaire d'admission des preuves au procès est donc bien un contrôle restreint de licéité interne, la motivation raisonnable excluant l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation à cet égard. C'est pourquoi ce

388 Arrêt *Schenk c. Suisse*, 12 juillet 1988, A-140, notamment §28.

389 Arrêt *Bykov c. Russie*, 10 mars 2009, Req. n° 4378/02, notamment §95.

contrôle doit être effectué de manière générale, que le requérant conteste l'admission au procès d'une preuve illégale ou qu'il conteste l'admission d'une preuve irrégulière au regard du droit conventionnel. La Cour est cependant obligée de s'intéresser à la nature de la preuve dont l'admission est contestée en vue de déterminer si sa recevabilité est régulière ou non, parce que, on l'a vu avec l'arrêt *Schenk c. Suisse*, l'admission d'une preuve irrégulière n'est pas forcément irrégulière elle-même. Le contrôle de régularité interne de l'admission des preuves au procès doit ainsi être distingué de la vérification de l'équité de l'admission d'une preuve irrégulière, que cette admission soit régulière ou non au regard du droit interne. Si ces questions sont distinctes, elles ne sont cependant pas exclusives, car, conformément au principe du contrôle des effets de l'application du droit conventionnel, la Cour ne peut limiter son contrôle à l'existence d'une irrégularité interne dans l'admission d'une preuve sans s'interroger sur les conséquences de cette irrégularité au regard de l'équité effective de la procédure appréciée dans son ensemble. C'est ainsi que, pour vérifier que la recevabilité, irrégulière au regard du droit interne, d'une preuve irrégulière amène à violer le droit au jugement juste et équitable, la Cour doit donc également vérifier que l'erreur relative à l'admission de la preuve est non seulement manifeste mais aussi décisive, ce qui devrait donc amener la Cour européenne des droits de l'homme à s'interroger également sur l'équité de l'admission d'une preuve irrégulière. La Cour refuse pourtant un tel contrôle au bénéfice d'un contrôle de l'utilisation équitable des preuves, choix qui s'explique également par le principe du contrôle global de l'équité du procès, l'inéquité inhérente à l'admission d'une preuve irrégulière pouvant en effet être compensée par l'utilisation équitable de celle-ci au procès, le contrôle de régularité interne de recevabilité des preuves étant cependant bien un élément du contrôle de régularité internationale du procès, car le contrôle de l'utilisation équitable des preuves doit également permettre, en définitive, de déterminer le caractère décisif d'une erreur manifeste d'appréciation, éventuellement commise lors de l'admission des preuves au procès.

b) *Le rejet du contrôle de l'équité de l'admission au procès de preuves irrégulières*

La Cour européenne des droits de l'homme a clairement refusé de contrôler l'équité de l'admission de preuves irrégulières pour deux raisons, intimement liées.

D'une part, les opérations d'administration et d'appréciation des preuves sont des opérations relevant du pouvoir juridictionnel discrétionnaire de l'Etat, ainsi que la Cour de Strasbourg le rappelle constamment³⁹⁰, c'est pourquoi la Cour ne peut que refuser de contrôler l'admission d'une preuve au procès, si ce n'est au titre de l'interdiction de l'exercice arbitraire d'un pouvoir juridictionnel discrétionnaire. On comprend dès lors que la Cour refuse de contrôler l'équité de l'admission des preuves irrégulières au procès indépendamment de la régularité interne de leur admission. En effet, il ne lui appartient que de contrôler les effets de la mise en œuvre du droit conventionnel, le contrôle de régularité internationale de la protection judiciaire que la Cour européenne opère au titre de l'article 6 étant un contrôle de l'équité de la procédure judiciaire nationale appréciée dans sa globalité. Ainsi, dans l'arrêt *Ramanauskas c. Lituanie*, la Cour a-t-elle réaffirmé que sa tâche « ne consiste pas à se prononcer sur le point de savoir si certains éléments de preuve ont été obtenus de manière illégale mais à examiner si une telle « illégalité » a entraîné la violation d'un droit protégé par la Convention »³⁹¹.

D'autre part, l'admission d'une preuve irrégulière au procès n'ayant pas forcément d'incidence sur l'équité globale de la procédure, la Cour n'avait logiquement pas à apprécier *in abstracto* l'équité de l'admission de preuves irrégulières, même si l'on peut admettre que « le respect de la légalité dans l'administration des preuves n'est pas une exigence abstraite ou formaliste [... mais est] d'une importance capitale pour le caractère équitable d'un procès pénal [car] aucune juridiction ne peut, sans desservir une bonne administration de la justice, tenir compte d'une preuve qui a été obtenue, non pas simplement par des moyens

390 Par exemple, voir l'arrêt *García Ruiz c. Espagne*, 21 janvier 1999, Req. n° 30544/96, § 28 : « si la Convention garantit en son article 6 le droit à un procès équitable, elle ne régleme pas pour autant l'admissibilité des preuves ou leur appréciation, matières qui relèvent dès lors au premier chef du droit interne et des juridictions nationales ».

391 Arrêt *Ramanauskas c. Lituanie*, 5 février 2008, Rec. 2008, § 52.

déloyaux, mais surtout d'une manière illégale »³⁹². En effet, en reconnaissant les éléments implicites du droit au procès équitable, la Cour européenne des droits de l'homme a entendu dire, d'une part, que l'obligation conventionnelle de protection judiciaire s'impose dans toutes les phases de la procédure judiciaire, et ce, dès la phase de recherche des preuves³⁹³ et jusqu'à la phase de fixation de la peine dans un procès pénal³⁹⁴, et, d'autre part, que l'inéquité éventuellement décelée dans une phase de la procédure ne saurait nécessairement vicier l'ensemble du procès. Ainsi un élément du procès dont le caractère équitable est douteux par nature, tel que la preuve obtenue de manière inéquitable, doit-il être utilisé de manière particulièrement équitable, afin de compenser son défaut d'équité originel, la présomption d'inéquité, que ne doit pas manquer de faire naître l'admission d'une preuve irrégulière, pouvant cependant tout à fait être renversée par la preuve de son utilisation équitable.

C'est pourquoi la Cour doit contrôler l'utilisation des preuves irrégulières admises au procès plutôt que leur admission elle-même.

2) *Le contrôle de l'utilisation des preuves irrégulières*

a) *Le principe général du contrôle de l'utilisation des preuves irrégulières admises au procès*

L'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme permet d'une part de dégager *les critères d'appréciation de l'équité de l'utilisation des preuves irrégulières admises au procès* et, d'autre part, de préciser que ces critères sont appliqués généralement pour apprécier l'équité de l'utilisation de preuves irrégulières, sans distinction selon la nature de leur irrégularité.

392 Arrêt *Schenk c. Suisse*, 12 juillet 1988, A-140, op. diss. commune de messieurs les juges Pettiti, Spielmann, De Meyer et Carrillo Salcedo.

393 Arrêt *Barbera, Messegue et Jabardo c. Espagne*, 6 déc. 1988, Req. n° 10590/83, §83 : « La Cour doit cependant rechercher si les éléments de preuve relatifs aux poursuites contre les requérants avaient été recueillis d'une manière propre à garantir un procès équitable ».

394 Arrêt *Phillips c. Royaume-Uni*, 5 juillet 2001, Rec. 2001-VII, § 39 : « l'article 6 § 1 s'applique d'un bout à l'autre de la procédure tendant à la détermination du bien-fondé [d'une] accusation en matière pénale, y compris la phase de la fixation de la peine ».

Critères d'appréciation de l'équité de l'utilisation des preuves irrégulières admises au procès – Lorsque le juge européen s'est interrogé, dans l'affaire *Schenk c. Suisse*, sur l'équité de l'utilisation du moyen de preuve illégal admis au procès, il s'est attaché à vérifier différents aspects de la procédure litigieuse, dégagant trois critères généraux d'appréciation de l'équité de l'utilisation des preuves irrégulières admises au procès, ces critères ayant été précisés par la jurisprudence ultérieure.

Dans l'affaire *Schenk c. Suisse*, la Cour a ainsi admis que le procès envisagé dans son ensemble n'avait pas été inéquitable parce que l'inéquité liée à l'admission d'une preuve obtenue illégalement avait été « compensée » par son utilisation équitable, respectueuse des droits de la Défense et du débat contradictoire, et tenant compte du poids particulier à accorder, pour condamner le requérant, à une preuve douteuse par nature.

Tout d'abord, le respect des droits de la défense suppose que le requérant ait eu la possibilité de contester l'authenticité des preuves et de s'opposer à leur utilisation. Le procès comportait en l'occurrence un mécanisme efficace offrant au requérant une possibilité réelle de contester la recevabilité de l'élément de preuve litigieux, possibilité que le requérant avait saisie.

Ensuite, le requérant avait effectivement bénéficié d'un débat contradictoire, ayant eu la possibilité d'interroger l'auteur de l'enregistrement illicite et de citer à comparaître l'inspecteur de police à l'origine de la confection de l'enregistrement.

Enfin, le verdict de culpabilité du requérant ne reposait pas exclusivement sur l'élément de preuve illégal, conformément aux principes de présomption d'innocence impliquant que l'accusation ait la charge d'apporter la preuve suffisante de la culpabilité de l'accusé en vue de sa condamnation. Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme a ensuite précisé cette dernière condition, en rappelant que, si dans son arrêt *Schenk c. Suisse*, elle avait attaché du poids au fait que la bande magnétique litigieuse ne constituait pas le seul élément de preuve à la charge du requérant, c'était uniquement en raison de la qualité de cet enregistrement. Dans son arrêt *Khan c. Royaume-Uni*, la Cour a ainsi précisé que « la pertinence de preuves autres que l'élément litigieux dépend des circonstances de la cause. En l'espèce, comme il a été reconnu que la bande magnétique constituait un élément de preuve

solide et ne prêtait à aucun doute, le besoin d'un élément à l'appui était moindre »³⁹⁵. En définitive, le caractère suffisant de la preuve à charge irrégulière doit être apprécié en fonction de la qualité des pièces à conviction et en tenant compte du fait que les circonstances dans lesquelles la preuve litigieuse a été obtenue doit jeter le doute sur sa crédibilité ou son exactitude³⁹⁶.

Champ d'application - Les opérations d'administration et d'appréciation des preuves étant des opérations relevant du pouvoir juridictionnel discrétionnaire de l'Etat, le droit au procès équitable ne saurait être violé par la seule admission au procès de preuves irrégulières, que ces preuves soient irrégulières au regard du droit interne, c'est-à-dire illégales, ou au regard du droit conventionnel. La jurisprudence est très claire à cet égard. L'arrêt *Schenk c. Suisse* illustre le refus du juge européen de contrôler *in abstracto* l'équité de l'admission d'une preuve illégale, de même que l'arrêt *Khan c. Royaume-Uni*³⁹⁷ illustre le refus de contrôler l'admission au procès de preuves irrégulières au regard du droit international. Dans cette affaire, la Cour a ainsi précisé que l'utilisation d'un appareil d'écoute et l'enregistrement de la conversation du requérant n'étaient pas illégaux, c'est-à-dire contraires au droit pénal interne, et que l'irrégularité dont le requérant tirait grief se rapportait exclusivement au fait qu'il n'existait aucun texte légal autorisant l'ingérence dans le droit de l'intéressé au respect de la vie privée et que, en conséquence, pareille ingérence constituait une violation de l'article 8 § 2 de la Convention.

Si le juge international ne distingue pas entre la preuve irrégulière au regard du droit interne et la preuve irrégulière au regard du droit international, c'est parce que l'intérêt public à certaines poursuites judiciaires peut justifier une atteinte à « l'intérêt de l'individu à ce que les preuves à charge soient recueillies légalement »³⁹⁸, étant

395 Arrêt *Khan c. Royaume-Uni*, 12 mai 2000, Req. no 35394/97, §37.

396 Arrêt *Gafgen c. Allemagne*, 1er juin 2010, Rec. 2010, §95.

397 Arrêt *Khan c. Royaume-Uni*, préc., §36 ; voir également l'arrêt *Jalloh c. Allemagne*, 11 juillet 2006, requête no 54810/00, §103. Pour déterminer si la procédure pénale dirigée contre le requérant était équitable, la Cour EDH a noté que les éléments de preuve obtenus grâce à l'administration d'un émétique au requérant n'ont pas été recueillis « illégalement », c'est-à-dire en violation du droit interne, le code de procédure pénale autorisant le recours à la mesure litigieuse.

398 Arrêt *Jalloh*, préc., §97. La Cour EDH a en effet seulement reconnu un « intérêt » individuel à la légalité de la preuve et non un « droit » à une telle légalité, étant clairement entendu que l'article 6 ne réglemente pas les opérations discrétionnaires d'administration des preuves et ne peut donc imposer l'admission des seules preuves régulières.

cependant précisé que cette atteinte ne doit pas vider de leur substance les garanties du procès équitable, les intérêts opposés devant être mis en balance lors du contrôle de l'utilisation équitable de ces preuves. On voit ainsi que l'utilisation équitable des preuves irrégulières admises au procès vise plus à compenser le caractère inéquitable de la manière de recueillir les preuves que leur admission au procès, elle-même. Cette relation entre l'appréciation de l'équité de l'utilisation des preuves irrégulières et la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis ressort d'ailleurs clairement de la jurisprudence européenne relative au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, ce qu'illustre l'arrêt *Saunders c. Royaume-Uni*, où la Cour a précisé que l'utilisation équitable de preuves obtenues en violation de ce droit supposait que ces preuves ne soient pas présentées de manière incriminatoire, soulignant à cette occasion le lien entre droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et droit à la présomption d'innocence.

Or, si les intérêts opposés doivent être mis en balance lors du contrôle de l'utilisation équitable des preuves irrégulières admises au procès, le juge européen doit contrôler cette utilisation en tenant compte de la nature des preuves irrégulières admises, ainsi que la Cour de Strasbourg l'a clairement rappelé dans l'arrêt *Khan*, selon lequel « [...] il n'appartient pas à la Cour de se prononcer, par principe, sur la recevabilité de certaines sortes d'éléments de preuve [...]. Il y a lieu d'examiner si la procédure, y compris la manière dont les éléments de preuve ont été obtenus, fut équitable dans son ensemble, ce qui implique l'examen de l'« illégalité » en question et, dans les cas où se trouve en cause la violation d'un autre droit protégé par la Convention, de la nature de cette violation. »³⁹⁹.

La prise en compte de la nature de l'irrégularité de la preuve a ainsi amené la Cour européenne à préciser son appréciation de l'équité de l'utilisation de telles preuves au procès.

399 Arrêt *Khan c. Royaume-Uni*, req. n° 35394/97, § 34.

b) *Exceptions au principe : les preuves déloyales et les preuves irrégulières au regard des droits conventionnels absolus*

L'intérêt public à certaines poursuites judiciaires ne peut justifier une atteinte à l'intérêt individuel à la légalité des preuves que si cette atteinte ne vide pas de leur substance les garanties du procès équitable. Or la Cour européenne des droits de l'homme a précisé, dans son arrêt *Jalloh c. Allemagne*, que « pour rechercher si une procédure a anéanti la substance même du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, la Cour doit examiner en particulier [...] la nature et le degré de la coercition [...] »⁴⁰⁰. En effet, la Cour a été amenée à différencier les régimes d'utilisation des preuves irrégulières au procès en fonction du degré d'inéquité qui s'attache à la nature de celles-ci, et donc notamment au regard du degré de coercition exercée sur un prévenu pour obtenir ses aveux, car un procès équitable ne saurait tolérer des procédés caractérisés par la violence ou la ruse.

L'utilisation inéquitable par nature des preuves déloyales - Dans son arrêt *Teixeira de Castro c. Portugal*⁴⁰¹, la Cour de Strasbourg a posé un principe de loyauté de la preuve amenant à censurer toute utilisation au procès d'une preuve en raison de sa nature déloyale, dont elle a fait une application constante depuis lors⁴⁰². En effet, l'équité de l'utilisation au procès de preuves irrégulières est appréciée en fonction des intérêts divergents que l'admission de preuves irrégulières amène à s'opposer, lorsque ceux-ci peuvent être mis en balance. Or la Cour considère que « l'intérêt public ne saurait justifier l'utilisation d'éléments recueillis à la suite d'une provocation policière », parce que la provocation policière vise à inciter une personne à commettre une infraction, qu'autrement elle n'aurait pas commise, afin d'être en mesure de la poursuivre⁴⁰³, ce qui ne peut qu'être considéré comme privant « *ab initio* et définitivement le requérant d'un procès équitable ». Cependant, si l'inéquité du procès est clairement liée à la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis, la violation elle-même du droit au procès équitable est bien le résultat de l'utilisation de tels éléments, le simple fait d'admettre des preuves déloyales au

400 Arrêt *Jalloh c. Allemagne*, 11 juillet 2006, requête no 54810/00, §101.

401 Arrêt *Teixeira de Castro c. Portugal*, 9 juin 1998, CEDH, 44/1997/828/1034, §§ 35-36 et 39.

402 Par exemple, voir l'arrêt *Ramanauskas c. Lituanie*, 5 février 2008, requête no 74420/01, §54-55.

403 Arrêt *Teixeira de Castro c. Portugal*, préc., §38.

procès pouvant être compensé si le juge les écarte finalement au moment des débats. Cette jurisprudence confirme bien que la seule admission de preuves irrégulières, même lorsque celles-ci sont par nature inéquitables au point que toute utilisation au procès rende ce procès inéquitable, n'est pas inéquitable en soi, l'administration des preuves relevant du pouvoir discrétionnaire des juges nationaux. Ainsi peut-on souligner que, non seulement l'article 6 ne doit pas être interprété comme interdisant l'admission au procès de preuves déloyales, mais aussi que l'admission de telles preuves peut également être régulière au regard du droit interne.

Il en va de même pour les preuves irrégulières au regard des droits conventionnels absolus.

L'utilisation inéquitable, par nature, des preuves irrégulières au regard des droits conventionnels absolus - La lecture combinée des arrêts *Khan c. Royaume-Uni* et *Jalloh c. Allemagne* illustre également la prise en compte de la nature des preuves et du degré de coercition exercé en vue de leur obtention pour apprécier l'équité de l'utilisation des preuves irrégulières admises au procès. Ainsi, tandis que dans l'affaire *Khan* la Cour de Strasbourg avait décidé que l'utilisation, au procès du requérant, d'informations obtenues grâce à l'emploi d'appareils d'écoute secrète, en violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, ne se heurtait pas aux exigences d'équité posées par l'article 6 § 1, dans l'affaire *Jalloh*⁴⁰⁴, par contre, la Cour a estimé que l'utilisation au procès du requérant de la preuve contestée comme constituant une violation de l'article 3 de la Convention, se heurtait au droit au procès équitable car « des éléments à charge – qu'il s'agisse d'aveux ou d'éléments matériels – rassemblés au moyen d'actes de violence ou de brutalité ou d'autres formes de traitements pouvant être qualifiés de torture – ne doivent jamais, quelle qu'en soit la valeur probante, être invoqués pour prouver la culpabilité de la victime »⁴⁰⁵. La Cour a d'ailleurs ultérieurement précisé cette position en rappelant que non seulement l'utilisation comme preuves, dans la procédure pénale, de déclarations obtenues par des actes de torture ou d'autres mauvais traitements, au mépris de l'article 3, entachait d'inéquité l'ensemble de la procédure, que l'admission de ces éléments ait été ou non déterminante pour le verdict de culpabilité qui avait

404 Arrêt *Jalloh c. Allemagne*, 11 juillet 2006, requête no 54810/00.

405 Arrêt *Jalloh c. Allemagne*, préc., §105.

frappé le requérant, mais qu'il en allait ainsi également de l'utilisation au procès de preuves matérielles que de tels mauvais traitements avaient permis de recueillir⁴⁰⁶.

En effet, après avoir étudié si, en l'espèce, l'intérêt public à la condamnation du requérant pouvait passer pour avoir revêtu un poids pouvant justifier que l'on autorisât l'utilisation au procès de preuves irrégulières au regard de l'article 3 de la Convention, la Cour a clairement admis que, si certains droits individuels peuvent être mis en balance avec l'intérêt public à la poursuite d'une infraction particulière, d'autres ne le doivent pas sous peine de « légitimer indirectement le type de conduite moralement répréhensible que les auteurs de l'article 3 de la Convention ont cherché à interdire » en conférant « une apparence de légalité à la brutalité »⁴⁰⁷. Il semble en aller ainsi des preuves irrégulières au regard de tout droit conventionnel absolu, si l'on considère que la Cour européenne des droits de l'homme s'est attachée au fait que l'article 3 « consacre l'une des valeurs les plus fondamentales des sociétés démocratiques » justifiant qu'il ne connaisse jamais aucune exception « même dans des situations extrêmement difficiles, telles que la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, [... et] même en cas de danger public menaçant la vie de la nation »⁴⁰⁸. Ainsi, bien que la Cour de Strasbourg ait pris la peine de préciser qu'elle ne considérerait pas « trancher la question générale de savoir si l'utilisation d'éléments recueillis au moyen d'un acte qualifié de traitement inhumain et dégradant compromet automatiquement le caractère équitable d'un procès »⁴⁰⁹, parce qu'elle n'a pas vocation à trancher les questions juridiques de manière générale et abstraite, il semble bien que l'on puisse également distinguer le régime de l'utilisation des preuves admises au procès selon que ces preuves sont irrégulières au regard de droits conventionnels absolus ou non.

Le contrôle conventionnel de la protection judiciaire est un contrôle de l'équité globale du procès, lequel justifie, d'une part, les incohérences apparentes du contrôle des actes juridictionnels nationaux que la Cour européenne des droits de l'homme opère et, d'autre part, l'absence de distinction entre déni de justice formel et déni de justice substantiel comme formes de déni de justice. La possibilité de sanctionner un

406 Arrêt *Gafgne c. Allemagne*, préc., §99

407 Arrêt *Jalloh c. Allemagne*, préc., §105-107.

408 Aff. *Jalloh c. Allemagne*, préc., §99.

409 Id §107.

jugement manifestement injuste n'en est pas moins, pour autant, établie en droit conventionnel, comme en droit coutumier, l'obligation conventionnelle de protection judiciaire posant un droit au jugement juste et équitable, lequel autorise le juge international à contrôler la régularité interne des opérations discrétionnaires de jugement. Nous partageons ainsi cette opinion de Jean-François Renucci selon laquelle « l'article 6 est progressivement devenu un droit substantiel, littéralement emporté par son élan qui l'avait conduit à offrir une garantie formelle puis à protéger des droits substantiels allant même au-delà des droits garantis expressément par la Convention »⁴¹⁰. En effet, la Convention ne peut être comprise autrement que comme interdisant l'exercice arbitraire du pouvoir juridictionnel discrétionnaire des juges nationaux, la protection judiciaire conventionnelle devant assurer un traitement judiciaire conventionnel au moins aussi protecteur que le traitement judiciaire international minimum coutumier. C'est ainsi qu'il ne nous semble pas possible de partager l'opinion de De Meyer⁴¹¹ selon laquelle l'application irrégulière des dispositions de droit interne plus protectrices que la Convention ne peut être considérée comme violant la Convention au titre de son article 6, et ne peut dès lors engager la responsabilité internationale de l'Etat. Nous pensons en effet que, au contraire, l'obligation de protection judiciaire tend en particulier à protéger l'individu de l'application irrégulière des dispositions internes relevant de la compétence exclusive des Etats, conformément à l'origine de la protection judiciaire en droit international.

Si l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme souligne qu'il n'est pas besoin de reconnaître la notion de déni de justice substantiel pour sanctionner les jugements nationaux manifestement injustes, et ce d'autant plus que, d'une part, la notion n'est pas sans rappeler les abus auxquels son utilisation antérieure a donné lieu et que, d'autre part, son utilisation contemporaine montre les limites de son intérêt didactique⁴¹², il est en revanche nécessaire de reconnaître

410 RENUCCI (J-F.), *Droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J., 3e ed., p.231.

411 DE MEYER, « Brèves réflexions à propos de l'article 60 de la CEDH », in *Mel. Wiarda*, 1991, p.125. En effet, interprétant l'article 60 de la Convention EDH cet auteur considère que la Convention ne garantit qu'un traitement international minimum et donc que l'article 6 ne peut que garantir l'application équitable des droits internes relatifs aux droits fondamentaux de la Convention.

412 L'analyse de la jurisprudence conventionnelle en la matière révèle en effet les limites de l'intérêt didactique de la distinction entre les formes du déni de justice, étant donné la conception gigogne de la protection juridictionnelle conventionnelle formelle, dont les différents éléments sont intrinsèquement liés. En effet, le déni de justice est finalement une notion se prêtant mal à un tel

clairement, donc explicitement, l'existence du droit au jugement juste et équitable, afin d'en assurer l'effectivité. Mais, ce droit impliquant un contrôle de l'exercice discrétionnaire de la fonction de juger de l'Etat par le juge international, pouvoir de contrôle à l'origine des controverses soulevées par la notion de déni de justice substantiel, il importe d'en préciser les limites et de définir, en conséquence, ce qu'est un jugement juste et équitable. Car une telle précision conditionne nécessairement la reconnaissance consensuelle du droit au jugement juste et équitable. Il nous reste donc à définir le cadre de ce contrôle, ce qui suppose que l'on s'intéresse maintenant aux conditions de reconnaissance du déni de justice substantiel.

« découpage », surtout si l'on considère l'absence de consensus quant aux dénominations de ces différentes formes de déni de justice. Renvoi au chapitre 1, section 2 de cette partie.

PARTIE II

DEFINITION DU JUGEMENT RAISONNABLE ET RECONNAISSANCE DU DENI DE JUSTICE SUBSTANTIEL

Nous avons démontré l'existence du droit au jugement raisonnable comme conséquence de la reconnaissance du déni de justice substantiel, notion fondamentale traduisant l'existence d'une obligation de protection judiciaire étendue. Ce droit n'est cependant pas encore clairement reconnu, et ne pourra l'être sans détermination précise de son contenu, c'est-à-dire de ce que l'on entend par jugement raisonnable, car seule cette précision permettra de limiter d'éventuels abus dans le contrôle et la mise en oeuvre de la responsabilité internationale de l'État pour leurs jugements discrétionnaires, comme il a pu y en avoir à la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle.

Or l'analyse de la jurisprudence relative au déni de justice substantiel fait ressortir le caractère formel et négatif de la définition du jugement juste et équitable, laquelle dépend de la mise en oeuvre d'un standard, celui du raisonnable, que le juge international actualise avec chaque cas d'espèce lorsqu'il reconnaît l'existence d'un

jugement manifestement injuste. Car, ainsi que le remarquait O.Stanti, « s'il n'est une application de l'idée de justice qui, prise en soi et isolée de son milieu social, puisse prétendre à l'immutabilité, en vertu d'un principe de vérité absolue, il y aura toujours une forme du juste qui doit s'adapter à chaque société et à chaque stade de son évolution. Car il y a tout de même quelque chose qui ne change pas, à savoir le sentiment que nous devons à tous le respect de leur droit, dans la mesure de la justice sociale. Mais quelle sera cette justice, nul ne peut le dire *a priori* »⁴¹³.

C'est donc la définition *a contrario* du jugement raisonnable comme jugement qui n'est pas manifestement injuste, ou encore déraisonnable⁴¹⁴, que nous étudierons. Or, le juge international déterminant la déraisonnabilité du jugement manifestement injuste à partir des critères internationaux du raisonnable applicables au jugement interne⁴¹⁵, nous analyserons d'abord les critères de raisonabilité d'un jugement (chapitre 1), avant de voir les éléments constitutifs du jugement manifestement injuste (chapitre 2). Enfin, la mise en œuvre d'un standard attribuant au juge un certain pouvoir normatif, alors que le juge international, n'étant pas juge d'appel, ne doit pas pouvoir substituer son jugement à celui du juge interne, il importe aussi d'analyser les conditions de reconnaissance du déni de justice substantiel, et notamment les conditions de constatation de l'existence du jugement manifestement injuste par le juge international (chapitre 3), afin que, là encore, le risque d'abus ne fasse pas obstacle à la reconnaissance explicite et unanime du droit international au jugement raisonnable.

413 STANTI (O.), *op. cit.*, p.18

414 Renvoi à la partie 1, chapitre 1, section 2.

415 Ces critères du raisonnable sont généraux et sont applicables par tous les sujets de droit international lorsqu'ils mettent en œuvre une règle de droit dont le raisonnable est un élément, qu'il soit formulé explicitement ou non. Cependant, le sujet de notre étude étant ici le jugement raisonnable, nous nous limiterons à l'analyse de la jurisprudence mettant en œuvre une règle formulant implicitement le raisonnable, la règle jurisprudentielle de l'interprétation raisonnable.

CHAPITRE I

LES CRITERES DE RAISONNABILITE D'UN JUGEMENT

Dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, le juge doit appliquer une règle de droit générale à un cas particulier. Pour ce faire, il doit interpréter tant des faits qu'une ou plusieurs règles de droit. En effet, appliquer le droit nécessite d'établir des faits, ce qui suppose une interprétation de la réalité factuelle, interpréter le droit et qualifier juridiquement les faits, c'est-à-dire également interpréter, déterminer la signification précise d'une règle abstraitement formulée au regard de certains faits concrets, puisque la qualification désigne le raisonnement permettant de décider que tel fait relève d'une règle de droit déterminée à l'exclusion de toute autre. Or l'interprétation, d'une règle de droit ou d'un fait, consiste en l'appréciation de données, textuelles ou factuelles, selon une méthode qui permet de reconstruire la vérité juridique des réalités de fait ou des énoncés de droit. L'analyse de la jurisprudence internationale révèle qu'il s'agit d'une méthode où le raisonnable est un critère général d'interprétation, que le juge doit mettre en oeuvre au travers d'un raisonnement juridictionnel finaliste. Bien que cette méthode ne soit pas spécifique au droit international, et encore moins à la recherche du jugement manifestement injuste, l'étude de cette méthode est un préambule nécessaire à celle de la constatation du déni de justice substantiel, c'est-à-dire à la mise en oeuvre concrète des critères de raisonnable d'un jugement par le juge international. Remarquons que le juge international est tenu de contrôler l'application raisonnable du droit interne par le

juge interne au regard des critères internationaux de raisonnable parce qu'il doit appliquer le droit international et que, au demeurant, le paradoxe de la situation n'est qu'apparent puisque, comme nous le verrons, les critères internationaux de raisonnable, qu'ils résultent de principes généraux codifiés ou de la jurisprudence, sont communs au droit interne et au droit international.

C'est donc à la notion de raisonnable qu'il nous faut nous attacher dans un premier temps, et nous verrons, aussi brièvement que possible s'agissant d'une étude plutôt abstraite de la notion qui sera concrétisée par les développements abordés aux chapitres suivants, que le raisonnable se définit positivement⁴¹⁶ comme ce qui est conforme aux exigences de la raison (section 1), ce qui amène à vérifier la raisonnable d'un jugement au regard du raisonnement mené par le juge interne (section 2) et de son aboutissement (section 3).

⁴¹⁶ Par opposition à la définition négative du raisonnable comme ce qui n'est pas déraisonnable, que nous verrons dans la seconde section de ce chapitre.

Section 1

Le raisonnable,

ce qui est conforme aux exigences de la raison

La jurisprudence internationale est très pauvre en ce qui concerne la définition du raisonnable, le juge utilisant généralement le terme seul ou en association avec d'autres notions censées en éclairer le sens⁴¹⁷, sans en préciser le contenu, si ce n'est par renvoi à la raison. Ainsi, selon la Cour internationale de Justice⁴¹⁸, est raisonnable ce qui est conforme aux exigences de la raison⁴¹⁹. Deux questions se posent alors, dont les réponses sont liées : à quelle raison le raisonnable renvoie-t-il ? Et quelles sont les exigences de cette raison ? Nous verrons que le jugement raisonnable est d'abord un jugement conforme aux exigences de la raison humaine, celle du juge (§1), cette raison ne pouvant cependant pas s'exercer sans tenir compte de la raison du droit : car le jugement raisonnable ne peut être qu'un jugement conforme à la raison du droit selon le juge (§2).

§1 - La raison du juge

Selon le dictionnaire de vocabulaire juridique de Gérard Cornu, une personne raisonnable est douée du discernement⁴²⁰ de ce qui est juste et de ce qui est possible,

417 Par exemple l'équilibré, le juste, la bonne foi, etc... Nous analyserons ces associations à la suite de ce chapitre.

418 Voir l'affaire *Eletronica Sicula S.p.A.* (ELSI), Etats-Unis d'Amérique c. Italie, 20 juillet 1989, Rec 1989, p.

419 Nous ne nous intéresserons qu'au jugement raisonnable, mais O.Corten a bien démontré que le raisonnable était une notion unitaire présentant les mêmes caractéristiques quel que soit son objet. Voir CORTEN (O.), *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international*, ed. Bruylant, Bruxelles, 1997.

420 La raison comme qualité humaine s'entend soit de l'aptitude à comprendre, et c'est ce sens étroit que l'on retrouve principalement en droit civil, soit, plus largement, de l'aptitude à discerner, et c'est ce sens que l'on retiendra en l'espèce, conformément à l'origine du mot.

tandis qu'une mesure, et c'est le cas du jugement, est raisonnable lorsqu'elle est conforme à cette faculté humaine de discernement, en répondant à la fois aux exigences de la rationalité, mais aussi à des principes directeurs de jugement, universels pour une communauté donnée, qui se rapportent entre autres aux notions de vérité, de justice, de droit, de modération, d'adaptation aux circonstances, et qui constituent la sagesse, le bon sens ou encore le sens commun. Le jugement raisonnable est donc le résultat de la mise en oeuvre de la raison en tant que faculté humaine de penser, laquelle permet au juge de développer un discours rationnel, cette faculté étant elle-même basée sur la raison entendue comme ensemble de principes directeurs de la pensée. Cette pensée constitue l'étalon à l'aune duquel sont appréciés les jugements opérés en application de la raison comme faculté de penser, rejoignant ainsi la *ratio* latine, qui correspond à la fois à une aptitude intellectuelle à raisonner, mais aussi à ce qui est conforme au bon sens, c'est-à-dire finalement au bon usage de cette faculté de raison. Nous analyserons donc le jugement raisonnable comme le résultat de la pensée rationnelle du juge (A) et de son bon sens (B).

A) *La rationalité du juge*

L'élément rationnel du raisonnable est le plus consensuel car le postulat de l'homme rationnel est très généralement admis. En effet, depuis Descartes, la raison est considérée comme l'instrument commun à tous les hommes, une condition de la compréhension des choses et des situations, « capable de les faire communier dans l'adhésion aux vérités qu'elle révèle »⁴²¹. Ainsi, est raisonnable ce à quoi tout homme peut adhérer, et le jugement raisonnable sera le résultat d'une pensée rationnelle.

Le raisonnable rejoint ici le concept philosophique de raison discursive. Utilisée comme moyen pour aboutir à un jugement valide à défaut d'étalon, c'est elle qui permet la compréhension d'éléments disparates par l'établissement de rapports logiques entre eux. Elle s'apparente ainsi au sens subjectif de la raison en tant que faculté de penser de l'homme, laquelle consiste à mettre en lumière des raisons, au sens objectif du terme, c'est-à-dire des arguments permettant de développer un discours cohérent.

421 PERELMAN (C.), *Justice et raison*, Bruxelles, Ed. de l'université de Bruxelles, 1963, p.95.

La définition formelle du raisonnable, telle qu'elle ressort de l'analyse de la jurisprudence, résulte de cet impératif de conformité aux exigences de la rationalité humaine. Le jugement raisonnable est ainsi un jugement raisonnablement motivé, un jugement dont la motivation doit pouvoir emporter l'adhésion de tout homme.

Cependant, si le rationnel permet de déterminer ce qui est vrai, et est donc nécessaire pour convaincre du bien-fondé d'un jugement, il est également important de définir ce qui est possible et ce qui est bien, car un jugement doit souvent départager des intérêts divergents mais également légitimes. C'est ainsi qu'intervient la raison-étalon, ou bon sens du juge.

B) *Le bon sens du juge*

On doit notamment à Aristote d'avoir cerné la justice comme vertu spécifique s'exerçant dans l'activité de jugement, le juge étant un homme raisonnable, qui doit faire appel à sa raison, c'est-à-dire son bon sens, lorsqu'il exerce sa faculté de jugement. En effet, il ressort de l'étude croisée des dictionnaires de vocabulaire usuel, juridique et philosophique, que le raisonnable se distingue du rationnel en ce qu'il suppose la conformité à la raison, mais « non pas à la raison raisonnante ou raison logique, mais à la raison pratique », c'est-à-dire au bon sens, ce qui implique une conformité aux principes du sens commun et aux jugements de valeur généralement acceptés, une idée de modération et de juste mesure. Ainsi, pour C. Perelman, « le raisonnable et le déraisonnable sont liés à une marge d'appréciation admissible et à ce qui, excédant les bornes permises, paraît socialement inacceptable »⁴²². Le bon sens semble donc permettre un jugement de valeur faisant appel à des considérations pragmatiques de nature sociale, politique, morale ou économique : c'est ainsi un ensemble de valeurs de référence structurant le jugement.

Une telle définition a cependant amené le professeur Corten à rejeter le bon sens comme critère du raisonnable en ce qu'il contribuerait au rapprochement entre les notions de droit naturel et de raisonnable, héritage de la philosophie des anciens où la

422 PERELMAN (C.), *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au delà du positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J., 1984, p.42.

raison est considérée comme un étalon lié à la nature⁴²³, le droit naturel étant défini comme « un droit déterminé par les seules lumières de la raison commune à tous les hommes ». En effet, si l'une des caractéristiques essentielles du raisonnable est la faculté qu'il suppose de se référer à des valeurs comme critères de justification à vocation universaliste, le raisonnable est cependant déterminé par une méthode qui n'échappe pas au positivisme, ainsi que l'analyse de la jurisprudence internationale le montre, et non par une méthode extra-juridique fondée sur le sentiment du juge de ce qui est raisonnable, ou même sur le sentiment de ce qui serait raisonnable selon la communauté concernée, au-delà de la volonté du législateur. L'opinion courante selon laquelle « la décision judiciaire, quand elle n'est pas imposée par une application stricte d'une règle de droit, est le fruit d'une dialectique subtile entre la loi et la morale du juge entendue comme ensemble de valeurs de référence structurant son jugement »⁴²⁴ devrait donc être rejetée.

En réalité, les deux opinions ne nous semblent pas inconciliables. Si la notion de raisonnable permet la prise en compte de valeurs extra-juridiques, cette prise en compte ne s'opère que dans la mesure où la valeur considérée a été intégrée au système juridique par une règle de droit, ce qui nous amène donc à définir le bon sens comme ensemble de principes directeurs du discours rationnel reposant sur des valeurs d'origine extra-juridique mais intégrées au droit positif, notamment par la jurisprudence, et « qui doivent être compris comme exprimant des valeurs qui sont considérées comme étant significatives dans et pour le système juridique ou une branche de ce système ». Ainsi, au-delà du subjectivisme nécessairement lié à l'interprétation raisonnable, le juge se référera, dans son discours, moins à une valeur qu'à l'instrument ayant formalisé cette valeur⁴²⁵. C'est d'ailleurs pourquoi tout choix

423 En effet, la raison du juge a traditionnellement été assimilée à une vertu spécifique, liée à la compréhension et à l'acceptation d'un modèle idéal de conduite commun à tout homme, qu'il s'agisse de Dieu ou de la Raison. Ainsi, dans la tradition judéo-chrétienne, c'est d'abord le modèle divin qui a été posé comme référence idéale de justice, comme modèle de conduite parfait devant inspirer l'homme juste dans son action de juger. Puis, avec le rationalisme, le modèle divin a été abandonné, sans pour autant que soit abandonnée la référence à un modèle idéal, celui de notre propre conscience, cette Raison qui nous guide tel « cet homme divin que nous portons en nous ». KANT (E.), *Critique de la raison pure*, 1781, trad. Tremesaygues et Pacaud, Paris, 1927, p.477.

424 TUNC, « Standards juridiques et unification du droit », Livre du centenaire de la Société de Législation Comparée, 1971, T.II, p.5

425 KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, ed. de la Baconnière, 1988, p.28 : « Si l'on constate que le comportement d'un individu correspond ou ne correspond pas à une norme positive, on émet un jugement de valeur, mais

interprétatif doit faire l'objet d'une justification se prêtant à un contrôle, qui se traduira par un discours juridictionnel rationnel et positiviste, ainsi que nous le verrons plus en détail dans les développements suivants.

La raison du juge ainsi définie ne peut donc constituer le critère unique du jugement juste et équitable, lequel devra aussi se conformer à la raison du droit.

§2 - La raison du droit selon le juge

La raison aux exigences de laquelle le jugement raisonnable doit se conformer n'est en effet pas uniquement celle du juge, ni interne, ni international, ainsi que la Cour internationale de Justice l'a précisé dans l'affaire de la *délimitation maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, car « non seulement la décision à prendre doit correspondre à la conviction intime des arbitres et à leur sens de la justice, mais encore doit-elle être justifiable par un raisonnement fondé sur le droit »⁴²⁶. En effet, la raisonnable d'un jugement s'appréciera non seulement au regard de la raison du juge, mais aussi, et surtout, au regard de la raison du droit. Car un jugement est toujours la reconstruction par un juge (B) de la volonté d'un « législateur »⁴²⁷ (A).

A) *La volonté du législateur, raison du droit*

Si le raisonnable est conforme aux exigences de la raison selon le droit (1), c'est bien la raison du droit applicable (2), à laquelle renvoie le droit par référence auquel s'apprécie le raisonnable, qui entrera finalement en ligne de compte.

un tel jugement ne diffère pas essentiellement d'une constatation de fait (ou jugement de réalité), car il se rapporte à une norme positive et par elle à l'acte qui l'a créé »

426 Sentence arbitrale pour la *délimitation maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, 14 février 1985, *R.G.D.I.P.*, 1985, p.521, §90.

427 Ce terme est employé de manière générale pour désigner toute autorité à l'origine du droit quelle qu'elle soit. Par commodité nous parlerons de législateur bien que le terme paraisse inadéquat en droit international, mais, d'une part, il s'agit dans notre cas de l'interprétation raisonnable d'une règle de droit interne par renvoi à la raison de son auteur, qui peut donc être législateur au sens propre du terme, et, d'autre part, ce terme souligne clairement le lien avec les théories relatives au « législateur rationnel » étudiées ci-après.

1) *La raison selon le droit*

Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence internationale, le caractère raisonnable d'une décision doit être déterminé non par référence à ce que le juge lui-même estime raisonnable, c'est-à-dire en fonction de considérations personnelles et extra-juridiques, mais en référence à ce que le droit considère comme tel, le droit interne pour le juge interne et le droit international pour le juge international⁴²⁸. La Cour internationale de Justice a ainsi clairement rejeté le recours à une méthode de détermination purement extra-juridique des notions indéterminées, telles le raisonnable⁴²⁹, en affirmant de manière générale qu'elle « juge le droit et ne peut tenir compte de principe moraux que dans la mesure où on leur a donné une forme juridique suffisante. Le droit, dit-on, répond à une nécessité sociale, mais c'est précisément pour cette raison qu'il ne peut y répondre que dans le cadre et à l'intérieur des limites de la discipline qu'il institue »⁴³⁰. La notion de raisonnable est bien juridique et donc susceptible d'être violée, de même qu'elle peut donner lieu à un contrôle⁴³¹. Mais ne faudrait-il donc pas mieux parler, alors, de raison selon le droit plutôt que de raison du droit ? Le jugement raisonnable serait ainsi un jugement conforme aux exigences de raison posées par le droit, et en l'occurrence les principes d'interprétation et d'application du droit auxquels le juge doit avoir recours pour justifier et légitimer ses choix interprétatifs.

Mais ces principes imposent en particulier une interprétation et une application du droit conformes à sa finalité, en renvoyant à la raison d'être des règles de droit matérielles, internationales ou internes. Sera donc conforme à la raison selon le droit l'interprétation du droit conforme à sa raison d'être : le jugement raisonnable est ainsi un jugement fondé en droit, c'est-à-dire conforme à la raison du droit.

428 C'est ainsi que le juge international contrôlant la raisonnable d'un délai n'est pas lié par le droit interne mais par le droit international. Voir la jurisprudence de la Cour EDH, par exemple l'arrêt *Wiesinger c. Autriche*, 30 octobre 1991, A-213, §60. Et renvoi à la partie 1.

429 Renvoi supra à la partie 1, chapitre 3 et infra, point 3.1 du même chapitre.

430 Affaire du *Sud-Ouest africain* (2e phase), Rec.1966, p.34, §49

431 C'est ainsi que le juge Gros a pu relever que la Cour avait refusé un pouvoir absolu au TANU de fixer le montant de la réparation « en esquisant une théorie de l'indemnité manifestement déraisonnable [...] qui permet le contrôle de la correspondance entre les constatations du tribunal et la réparation », Rec. 1973, op. diss., p271, §51.

2) *La raison du droit*

Le juge international doit déterminer le raisonnable en fonction de ce que le droit, et notamment les principes d'interprétation, permet de considérer comme tel. L'interprétation raisonnable d'une règle de droit doit avant tout être appréciée au regard de cette règle elle-même, et de sa finalité. C'est le sens de la décision de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*⁴³², où la Cour a affirmé que si l'application raisonnable du droit international s'impose, des considérations d'équité permettant de tempérer la rigueur de la règle applicable, le droit international ne saurait cependant être restreint ou contourné par les considérations découlant de la nécessité de son application raisonnable.

Semble alors se poser un problème de conciliation entre la notion de raison du droit avec la définition de la raison dont nous avons vu qu'il s'agissait d'une qualité humaine, sauf à considérer la raison au sens de motif. Mais en réalité, la raison du droit est la raison de son auteur, l'interprétation du droit étant une reconstruction, par l'interprète, le juge en l'occurrence, de la volonté de l'auteur des dispositions applicables⁴³³. Un jugement sera donc raisonnable, conformément aux principes généraux d'interprétation du droit, s'il se conforme aussi aux considérations qui ont déterminé l'auteur de la règle de droit à interpréter à établir celle-ci, c'est-à-dire s'il se conforme à la raison de l'auteur de la règle de droit à interpréter, car l'interprétation consiste à dégager le sens de la règle de droit tel que l'a voulu son auteur.

La détermination du contenu du raisonnable est donc juridique, et s'opère sur un mode positiviste par renvoi à la volonté de l'auteur de la règle à interpréter. C'est donc bien, finalement, à la capacité à discerner le juste de l'injuste que le raisonnable renvoie, bien qu'il s'agisse dans un premier temps de la qualité de l'auteur de la règle de droit, et dans un second temps, de celle du juge qui la reconstruit par son jugement.

432 Affaire de la *Barcelona Traction Light and Power Limited*, Belgique c. Espagne, arrêt du 5 février 1970 (2e phase), Rec. 1970.

433 En ce qui concerne l'établissement des faits, le raisonnement est le même : c'est une reconstruction subjective d'une « vérité » factuelle.

B) *La reconstruction par le juge de la volonté du législateur*

L'interprétation d'une règle de droit ne peut être que la reconstruction raisonnable, c'est-à-dire la reconstruction raisonnablement motivée, de la volonté raisonnable d'un législateur rationnel. En effet, cette reconstruction n'est acceptable que sur la base de deux postulats : la volonté du législateur est rationnelle, et elle coïncide avec la volonté du corps social concerné par la règle de droit en cause.

1) La reconstruction de la volonté rationnelle du législateur rationnel

En interprétant et appliquant le droit, le juge est censé reconstruire la volonté du législateur en l'actualisant. C'est ainsi qu'Aristote considérait que « quand la loi pose une règle générale, et que là-dessus survient un cas en dehors de la règle générale, on est alors en droit, là où le législateur a omis de prévoir le cas et a péché par excès de simplification, de corriger l'omission et de se faire l'interprète de ce qu'eût dit le législateur lui-même s'il avait été présent à ce moment, et de ce qu'il aurait porté dans sa loi s'il avait connu le cas en question [...] »⁴³⁴. Ainsi, l'interprétation du droit par le juge, notamment des Cours suprêmes nationales, n'a-t-elle pas été conçue comme un substitut au référé législatif ? Or la volonté du législateur ne peut être reconstruite que sur la base d'une fiction juridique, celle d'un législateur-modèle. Car l'interprétation ne revient pas à dégager la volonté réelle du législateur, mais à reconstruire sa volonté raisonnable, conformément à l'idée selon laquelle toutes les vérités, de fait comme de droit, sont « des illusions dont on a oublié qu'elles le sont »⁴³⁵. L'interprétation du droit est donc une reconstruction de la volonté du législateur, présumé rationnel, par renvoi à la raison, et c'est pourquoi, ainsi que l'a clairement démontré le professeur Corten, l'utilisation du raisonnable remplit une fonction essentielle dans le processus interprétatif. En effet, « la notion [de raisonnable] représente un moyen d'échapper au dilemme interprétatif de la nécessité d'un choix conforme à une volonté des parties alors que, d'une part, le langage

434 ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Liv.V, 14, 1137b, p.267-268.

435 NIETZSCHE (F.), *Le livre du philosophe, Etudes théorétiques*, 1875, trad. Marietti, ed. Aubier-Flammarion, p.183.

constitue un obstacle presque insurmontable à sa restitution et que, d'autre part, cette volonté commune n'a, dans bien des cas, jamais existé »⁴³⁶.

C'est ainsi le concept de « législateur rationnel » qui permet de justifier le renvoi à la raison dans l'interprétation de la règle de droit selon Jacques Lenoble et François Ost⁴³⁷, pour qui le législateur est toujours guidé par la raison, à l'exclusion des phénomènes passionnels et aléatoires, cette fiction idéale permettant au juge de reconstituer, sur la base de ces suppositions, ce qu'aurait été la volonté du législateur s'il avait eu à trancher le cas particulier auquel il est confronté. Ce postulat de la raison comme fondement du droit n'est d'ailleurs pas nouveau : imposée avec l'avènement de la modernité et du rationalisme, cette idée avait été formulée dès l'Antiquité.

La jurisprudence comme la doctrine internationales sont unanimes à cet égard : l'interprétation suppose la recherche du sens rationnel⁴³⁸ ou raisonnable⁴³⁹ des termes de la règle de droit à interpréter, c'est-à-dire ce que les parties « peuvent avoir voulu rationnellement »⁴⁴⁰, ou bien encore, ainsi que l'a exprimé le professeur Zoller, « le juge sera amené à rechercher non pas l'intention véritable des parties, mais le sens normal de la déclaration telle qu'un honnête homme, assez éclairé, pouvait raisonnablement et de bonne foi comprendre »⁴⁴¹.

Cependant, si l'interprétation est l'opération par laquelle l'interprète dégage le sens de la règle de droit conformément aux exigences de raison du législateur idéalisé, il ne faut pas oublier que l'interprétation est une opération axiologiquement marquée, ce qui soulève le problème de la vérité de la reconstruction. Celle-ci ne sera acceptable que grâce à un second postulat, selon lequel la volonté du législateur coïncide avec celle du corps social concerné par la règle de droit à interpréter.

436 CORTEN (O.), *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international*, ed. Bruylant, Bruxelles, 1997, p.190-191.

437 LENOBLE (J.) et OST (F.), *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, n°16, 1980-IX, p.81 et s.

438 CIJ, affaire de la *Barcelona Traction* précitée, p.33.

439 CPJI, affaire du *Service postal polonais à Dantzig*, Série B, n°11, p.39.

440 Affaire dite du *Sud-Ouest africain*, op. indiv. du juge Castro, Rec. 1971, p.183.

441 ZOLLER (E.), *La bonne foi en droit international public*, Paris, 1977, p.209.

2) *La reconstruction raisonnable de la volonté du législateur*

L'interprétation suppose, nous l'avons déjà dit, le recours de l'interprète à des valeurs d'ordre extra-juridique choisies, même si elles sont juridiques parce qu'intégrées au droit, ce recours étant conditionné par les valeurs propres de l'interprète qui guident nécessairement, bien que souvent inconsciemment, tout choix. Mais dans quelle mesure le juge, en droit, a-t-il les moyens de faire intervenir, dans l'exercice de ses fonctions, sa conception particulière de la justice ? Le droit vise à réglementer les conduites sociales et se réfère nécessairement à des valeurs, implicites ou explicites, qui l'orientent. Or ces valeurs sociales, qui fondent le système normatif, sont postulées par le législateur, mais ne sont ni rationnellement déterminées, ni rationnellement déterminables. Au contraire, ainsi que l'a noté L.Husson, elles relèvent souvent de l'« émotion », et c'est le caractère émotif de ces valeurs qui fait que l'exercice de la justice ne peut être une opération dont toute subjectivité est exclue. Se pose alors le problème du contrôle de l'émotion inhérente à l'interprétation, de la conformité de l'interprétation à des valeurs irrationnelles, bien que juridiques.

C'est par le renvoi à la raison dans l'interprétation du droit que l'interprète va légitimer ses choix et occulter la dimension axiologique de sa reconstruction. L'interprétation sera donc la reconstruction raisonnable de la volonté du législateur. En effet, l'interprète doit justifier ses choix, prouver le bien-fondé, la raisonnable, de sa reconstruction, laquelle, si elle est forcément subjective, ne doit cependant pas être arbitraire. Cette légitimation suppose un second postulat, lié à l'approche sociologique du droit : celui selon lequel la volonté raisonnable du législateur coïncide avec la volonté du corps social concerné par la règle de droit applicable. C'est ainsi que la reconstruction sera considérée comme raisonnable si elle est acceptée par ce corps social, et que l'interprétation devra être raisonnablement motivée c'est-à-dire motivée de manière à convaincre l'auditoire⁴⁴² constitué par ce corps social. En effet, une règle de droit ne peut être appliquée de manière acceptable que dans la mesure où les valeurs, postulées par le législateur, qui la fondent sont

442 Voir la théorie de l'auditoire de C.Perelman : l'argumentation rationnelle est dirigée vers ce que l'on considère comme un auditoire universel, dont les membres acceptent un point de vue sur la base d'argumentation rationnelle après avoir été convaincus par sa justification ; renvoi infra.

reconnues par les membres de la société en cause, c'est-à-dire par l'auditoire de l'interprète. Lorsque celui-ci reconstruit la volonté du législateur en appliquant la règle de droit à une situation donnée, il doit donc le faire au regard d'une échelle des valeurs de la société, laquelle devra être justifiée par le recours à la raison.

Si les valeurs sociales sont postulées, leur existence et leur contenu doivent cependant être établis par l'interprète de la règle de droit pour justifier son interprétation, étant entendu que celui-ci ne peut se conformer à une telle règle sans prise en compte des valeurs qui la fondent. L'interprétation d'une règle de droit suppose donc une analyse qui « démêle les fins qu'elle vise avec les moyens qu'elle prescrit, et les valeurs qui l'inspirent »⁴⁴³. Et cette analyse conduit nécessairement à rechercher et à expliciter les valeurs qui fondent le système normatif, mais aussi et surtout à les évaluer pour en concilier les exigences parfois contradictoires : il appartiendra ainsi à l'interprète d'établir une « table de ces valeurs »⁴⁴⁴. Le problème est que, même au sein d'un groupe social défini, il est souvent difficile de trouver un accord sur la composition d'une telle table, surtout si l'on considère la relativité des valeurs dans le temps. C'est bien pourquoi on doit admettre que « l'élaboration et la mise en oeuvre des droits positifs relèvent d'une politique juridique, qui est, comme toute politique, l'art de discerner et de parvenir à réaliser, à défaut de ce qui est souhaitable, ce qui est possible dans une situation de fait, qui n'est pas seulement matérielle mais aussi psychologique »⁴⁴⁵.

L'interprète aura donc à établir une vérité qu'il reconstruira en fonction de sa propre conception des valeurs de la société, mais en la justifiant par des arguments relevant de la rationalité juridique, car, si des valeurs subjectives doivent être prises en compte, ces éléments d'appréciation ne mènent pas à une subjectivité absolue du juge et doivent être formulés dans un discours argumenté susceptible de contrôle. En effet, à l'instar de Putnam, il semble bien que l'on puisse dire que « le contenu de la notion même de vérité dépend de nos normes d'acceptabilité rationnelle, qui, elles, présupposent nos valeurs [et donc] que la théorie de la vérité présuppose notre théorie de la rationalité, qui à son tour présuppose notre théorie du bien »⁴⁴⁶.

443 HUSSON (L.), « Les trois dimensions de la motivation judiciaire », in *La motivation des décisions de justice*, sous la dir. de C. Perelman et P. Foriers, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1978, p.99.

444 HUSSON (L.), op. cit., p.101.

445 HUSSON (L.), op. cit., p.103.

446 PUTNAM, *Raison, vérité et histoire*, ed. de minuit, 1984, p.238.

C'est ainsi, par la motivation, par la justification de sa reconstruction, que le juge pourra prétendre à un jugement raisonnable, ainsi que l'exprimait clairement le professeur Salmon pour qui « le raisonnable est indissolublement lié à la motivation »⁴⁴⁷ : le jugement raisonnable sera ainsi un jugement raisonnablement motivé, c'est-à-dire un jugement motivé conformément aux exigences de la rationalité et du bon sens. C'est cette reconstruction raisonnable de la volonté du législateur par le juge interne que le juge international contrôlera au regard du droit international posant les critères du raisonnable.

447 SALMON (J.), « Le concept de raisonnable en droit international public », in *Mel. Reuter*, p.451.

Section 2

La raisonnabilité du jugement

au regard du raisonnement juridictionnel

Le juge doit non seulement trancher un litige mais aussi s'expliquer sur sa décision, pour rassurer quant à l'absence d'arbitraire et permettre éventuellement un contrôle de celle-ci. Sa décision doit donc être motivée. Mais encore faut-il que cette motivation soit convaincante, c'est-à-dire acceptable car fondée en droit, et opportune. Or l'acceptabilité de la décision de justice dépend essentiellement de l'existence d'un raisonnement juridictionnel logique, tant formellement (§1) que matériellement (§2).

§1 - Le raisonnement juridictionnel, un discours formellement logique

La motivation, c'est-à-dire la justification de la reconstruction de la volonté de l'auteur de la règle de droit applicable, est la formulation du raisonnement juridictionnel (A). En effet, pour bien juger, le juge doit respecter des méthodes de raisonnement proprement dites et des méthodes formelles, c'est-à-dire des méthodes d'exposition du raisonnement, lesquelles servent à la construction intellectuelle et formelle de la décision de justice. Le juge doit ainsi justifier sa décision par un discours rationnel (B), lequel prend souvent la forme d'un syllogisme (C).

A) La motivation, formulation du raisonnement juridictionnel

Le juge doit exposer, dans la motivation de son jugement, les motifs de fait et de droit qui justifient sa décision. Cependant, il ne s'agit pas seulement d'expliciter le

fondement juridique de sa décision, il faut que le juge prouve qu'il a bien appliqué le droit aux faits, que son jugement n'est pas arbitraire mais raisonnable. Mais le juge ne peut se contenter de fournir des motifs raisonnables de n'importe quelle manière. Il doit encore les présenter de manière qu'ils constituent dans leur ensemble un véritable raisonnement. La jurisprudence⁴⁴⁸ comme la doctrine sont unanimes à cet égard : c'est son propre raisonnement que le juge doit expliciter. C'est ainsi que pour Chaïm Perelman le juge doit à la fois indiquer les raisons qui motivent son jugement et qui persuadent autrui du bien-fondé de la décision, mais aussi indiquer les mobiles psychologiques de cette décision, c'est-à-dire préciser le cheminement de sa pensée, l'enchaînement des différentes propositions qui l'ont amené à adopter telle sentence plutôt que telle autre⁴⁴⁹. Et c'est aussi ce qu'a souligné la Cour internationale de justice dans l'affaire de la *Sentence arbitrale du roi d'Espagne*, en relevant que « l'examen de la sentence montre qu'elle traite en ordre logique, et avec quelques détails, de toutes les considérations pertinentes et que les conclusions de l'arbitre sont fondées sur un raisonnement et des explications suffisants »⁴⁵⁰.

Mais ce raisonnement, pour convaincre un auditoire, doit se révéler « apte à toucher un homme raisonnable »⁴⁵¹, c'est-à-dire doit être rationnel.

B) Raisonabilité de la motivation et rationalité du discours juridictionnel

Convaincre du bien-fondé de l'interprétation d'une règle de droit, c'est convaincre de la justesse, de la vérité de la reconstruction de la volonté de son auteur, or la seule méthode convaincante sans avoir à être elle-même justifiée est le raisonnement scientifique, car, bien que toute méthode présente une dimension axiologique, le postulat de logique scientifique occulte cette dimension et est acceptable sans justification⁴⁵² par tout homme caractérisé par sa rationalité⁴⁵³.

448 Voir l'avis consultatif relatif à la *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies*, 12 juillet 1973, Rec. 1973.

449 PERELMAN (C.), préc., p.415.

450 Affaire relative à la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, Honduras c. Nicaragua, arrêt du 18 novembre 1960, Rec. 1960, p.216.

451 Affaire du *Sud-Ouest africain*, op. diss. du juge Tanaka, Rec. 1966, p.298.

452 Voir la démonstration d'Heidegger dans *Le principe de raison*, Paris, Gallimard, 1962.

C'est ainsi que pour Hegel, « la vraie figure dans laquelle la vérité existe ne peut être que le système scientifique de cette vérité »⁴⁵⁴. De même, pour Descartes, les sciences mathématiques, où la raison humaine retrouve la raison divine, en ce sens qu'elles permettent de distinguer clairement les propositions vraies de celles qui sont fausses, doivent être conçues comme un modèle dont l'imitation garantit le bon usage de la raison. Ce sont ainsi les règles de la logique scientifique qui permettent, « en éliminant l'influence de l'imagination et des passions, des préjugés et des préventions, de la mauvaise éducation et du mauvais usage du langage, et en obviant aux faiblesses de notre mémoire, [... d'] avancer sur le chemin de la vraie connaissance, tracée par la pensée divine »⁴⁵⁵. Cette idée s'est imposée à tel point que l'on peut d'ailleurs considérer, à la suite de Aulis Aarnio que « une façon logique et cohérente de penser est enracinée si fortement dans notre culture que nous l'utilisons comme étalon pour évaluer les comportements des autres personnes. Les concepts de conséquence et de cohérence sont ainsi des éléments inhérents à notre concept commun de rationalité. Ils appartiennent à la base de la communication humaine. Notre existence sociale et notre agir communicationnel ne fonctionnent que si ces présupposés sont satisfaits »⁴⁵⁶.

Conséquence du postulat de l'homme rationnel, c'est donc un discours rationnel que le juge devra opposer à un auditoire présumé rationnel, c'est-à-dire un discours logique⁴⁵⁷, la logique étant la science susceptible de déterminer comment enchaîner valablement les éléments d'un discours, et donc seule à satisfaire à cette exigence de compréhension comme préalable à la conviction de l'auditoire⁴⁵⁸. Ce discours juridictionnel rationnel se développera notamment déductivement, des prémisses vers la conclusion, puisqu'en droit le raisonnement prend souvent la forme d'un syllogisme judiciaire.

453 C'est d'ailleurs pourquoi l'appel à la raison dans l'opération d'interprétation permet de légitimer les choix de l'interprète, comme on le verra ultérieurement

454 HEGEL, *La phénoménologie de l'esprit*, 1807, trad. Hyppolite, ed. Aubier-Montaigne, T.1, p.8.

455 PERELMAN (C.), *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au delà du positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J., 1984, p.95.

456 AARNIO (A.), *Le rationnel comme raisonnable, la justification en droit*, L.G.D.J., 1992, p.237.

457 Association très claire entre raisonnable et logique dans l'avis consultatif relatif à la *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies*, 12 juillet 1973, Rec. 1973, §55 ; voir aussi la sentence *Tacna-Arica*, 4 mars 1925, *R.S.A.*, vol.II, p.935.

458 Voir GRIEGORCZYK (C.), « la rationalité de la décision juridique », *A.P.D.*, 1978, p.240-241.

C) *La forme du discours juridictionnel, le syllogisme judiciaire*

Le raisonnement judiciaire prend généralement la forme d'un syllogisme, constitué par une majeure affirmant la règle de droit, une mineure identifiant la situation factuelle particulière et enfin la conclusion, c'est-à-dire l'application des conséquences légales, déduites de cette règle de droit, à ces faits. En effet, l'application du droit aux faits peut être décomposée en trois opérations : la constatation des faits dans leur matérialité, la qualification légale de ces faits, et l'application à ces faits des conséquences prévues par la règle de droit applicable, même si, plus précisément, la décision juridictionnelle résulte de cinq opérations, qui sont l'établissement des faits dans leur matérialité, la recherche et l'établissement de la règle applicable, l'interprétation de cette règle, la qualification des faits en fonction de la règle ainsi interprétée, et enfin la décision prise sur la base des opérations précédentes. Mais la qualification légale des faits étant une opération d'interprétation du droit, il est ainsi possible de schématiser le raisonnement en distinguant d'une part ce qui relèvera de l'appréciation du droit, de ce qui relèvera d'autre part de l'appréciation du fait, de ce qui relèvera enfin de la solution judiciaire elle-même.

Le syllogisme est en premier lieu une technique de raisonnement juridique déductive qui va des principes à la conséquence, liée à ceux-ci par la nécessité logique. C'est un mécanisme simpliste et rigide qui exige, par sa nature même, des propositions simples et directes, ce qui tendrait plutôt à exclure ce type de raisonnement du domaine juridique. D'autant que l'application du droit relève d'un processus dynamique et dialectique, où chaque étape est envisagée en fonction des autres et surtout de la décision finale⁴⁵⁹. En effet, ainsi que le notait François Rigaux⁴⁶⁰, la forme du syllogisme n'est guère adaptée au mouvement naturel du raisonnement judiciaire, car seule l'analyse minutieuse de la situation de fait permet au juge de découvrir la règle de droit pertinente : celui-ci part donc des faits pour arriver au droit, et non l'inverse. Or le raisonnement déductif suppose que la majeure contienne la solution de droit à laquelle il convient d'aboutir, et fasse donc passer de

459 Voir SALMON (J.), « Le fait dans l'application du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1982-II, p.271.

460 RIGAUX (F.), *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, p.72.

l'abstrait au concret, de la règle générale à l'application particulière, selon un mouvement inverse à la pensée du juge. Le raisonnement syllogistique présente ainsi d'évidentes limites, car la méthode du juge n'est pas faite seulement de logique, mais aussi de « pesée appréciative » ainsi que le remarquait J. Carbonnier. Mais ce syllogisme a cependant le mérite de souligner l'idée selon laquelle dire le droit c'est appliquer une règle de droit abstraite à une situation concrète particulière, après analyse juridique des faits et du droit applicable. Le syllogisme, comme forme du discours rationnel, est ainsi une construction intellectuelle utilisable comme grille d'analyse du travail du juge.

En réalité, le syllogisme judiciaire correspond aussi à un raisonnement confirmatif de la logique du cheminement intellectuel du juge, mais on passe alors du raisonnement proprement dit à sa formulation mentale, préalable à la rédaction de la motivation formelle, conformément à cette réflexion de Condillac selon laquelle « un syllogisme n'est pas un raisonnement, ce n'est qu'une certaine forme que l'on fait prendre à un raisonnement que l'on a déjà fait »⁴⁶¹. En effet, il faut distinguer le syllogisme comme exposé formel du raisonnement et le syllogisme de raisonnement proprement dit, c'est-à-dire la technique de raisonnement juridique déductive, celui dans lequel s'inscrit la pensée du juge, ce dernier syllogisme étant peu employé en droit lorsque les dispositions à interpréter ne sont pas claires. C'est dans la construction du syllogisme, dans la formalisation du raisonnement, que résident la difficulté, mais aussi la liberté, du juge, car cette opération suppose d'interroger les faits de l'espèce ainsi que l'argumentation des parties, pour identifier le domaine dans lequel s'inscrit le litige. La liberté du juge demeure ainsi considérable, à la fois pour circonscrire le domaine du litige, mais aussi pour choisir entre les différentes règles de droit régissant la matière, et donc choisir la majeure du syllogisme. De même, pour la détermination de la mineure, le juge doit apprécier, trier et hiérarchiser des faits généralement controversés entre les parties. D'ailleurs, c'est en réalité une chaîne de syllogismes que le juge doit forger. Ce « polysyllogisme » est nécessaire pour rendre compte de l'ensemble du litige et pour lui donner sa solution. Chaque élément, chaque sous-ensemble du litige appelle en effet son syllogisme propre. Dans l'articulation de ceux-ci, le juge agit encore selon le même principe de liberté méthodologique et,

461 CONDILLAC (E. de), *La logique ou les premiers développements de l'art de penser*, Paris, 1789.

selon le mode de fractionnement d'un litige en syllogismes successifs, le résultat, c'est-à-dire le sens de la décision de justice, peut changer.

La réorganisation du cheminement intérieur du juge sous la forme d'un syllogisme souligne clairement l'importance du discours rationnel pour convaincre du caractère raisonnable du jugement. Cependant, la logique révélée par le syllogisme judiciaire n'est pas « l'art de bien penser, [mais] celui de disposer sa pensée de façon contrôlable »⁴⁶². Pour ce qui est de convaincre un auditoire, la logique formelle est en effet insuffisante.

§2 - Le raisonnement juridictionnel, un discours substantiellement logique

Si le raisonnement formellement logique est nécessaire pour convaincre de l'interprétation vraie du droit, encore faut-il que les données du raisonnement soient acceptables en tant que telles. Après l'analyse du formalisme du discours juridictionnel, c'est-à-dire de la méthode d'exposition du raisonnement, il importe d'étudier les méthodes de raisonnement proprement dites. Nous verrons que le raisonnement juridictionnel est une argumentation juridique (A), obéissant aux règles de la rationalité juridique (B).

A) *Le raisonnement juridictionnel, une argumentation juridique*

La solution des problèmes qui se posent dans la pratique judiciaire ne peut être acquise par une démonstration purement mathématique. Car la valeur d'une conclusion est nécessairement subordonnée à des critères qui relèvent « non seulement d'une expérience positive, mais aussi d'une expérience morale impliquant un système de valeurs autre que la valeur de vérité »⁴⁶³. Ainsi, selon Chaïm Perelman, « les jugements de valeurs qui expriment des attitudes propres à un individu ou un

462 HUSSON (L.), « Les trois dimensions de la motivation judiciaire », in *La motivation des décisions de justice*, sous la dir. de C. Perelman et P. Foriers, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1978, p.80 : « La logique apporte la cohérence et amorce un contrôle : la logique n'est pas (du moins si l'on entend son nom au sens étroit, illustré par l'emploi que la langue courante fait de l'adjectif, où il désigne l'art d'enchaîner rigoureusement les démarches de notre pensée discursive) l'art de bien penser, c'est du moins celui de « disposer sa pensée de façon contrôlable » ».

463 *Idem*.

groupe, peuvent être plus ou moins fondés ou justifiés, mais ils ne sont ni vrais ni faux, et ne peuvent donc devenir un élément constitutif d'une connaissance objective »⁴⁶⁴. La solution des problèmes qui se posent dans la pratique judiciaire doit donc relever d'une argumentation, car toute opération d'interprétation prête forcément à controverse, dans laquelle s'opposeront des propositions dont il s'agira de peser les poids respectifs et entre lesquelles il faudra trancher par une décision⁴⁶⁵.

Le juge doit en effet justifier chacun de ses choix pour chaque opération d'interprétation⁴⁶⁶ : son raisonnement ne sera acceptable que s'il organise de manière cohérente des arguments juridiquement convaincants, c'est-à-dire des arguments incontestés ou incontestables, tels que les précédents⁴⁶⁷ ou les expertises⁴⁶⁸, que le juge devra retenir après avoir écarté les propositions contraires. Car il ne suffit pas, pour que les faits soient établis, qu'une hypothèse soit présentée avec à son appui des éléments de preuve agencés de manière raisonnable, encore faut-il que l'ensemble de ces éléments, et en particulier ceux qui n'ont pas été retenus, puisse être expliqué en fonction de cette hypothèse. C'est pourquoi une décision de justice n'est acceptable que si elle peut être valablement confrontée aux éléments qui n'ont pas été repris dans le raisonnement choisi discrétionnairement par le juge. Ainsi, en matière d'interprétation, l'hypothèse privilégiée doit pouvoir être justifiée par rapport à n'importe quel moyen d'interprétation, tandis qu'en matière d'établissement des faits, la version privilégiée doit résister à la confrontation avec n'importe quel autre fait invoqué par l'une des parties au litige⁴⁶⁹. En aucun cas elle ne pourra ignorer les

464 PERELMAN (C.), *op. cit.*, p.235

465 Ainsi, pour C.Perelman, « les raisons qui fondent nos décisions consistent le plus souvent en opinions que nous considérons comme les plus probables. Ces opinions sont élaborées grâce à des raisonnements qui ne relèvent ni de l'évidence ni d'une logique analytique, mais de présomptions dont l'examen dépend d'une théorie de l'argumentation », *op. cit.*, p.131.

466 Toutes les opérations nécessaires à l'application du droit sont des opérations d'interprétation, nous prenons comme principal exemple à l'appui de notre démonstration l'interprétation de la règle de droit mais les remarques sont valables en général.

467 Toutes les juridictions renvoient à leurs précédentes décisions pour appuyer leur raisonnement. Voir par exemple la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*, Costa-Rica c. Nicaragua, 13 juillet 2009, *Rec.* 2009, p.243. Ce renvoi est systématique dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme. Mais il est aussi fréquent qu'une juridiction appuie sa décision en se référant à la jurisprudence d'autres juridictions. Voir par exemple le renvoi à la définition de l'arbitraire par la Cour internationale de Justice dans la décision *Amco Asia Corporation et a. c. Indonésie*, 31 mai 1990, § 136.

468 Renvoi aux développements ultérieurs, partie 3, chapitre 2, section 1.

469 Ainsi, si le juge fonde sa version sur des documents contredits par des témoignages, il doit pouvoir réfuter ces derniers à l'appui d'autres témoignages plus favorables, ou démontrer leur absence de fiabilité.

éléments défavorables à son hypothèse. C'est ainsi que la Cour internationale de Justice a procédé dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, en développant dans un premier temps sa ligne de raisonnement avant de lui opposer le contre-argument belge. Et *a contrario*, une hypothèse sera d'autant plus acceptable qu'elle ne rencontre pas d'objection. C'est en ce sens que la jurisprudence considère généralement que des faits non contredits peuvent être considérés comme établis. Mais en réalité, il n'est pas toujours possible d'écarter tous les arguments de manière incontestable, et l'on considère qu'il suffit d'établir les faits « sans controverse raisonnablement possible »⁴⁷⁰, ainsi que le juge Percy Spender, dans son opinion dissidente relative à l'affaire du *Temple de Preah Vihear*, l'a précisé. C'est ainsi que l'on peut aussi rejoindre le professeur Salmon lorsqu'il affirme que « la recherche de la vérité ou de la conformité avec la réalité n'est [...] qu'un idéal. En pratique, le droit va se contenter d'une certitude raisonnable »⁴⁷¹.

C'est donc là le but de l'argumentation : faire accepter des arguments et rejeter leurs contre-arguments, convaincre un auditoire que l'interprétation retenue en définitive n'est pas arbitraire. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme a pu déduire une violation du droit au procès équitable de l'absence de justification quant au rejet implicite de la position de la requérante dans l'arrêt *Dulaurans*⁴⁷².

Mais encore faut-il argumenter rationnellement, selon les règles de la rationalité juridique, pour convaincre un auditoire rationnel.

B) Les règles de la rationalité juridique

L'interprétation raisonnable est issue de l'application des règles de la rationalité juridique, concept selon lequel la justification juridique doit suivre certains modèles

470 Affaire du *Temple de Preah Vihear*, Cambodge c. Thaïlande, arrêt du 15 juin 1962 (fond), Rec. 1962, p.104. Voir les développements ultérieurs, partie 2, chapitre 3, section 2.

471 SALMON (J.), « Le fait dans l'application du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1982-II, p.304.

472 Arrêt *Dulaurans c. France*, 21 mars 2000, § 38 : « la Cour note que la Cour de cassation n'a pas davantage expliqué sa position, et n'a pas opéré une distinction entre le raisonnement développé par la requérante devant les trois juridictions saisies, comme le fait maintenant le Gouvernement. L'absence de toute autre motivation amène la Cour à conclure que la seule raison pour laquelle la Cour de cassation rejeta le moyen en question était le résultat d'une erreur manifeste d'appréciation ».

d'interprétation et doit être basée sur certaines sources du droit. Nous verrons successivement les principes (1) et techniques (2) d'interprétation qui visent à circonscrire la liberté du juge en la matière. Nous verrons en particulier les principes et techniques d'interprétation du droit, mais l'interprétation des faits est également soumise aux règles de la rationalité juridique. Ainsi les principes généraux de la procédure judiciaire encadrent-ils l'opération d'établissement des faits en énonçant les principes et techniques de preuve qui constituent à la fois des règles matérielles mais aussi des règles procédurales de justification.

1) *Les principes d'interprétation du droit*

Les principes internationaux d'interprétation, codifiés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, sont destinés à amener l'interprète à choisir une interprétation d'un texte, y compris jurisprudentiel⁴⁷³. Ils donnent plusieurs indications à l'interprète de cette règle, en établissant d'une part une hiérarchie des sources du droit, sur lesquelles l'interprète devra s'appuyer pour dégager la volonté du législateur, et en lui indiquant d'autre part les méthodes d'interprétation des règles de droit.

Ils indiquent ainsi trois méthodes d'interprétation complémentaires - exégétique et téléologique – bien qu'il apparaisse que ces règles imposent d'abord l'interprétation textuelle, selon le sens ordinaire des termes, puis, lorsque les dispositions en cause sont insuffisamment claires, la recherche de l'intention du législateur, notamment en fonction de l'objet et du but de la règle à interpréter. Ces principes énoncent des règles universelles en la matière, ainsi que le souligne clairement la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a accepté de recourir à ces dispositions conventionnelles parce que « [...] l]es articles 31 à 33 énoncent pour l'essentiel des règles de droit international communément admises [...] »⁴⁷⁴.

Ces principes forment le socle de toute justification juridique, mais ils ne donnent que des directives générales pour l'utilisation des sources du droit, et ces

473 Voir l'arrêt *Cocchiarella c. Italie*, 23 mars 2006, Rec. 2006-V, § 82.

474 Voir l'arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, série A, n°18, §29.

directives sont à compléter par d'autres règles spécifiques tenant aux modalités de l'interprétation, notamment littérale. C'est pourquoi, au-delà de ces principes généraux, le juge devra mettre en œuvre les techniques du raisonnement juridique.

2) *Les techniques d'interprétation du droit*

Les techniques d'interprétation du droit sont des modèles de raisonnement juridiques rationnels issus de la dialectique, c'est-à-dire des arguments permettant de justifier les choix d'interprétation. Ces techniques sont très nombreuses, et l'on citera les arguments *a fortiori*, *a contrario*, l'induction, la déduction, l'analogie, la présomption, la fiction...

Le raisonnement inductif permet, en partant de faits, de parvenir à une règle tandis que le raisonnement déductif va des principes à la conséquence liée à ceux-ci par nécessité logique.

La présomption est un mode de raisonnement par lequel on utilise des faits connus pour en induire, en raison de sa probabilité, une donnée de fait inconnue. Ainsi, dans le raisonnement judiciaire, la présomption apparaît comme une donnée que le juge n'est disposé à écarter que si l'on apporte la preuve contraire.

Le raisonnement par analogie consiste, pour le juge à la recherche d'une solution, à rapprocher deux situations pour passer d'une ressemblance constatée entre elles à une ressemblance non constatée. Le recours à l'analogie est limité par une forte tendance à l'individualisation des situations juridiques dans l'ordre international⁴⁷⁵. C'est ainsi que dans l'affaire de la *Barcelona Traction*⁴⁷⁶, la Cour a refusé l'analogie entre la situation d'une personne qui pouvait être valablement protégée par son Etat national et par l'organisation dont il était l'agent, d'une part, et la situation de l'actionnaire d'une société commerciale ayant une nationalité étrangère, d'autre part.

Le juge n'est pas impérativement lié par ces règles de la rationalité juridique, qui ne proposent que des modèles de raisonnement pour guider l'interprète. De même, il ne suit aucune règle de préférence favorisant le recours à telle technique plutôt qu'à

475 DE VISSCHER (C.), *Problème d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, p.38-44.

476 Affaire de la *Barcelona Traction Light and Power Limited*, Belgique c. Espagne, arrêt du 5 février 1970 (2e phase), Rec. 1970.

telle autre. Par ailleurs, ces arguments, en eux-mêmes, ne peuvent servir à une démonstration rigoureuse car leur usage nécessite à chaque fois une prise de position, qui justifie leur application dans des circonstances déterminées, mais ils permettent justement de justifier une position, notamment lorsque le premier principe d'interprétation susmentionné aboutit à un résultat déraisonnable, et que le juge est amené à faire appel à la raison comme correctif à l'application de celui-ci⁴⁷⁷.

En effet, les méthodes de raisonnement sont des instruments mis au service d'un raisonnement finaliste : c'est le résultat de l'interprétation qui conditionnera la validité du discours rationnel car, ainsi que le notait F.Geny : « les constructions logiques doivent conserver leur rôle capital dans toute méthode. [...] Mais elles ne sont que de simples hypothèses toujours dominées par les faits, acceptables dans la mesure seulement où elles facilitent l'oeuvre téléologique de la jurisprudence ». L'acceptation du jugement⁴⁷⁸ est ainsi liée à la conclusion, c'est-à-dire au contenu matériel de l'interprétation, et non pas seulement à la forme du raisonnement ou aux propriétés de la procédure de justification elle-même. D'où le recours au raisonnable comme a pu le souligner la Cour internationale de justice dans l'affaire dite de la *sentence arbitrale*, en énonçant que « en l'absence de mécanismes contraignants, les conclusions juridiques ne peuvent obtenir l'adhésion de l'esprit, *convictio juris*, qu'en faisant simultanément appel au vraisemblable, au plausible, au probable »⁴⁷⁹.

477 Avis consultatif relatif à la *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies*, 3 mars 1950, Rec. 1950, p.8 : « Si les mots pertinents, lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle et ordinaire, ont un sens dans leur contexte, l'examen doit s'arrêter là. En revanche, si les mots, lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle et ordinaire, sont équivoques ou conduisent à des résultats déraisonnables, c'est alors, et alors seulement, que la Cour doit rechercher par d'autres méthodes d'interprétation ce que les parties avaient en réalité dans l'esprit quand elles se sont servies des mots dont il s'agit ».

478 Voir le concept d'acceptabilité axiologique selon A.Aarnio, *op. cit.*, p.230 et s.

479 Affaire relative à la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, Honduras c. Nicaragua, arrêt du 18 novembre 1960, Rec. 1960, p.122, §9.

Section 3

La raisonnabilité du jugement au regard de son résultat

Le jugement raisonnable suppose une méthode rationnelle qui, si elle est nécessaire, est cependant en elle-même insuffisante. En effet, si les règles de la rationalité juridique guident l'interprète et lui permettent de fournir une explication raisonnable à son interprétation, leur usage assure seulement l'acceptabilité *a priori* de la justification de la reconstruction de la volonté du législateur, mais non l'acceptation de son résultat. Or, c'est le résultat qui montre que les choix, opérés par l'interprète lorsqu'il met en oeuvre les règles de la rationalité juridique, sont raisonnables et que, parmi l'éventail d'interprétations acceptables auquel la mise en oeuvre par le juge de ces règles a abouti, l'interprète a choisi une interprétation opportune. Ainsi la raisonnabilité d'un jugement s'apprécie-t-elle à la fois au regard de l'aboutissement logique du raisonnement juridictionnel (§1) et au regard de l'opportunité de son résultat (§2).

§1 - La raisonnabilité du jugement au regard de la logique de son résultat

Ainsi que l'a clairement démontré le professeur Corten, c'est dans le rapport entre l'obligation de respecter la volonté du législateur et le droit qu'a le juge de choisir les moyens d'interprétation qu'il estime les plus appropriés que le critère du raisonnable occupe une place fondamentale. Ce rapport suppose en effet, plus que l'adoption d'une méthode rationnelle, celle d'une méthode raisonnable d'interprétation, c'est-à-dire une méthode où le raisonnable est un critère général d'interprétation, qui s'impose lorsque le juge choisit le principe ou la technique à

mettre en œuvre. Ce rapport suppose cependant également la vérification du caractère raisonnable du résultat de cette méthode, ce qui doit amener le juge à écarter les interprétations rationnelles mais non raisonnables. Nous analyserons l'intervention du raisonnable dans la mise en œuvre des règles de la rationalité juridique (A), qui amène l'interprète à rejeter les interprétations rationnelles mais non raisonnables (B).

A) *L'intervention du raisonnable dans la mise en œuvre des règles de la rationalité juridique*

Bien que les principes généraux en matière d'interprétation, codifiés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ne fassent explicitement appel au raisonnable qu'en envisageant les moyens complémentaires de l'interprétation textuelle, le rôle du raisonnable dans l'interprétation dépasse cette hypothèse particulière pour se retrouver dans tout le processus interprétatif. En effet, le raisonnable est un critère général implicite d'interprétation (1), qui permet notamment de légitimer un choix interprétatif lorsque aucune solution ne découle logiquement de la mise en œuvre des règles de la rationalité juridique (2).

1) Le raisonnable, critère général d'interprétation

La notion de raisonnable intervient parce que le mécanisme de l'interprétation laisse à chacun une marge de manoeuvre extrêmement étendue, lui permettant de choisir ou de privilégier le principe ou la technique à mettre en œuvre selon chaque situation particulière : l'interprète a le choix des moyens, même si ce choix est limité par la nécessité de partir du texte et de fournir une explication rationnelle à l'interprétation. La mise en œuvre des règles d'interprétation suppose en effet des choix, lesquels font appel au raisonnable, les principes et techniques d'interprétation n'étant que des moyens à mettre en œuvre en vue d'une interprétation raisonnable. Le raisonnable est donc bien un critère général implicite d'interprétation. La jurisprudence le souligne d'ailleurs clairement. C'est ainsi que le Tribunal a affirmé,

dans l'affaire du *Lac Lanoux*, qu' « il appartient à chaque État d'apprécier raisonnablement et de bonne foi les règles qui les mettent en cause »⁴⁸⁰.

Plusieurs principes d'interprétation mis à la disposition de l'interprète pour le guider dans son opération renvoient ainsi implicitement au raisonnable. Ainsi, la jurisprudence souligne que, lorsque l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités se réfère au sens ordinaire à attribuer aux termes de la règle de droit à interpréter, cette expression doit être comprise comme le sens raisonnable. En effet, le langage, même convenu, permet nombre d'interprétations d'un terme : c'est donc un obstacle majeur à l'interprétation d'une norme juridique, ce que la Cour a rappelé dans l'affaire du *golfe du Maine*, en notant qu' « un mot recouvre une pensée vivante, et sa couleur comme son contenu peuvent varier selon les circonstances »⁴⁸¹. C'est d'ailleurs pourquoi la doctrine du sens clair ne peut être comprise que comme la doctrine du sens raisonnablement clair, car la détermination d'un sens clair suppose elle-même une interprétation qui ne permet donc que de déterminer le sens raisonnablement clair d'un terme, idée que Charles De Visscher a traduite par ces propos : « un texte qui de lui-même, c'est-à-dire en raison de sa clarté intrinsèque, s'impose à l'esprit au point de ne laisser aucun doute raisonnable est un texte qui ne s'interprète pas »⁴⁸².

Cependant, si le raisonnable est un critère général d'interprétation, la notion de raisonnable représente également un moyen d'échapper au dilemme interprétatif que présente la nécessité d'un choix conforme à la volonté présumée d'un législateur, lorsque la mise en oeuvre des règles de la rationalité juridique ne permet pas à l'interprète de trouver logiquement une solution.

2) *Le raisonnable, fondement du choix interprétatif*

Le raisonnement juridictionnel doit être rationnel, mais pas uniquement : l'intervention du raisonnable dans la mise en oeuvre des règles de la rationalité juridique souligne clairement la distinction entre la logique pure, scientifique ou formelle, et la logique juridique. En effet, la logique formelle permet de conclure à la

480 Affaire du *Lac Lanoux*, France c. Espagne, 16 novembre 1957, R.S.A., vol.XII, p.310.

481 Affaire du *Golfe du Maine*, CIJ, Rec. 1984, p.360.

482 DE VISSCHER (C.), *Problème d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, p.53.

vérité d'une proposition unique à partir d'une ou plusieurs autres propositions, établies comme vraies, et prises comme hypothèses de départ du raisonnement. Son utilisation en droit devrait donc, en théorie, permettre aux juges, à partir de la règle juridique et des faits pertinents, de trouver une solution rationnelle au litige. En réalité cependant, la logique formelle ne peut être utilisée de cette manière en droit, d'une part en raison du problème de validité des prémisses que sont les faits et les règles de droit, mais aussi en raison de la formalisation nécessaire du discours à partir d'un langage non univoque⁴⁸³. C'est pourquoi la logique juridique se distingue fondamentalement de la logique formelle en ce qu'elle implique constamment des choix de valeur. En effet, qu'il s'agisse d'élaborer les prémisses ou de développer des inférences sur la base de ces prémisses, le raisonnable est toujours utilisé pour fonder les choix laissés à la discrétion du juge. C'est ainsi un concept qui permet de concilier les éléments de logique formelle avec la prise en considération des valeurs nécessaires aux choix qui jalonnent le discours juridictionnel⁴⁸⁴.

En effet, le juge prend en compte le raisonnable pour légitimer ses choix lorsqu'il ne trouve pas de solution, ni dans le texte lui-même, ni dans les règles d'interprétation, ce qui tend au rapprochement avec la notion philosophique de raison discursive, définie précédemment comme moyen pour aboutir à un jugement valide à défaut d'étalon. Car seul l'appel à la raison permet de justifier, et donc de légitimer, les choix que n'implique pas la mise en œuvre des principes et techniques d'interprétation, car il écarte toute interrogation sur son fondement⁴⁸⁵ et amène à occulter les facteurs idéologiques qui sont à la base de la décision judiciaire. Comme le professeur Corten l'a noté à juste titre, « le juriste utilise [...] la notion de manière incidente, sans s'interroger sur le mécanisme qu'elle entretient. Et le destinataire de son discours est amené à ne pas remettre en cause l'affirmation présentée comme évidente. Le raisonnable opère paradoxalement le renvoi à la raison, tout en tendant à empêcher une interrogation sur les raisons de l'adhésion à la proposition qu'il soutient. Son utilisation dénote une fonction idéologique qui se manifeste à la fois par

483 Voir les développements de O. Corten sur la question, *op. cit.*, p. 196 et s.

484 D'où la préférence, notamment de C. Perelman, pour la logique du raisonnable au lieu de la logique formelle, conformément au courant philosophique contemporain tendant à relativiser la notion de vérité tout en préservant une valeur scientifique à tout énoncé appuyé par une argumentation raisonnable.

485 Comme nous l'avons remarqué précédemment, le postulat selon lequel on accepte en fait ou en droit ce qui peut s'expliquer par une raison constitue le guide de notre mode de pensée et est utilisé systématiquement sans que l'on s'en rende compte.

une légitimation de l'assertion soutenue et par une occultation des solutions alternatives ainsi que des représentations inhérentes au renvoi à la raison »⁴⁸⁶. L'effet d'objectivité du jugement par renvoi à la raison est ainsi obtenu par l'occultation de la dimension axiologique de l'interprétation, la légitimation des choix du juge par l'appel au raisonnable masquant le jugement de valeur sous l'apparence d'un jugement de fait.

C'est ainsi que le raisonnable permet au juge d'échapper au dilemme interprétatif lié à la nature de la règle de droit, par définition abstraite et générale, lorsqu'il est confronté à des interprétations concurrentes présentées par les parties, et pourtant également conformes à la rationalité juridique. Le raisonnable intervient aussi lorsque le juge se trouve en présence de deux règles antinomiques, qu'il doit départager en faisant un choix, lequel relèvera forcément d'un jugement de valeur sur leur importance respective. De même, l'appel au raisonnable trouve particulièrement sa justification lorsqu'il n'existe pas de textes visant explicitement ou implicitement les faits en cause, c'est-à-dire lorsque le juge se trouve appelé à intervenir dans des situations nouvelles. Enfin, le raisonnable permet au juge d'échapper au dilemme interprétatif de l'établissement des faits, qui consiste rarement en un constat objectif des faits tels qu'ils se sont produits. En effet, le juge est généralement amené à départager les représentations concurrentes des faits, présentés par les différentes parties, or un fait n'est établi que s'il est fondé sur une explication raisonnable, qui aboutit à un résultat raisonnable, c'est donc là encore, en l'absence de solution dans les faits ou dans les règles de preuve, l'appel au raisonnable qui permettra au juge de légitimer ses choix.

En définitive, si la détermination du raisonnable est axiologiquement marquée, cet aspect est masqué par le discours de légitimation du raisonnable. Un jugement raisonnable sera donc le résultat de la mise en œuvre d'une méthode raisonnable qui laisse à l'interprète le choix des moyens d'interprétation, même si ce choix est limité par la nécessité de partir du texte, dont nous avons vu qu'il est présumé contenir l'intention raisonnable de son auteur, et de fournir une explication raisonnable à son interprétation, c'est-à-dire à ses choix d'interprétation, au travers d'un raisonnement juridique rationnel faisant appel aux techniques de raisonnement. Car l'essentiel pour

486 CORTEN (O.), *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international*, ed. Bruylant, Bruxelles, 1997, p.331.

l'interprète est de respecter ces techniques, qui doivent aboutir, au terme d'un enchaînement de justifications, à un résultat acceptable car raisonnable. En effet, le raisonnable interviendra aussi pour évaluer le résultat découlant des choix opérés par l'interprète.

B) Rejet de l'interprétation rationnelle mais non raisonnable

Si l'interprétation résulte de la mise en oeuvre d'une méthode combinant différents moyens dont le choix relève de la libre appréciation de l'interprète, cette liberté est limitée par la nécessité de fournir une explication raisonnable à cette interprétation, qui aboutisse à un résultat raisonnable. Le raisonnable est ainsi un critère ultime limitant le résultat de l'interprétation. Ce principe d'interprétation raisonnable au regard de son résultat trouve son fondement dans l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, selon lequel une interprétation textuelle rationnelle doit être écartée si elle aboutit à un résultat manifestement déraisonnable. Il permet en particulier à l'interprète d'une règle de droit de l'adapter aux évolutions de la société.

1) L'appel au raisonnable comme correctif à l'interprétation textuelle

L'article 32 de la Convention de Vienne prévoit des moyens complémentaires auxquels l'interprète pourra recourir afin de confirmer, ou au contraire d'écarter, l'interprétation textuelle, ce qui ne manque pas de rappeler que l'interprétation de la vérité des faits comme du droit doit découler d'un raisonnement contradictoire permettant de concilier, dans la mesure du raisonnable, des arguments et contre-arguments. Notamment, l'article 32 prévoit explicitement que l'interprète rejette l'interprétation textuelle lorsque celle-ci laisse à la règle de droit interprétée un sens ambigu ou obscur, ou encore lorsqu'elle aboutit à un résultat absurde⁴⁸⁷. Dans ces hypothèses, en effet, le résultat est inacceptable en soi, ce qui remet en cause le choix des moyens retenus, en soulignant d'une part les limites de la logique formelle en

487 Distinction entre absence de logique et absurdité, voir PERELMAN (C.), *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au delà du positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J., 1984, p.16 et p.19.

droit – une interprétation peut en effet être rationnelle, c'est-à-dire découler d'un raisonnement formellement logique, sans pour autant aboutir à un résultat rationnellement acceptable –, et en montrant clairement, d'autre part, l'insuffisance d'une conception purement formaliste du raisonnement judiciaire, car « le critère simplement logique de la vérité, c'est-à-dire l'accord d'une connaissance avec les lois générales et formelles de l'entendement et de la raison est, il est vrai, la condition *sine qua non* et, par suite la condition négative de toute vérité ; mais la logique ne peut aller plus loin ; aucune pierre de touche ne lui permet de découvrir l'erreur qui atteint non la forme, mais le contenu »⁴⁸⁸.

Par ailleurs, et surtout, pour ce qui nous intéresse en particulier, l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit également d'écarter l'interprétation textuelle lorsque celle-ci conduit à un résultat manifestement déraisonnable⁴⁸⁹. Cette règle codifie un principe d'interprétation généralement reconnu que le juge Anzilotti évoquait déjà dans l'affaire du *régime douanier austro-allemand*, en énonçant que « la règle fondamentale de l'interprétation des textes juridiques d'après laquelle, entre deux interprétations, dont l'une attribue une signification raisonnable à chaque partie du texte et l'autre ne remplit pas les mêmes conditions, c'est la première qu'il y a lieu de préférer »⁴⁹⁰, principe que l'on retrouve également dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁹¹. Le raisonnable est ici clairement un critère d'interprétation qui contraint l'interprète dans ses choix d'interprétation. Dans cette hypothèse, bien que le résultat de l'interprétation textuelle soit rationnellement acceptable, c'est-à-dire que l'explication soit acceptable par rapport aux moyens retenus, l'interprète doit cependant rejeter l'interprétation textuelle dont le résultat est manifestement déraisonnable par rapport aux moyens non retenus, afin de satisfaire à l'exigence de l'argumentation juridictionnelle. En effet, une interprétation contenant une explication raisonnable du

488 KANT (E.), *op. cit.*, 2e partie, p.95.

489 Remarquons qu'il s'agit ici de l'interprétation d'un texte dont les termes sont clairs, que le juge doit refuser de consacrer lorsque leur application littérale mène à un résultat déraisonnable, au profit d'une autre méthode ou de moyens complémentaires d'interprétation, hypothèse qu'il s'agit de distinguer de celle où le choix d'une autre méthode d'interprétation est la conséquence de l'absence de clarté des termes de la règle de droit.

490 Affaire du *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, avis consultatif du 5 septembre 1931, *op. diss.* du juge Anzilotti, Ser. A/B, p.62. L'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*, Costa-Rica c. Nicaragua, 13 juillet 2009, *Rec.* 2009, illustre également bien ce principe, voir notamment §52.

491 Voir par exemple l'arrêt *Castells c. Espagne*, 26 mars 1992, série A, n°236, §37.

texte peut parfaitement mener à un résultat déraisonnable par rapport à d'autres facteurs. C'est là que la vérification du résultat raisonnable prend tous ses effets, quand il ne s'agit plus d'expliquer le texte mais de prendre en compte les conséquences de son application, notamment au regard de l'objet et du but de la disposition applicable.

Ce critère du résultat raisonnable découle logiquement du concept d'interprétation comme reconstruction de la volonté du législateur. En effet, si l'activité de l'interprète consiste à dégager la volonté du législateur à partir du texte, sa tâche ne consiste pas à rechercher sa volonté réelle, mais sa volonté raisonnable. Dès lors, il faut également rechercher une intention raisonnable, principe que la Cour internationale de justice a exprimé à l'occasion de son interprétation du mandat dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, en précisant que « la Cour doit se placer à l'époque où le système des mandats a été institué et où les actes de mandat ont été rédigés. Elle doit tenir compte de la situation à cette date, qui est la date critique, et des intentions que les intéressés semblent bien avoir eues, ou que l'on peut raisonnablement leur attribuer en fonction des circonstances »⁴⁹².

Dans la plupart des cas, le critère du résultat raisonnable permet de dépasser un sens restrictif, contraire au principe de l'effet utile du droit, ainsi qu'il ressort de la décision de la Cour internationale de justice dans l'affaire du *Temple de Preah Vihear* ou encore dans l'affaire de la *Sentence arbitrale*⁴⁹³. Cependant, le résultat d'une interprétation textuelle rationnelle peut être également déraisonnable indépendamment de toute considération téléologique, par exemple lorsque l'interprétation néglige certains moyens fondamentaux. En effet, la méthode utilisée n'est acceptée, en principe, que si le résultat de sa mise en oeuvre est compatible avec les éléments n'ayant pas été repris dans cette méthode. En réalité, cette règle doit être relativisée, car cette compatibilité n'est pas toujours possible, des éléments pouvant être inconciliables. Dans ce cas, si la solution retenue par le juge ne peut être confrontée avec tous les éléments divergents, elle sera cependant admise dès lors qu'elle n'est pas manifestement déraisonnable. De même, le critère du résultat raisonnable permet d'écarter un résultat déraisonnable lorsque l'interprétation

492 CIJ, *Rec.* 1966, p. 23, § 16.

493 CIJ, *Rec.* 1991, p. 69-70, § 48.

textuelle amène à priver certains éléments du contexte de toute signification⁴⁹⁴, lorsque cette interprétation suscite des difficultés d'application⁴⁹⁵, ou encore lorsque l'interprétation textuelle revient à considérer le texte à interpréter comme contraire à des règles pertinentes du droit international⁴⁹⁶.

2) *Le principe général d'interprétation raisonnable au regard de son résultat*

Du principe d'appel au raisonnable comme correctif à l'interprétation textuelle posé par l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, la jurisprudence a déduit un principe général selon lequel toute méthode raisonnable d'interprétation doit aboutir à un résultat raisonnable. C'est ainsi que la Cour internationale de justice a précisé que l'interprétation des « principes équitables » doit aboutir à un résultat raisonnable⁴⁹⁷. Ce principe général découle logiquement de l'article 32, lequel suppose d'écarter une interprétation textuelle en raison de son résultat manifestement déraisonnable, au profit d'une autre méthode, qui, elle, aboutisse à un résultat raisonnable. Le raisonnable doit donc être considéré comme intervenant, en général, au stade de l'évaluation du résultat de l'interprétation issue d'une méthode particulière.

Dans le cadre de notre étude sur le déni de justice substantiel, il importe de remarquer que cette exigence d'une méthode raisonnable aboutissant à un résultat raisonnable permet au juge international de contrôler l'interprétation téléologique d'une règle interne, et donc de contrôler qu'un jugement interne discrétionnaire n'est pas abusif, que le droit n'a pas été « dénaturé par une interprétation choquante », et nous rejoignons ici les développements précédents sur le contrôle du jugement manifestement injuste au titre d'une obligation dont nous avons montré qu'elle impose l'évaluation du comportement étatique au regard du standard du raisonnable.

Cette exigence impose par ailleurs à l'interprète d'une règle de droit de l'adapter aux évolutions de la société.

494 Affaire du *Comité de la sécurité maritime*, CIJ, Rec. 1960, p.166 ; affaire *Salem*, 8 juin 1932, R.S.A., vol.II, op. diss. de l'arbitre Nielsen, p.1205.

495 Affaire du *Cameroun septentrional*, CIJ, Rec. 1963, op. ind. du juge Fitzmaurice, p.112.

496 Affaire des *Emprunts norvégiens*, CIJ, Rec. 1957, op. diss. du juge Read, p.94.

497 Voir la jurisprudence relative à la délimitation des frontières, notamment l'affaire des *Pêcheries islandaises* et l'affaire du *Temple de Préh Vihéar*.

3) *Le rejet de l'interprétation inadaptée*

C'est dans le cadre du contrôle du résultat de l'interprétation téléologique que la notion de raisonnable révèle le plus clairement sa nature de standard. Rappelons en effet que la notion de standard, d'origine anglo-saxonne⁴⁹⁸, s'est répandue dans les pays de droit romain, et notamment en France, à partir de la fin du XIXe siècle, sous l'influence d'un mouvement d'inspiration sociologique⁴⁹⁹, qui s'élevait contre l'idée, dominante au XVIIIe siècle, de la perfection de la loi et son absence de lacune, cherchant à assouplir le droit pour le rapprocher des réalités sociales en faisant prédominer une interprétation téléologique sur l'interprétation formaliste de la règle de droit, l'idée étant d'opérer l'adéquation du droit aux faits non plus uniquement par référence à des étalons logiques, mais par la prise en compte des valeurs et des comportements moyens d'une société à un moment donné. Victoire du courant sociologique du droit, critique vis-à-vis de la conception irréaliste de la loi comme unique source du droit, expression de la volonté populaire, idéale et se suffisant à elle-même⁵⁰⁰, le standard a donc trouvé sa place comme complément nécessaire des méthodes d'interprétation visant à garantir l'intégrité de la volonté du législateur⁵⁰¹ tout en garantissant le respect d'une normalité sociale par renvoi aux valeurs acceptées à un moment précis dans une communauté déterminée. En attribuant une marge de discrétion à l'interprète du droit, mais une marge de discrétion limitée par sa finalité, le standard a ainsi permis de résoudre le problème d'adéquation entre la limitation du nombre de normes, qui ne rend pas à même de régir tous les faits, et l'objet du droit qui est de régir tous les comportements.

C'est donc dans ce cadre du contrôle du résultat de l'interprétation téléologique que la notion de raisonnable révèle le plus clairement sa nature de standard, parce que

498 Cette notion visait à harmoniser les rapports entre *statute law* et *common law*.

499 Notamment sous l'influence de Bergson ou Durkheim, et représenté notamment par Gény, Saleilles, Hauriou et Al Sanhoury.

500 Le juge devait en effet se contenter du rôle de « la bouche qui prononce les paroles de la loi », voir MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, liv.XI, chap.VI.

501 En effet, la place du standard dans le droit est liée à la conception des rapports entre le juge et le législateur, c'est d'ailleurs pourquoi le standard est généralement considéré comme une technique de délégation législative en faveur du juge.

c'est au regard des valeurs de la communauté concernée par le droit applicable, au moment de son interprétation, que ce contrôle doit s'effectuer. En effet, le juge doit tenir compte des évolutions des pratiques sociales dans l'interprétation d'une règle de droit, conformément à l'idée selon laquelle « on ne peut demeurer fidèle au droit que si l'on veille à ce que les moyens restent ajustés aux fins et les fins aux valeurs, et donc si l'on rétablit cet ajustement lorsqu'il est compromis ou ruiné par les changements survenus dans la vie sociale, ou seulement d'une façon occasionnelle par les circonstances de la cause »⁵⁰². C'est même, selon Chaïm Perelman, le but de ces notions indéterminées, telles que le raisonnable, que de permettre au juge d'élargir le cadre étroit de la volonté du législateur et de recourir aux valeurs de la communauté lorsque le respect aveugle du texte de loi mène à une solution socialement inacceptable. En effet, l'interprétation ne consiste-t-elle pas en une reconstruction de la volonté raisonnablement actualisée du législateur en fonction de ce que serait supposé vouloir le législateur s'il avait eu à connaître le cas en cause au moment de sa réalisation ? C'est ce qu'Aristote remarquait déjà à propos de la notion d'équité⁵⁰³, les notions de raisonnable et d'équitable se retrouvant également dans cette fonction d'adaptation par l'interprétation d'une règle écrite trop rigide, qui permet notamment d'adapter une règle de droit aux nouvelles situations qui pourraient se présenter⁵⁰⁴. C'est ainsi que pour Ch. Perelman, si « la justice formelle se ramène simplement à l'application correcte d'une règle », c'est-à-dire que l'application d'une règle doit être logiquement irréprochable, « là où les antinomies de la justice apparaissent et où l'application de la justice nous force à transgresser la justice formelle, on a recours à l'équité. Celle-ci, on pourrait la considérer comme la béquille de la justice, est le complément indispensable de la justice formelle, chaque fois que l'application de

502 HUSSON (L.), « Les trois dimensions de la motivation judiciaire », in *La motivation des décisions de justice*, sous la dir. de C. Perelman et P. Foriers, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1978, p.99.

503 Dans ce que O.Corten a considéré comme une théorie embryonnaire du législateur rationnel, le philosophe considérant que « quand la loi pose une règle générale, et que là-dessus survient un cas en dehors de la règle générale, on est alors en droit, là où le législateur a omis de prévoir le cas et a péché par excès de simplification, de corriger l'omission et de se faire l'interprète, comme le législateur lui-même, s'il avait été présent à ce moment, de ce qu'il aurait porté dans sa loi s'il avait connu le cas en question [...]. Telle est la nature de l'équitable : c'est d'être un correctif de la loi là où la loi a manqué de statuer à cause de sa généralité », *Éthique à Nicomaque*, Liv.V, 14, 1137b, p.267-268.

504 En considérant, dans son étude consacrée au raisonnable, que la notion constituait un moyen à la fois d'apprécier l'adéquation des moyens aux fins, d'apprécier l'adéquation d'un comportement aux circonstances, de tracer une limite entre discrétionnaire et arbitraire, d'éviter l'absurde ou le ridicule, et enfin d'établir un équilibre entre des intérêts divergents, le professeur Salmon soulignait ainsi les différents aspects de la fonction d'adaptation de la notion de raisonnable. J.Salmon, « Le concept de raisonnable en droit international public », in *Mel. Reuter*, p. 452.

cette dernière s'avère impossible »⁵⁰⁵, ce qui n'est pas sans rappeler que l'appel au raisonnable justifie l'adaptation d'un texte dont les termes sont clairs mais dont l'application formellement logique mène à une solution inacceptable.

Cependant, le raisonnable n'a de place que dans le cadre du droit existant, bien que le juge prenne en compte des données extra-juridiques, et le jugement raisonnable se distinguera donc du jugement en équité⁵⁰⁶. C'est ce que la Cour a clairement réaffirmé dans l'affaire relative à la *Compétence en matière de pêcheries*, en soulignant que les parties doivent rechercher une solution équitable à leur conflit, tout en précisant qu'il « ne s'agit pas simplement d'arriver à une solution équitable, mais d'arriver à une solution équitable qui repose sur le droit applicable »⁵⁰⁷. En effet, contrairement à l'une des difficultés liées à la notion d'équité que soulignait bien Paul Reuter⁵⁰⁸, laquelle porte un principe de finalité qui paraît « aller au-delà du droit voire contre le droit », l'interprétation raisonnable n'est, elle, jamais une interprétation *contra legem*, même si « la notion [de raisonnable] est un outil privilégié d'intégration de valeurs politiques ou morales dans le système juridique »⁵⁰⁹. Si elle peut aller contre la lettre de la disposition en cause, l'interprétation raisonnable devra alors être justifiée par l'objet ou le but poursuivi par celle-ci. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme a pu considérer, dans son arrêt *C.R. c. Royaume-Uni*⁵¹⁰, que la décision de la *Court of Appeal* du 14 mars 1991, confirmée ultérieurement par la Chambre des lords, de considérer le requérant comme coupable de viol à l'encontre de son épouse parce que le mot « illégitime », dans la définition légale du viol, constituait une simple redondance qui n'empêchait pas de « supprimer une fiction de la *common law* devenue anachronique et offensante », constituait une interprétation raisonnable de la

505 *op. cit.*, p.54.

506 Dans sa conception la plus large, le jugement en équité est en effet considéré comme permettant de s'affranchir du droit, ainsi qu'il découle de la sentence du 22 janvier 1926 rendue dans l'affaire des *Indiens Cayugas*, présentant l'équité comme « l'application des principes généraux de la justice distingués d'un système donné quelconque de jurisprudence ou de droit interne de n'importe quel État » et faisant application « des principes de justice et de bonne foi reconnus d'une manière universelle contre les dures conséquences des doctrines strictes de la personnalité juridique » à l'encontre du droit interne des Etats intéressés. Affaire des *Indiens Cayugas*, Royaume-Uni c. Etats-Unis d'Amérique, 22 janvier 1926, R.S.A., vol.VI, p.173-190.

507 CIJ, 25 juillet 1974, Rec. 1974, p.202.

508 REUTER (P.), « Quelques réflexions sur l'équité en droit international », *R.B.D.I.*, 1880-I, vol. XV, p. 165-186.

509 CORTEN (O.), *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international*, ed. Bruylant, Bruxelles, 1997, p.336.

510 Arrêt *C.R. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, A-335C, §41.

loi, au motif que « les décisions de la *Court of Appeal* et de la Chambre des lords ne faisaient que poursuivre une tendance perceptible dans l'évolution de la jurisprudence en démantelant l'immunité qui mettait un mari à l'abri de poursuites pour le viol de sa femme ».

C'est d'ailleurs aussi pourquoi, si le résultat déraisonnable d'une méthode rationnelle doit être écarté par le juge, l'inverse est également vrai : le résultat raisonnable d'une méthode n'obéissant pas aux règles de la rationalité juridique n'est pas acceptable, le rationnel étant intrinsèque au raisonnable. A cet égard, il ne nous semble donc pas possible de partager l'opinion de Ch.Perelman, pour qui une interprétation peut être raisonnable même si elle n'était pas rationnelle.

L'hypothèse d'une interprétation téléologique raisonnable d'une règle de droit, car adaptée à l'évolution de la société, qui serait donc conforme à l'exigence d'une méthode raisonnable aboutissant à un résultat raisonnable, doit être distinguée de l'application raisonnable du droit, car adaptée aux circonstances de l'espèce, c'est-à-dire prenant en considération les différents intérêts en présence, exigence qui s'impose cependant également au juge, dont la décision ne pourra être considérée comme raisonnable que si elle est aussi opportune.

§2 - La raisonnable du jugement au regard de l'opportunité de son résultat

Comme nous l'avons mentionné précédemment, le raisonnable n'est jamais défini très clairement, ce qui, au demeurant, se justifie par sa nature de standard. De manière générale, l'exigence de conformité à la raison formulée par la jurisprudence met l'accent sur le premier critère du jugement raisonnable, à savoir l'existence d'une méthode raisonnable aboutissant à un résultat raisonnable, tandis que l'association jurisprudentielle entre la notion de raisonnable et d'autres notions telles le juste et l'équitable, révèle un second critère du jugement raisonnable, à savoir l'existence d'un résultat opportun. En effet, le jugement raisonnable suppose une application du droit opportune car équitable (A), ce qui suppose que le jugement raisonnable soit non discriminatoire et proportionné (B).

A) *Le jugement raisonnable, un jugement équitable*

Le contrôle de l'opportunité du résultat du jugement raisonnable, dont le principe a été posé par la jurisprudence (1), est un contrôle de justice au regard des circonstances de l'espèce (2).

1) *Le principe du contrôle de l'opportunité du résultat du jugement raisonnable*

Ce principe se déduit de la jurisprudence selon laquelle le droit exige une application raisonnable au regard des circonstances de l'espèce, *obiter dictum* formulé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona traction*⁵¹¹ et régulièrement appliqué, notamment en matière de délimitation territoriale⁵¹². Dans cette affaire, la Cour, après avoir mis en oeuvre une méthode raisonnable d'interprétation, avait vérifié si cette méthode menait à un résultat raisonnable eu égard aux prétentions des parties⁵¹³, le principe d'application raisonnable du droit impliquant l'existence d'un contrôle de l'opportunité du résultat du jugement raisonnable.

C'est d'ailleurs pourquoi, si les autorités nationales sont les mieux placées pour apprécier les intérêts en jeu et donc déterminer quelles sont les mesures les plus appropriées en fonction des circonstances⁵¹⁴, et que le juge international est donc lié,

511 CIJ, Rec. 1970, p.48, §92.

512 Voir l'affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, Danemark c. République Fédérale d'Allemagne et République Fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas, arrêt du 20 février 1969, Rec. 1969, §80 : « Quel que soit le raisonnement juridique du juge, ses décisions doivent par définition être justes, donc en ce sens équitables ». Voir également l'affaire du *Golfe du Maine*, Rec. 1984, p.386, §42 et l'affaire du *Golfe du Saint-Laurent*.

513 Le résultat du jugement raisonnable est apprécié au regard des circonstances de l'espèce en général, ce qui induit de prendre en considération le but poursuivi par les dispositions applicables comme la cohérence du système juridique dans son ensemble, même si c'est avant tout au regard de la situation, des intérêts et attentes légitimes des parties que le juge adapte sa décision de justice. La jurisprudence souligne bien le caractère circonstanciel de la notion de raisonnable : voir l'affaire de l'interprétation de l'accord entre l'OMS et l'Égypte, où la Cour internationale de justice a estimé que « ce qui est raisonnable [...] dépend nécessairement des circonstances », CIJ, rec. 1980, p.85-86 ; dans le même sens, voir l'affaire du *Plateau continental* (Tunisie-Libye), CIJ, Rec.1982, p.60, §72 ; voir aussi la jurisprudence conforme de la Cour EDH, pour qui « le caractère raisonnable [d'une détention provisoire] doit s'apprécier dans chaque cas suivant les circonstances de la cause », arrêt *Wemhoff*, 27 juin 1968, série A, n°7, §10 ; voir aussi l'importante jurisprudence relative au délai raisonnable, dont l'arrêt *Foti et a.*, 10 décembre 1928, série A, n°56, §56.

514 Arrêt *James et a.* précité, §46 : « grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est "d'utilité publique" » ; arrêt *Handyside*, préc.,

dans une certaine mesure, par l'appréciation de l'opportunité de la décision discrétionnaire du juge interne, à laquelle il n'a pas à substituer sa propre appréciation, il devra cependant vérifier que le choix d'opportunité opéré par le juge interne n'est pas déraisonnable au regard des circonstances de l'espèce, et notamment des attentes légitimes du justiciable. Cette exigence d'un résultat raisonnable du jugement raisonnable permet en effet que le contrôle marginal de l'erreur manifeste d'appréciation porte également sur l'appréciation de l'opportunité de la solution. Ainsi, si le contrôle minimum, qui s'impose au juge en cas de compétence discrétionnaire, s'oppose à un plein contrôle de l'opportunité des choix opérés par l'auteur de la mesure en cause, il permet cependant de sanctionner le choix manifestement déraisonnable, donc inopportun et constituant une mesure illicite. C'est dans cet esprit que le professeur Pacteau a pu noter, à propos de la théorie de l'erreur manifeste d'appréciation de droit administratif, qu'elle permettait aux juges de censurer les usages abusifs du pouvoir discrétionnaire de l'administration, c'est-à-dire de sanctionner l'autorité administrative qui serait « allée au-delà des limites du raisonnable dans le jugement qu'elle a porté sur des éléments d'opportunité »⁵¹⁵.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme illustre très clairement cette exigence d'un jugement raisonnable car opportun au regard des circonstances, en rappelant constamment qu'elle limite son contrôle à celui des effets de l'application du droit interne au regard des droits protégés par la Convention, ce qui implique, lorsqu'elle doit contrôler un jugement interne discrétionnaire, un contrôle de raisonabilité du jugement au regard de l'obligation de protection judiciaire posé par l'article 6 de la Convention, et notamment de sa finalité. C'est ainsi que la Cour doit contrôler la régularité interne d'un jugement discrétionnaire au regard de la justice entendue comme valeur, idéal, sentiment de ce qui est juste car conforme aux exigences de l'équité et de la Raison⁵¹⁶, ou encore de la justice et de l'équité⁵¹⁷.

§48 : « [...] grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la "nécessité" d'une "restriction" ou "sanction" destinée à y répondre ».

515 PACTEAU (B.), *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, Clermont-Ferrand, 1977, p.242

516 G. CORNU (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, P.U.F., 2003, v° "juste".

517 L'équité apparaît comme une forme de justice concrète et adaptée aux circonstances de l'espèce. C'est ainsi que, dans le dictionnaire Basdevant, l'équité est considérée comme « la réalisation de la justice dans un cas d'espèce », J. Basdevant, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, p.261. L'association des termes justice et équité

2) *Le contrôle d'opportunité au regard des circonstances, un contrôle de justice et d'équité*

L'application raisonnable du droit résulte d'une méthode raisonnable aboutissant à un résultat raisonnable et opportun au regard des circonstances. Outre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au contrôle du jugement discrétionnaire au regard de la justice visée par l'obligation de protection judiciaire, la relation entre raisonnable et opportun au regard des circonstances d'un côté, et juste et équitable de l'autre, est clairement mise au premier plan par les associations fréquentes entre notions de raisonnable et juste d'une part, et entre raisonnable et équitable d'autre part, associations que l'on trouve dans la jurisprudence internationale⁵¹⁸ en diverses matières⁵¹⁹. C'est ainsi que les notions de raisonnable et juste se retrouvent notamment associées en matière d'interprétation, soit de manière générale⁵²⁰, soit à propos d'opérations particulières, et que l'association entre raisonnable et équitable est fréquemment effectuée, qu'il s'agisse des litiges territoriaux, du traitement des étrangers, de l'usage raisonnable d'un droit ou encore de l'octroi d'une réparation. Dans l'affaire de la *Demande de réformation du jugement n°333 du TANU*⁵²¹, ou dans l'affaire *ELSI*⁵²², les notions de raisonnable et équitable ont même été assimilées totalement, bien que cette assimilation ne soit pas souhaitable si l'on considère que ces deux notions ne se recoupent que partiellement, le raisonnable étant plus large que l'équitable dont le caractère égalitaire et équilibré ne correspond qu'à un aspect du raisonnable, et l'équitable recoupant seulement le raisonnable en tant que critère permettant d'appliquer une règle de droit positif à une situation particulière – équité *infra legem* –, mais s'en éloignant en tant que moyen de suppléer une lacune de droit positif – équité *praeter legem* –, ou moyen d'atténuer, de

souligne que la finalité de la protection judiciaire est la justice en tant que réalisation des attentes légitimes des requérants, un jugement juste et équitable devant rendre à chacun ce qui lui appartient.

518 Cette assimilation se retrouve cependant également dans les dictionnaires.

519 Voir l'affaire du *Sud-Ouest africain*, Rec.1966, op. diss. du juge Tanaka, p.306 ; affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, Rec. 1969, §48.

520 Une interprétation a été qualifiée de raisonnable et juste dans l'affaire du *Lotus*, CPJI, série A, n°9, op. diss. du juge Moore ; voir aussi l'affaire de *l'Interhandel*, Rec. 1959, op. diss. du juge Lauterpacht.

521 Rec. 1987, p.28, §21.

522 Affaire *Elettronica Sicula S.p.A.* (ELSI), Etats-Unis d'Amérique c. Italie, 20 juillet 1989, Rec. 1989p.63, §103.

contourner voire de s'opposer au droit positif – *équité contra legem* –. C'est ce que la Cour internationale de Justice a clairement rappelé dans l'affaire du *Tribunal administratif de l'OIT* en rappelant que « si le Tribunal, dans les motifs de sa décision sur le fond, a dit que la réparation sera assurée *ex aequo et bono* par l'allocation au requérant du montant ci-après, le contexte ne fait nullement apparaître que le tribunal ait entendu par là se départir des principes du droit. Il a voulu seulement énoncer que, le calcul du montant de l'indemnité ne pouvant pas être déduit de règles de droit posées à cet effet, il entendait fixer ce que la Cour a, en d'autres circonstances, appelé la juste mesure de la réparation, le chiffre raisonnable de celle-ci [...] »⁵²³. D'ailleurs, l'exigence de raisonnabilité du résultat d'un jugement au regard des circonstances n'entre en jeu que lorsque le juge doit choisir une solution adaptée aux circonstances de l'espèce, c'est-à-dire lorsque la méthode raisonnable aboutit à un éventail d'interprétations correctes, c'est-à-dire fondées en droit, laissant au juge la liberté de choisir, parmi les différentes solutions juridiquement possibles, celle qui est aussi opportune, c'est-à-dire juste et équitable. C'est notamment le cas lorsque la disposition interne applicable laisse explicitement la possibilité d'un choix dans l'application concrète du droit aux faits, comme il arrive fréquemment en droit pénal par exemple, où la loi établit une fourchette de pénalités qu'il appartiendra au juge de concrétiser au cas par cas. C'est ce que Chaïm Perelman a entendu dire en remarquant que, si « les exigences de l'auditoire à convaincre peuvent être légalistes, [...] elles concernent généralement aussi les conséquences du jugement : le juge devra alors montrer que ces justifications sont opportunes, car raisonnables et équitables »⁵²⁴.

Cependant si l'application raisonnable de la règle de droit suppose la prise en compte et la pesée des différents intérêts en jeu, se pose alors le problème du contrôle de l'opportunité de la décision de justice, car, ainsi que l'a remarqué Chaïm Perelman, « le caractère déraisonnable d'une décision en appelle à des critères qui sont moins juridiques que sociologiques »⁵²⁵. Conformément à ce que nous avons déjà remarqué quant à la dimension axiologique du raisonnable, le contrôle de l'opportunité du jugement sera un contrôle marginal de motivation qui s'effectuera

523 CIJ, Rec.1956, 100.

524 *Op. cit.*, p.425.

525 PERELMAN (C.), « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse », in *La motivation des décisions de justice*, sous la dir. de C. Perelman et P. Foiriers, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1978, p.421.

donc à l'aide de critères de fond dont la souplesse permet de préserver l'exigence d'un examen *in concreto* adapté à chaque situation particulière tout en assurant la prévisibilité nécessaire à l'interprétation de toute règle de droit. L'analyse de la jurisprudence associant les notions de raisonnable, de juste et d'équitable permet de mieux délimiter le contenu du raisonnable, en dégagant deux critères de fond du jugement raisonnable.

B) *Les critères de fond du jugement raisonnable*

L'analyse de la jurisprudence associant les notions de raisonnable, juste et équitable fait ressortir qu'un jugement est raisonnable d'une part, s'il respecte le principe d'égalité de traitement et, d'autre part, s'il assure une répartition proportionnée des droits en fonction de la situation et des intérêts des parties.

1) L'égalité de traitement

Si le caractère raisonnable d'un jugement dépend en partie de son adaptation aux circonstances, celle-ci est cependant limitée par l'obligation de traiter de manière égale des situations identiques. En effet, le jugement raisonnable s'oppose à la discrimination, sauf lorsque celle-ci est fondée en droit, ce qui implique la cohérence de la solution par rapport aux précédents judiciaires.

S'inspirant de la notion aristotélicienne⁵²⁶ de la justice commutative, le principe d'égalité impose que ce qui est essentiellement semblable soit traité de manière identique. La justice suppose donc de comparer des situations concrètes, qui peuvent être de pur fait mais qui sont généralement des situations juridiques ou juridiquement déterminées, et le jugement raisonnable devra tirer les conclusions de cette comparaison, soit en assurant un traitement égal lorsque les situations sont identiques, ou du moins très proches, soit en justifiant le traitement inégal de situations différentes. En effet, une différence de traitement dans l'exercice des droits doit être particulièrement justifiée. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme,

⁵²⁶ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Liv.V

dans son arrêt du 23 juillet 1968 concernant *un certain aspect du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, a jugé, en interprétant l'article 14 de la Convention, que l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable, impliquant par là-même que la discrimination doit s'entendre d'une distinction manquant de base objective et raisonnable. La discrimination est en effet considérée comme déraisonnable car elle suppose le traitement égal de situations égales, et réciproquement, le Tribunal, dans l'affaire *The North Atlantic Coast Fisheries*⁵²⁷, a considéré que l'exercice de la compétence était déraisonnable car discriminatoire.

Cette relation entre justice, équité, égalité et raisonabilité est admise à tel point que Ch. Eisenmann notait que « la différence de traitement est illicite lorsqu'elle ne peut se justifier d'après le critère de justice. On peut d'ailleurs remplacer la notion de justice par celle de comportement raisonnable [...] »⁵²⁸. C'est aussi cette relation qu'illustre clairement l'affaire *Gonzalo Bonelo Sanchez* jugée par le Comité des Nations Unies, rappelant que le contrôle d'opportunité du jugement discrétionnaire doit amener à vérifier que le jugement n'est pas discriminatoire, et donc injuste. Car, si la discrimination entre étrangers et nationaux n'est pas forcément une violation du droit international, sauf disposition conventionnelle en ce sens, l'application discriminatoire du droit interne à un étranger peut être, elle, considérée comme constitutive d'un déni de justice substantiel : lorsque la loi n'est pas appliquée de manière égale à des situations identiques, la décision est injuste⁵²⁹.

Le principe d'égalité de traitement auquel se rattachent les exigences de prévisibilité et de sécurité du droit justifie qu'une décision opportune soit cohérente par rapport aux précédents judiciaires, car « la justice possède une valeur propre, quelles que soient les autres valeurs sur lesquelles elle se fonde : c'est celle qui résulte du fait que son application satisfait un besoin rationnel de cohérence et de

527 Affaire *The North Atlantic Coast Fisheries*, Royaume-Uni c. Etats-Unis d'Amérique, 7 septembre 1910, R.S.A., vol.XI, p.199.

528 EISENMANN (Ch.), « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », A.P.D., 1966, p.30.

529 Décision *Gonzalo Bonelo Sánchez c. Espagne*, 29 juillet 1997, communication n°698/1996, U.N. Doc. CCPR/C/60/D/698/1996, §4.2: "The Committee has carefully examined the material submitted by the author and refers to its established jurisprudence that interpretation of domestic legislation is essentially a matter for the courts and authorities of the State party concerned. In the present case, the author has not substantiated his claim that the law was interpreted and applied arbitrarily or that its application amounted to a denial of justice which could constitute a discrimination in violation of article 26 of the Covenant, the Committee considers that the communication is inadmissible under article 2 of the Optional Protocol.

régularité »⁵³⁰, ce qu'illustre bien l'affaire *Tecmed S.A.*⁵³¹. C'est d'ailleurs pourquoi la Cour européenne des droits de l'homme renvoie systématiquement aux décisions antérieures de sens concordant. En effet, le recours aux précédents permet de justifier le traitement égal de situations identiques, et, réciproquement, c'est le principe d'égalité qui justifie le recours au raisonnement par analogie. La justification rationnelle de la solution interprétative opportune retenue par le juge s'appuiera ainsi essentiellement sur le raisonnement juridique dit par analogie, en faisant appel aux précédents judiciaires. Car, même lorsqu'ils ne lient pas les autorités juridictionnelles nationales, le juge se réfèrera à ceux-ci parce que « l'établissement d'un ordre raisonnable présuppose tout naturellement la conformité aux précédents (*stare decisis*). [...] C'est que la règle de justice résulte d'une tendance naturelle à notre esprit de considérer comme normal et rationnel, donc comme n'exigeant aucune justification supplémentaire, un comportement conforme aux précédents. Dans tout ordre social, ce qui est traditionnel se présentera donc comme allant de soi ; par contre, toute déviation, tout changement, devra être justifié »⁵³².

Cependant, si des situations identiques appellent un traitement égal, les situations distinctes appellent, elles, un traitement différent, ce qui nous amène au second critère du jugement opportun : la juste proportion. Car il faut que les traitements soient proportionnés aux situations.

2) *La juste proportion*

L'association entre raisonnable et équitable souligne en particulier la prise en compte nécessaire des contingences⁵³³, et indique un souci d'atteindre une solution basée sur l'équilibre⁵³⁴, l'équilibre à aménager entre les différents sujets du système juridique étant l'un des critères qui caractérisent le sens ordinaire du raisonnable,

530 PERELMAN (C.), *Justice et raison*, Bruxelles, Ed. de l'université de Bruxelles, 1963, p.74

531 Affaire *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique*, 29 mai 2003, n°ARB(AF)/00/2, F.I.L.J., vol.19, (2004), §154

532 PERELMAN (C.), *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au delà du positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J., 1984, p.227.

533 G. CORNU (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, P.U.F., 2003, « v° raisonnable ».

534 Cela ressort en particulier de l'association entre raisonnable et équitable, mais la Cour PJI a également associé justice et équilibre dans l'affaire des Zones franches de Haute-Savoie du pays de Gex, série AB, n°46, p.163.

ainsi que le notait le professeur Salmon dans son étude consacrée au raisonnable. Ainsi la Cour internationale de Justice a-t-elle considéré, dans l'affaire relative à *Des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*⁵³⁵, que l'utilisation par un Etat des eaux d'un fleuve frontalier ne pouvait être jugée équitable et raisonnable que si elle tenait compte des intérêts de l'autre Etat concerné, tant au regard du développement économique que de la protection de l'environnement.

On remarque d'ailleurs que la relation entre les notions de raisonnable et d'équilibré est également très fréquente en droit international, l'application raisonnable du droit s'entendant d'une application respectueuse de l'équilibre des intérêts en cause. C'est ce qui ressort notamment de la jurisprudence relative à la détermination du délai raisonnable, lequel suppose le maintien d'un équilibre entre les intérêts du requérant et les exigences d'une bonne administration de la justice, ou encore de la jurisprudence relative à l'octroi du montant raisonnable d'une réparation, lequel suppose le respect d'un certain équilibre entre les situations respectives des parties⁵³⁶.

Or le souci d'équilibre entre des intérêts divergents implique une répartition proportionnée des droits, comme un usage proportionné des moyens. C'est ainsi que la délimitation des plateaux continentaux doit aboutir à un résultat équitable sur la base d'une proportionnalité raisonnable⁵³⁷. De même, et ce conformément au *dictum* énoncé par le Tribunal arbitral dans l'affaire du *Golfe de Saint-Laurent*⁵³⁸, la Cour européenne des droits de l'homme considère que l'exigence d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé exprime l'idée d'un juste équilibre à aménager entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les droits de l'individu⁵³⁹. L'un des critères du raisonnable est en effet la juste proportion, ce pour quoi le juge international doit vérifier qu'une mesure raisonnable n'est pas disproportionnée au regard des intérêts en cause, et que la Cour rappelle

535 Affaire relative à *Des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, Argentine c. Uruguay, 20 avril 2010, *Rec.* 2010, § 177.

536 Avis consultatif relatif à la *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies*, 12 juillet 1973, *Rec.* 1973, p.194, §§ 57 et 59.

537 Affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, *op. cit.*, p.49, §90.

538 Affaire du *Golfe du Saint-Laurent*, Canada c. France, 17 juillet 1986, *R.S.A.*, vol.XIX, p.259, §54 : « [la règle du raisonnable] commande à l'État de proportionner son comportement au but légalement poursuivi en tenant dûment compte des droits et libertés concédés à un autre État ».

539 Arrêt *Lithgow et a.*, 28 juillet 1986, série A, n°102, §120 ; arrêt *Piermont*, 27 avril 1995, série A, n°314, §77.

régulièrement que la Convention européenne des droits de l'homme pose une exigence de proportionnalité comme limite à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire⁵⁴⁰. En cela, la Cour rejoint la jurisprudence du Conseil d'État quant à l'appréciation de l'erreur manifeste, selon laquelle le juge du recours pour excès de pouvoir peut constater que la mesure est notamment inadaptée aux motifs en cas d'absence de proportionnalité. Ainsi, concernant l'effectivité du droit au procès équitable, la Cour de Strasbourg tend-t-elle à contrôler la pertinence des décisions des juridictions internes en rappelant que, si des limitations à l'article 6 sont possibles, encore faut-il qu'elles poursuivent un but légitime et qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé⁵⁴¹.

L'opportunité d'une décision raisonnable relèvera donc de son caractère équilibré, c'est-à-dire de la juste répartition des droits, d'une répartition proportionnée s'apparentant à une justice distributive⁵⁴², bien qu'occasionnellement s'impose une répartition strictement égalitaire des droits, lorsque la situation et les intérêts des parties sont identiques, ainsi que le souligne l'affaire du *Différend frontalier*⁵⁴³, à l'occasion de laquelle la Cour internationale de justice a procédé à une application de l'équité strictement limitée à l'égalité puisque, en l'absence de titres juridiques à sa disposition, elle a décidé de partager la mare de *Soum*, où devait se situer une partie de la frontière à délimiter, entre les deux Etats parties au litige.

Bien que les critères du raisonnable permettent de définir *a priori* le jugement raisonnable comme un jugement issu d'une méthode raisonnable et aboutissant à un résultat opportun, on constate cependant que le jugement raisonnable est uniquement défini *a contrario*, lors du contrôle marginal de motivation, comme un jugement qui n'est pas manifestement injuste. En effet, le raisonnable, comme tout standard, n'est défini que lors d'un contrôle *a posteriori* permettant au juge de l'actualiser cas par

540 C'est ainsi que le juge Loucaïdès, dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt *Goktan*, a estimé que l'absence de possibilité pour le juge d'adapter la peine en fonction des circonstances de l'infraction devait être considérée comme une violation du droit au procès équitable, la raisonnable d'un jugement supposant une juste proportion. Voir l'arrêt *Goktan c. France*, 2 juillet 2002, Req. n° 33402/96.

541 Voir l'arrêt *Annoni di Gussola et a. c. France*, 14 nov. 2000, Rec. 2000-IX

542 Voir l'affaire des *Pêcheries islandaises*, Rec. 1974, op. ind. du juge Dillard, p.70-71

543 CIJ, rec.1986, p633, §150.

cas, c'est pourquoi les critères du raisonnable n'entrent en ligne de compte que pour déterminer ce qui est déraisonnable et non ce qui est raisonnable⁵⁴⁴.

L'analyse du jugement manifestement injuste révèle qu'il s'agit d'un jugement fondé sur une erreur manifeste d'appréciation, qu'il nous reste donc à identifier.

544 La détermination du raisonnable ne se fait pas a priori à l'aide d'une définition donnée, mais par l'intermédiaire d'un contrôle des motifs a posteriori. Voir l'arrêt *Letellier*, 26 juin 1991, série A, n°207, §35 ; voir aussi l'avis consultatif relatif à la *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies*, 12 juillet 1973, Rec. 1973 ; voir aussi l'affaire *A.H. Francis*, 15 février 1930, *R.S.A.*, vol.V, p.100, relative à l'obligation de déployer une diligence raisonnable *empêchant* un mauvais traitement des étrangers, qui ne sera pas respectée si l'État n'est pas apte à expliquer son comportement dans les circonstances particulières de l'espèce.

CHAPITRE II

LES ELEMENTS CONSTITUTIFS

DU JUGEMENT MANIFESTEMENT INJUSTE

Etant donné qu'il n'existe que peu de décisions claires quant aux conditions d'existence du déni de justice substantiel, surtout récentes, mais que la notion d'erreur manifeste d'appréciation n'est pas un élément constitutif de ce seul fait internationalement illicite, nous serons parfois amenée à raisonner par analogie à partir de la jurisprudence relative au contrôle de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire en général, en droit interne comme en droit international. C'est ainsi que nous nous réfèrerons occasionnellement à la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux, lesquels doivent souvent s'interroger sur l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation justifiant l'appel d'une décision de première instance, ou encore la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'O.M.C., l'existence d'une décision nationale manifestement erronée constituant une condition de recevabilité de la demande de réexamen de ladite décision par cette juridiction au titre de la lutte anti-dumping.

L'analyse de la jurisprudence révèle que les éléments constitutifs du jugement manifestement injuste sont l'erreur manifeste d'appréciation et le lien de causalité entre cette erreur et la décision elle-même. Nous étudierons ainsi successivement l'erreur d'appréciation elle-même (section 1), et son caractère manifeste et décisif (section 2).

Section 1

Une erreur d'appréciation

Définir l'erreur d'appréciation à l'origine du déni de justice substantiel suppose de préciser ce que l'on entend par erreur d'appréciation (§1) et d'analyser le champ d'application de cette erreur (§2).

§1 - Définition de l'erreur d'appréciation

Si l'on considère que l'appréciation est le « mode de décision fondé sur la prise en considération de critères objectifs mais souples dont la pesée laisse nécessairement à celui qui apprécie une certaine latitude »⁵⁴⁵, il apparaît clairement que l'erreur manifeste d'appréciation à l'origine du déni de justice substantiel est une erreur de discernement, laquelle s'attache au jugement que le juge national doit porter sur les éléments de fait et de droit soumis à sa discrétion.

Par ailleurs, la distinction entre erreur simple et erreur manifeste d'appréciation souligne que cette dernière est appréciée au regard de son résultat et non de sa cause. En effet, l'erreur est le fait de se tromper, c'est-à-dire, en l'occurrence, d'attribuer aux faits de l'espèce ou au droit un sens qui n'est pas conforme à la réalité, ce qui doit être apprécié objectivement. Le jugement manifestement injuste résultera ainsi d'une appréciation incorrecte des arguments des parties au litige. L'analyse de la jurisprudence relative au déni de justice substantiel révèle ainsi que la mauvaise foi peut être à l'origine du jugement manifestement injuste, mais n'en est pas une

545 G. CORNU (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, P.U.F., 2003, « v° appréciation ».

condition d'existence⁵⁴⁶. Le déni de justice substantiel peut ainsi résulter soit d'une erreur involontaire (A), soit d'une erreur volontaire (B).

A) *L'erreur d'appréciation involontaire*

Pour une partie de la doctrine⁵⁴⁷, seule l'erreur volontaire née de la mauvaise foi de son auteur pourrait constituer un déni de justice substantiel, l'erreur involontaire correspondant au mal-jugé, lequel ne permet pas d'engager la responsabilité de l'Etat parce qu'un jugement résulte de l'appréciation subjective d'une autorité juridictionnelle nationale, à laquelle le juge international n'a pas vocation à substituer sa propre appréciation. L'affaire *Salem*⁵⁴⁸ est une bonne illustration de cette conception étroite du jugement manifestement injuste, puisque la Commission a, en l'espèce, estimé que, même si le tribunal du Caire avait mal appliqué le droit interne en employant des termes dans un sens contraire à leur signification, et que cette erreur avait été confirmée par la Cour d'appel d'Alexandrie, ces erreurs n'engendraient pas de déni de justice car les jugements en cause n'étaient pas entachés d'une « iniquité palpable et mauvaise ».

En réalité, cette conception repose sur une conception erronée du mal-jugé qui n'engage pas la responsabilité internationale de l'Etat. En effet, ainsi que nous l'avons vu précédemment⁵⁴⁹, si le jugement manifestement injuste engage la responsabilité internationale de l'Etat par exception au principe d'irresponsabilité pour mal-jugé, c'est parce que celui-ci correspond à un jugement irrégulier au regard du droit interne seul, c'est-à-dire un jugement simplement erroné mais licite au regard du comportement requis par le droit international, parce que raisonnable. Le mal-jugé n'est donc pas uniquement le fruit d'une erreur involontaire et, inversement, un jugement résultant d'une appréciation involontairement erronée, mais inexcusable car

546 L'affaire *Denham* souligne nettement l'alternative. Affaire *Denham*, Etats-Unis c. Panama, 27 juin 1933, RSA, vol.6, p.334.

547 Voir, par exemple, BORCHARD (E.), *The Diplomatic protection of Citizens Abroad*, 1916, p.332 ; voir aussi la position du gouvernement du Venezuela dans l'affaire Martini, qui demande la preuve d'un jugement volontairement injuste, dicté par la malveillance à l'égard des étrangers ; position identique de JEZE (G.), « Le déni de justice en droit international », *R.D.P.*, 1930, p.588 : « Dans le droit international positif actuel, le cas d'injustice patente est uniquement celui de malveillance envers un étranger comme tel ».

548 Affaire *Salem*, Etats-Unis c. Egypte, *R.S.A.*, vol.II, p.1202 ; voir l'opinion dissidente du commissaire Nielsen, p.1204-1237.

549 Voir le chapitre 2 de la première partie.

déraisonnable, peut également constituer un jugement manifestement injuste et donc engager la responsabilité internationale de l'Etat pour violation de l'obligation de protection judiciaire. C'est ainsi que dans l'affaire du *Schooner Orient*⁵⁵⁰, la Commission arbitrale a pu constater que la confiscation du bien au titre de sanction d'une fraude fiscale devait être considérée comme constitutive d'un déni de justice substantiel, l'existence de la fraude n'étant pas prouvée puisque la décision de justice reposait sur une mauvaise appréciation des faits de l'espèce. A ainsi été établi, bien que *a contrario*, qu'un déni de justice pouvait résulter d'une décision interne rendue de bonne foi, dès lors que celle-ci n'avait pas tenu compte de preuves prépondérantes. De même, dans la sentence *Tecmed S.A. c. Mexique*⁵⁵¹ rendue le 29 mai 2003, le CIRDI a-t-il rappelé que la violation de l'obligation de protection judiciaire des étrangers, incluse dans l'obligation conventionnelle de traitement juste et équitable posée par l'article 1105 ALENA, ne résultait pas forcément de la mauvaise foi de son auteur.

Il est d'ailleurs rare que la mauvaise foi des autorités juridictionnelles nationales entre en ligne de compte dans la reconnaissance du jugement manifestement injuste, dont la déraisonnabilité est très généralement appréciée objectivement. En effet, la détermination de la mauvaise foi subjective est non seulement difficile mais aussi délicate étant donné que le juge international doit « ménager la susceptibilité des sujets de droit dont l'action ne peut être contrôlée que sur la base du consentement »⁵⁵². C'est pourquoi, en effet, il paraît préférable d'éviter au juge international de s'interroger sur les mobiles psychologiques du juge interne en limitant son contrôle au seul jugement objectif, lequel permet de constater l'existence du jugement manifestement injuste en cas de déraisonnabilité du jugement ou de preuve objective de la malveillance du juge interne.

550 Affaire du *Schooner Orient*, Moore, Arbitrations, vol.3, p.3229-3231 ; voir aussi l'affaire *Bronner*, id p.3134-3135.

551 Affaire *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique*, 29 mai 2003, n°ARB(AF)/00/2, *F.I.L.J.*, vol.19, (2004), §153. Voir également l'affaire *The Loewen group et Raymond Loewen c. États-Unis d'Amérique*, 26 juin 2003, n° ARB(AF)/98/3, *ICSID Report*, vol.7 (2005), p.442/J.D.I., 2004, § 132 : "Neither State practice, the decisions of international tribunals nor the opinion of commentators support the view that bad faith or malicious intention is an essential element of unfair and inequitable treatment or denial of justice amounting to a breach of international justice. Manifest injustice in the sense of a lack of due process leading to an outcome which offends a sense of judicial propriety is enough, even if one applies the Interpretation according to its terms". Voir aussi l'affaire *Mondev International Ltd c. États-Unis d'Amérique*, 11 octobre 2002, n°ARB(AF)/99/2, *ICSID Report*, vol.6 (2004), § 116.

552 Voir GOUNELLE (M.), *La motivation des actes juridiques en droit international public*, Paris, Pedone, 1979, p.

La théorie selon laquelle seule la mauvaise foi génère un jugement manifestement injuste doit donc être rejetée, tout comme la théorie opposée, selon laquelle seule l'erreur involontaire pourrait générer un jugement manifestement injuste.

B) L'erreur d'appréciation volontaire

Pour une autre partie de la doctrine⁵⁵³, c'est au contraire la seule erreur involontaire qui serait constitutive d'un jugement manifestement injuste, la décision injuste de mauvaise foi constituant une violation de l'obligation internationale de bonne foi et non de l'obligation de protection judiciaire. Cette position repose sur une conception inexacte de la bonne foi en droit international public, et doit donc être rejetée.

En effet, la bonne foi n'est pas l'objet d'une obligation internationale que violerait le jugement manifestement injuste, mais le comportement loyal attendu de tout sujet de droit dans l'exécution de ses obligations en général, conformément au *dictum*, énoncé par le Tribunal arbitral dans l'affaire du *Lac Lanoux*, selon lequel « il appartient à chaque Etat d'apprécier raisonnablement et de bonne foi les situations et les règles qui les mettent en cause »⁵⁵⁴. Il s'agit en effet d'un postulat nécessaire du droit international, et non d'une obligation matérielle spécifique, dont le contrôle amènerait à rechercher la finalité réelle d'un acte, ce qui conduirait normalement, au-delà de la motivation exprimée par l'auteur de l'acte, à sonder les intentions de ce dernier. C'est pourquoi la bonne foi n'est qu'un élément du standard du raisonnable à l'aune duquel sont évalués les comportements étatiques⁵⁵⁵ et sont donc appréciés les jugements nationaux, au cours d'un contrôle objectif de la motivation.

C'est d'ailleurs pourquoi ce n'est pas la cause de l'erreur, notamment la mauvaise foi éventuelle du juge national, mais son anormalité, sa déraisonnabilité,

553 Voir, par exemple, FITZMAURICE (G.), « The Meaning of the Term " Denial of Justice" », *B.Y.I.L.*, 1932, p.110-111. Voir également Scelle (G.), *Manuel de droit international public*, 1948, p.941-942. Voir les affaires *Brown* ou *El Triunfo* précitées.

554 Affaire du *Lac Lanoux*, 16 nov. 1957, *R.S.A.*, vol.XII, p.310.

555 Renvoi au chapitre 3 de la partie 1 pour la détermination du standard international minimum de justice et de son rapport avec l'obligation de bonne foi comme présupposé du droit international, et pour la distinction entre les différentes significations de la bonne foi. Voir ZOLLER (E.), *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1977, p.264 et s. ; et KOLB (R.), *La bonne foi en droit international public*, Paris, P.U.F., 2000, p.131.

qui intéressera le juge international. Que l'erreur soit donc volontaire ou non importe peu : seule la dénaturation objective des faits ou du droit applicable entrera en ligne de compte. Ainsi, dans l'affaire Morton⁵⁵⁶, la Commission a-t-elle considéré comme un déni de justice substantiel le fait de condamner l'officier Lopez Uzeta, auteur du meurtre de G. Morton, à une peine de quatre ans d'emprisonnement en estimant, sur la base de quelques témoignages ayant opéré un revirement total, et en écartant les témoignages contraires, que l'auteur du meurtre avait été provoqué par la victime. En effet, après avoir établi que l'auteur du meurtre était dans un état d'ivresse avancé et la victime n'avait commis aucune provocation, la Commission s'est contentée de constater que la loi mexicaine prévoyait que tout homicide volontaire serait puni, au mieux, de douze ans d'emprisonnement, et au pire, de la peine de mort. En conséquence, et indépendamment de ses causes, la condamnation de l'officier Uzeta à une peine de quatre ans d'emprisonnement pour le meurtre de G. Morton devait être considérée comme une application déraisonnable de la loi mexicaine non controversée, et donc un jugement manifestement injuste engageant la responsabilité internationale du Mexique.

La négligence grossière, l'incompétence ou la mauvaise foi sont donc également des conditions d'existence du déni de justice substantiel. La jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme est claire à cet égard, puisque la Cour considère que le déni de justice doit être inféré d'une série de faits objectifs manifestement déraisonnables au regard d'un comportement moyen, les causes du déni de justice étant nettement alternatives, ce que souligne cet extrait de l'arrêt *Villagran Morales*⁵⁵⁷ : “*regarding Article 8.1, the Commission considered that the [third] Sentencing Court failed to take into account or evaluate a significant part of the evidence that had been submitted to [it], or refused to do so, [...] causing a substantial and additional denial of justice*”.

On remarquera que la mauvaise foi de l'organe judiciaire est d'autant moins une condition nécessaire du déni de justice⁵⁵⁸ qu'il est difficile de faire le départ entre l'erreur involontaire et la malveillance du juge, étant donné que la mauvaise foi subjective peut se manifester autant dans l'acte que dans l'environnement juridique au

556 Affaire *Morton*, Etats-Unis d'Amérique c. Mexique, 2 avril 1929, R.S.A., vol. IV, p.428-435.

557 Affaire *Villagrán Morales et a.*, 19 novembre 1999, CIADH, Ser. C n°63

558 Affaires *Chattin préc.*, *Mechem*, R.S.A., vol.IV, p.440 et s., *Neer*, id p.60 et s., *Pugh, Sartori, Gordon*, id p.586 et s.

sein duquel il vient s'intégrer. Ainsi, dans l'affaire *Solomon*⁵⁵⁹, si la Commission arbitrale a ainsi constaté la « fausse application » d'une disposition de droit interne, c'est-à-dire une erreur dans le choix de la disposition applicable, le requérant ayant été accusé, jugé et condamné pour l'arrestation illégale d'un braconnier - l'emprisonnement non autorisé par la loi étant considéré comme un crime et passible de prison - alors qu'il s'agissait en réalité d'une arrestation en vue de livrer le braconnier à la police, faisant l'objet d'une disposition spécifique de la loi panaméenne, et dont la violation ne pouvait donner lieu qu'à une contravention, elle a cependant conclu à l'existence du déni de justice au motif que les tribunaux internes s'étaient laissé influencer par le ressentiment public envers le plaignant, soulignant par là qu'une erreur induite par la malveillance, même inconsciente, ne saurait être considérée comme excusable.

L'erreur d'appréciation est donc une appréciation inexacte des éléments du procès, dont l'existence objective conditionne la reconnaissance d'un déni de justice substantiel, indépendamment de ce qui l'explique. Reconstruction erronée d'une vérité factuelle ou juridique, quel qu'en soit son motif, l'erreur d'appréciation révèle en effet l'absence de prise en compte effective et raisonnable des différents arguments des parties au litige, ce qui implique un large champ d'application.

§2 - Champ d'application de l'erreur d'appréciation

Le contrôle marginal des jugements discrétionnaires en droit international public est un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation identique à celui qui existe en droit français. Ce contrôle porte aussi bien sur les motifs de fait que les motifs de droit (A), ce qui nous amènera à analyser successivement les différents types d'erreurs qui peuvent être à l'origine d'un déni de justice substantiel, en distinguant les erreurs relatives à l'établissement des faits (B) et les erreurs relatives à l'application du droit aux faits de l'espèce (C), étant entendu que l'erreur peut également porter sur le dispositif du jugement, c'est-à-dire sur la décision juridique elle-même (D).

⁵⁵⁹ Affaire *Salomon*, Etats-Unis c. Panama, 29 juin 1933, *R.S.A.*, vol.VI, p.370-377.

A) *Le contrôle des motifs de droit comme de fait*

Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est un contrôle minimum de la motivation des jugements discrétionnaires, c'est-à-dire un contrôle de la raisonnable de la motivation. Cette motivation prend généralement la forme d'un syllogisme, dont l'intérêt est notamment de distinguer les trois opérations nécessaires au jugement, que l'on retrouve cependant dans toute opération juridictionnelle quelle que soit la formulation du raisonnement. Ces opérations – l'établissement des faits, l'interprétation du droit, et l'application du droit aux faits établis – sont des opérations d'interprétation, et ce sont ces différentes interprétations qui sont susceptibles d'être erronées. Le contrôle de l'erreur manifeste doit donc amener le juge à contrôler ces trois opérations telles qu'elles ressortent de la motivation du jugement, c'est-à-dire que le contrôle international de l'exercice du pouvoir juridictionnel national discrétionnaire doit amener le juge international à rechercher l'existence d'erreurs manifestes d'appréciation tant dans les motifs de droit que dans les motifs de fait du jugement interne. En effet, bien que le contrôle international de régularité interne des jugements nationaux discrétionnaires puisse être rapproché du contrôle de légalité interne des actes administratifs opéré par les cours suprêmes nationales, notamment françaises, en ce qu'il ne s'agit pas d'un contrôle de second degré, la distinction entre contrôle du droit et contrôle du fait qui caractérise le contrôle des cours suprêmes nationales n'a pas de pertinence en ce qui concerne le premier contrôle.

Il faut en effet noter que ce rapprochement résulte uniquement du contrôle de raisonnable que ces deux instances peuvent être amenées à porter sur les choix discrétionnaires ayant abouti au jugement contrôlé, ces choix discrétionnaires portant uniquement sur les éléments de fait dans le cas des cours suprêmes qui opèrent un contrôle normal de légalité pour les autres questions, tandis que ces choix discrétionnaires portent tant sur les éléments de droit que sur les éléments de fait dans le cas du contrôle international de l'exercice du pouvoir juridictionnel national discrétionnaire.

Cependant, la distinction entre contrôle des faits et contrôle du droit, laquelle délimite le contrôle normal de légalité opéré par les cours suprêmes et le contrôle minimum de l'erreur manifeste d'appréciation des éléments d'opportunité, ne correspond pas exactement à la distinction entre contrôle des motifs de droit et

contrôle des motifs de fait. En effet, on ne peut fixer les limites du contrôle de légalité exercé sur les juridictions de fond par la seule distinction entre fait et droit. Et, si l'on peut considérer que les cours suprêmes sont uniquement juges du droit, encore faut-il entendre par là qu'elles contrôlent l'application du droit aux faits. Or le jugement du fait doit lui aussi respecter le droit : le contrôle des cours suprêmes devra donc lui aussi, dans une certaine mesure, s'appliquer aux faits. La distinction entre contrôle du droit et contrôle du fait, qui souligne que seules les erreurs de droit font l'objet du contrôle normal de légalité des cours suprêmes, ne s'oppose donc pas au contrôle des motifs de faits du jugement discrétionnaire. Il faut en effet comprendre l'expression selon laquelle le juge du fond dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation des faits de la cause, comme signifiant que, pour autant que la légalité du jugement du fait n'est pas elle-même contestée, la cour suprême est liée par ces constatations du juge du fond. En revanche, si la requête critique le jugement du fait, la cour cessera alors d'être liée par ces constatations dites souveraines, car le problème dont elle est saisie consiste alors précisément à vérifier si le juge du fond a « correctement » jugé le fait en droit.

D'ailleurs, les Chambres d'appel des Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, qui fonctionnent comme des cours suprêmes par rapport aux juges de première instance en n'admettant qu'un motif d'appel étroit⁵⁶⁰, reconnaissent cependant que cet appel est possible tant pour une erreur de droit, qui porte sur l'existence, le sens ou la portée d'un droit ou d'une règle de droit, que pour une erreur de fait, laquelle porte sur l'existence d'un fait ou l'appréciation d'une situation⁵⁶¹.

Le contrôle international de l'exercice du pouvoir juridictionnel national discrétionnaire porte donc sans aucun doute sur l'établissement des faits, c'est-à-dire l'interprétation, par le juge national, de la réalité factuelle, telle qu'elle ressort de ce que l'on considère comme les motifs de fait, même s'ils reposent sur des éléments de droit. De même, il porte sur les motifs de droit du jugement discrétionnaire, lesquels s'attachent à l'interprétation du droit et à la qualification juridique des faits, cette dernière opération impliquant cependant souvent une appréciation discrétionnaire d'éléments d'opportunité de nature factuelle.

560 Arrêt *Dusko Tadic c. Le Procureur*, 15 juillet 1999, n°IT-94-1-A, §64

561 G. CORNU (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, P.U.F., 2003, « v° erreur de fait ».

B) *L'erreur relative à l'établissement des faits*

L'erreur relative à l'établissement des faits est une erreur du juge interne dans la prise en compte effective et raisonnable des arguments de fait des parties. Bien que considérée comme une erreur de fait, elle suppose néanmoins généralement que le juge se trompe dans l'application du droit. Nous verrons en effet que l'erreur d'appréciation des faits est essentiellement une erreur de jugement du fait en droit, laquelle peut porter sur l'admissibilité des moyens de preuve présentés au juge comme sur leur appréciation.

1) Une erreur de jugement du fait en droit

Le juge n'a d'accès à la connaissance des faits que grâce aux méthodes d'inférence autorisées par le droit⁵⁶², c'est-à-dire que le juge du fait ne pourra attribuer à la situation en cause que les éléments de fait rapportés par les parties, à condition qu'ils soient incontestés ou qu'ils aient été légalement démontrés comme étant vrais⁵⁶³. L'administration de la preuve, c'est-à-dire la répartition du fardeau de la preuve, la hiérarchie des modes de preuve organisée par la loi, le degré de force probante des éléments invoqués, etc... sont en effet des questions de droit soulevées par l'élaboration judiciaire des faits⁵⁶⁴. C'est ainsi que, si le juge international n'a pas à « rejuger » les faits, mais simplement à vérifier l'application raisonnable du droit aux faits de l'espèce, cela ne l'empêche pas de procéder également au contrôle de l'établissement des faits nécessaires à la connaissance de la cause. En effet, si le

562 Les techniques de preuve ou techniques d'interprétation des faits en vue de l'établissement de la vérité factuelle sont les moyens d'établir les faits de la cause. Ces techniques sont très variées : témoignage, preuve documentaire, présomption, etc...

563 Voir l'arrêt *Letellier*, 26 juin 1991, série A, n°207, §35 : « il incombe en premier lieu aux autorités judiciaires nationales de veiller à ce que, dans un cas donné, la durée de la détention provisoire d'un accusé ne dépasse pas la limite du raisonnable [...]. C'est essentiellement sur la base des motifs figurant dans lesdites décisions, ainsi que des faits non controversés indiqués par l'intéressé dans ses recours, que la Cour doit déterminer s'il y a eu ou non violation de l'article 5 § 3 ».

564 C'est pourquoi l'erreur de fait n'échappe au contrôle de légalité opéré par les cours suprêmes que pour autant quelle ne résulte pas de la violation d'une règle de droit.

principe unanimement admis en matière d'établissement du fait est la liberté d'appréciation du juge du fond⁵⁶⁵, celle-ci n'est cependant pas illimitée. Ainsi la Cour internationale de Justice a-t-elle évoqué les principes généraux de la procédure judiciaire, tandis que des décisions arbitrales ont rappelé la nécessité d'une prise en compte de la justice, de l'équité ou des circonstances propres à l'affaire. En réalité cependant, c'est la raison à laquelle renvoie le raisonnable qui limitera la liberté d'appréciation du juge, aussi bien dans le cadre de la méthode d'établissement des faits qu'il utilise, c'est-à-dire lorsqu'il met en œuvre les techniques d'interprétation des faits, que par rapport au résultat qu'il obtient en application de cette méthode⁵⁶⁶. Les erreurs d'appréciation relatives à l'établissement des faits résultant de l'interprétation déraisonnable du droit, elles seront donc évaluées au regard des critères du raisonnable étudiés précédemment. Le juge international devra ainsi d'abord rechercher si l'existence des faits qui déterminent la décision a été raisonnablement établie, avant de vérifier si l'autorité juridictionnelle nationale a raisonnablement jugé en vertu des dispositions de droit interne, et ce au regard des arguments des parties.

2) *L'absence de prise en compte effective et raisonnable des allégations de fait des parties*

Concernant l'établissement matériel des faits, le pouvoir de contrôle de tout juge du droit est limité, car il n'a pas à substituer son appréciation propre de la vérité factuelle à celle du juge du fond, mais uniquement à vérifier que celle-ci n'est pas entachée d'arbitraire. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est constante à cet égard : il ne lui appartient pas « d'apprécier elle-même les éléments de fait ayant conduit une juridiction nationale à adopter telle décision plutôt

565 Voir l'article 15 du projet de l'Institut de droit international sur la procédure arbitrale, *A.I.D.I.*, 1877, vol.I, p.130-131 ; voir aussi les travaux de la Commission du droit international, a.21 §1, *A.C.D.I.*, 1958, vol.II, p.9. La doctrine et la jurisprudence confirment le caractère coutumier de cette règle : voir entre autres J.SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1982-II, T.175, p.316 ; voir aussi l'affaire des *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *Rec.* 1986, p.40, §60.

566 Voir O.Corten pour une étude plus détaillée de la place du raisonnable dans l'établissement des faits par le juge international. CORTEN (O.), *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international*, ed. Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 56 et s.

que telle autre, sous réserve de l'examen de compatibilité avec les dispositions de la Convention. Sinon, elle s'érigerait en une cour de troisième ou quatrième instance et elle méconnaîtrait les limites de sa mission »⁵⁶⁷, et donc, « en l'absence d'arbitraire, elle n'est pas compétente pour substituer sa propre interprétation du droit ou sa propre appréciation des faits et des preuves à celles des juridictions internes »⁵⁶⁸. De même, dans un contexte purement international, si les Chambres d'appel des tribunaux pénaux posent également le principe selon lequel « c'est aux juges siégeant en première instance que revient la charge d'entendre, évaluer et peser les moyens de preuve présentés à l'instance » et donc que « de ce fait, la Chambre d'appel doit, dans une certaine mesure, s'incliner devant les conclusions factuelles de la Chambre de première instance », elles n'en acceptent pas moins de censurer « le cas manifeste où aucune personne douée d'une capacité normale de raisonnement n'accueillerait les éléments de preuve sur lesquels s'est fondée la Chambre de première instance » et en concluent qu'alors « la Chambre d'appel peut substituer sa propre conclusion à celle des juges du fond »⁵⁶⁹. C'est donc un contrôle de l'appréciation discrétionnaire mais raisonnable, juste et équitable, des éléments de fait que le juge international doit opérer lorsqu'il contrôle les motifs de fait du jugement interne, c'est-à-dire un contrôle de la prise en compte effective et raisonnable des arguments des parties ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme l'a clairement exposé.

En effet, le pouvoir de tout juge du droit de contrôler l'établissement matériel des faits est toujours limité par l'argumentation des parties. Le juge international doit ainsi se limiter à la connaissance des faits de la cause⁵⁷⁰ tels qu'établis par les juges du fait, à condition qu'ils soient incontestés⁵⁷¹, et ne contrôler leur établissement matériel que si des contestations s'élèvent dans ce domaine. Ainsi, lorsqu'un requérant s'estime victime d'un jugement manifestement injuste car fondé sur une

567 Arrêt *Donadze c. Georgie*, 7 mars 2006, Requête no 74644/01, §30.

568 Arrêt *Melich et Beck c. République tchèque*, 24 juillet 2008, req. no 35450/04, §48 ; voir aussi l'arrêt *I.J.L. et a. c. Royaume-Uni*, 19 septembre 2000, req. nos 29522/95, 30056/96 et 30574/96, §99.

569 Arrêt *Dusko Tadic c. Le Procureur*, 15 juillet 1999, n°IT-94-1-A, §64.

570 On remarquera qu'il faut distinguer les faits de la cause des faits normatifs (tels, en droit interne, les faits nécessaires à la connaissance du droit, les faits notoires et les règles d'expérience, et en droit international, les précédents judiciaires) dont le juge pourra se saisir d'office, notamment pour respecter l'adage *jura novit curia*, aux fins d'application du droit aux faits.

571 Ceci est d'autant plus compréhensible dans notre cas de contrôle international que les juges du fait, c'est-à-dire les juges nationaux, disposent des moyens de connaître les faits matériels, dont ne peuvent généralement pas disposer les juges internationaux.

erreur manifeste d'appréciation des faits, le juge international doit contrôler la raisonnable de l'établissement des faits controversés. Ce contrôle est en effet indiscutable, car même son pouvoir juridictionnel discrétionnaire n'autorise pas pour autant le juge interne à commettre une erreur de fait dans ce domaine, étant admis que « la matérialité des faits ne souffre pas d'être soumise à une appréciation discrétionnaire »⁵⁷².

Le contrôle de la prise en compte raisonnable et effective des différents arguments des parties est ainsi un contrôle des modalités de l'établissement des faits et non de l'appréciation du juge national elle-même, même si le contrôle de la méthode utilisée pour établir les faits amène à contrôler également, dans une certaine mesure, le résultat de cet établissement⁵⁷³. Le contrôle de l'établissement des faits au travers des motifs de fait est donc un contrôle de l'administration et de l'appréciation des preuves. Le déni de justice substantiel peut ainsi résulter d'erreurs éventuelles dans l'admission ou le rejet des moyens de preuves présentés au juge interne, ainsi que d'erreurs dans l'évaluation de ces preuves.

3) *L'erreur relative à l'admissibilité des moyens de preuve présentés au juge*

L'établissement de la vérité des faits, lorsque les faits sont controversés, suppose d'abord que les parties puissent présenter leurs moyens de preuve en vue de cet établissement. Or le juge national est libre d'accepter ou non la présentation des preuves, dont il apprécie librement la pertinence. Cette liberté est cependant limitée par l'interdiction de l'arbitraire. En effet, l'effectivité du droit au procès équitable passe par le respect de l'obligation d'équité dans l'offre de preuve⁵⁷⁴. Ce principe a été très clairement établi par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt

572 VEDEL (G.), *Droit administratif*, P.U.F., 1976, p.761.

573 Voir les développements précédents relatifs aux critères du jugement raisonnable.

574 Raisonnement par analogie à partir de l'arrêt *Handyside* du 7 décembre 1976, série A n° 24, pp. 22 et 23, §50 : « [...] la Cour n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais d'apprécier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation. Son contrôle se révélerait cependant en général illusoire si elle se bornait à examiner ces décisions isolément; elle doit les envisager à la lumière de l'ensemble de l'affaire, y compris la publication dont il s'agit et les arguments et moyens de preuve invoqués par le requérant dans l'ordre juridique interne puis sur le plan international » ; et, en ce qui concerne l'article 6, voir l'arrêt *Artico c. Italie* du 13 mai 1980, série A n° 37, p. 16, § 33.

*Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*⁵⁷⁵ et régulièrement rappelé depuis lors⁵⁷⁶. C'est pourquoi, lorsque le juge international contrôle la mise en œuvre du droit au jugement raisonnable, il doit contrôler la motivation du rejet ou de l'admission des moyens de preuve présentés au juge interne.

C'est essentiellement l'absence de motivation du rejet des preuves qui permet de mettre en jeu la responsabilité internationale de l'Etat pour violation du droit au jugement raisonnable, le juge international devant censurer la décision du juge national qui a négligé, omis ou mal apprécié tel fait qui lui était régulièrement soumis. En effet, lorsqu'une contestation s'élève quant à l'établissement des faits en raison du rejet d'un moyen de preuve, le juge international doit vérifier si ce rejet a été motivé par l'absence de pertinence du moyen de preuve en question. L'obligation d'équité dans l'offre de preuve se traduit ainsi par l'obligation de motiver raisonnablement le rejet éventuel de certaines offres, c'est-à-dire de préciser en quoi l'élément présenté n'est pas pertinent, étant entendu qu'il appartient au requérant qui présente l'élément de preuve de préciser en quoi ce dernier est pertinent, car le juge national apprécie librement la pertinence à partir de l'argumentation des parties⁵⁷⁷. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme a précisé, dans l'arrêt *Vidal c. Belgique*⁵⁷⁸, qu'il « n'entre certes pas dans les attributions de la Cour d'exprimer une opinion sur l'intérêt de l'offre de preuve écartée de la sorte, ni plus généralement sur la culpabilité ou l'innocence de M. Vidal, mais [que] le silence complet de l'arrêt du 11 décembre 1985 sur le point considéré ne cadre pas avec l'idée de procès équitable qui domine l'article 6 ». L'absence de motivation sera en effet considérée comme révélatrice, non pas de l'erreur d'appréciation de la pertinence de l'offre de

575 Arrêt *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, 6 décembre 1988, série A n° 146, p. 31, §68 : « Il revient en principe aux juridictions internes, et spécialement au tribunal de première instance, d'apprécier les éléments recueillis par elles et la pertinence de ceux dont l'accusé souhaite la production. La Cour doit cependant rechercher - en quoi elle s'accorde avec la Commission - si la procédure considérée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve à charge et à décharge, a revêtu le caractère équitable voulu par l'article 6 par. 1 ».

576 Arrêt *Van de Hurk*, 19 avril 1994, §59 : « L'article 6 par. 1 implique notamment, à la charge du "tribunal", l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence pour la décision à rendre ».

577 La partie qui présente une preuve doit en effet préciser en quoi cette preuve est pertinente car susceptible d'influencer l'établissement des faits par le juge, c'est-à-dire en quoi l'offre de cette preuve est « nécessaire à la manifestation de la vérité ». Voir l'arrêt *Engel et a. c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, série A no 22, pp. 38-39, § 91 ; arrêt *Perna*, 06 mai 2003, §29.

578 Arrêt *Vidal c. Belgique*, 25 mars 1992, §34.

preuve, mais de l'inéquité de la phase de présentation des preuves au procès⁵⁷⁹, laquelle sera présumée entraîner une erreur manifeste dans l'établissement matériel des faits et pourra donc justifier la reconnaissance d'un déni de justice substantiel, que cette absence de motivation soit le fruit d'une erreur d'appréciation quant à la pertinence du moyen, ou le fait d'avoir négligé l'argument d'une partie.

L'obligation d'équité dans l'offre de preuve se traduit cependant aussi par l'obligation de motiver raisonnablement le fait d'admettre des preuves lorsqu'une partie conteste l'équité de cette admission, ce qui est, en général, le cas des preuves obtenues irrégulièrement. L'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁸⁰ révèle bien cette obligation, ainsi que le montrent les arrêts *Schenk c. Suisse*⁵⁸¹ et *Bykov c. Russie*⁵⁸². Dans ces arrêts en effet, la Cour a vérifié que les requérants avaient valablement pu contester l'admission des moyens de preuve litigieux devant les juridictions internes et que celles-ci avaient écarté leur requête par des décisions raisonnablement motivées. Ainsi, dans l'affaire *Schenk*, la Cour européenne s'est-elle appuyée sur une analyse précise des règles de droit interne applicables, de la jurisprudence ainsi que de la doctrine, pour confirmer que l'admission du moyen de preuve litigieux, c'est-à-dire un enregistrement illégal, n'était pas interdite par le droit suisse. Tandis que dans l'affaire *Bykov*, la Cour a confirmé que l'enregistrement avait bien été admis car il n'était pas illégal au regard du droit interne applicable.

La matérialité des faits étant établie, le juge doit ensuite apprécier raisonnablement ces moyens de preuves au regard du droit et mettre en balance les éléments controversés afin de reconstruire raisonnablement la vérité factuelle.

579 Arrêt *Van Mechelen et a. c. Pays-Bas*, arrêt du 23 avril 1997, *Rec.* 1997-III, p.711, § 50 ; voir aussi l'arrêt *Perna*, 06 mai 2003, §29 : « La tâche assignée à la Cour par la Convention ne consiste pas à se prononcer sur le point de savoir si des dépositions de témoins ont été à bon droit admises comme preuves, mais à rechercher si la procédure considérée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, a revêtu un caractère équitable ».

580 Voir la partie 2, chapitre 2.

581 Arrêt *Schenk c. Suisse*, 12 juillet 1988, A-140, notamment §28.

582 Arrêt *Bykov c. Russie*, 10 mars 2009, Req. n° 4378/02, notamment §95.

4) *L'erreur relative à l'appréciation des preuves présentées au juge*

Pour établir la vérité factuelle, le juge doit d'abord déterminer la valeur probante des différents éléments de fait controversés rapportés par les parties, puis prendre une décision qui prenne en compte, effectivement et raisonnablement, ces différentes preuves, ce que révèle clairement la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au contrôle de l'utilisation équitable des preuves irrégulières, tant au regard du droit interne qu'au regard du droit international⁵⁸³.

Le juge international devra d'abord contrôler la détermination raisonnable de la valeur probante des différents éléments de fait controversés, c'est-à-dire, dans un système de preuve légale, contrôler l'application raisonnable des règles de droit interne en la matière, dont les mesures nationales d'application du droit international, relatives aux preuves. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme quant à la portée du silence d'un prévenu illustre bien ce point. Ainsi, dans les affaires *John Murray c. Royaume-Uni* et *Condron c. Royaume-Uni*⁵⁸⁴, la Cour a-t-elle rappelé que le poids du silence est variable, mais que, premièrement l'accusation est tenue d'établir un commencement de preuve pour que le jury puisse tirer des conclusions défavorables du silence des intéressés, et que, deuxièmement, ce silence ne peut pas constituer l'unique ou la principale raison de leur condamnation. De même, le juge international est compétent pour contrôler l'intime conviction du juge interne au regard de la règle selon laquelle le doute profite aux prévenus, cette règle de preuve ne permettant au juge interne que de trancher entre des éléments de preuve contradictoires et inconciliables, parce que le jugement raisonnable doit résulter d'une argumentation qui permette de concilier les différents arguments divergents des parties.

Le contrôle international de l'appréciation des preuves porte également sur la valeur probante attribuée aux indices, c'est-à-dire aux éléments de fait dont la constatation fait présumer l'existence du fait à démontrer en raison des présomptions de fait, ou présomption de l'homme, que le juge induit librement d'un fait pour former sa conviction, sans y être obligé par la loi⁵⁸⁵. En effet, le juge international admet

583 Renvoi aux développements sur la question, partie 2, chapitre 2.

584 Arrêt *Condron c. Royaume-Uni*, 2 mai 2000, Req. n° 35718/97.

585 Voir Cornu (G.), op. cit., p.462 et 684.

l'existence d'éléments juridiquement admissibles en raison de leur valeur probante intrinsèque, ce qu'illustre l'arrêt *Fourchon c. France*⁵⁸⁶. Dans cette affaire, la Cour de Strasbourg avait à juger le bien-fondé de la décision par laquelle les juridictions internes avaient estimé licite une atteinte au droit que les parents ont d'être réunis avec leur enfant, en veillant à un juste équilibre entre les intérêts et droits et libertés des personnes en cause, et notamment les intérêts supérieurs de l'enfant. La Cour l'a admis après avoir souligné que, si l'Etat jouit en la matière d'une certaine marge d'appréciation, il doit cependant apprécier ces intérêts au terme d'un examen rigoureux et approfondi en se fondant sur divers éléments probants, tels que des rapports d'enquête sociale et médico-psychologique, les constatations de médecins psychiatres, et des lettres des enfants et de leur père, c'est-à-dire des éléments factuels qu'un juge peut raisonnablement accepter comme preuves en raison de leur nature objective. Cependant, le juge ne peut admettre une vérité factuelle sur la seule base d'indices, que si ceux-ci l'amènent à une certitude raisonnable en la matière. En effet, une présomption de fait n'est admissible que pour autant qu'aucun élément ne vienne contredire sérieusement⁵⁸⁷ les indices présentés au juge. Il en est ainsi si différentes expertises se contredisent. Ainsi, dans l'affaire *Kennedy*⁵⁸⁸, le Tribunal a-t-il considéré que la responsabilité internationale du Mexique était engagée en raison d'une décision judiciaire ayant condamné l'agresseur du réclamant à une peine légère en dépit de l'infirmité permanente qu'il avait causé à ce dernier, au motif que le tribunal s'était prononcé sur la base d'un rapport erroné quant à l'état des blessures de la victime de l'agression.

En termes d'appréciation raisonnable des preuves qui lui sont présentées, l'obligation qu'a le juge de prendre en compte effectivement et raisonnablement tous les arguments des parties suppose qu'il justifie la position qu'il choisit de retenir au regard des éléments pertinents contraires, ce qu'a rappelé la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Dulaurans c. France*. En effet, conformément à ce que nous avons vu précédemment, une décision doit être considérée comme raisonnable si elle repose sur une méthode aboutissant à un résultat raisonnable et apte à prendre en compte des éléments qui n'ont pas été repris dans le raisonnement choisi

586 Arrêt *Fourchon c. France*, 28 juillet 2005, Req. n° 60145/00

587 Renvoi aux développements sur le doute raisonnable et l'établissement des faits, partie 3, chapitre 3, section 2.

588 Affaire *Kennedy*, Etas-Unis c. Mexique, 2 avril 1929, *R.S.A.*, vol.4, p.194 et s.

discrétionnairement par le juge. En matière d'établissement des faits, la version privilégiée par le juge doit donc résister à la confrontation avec n'importe quelle circonstance invoquée par l'une des parties au litige pour pouvoir être établie avec une certitude raisonnable. L'affaire *Morton*⁵⁸⁹ est une bonne illustration de cet aspect du contrôle international des décisions de justice nationales. Dans cette affaire, en effet, la responsabilité internationale du Mexique fut admise par la Commission après qu'elle eut constaté que le jugement ayant condamné le meurtrier d'un ressortissant américain à une légère peine de prison était fondé sur une appréciation erronée des faits de la cause, puisque le tribunal national avait considéré, conformément aux seuls dires de l'accusé, que la mort était survenue au cours d'une lutte engagée par la victime, sans tenir compte des nombreux témoignages contraires.

L'obligation de prendre en compte effectivement et raisonnablement les arguments des parties suppose enfin que le juge interne ne fonde pas sa décision sur des éléments controversés qu'il accueillerait comme établis, soit par négligence, soit par erreur quant à l'argumentation des parties. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme a considéré, dans l'arrêt *Donadze c. Georgie*⁵⁹⁰, que l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, impliquait pour elle de vérifier si les juridictions internes ne s'étaient pas basées sur des constatations manifestement inexacts quant à la position prise par le requérant et, en l'espèce, n'étaient pas allées manifestement à l'encontre des documents figurant au dossier fourni par ce dernier.

Enfin, le juge interne ne doit pas non plus commettre d'erreur sur la teneur des arguments, ce qui est notamment le cas si le juge se fonde sur des éléments étrangers à l'affaire.

Si le juge international contrôle les considérations factuelles du raisonnement judiciaire ayant amené le juge national à se prononcer, il en va naturellement de même pour les considérations juridiques de celui-ci, car, ainsi que le rappelait le juge Zupančič, « [...] le rôle de tout organe de décision judiciaire ne se limite toutefois pas à la recherche de la vérité. L'établissement objectif et impartial de la vérité est simplement un instrument de résolution du conflit. La recherche de la vérité judiciaire

589 Affaire *Morton*, 2 avril 1929, R.S.A., vol.4, p.428-435.

590 Arrêt *Donadze c. Georgie*, 7 mars 2006, Req. no 74644/01.

n'est pas une fin en soi. Une fois qu'ils ont établi la vérité au mieux de leurs possibilités, les juges doivent appliquer le droit »⁵⁹¹.

C) *L'erreur relative à l'application du droit aux faits de l'espèce*

L'erreur de droit s'attache à l'opération de qualification juridique des faits établis, c'est-à-dire à l'établissement d'un lien juridique entre un fait établi et la règle de droit qui le concerne, ce qui suppose implicitement l'interprétation de cette règle. Plus précisément, la qualification juridique englobe plusieurs opérations, indissociables les unes des autres, mais qui génèrent différentes erreurs. En effet, la qualification juridique suppose le choix d'une règle de droit, l'interprétation de cette règle et donc la détermination de la catégorie juridique à laquelle elle s'attache, et enfin le classement consécutif des faits établis dans cette catégorie selon la logique, cette dernière opération étant parfois considérée comme la qualification juridique au sens étroit. Là encore, l'erreur manifeste sera révélée par la motivation du jugement, dont les motifs de droit doivent révéler l'absence de prise en compte effective et raisonnable des arguments des parties, arguments concernant donc le choix de la disposition applicable, qui dépend des moyens de droit soulevés, l'interprétation de la règle lorsque celle-ci est controversée, et enfin la qualification juridique des faits, notamment lorsque celle-ci suppose la pesée des intérêts en présence.

1) *L'erreur dans le choix de la disposition applicable*

L'existence de ce type d'erreur a été reconnue par la jurisprudence classique, ainsi, dans l'affaire *Salomon*⁵⁹², la Commission a-t-elle constaté une erreur dans le choix de la disposition applicable. C'est cependant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui révèle le plus clairement que l'erreur dans le choix de la disposition applicable est le fait de l'absence de prise en compte effective et raisonnable des arguments des parties au litige. En effet, le choix de la disposition applicable est orienté par les moyens de droit soulevés par les parties, c'est pourquoi

⁵⁹¹ Arrêt *Kyprianou c. Chypre*, 15 décembre 2005, opinion concordante.

⁵⁹² Affaire *Salomon*, préc., p.370 et s.

si le juge interne omet, néglige ou accueille un moyen distinct de celui soulevé réellement, il risque de commettre une erreur dans le choix de la disposition effectivement applicable pour trancher raisonnablement le litige. L'arrêt *Puig Panella c. Espagne*⁵⁹³ illustre clairement cette relation entre le choix de la disposition applicable et les arguments des parties, même si la Cour s'est prononcée sur la violation du droit à la présomption d'innocence plutôt que sur l'existence d'un jugement manifestement injuste étant donné le fondement du recours formé par le requérant. Dans cette affaire en effet, le requérant avait été emprisonné par décision du Tribunal militaire, décision ensuite annulée par le Tribunal constitutionnel pour violation du principe de la présomption d'innocence. Le requérant avait donc formé un recours en demandant l'application de la loi organique relative au pouvoir judiciaire (LOPJ) afin d'obtenir une indemnisation, mais le Tribunal constitutionnel avait appliqué l'article 294 par analogie pour lui refuser cette indemnisation à laquelle le requérant pouvait pourtant légitimement prétendre en vertu de l'article 292 de ladite loi, moins rigoureux quant aux conditions d'obtention. Or, ainsi que l'a noté la Cour européenne des droits de l'homme, le Tribunal constitutionnel avait affirmé erronément que la réclamation du requérant était fondée sur le cas de figure prévu à l'article 294 de la LOPJ, à savoir l'indemnisation pour détention provisoire, alors que, au contraire, le requérant avait souligné, dans le cadre de son recours d'*amparo*, l'impossibilité d'appliquer l'article 294 étant donné qu'il se plaignait de la peine de prison ferme qu'il avait purgée et non d'une détention provisoire.

Le juge international constate l'existence d'une erreur manifeste dans le choix de la disposition applicable lorsque la motivation ne révèle pas la prise en compte effective et raisonnable des moyens de droit soulevés par les parties, ce qui est notamment le cas lorsque le juge interne néglige un moyen sans motiver son rejet. Le rejet d'un moyen peut cependant être implicite lorsque le moyen est visiblement peu pertinent ou lié à un autre argument explicitement rejeté. Cela ressort *a contrario* de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qu'illustre l'arrêt *Ruiz Torija c. Espagne*⁵⁹⁴, dans laquelle le requérant se plaignait de n'avoir pas été effectivement entendu quant à l'un des moyens de droit qu'il avait soulevés. En effet, M. Ruiz Torija, locataire d'un bar depuis 1960, avait fait l'objet, en 1988, d'une

593 Arrêt *Puig Panella c. Espagne*, 25 avril 2006, Req. no 1483/02.

594 Arrêt *Ruiz Torija c. Espagne*, 09 décembre 1994, Req. no18390/91.

action en résiliation de son bail et en expulsion, au motif que l'installation dans les locaux de machines à sous appartenant à une entreprise tierce, sans le consentement du bailleur, équivalait à une cession ou sous-location partielle non autorisée, ce qui constituait une des possibles causes de rescision légalement prévues. Outre qu'il entendait démontrer la licéité de l'installation desdites machines, le requérant avait soulevé accessoirement la prescription de quinze ans frappant les actions personnelles prévue à l'article 1964 du code civil, dont le délai, d'après l'article 1969, commence à courir le jour où l'action peut être exercée, c'est-à-dire en l'occurrence dès 1960. Après avoir rappelé qu'il ne lui appartenait pas d'examiner le bien-fondé du moyen tiré de la prescription, la Cour européenne a cependant noté que le moyen en cause était pertinent, qu'il méritait donc une réponse de la part de l'*Audiencia Provincial*, et que cette réponse ne pouvait être implicite parce que la prescription relevait d'une catégorie juridique complètement distincte de celle de la cause de résiliation, seul moyen de droit pris en compte par la juridiction interne. En précisant que si l'*Audiencia Provincial* avait jugé fondé l'argument de la prescription, elle aurait dû nécessairement débouter le demandeur de son action, la Cour a clairement souligné que négliger un argument pouvait amener le juge interne à se tromper dans le choix de la disposition effectivement applicable.

Cependant, les erreurs de droit le plus couramment commises relèvent de l'interprétation de la règle de droit applicable.

2) *L'erreur d'interprétation de la disposition applicable*

Le contrôle international des motifs de droit du jugement interne discrétionnaire est identique à celui des motifs de fait, puisque, comme on l'a déjà précisé, apprécier les motifs de fait revient finalement à apprécier l'application des conditions légales d'appréciation des faits par le juge interne. Le juge international est donc, dans tous les cas, chargé d'apprécier l'interprétation juridique que le juge national donne d'une règle de droit, mais en interprétant la règle de droit applicable, il interprète une règle abstraite au regard de faits concrets. Là encore, il s'agit pour le juge international de contrôler la prise en compte effective et raisonnable des différents arguments relatifs à l'interprétation de la règle de droit applicable, laquelle ressort de la motivation du

jugement interne en cause. Dans l'affaire *Tejedor Garcia c. Espagne*⁵⁹⁵, le requérant se plaignait ainsi de ce que les juridictions internes avaient fait droit à la demande du Ministère public d'annuler la décision de non-lieu prononcée par le juge d'instruction en sa faveur, alors que cette demande avait été déposée quelque deux mois après le prononcé du non-lieu, et que l'article 789 § 5, alinéa 4, du code de procédure civile espagnol fixe à trois jours, à partir de la notification de la décision au Ministère public, le délai pendant lequel ce dernier peut faire appel. Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme ayant constaté l'absence de mention des dates de notification de la décision de non-lieu au Ministère public et de date de réception de l'appel de ce dernier, elle a estimé qu'il appartenait aux juridictions internes de décider si, faute d'indication quant à ces dates, c'est-à-dire dans des circonstances où la date de réception ne pouvait pas être établie avec certitude, il fallait tenir la demande pour présentée à temps. Cette interprétation du droit interne étant discrétionnaire, elle ne pouvait y substituer sa propre interprétation en l'absence d'arbitraire, or, cette interprétation ayant été notamment expliquée par le souci d'éviter une interprétation rigoureuse qui aurait empêché de manière injustifiée d'examiner l'affaire au fond – concernant une arrestation abusive, des voies de fait et la désobéissance d'un officier de police –, la Cour de Strasbourg a pu estimer que la décision des juridictions internes d'accueillir le recours du ministère public deux mois après le non-lieu signifiait que celui-ci n'avait pas acquis un caractère définitif en droit espagnol. Dès lors, l'interprétation des juridictions internes ne pouvait être qualifiée « d'arbitraire, de déraisonnable ou de nature à entacher l'équité de la procédure ».

C'est en effet clairement un contrôle de l'interprétation raisonnable de la règle de droit interne par le juge national que le juge international opère⁵⁹⁶. Or, comme nous l'avons déjà rappelé, une décision est raisonnable si elle repose sur une méthode aboutissant à un résultat raisonnable et qui prenne en compte les éléments n'ayant pas été repris dans le raisonnement choisi discrétionnairement par le juge. En matière d'interprétation, l'hypothèse privilégiée par le juge doit ainsi pouvoir être justifiée par rapport à n'importe quel moyen d'interprétation, et en particulier par rapport à l'objet et au but de la disposition. Le juge interne devra donc motiver sa position en rejetant

595 Arrêt *Tejedor Garcia c. Espagne*, 16 décembre 1997, Req. 142/1996/761/962

596 Voir par exemple l'arrêt *Ute Saur Vallnet c. Andorre*, 29 mai 2012, req. n°16047/10, §64.

si nécessaire les arguments divergents, explicitement ou non selon la nature et la pertinence de l'argument en question, afin d'établir une certitude raisonnable en la matière. Le juge international contrôlera la réalité de cette certitude raisonnable sans vider la controverse lorsqu'elle existe. En effet, l'interprétation restée dans les limites du raisonnable doit être admise par le juge international même s'il n'arrivait pas lui-même à une conclusion identique. Ce sont ces principes qui ont été posés dans l'affaire *Martini*. En effet, il s'agissait pour la Commission de vérifier l'interprétation d'un contrat de concession, et plus particulièrement de l'obligation qu'avait le concessionnaire de payer le loyer pendant une certaine période, ce qui l'a amené à dire : « pour que l'interprétation appliquée par la Cour de Caracas puisse être caractérisée comme manifestement injuste, il faut que des arguments d'une valeur incontestable soient présentés à l'appui de telle opinion. De l'avis du Tribunal, la question relative à l'obligation du concessionnaire de payer le loyer pendant la période envisagée appartient à celles qui peuvent facilement dans quelque pays que ce soit, donner lieu à des interprétations différentes, en l'absence, soit de dispositions législatives ou contractuelles précises et détaillées, soit d'une jurisprudence bien établie. Il n'a pas été prouvé que l'interprétation du droit vénézuélien en la matière, donnée par la Cour de Caracas, fût erronée [...] »⁵⁹⁷. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme va dans le même sens⁵⁹⁸, de même que la jurisprudence des TPI⁵⁹⁹. On constate d'ailleurs aussi que ces principes ont également fait l'objet de dispositions conventionnelles concernant le contrôle des opérations de dumping dans le cadre du règlement des différends de l'OMC. Ainsi l'article 17.6 précise-t-il que « lorsqu'il [l'ORD] examinera la question visée au paragraphe 5-ii), le groupe spécial interprétera les dispositions pertinentes de l'Accord conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public. Dans les cas où le groupe spécial constatera qu'une disposition pertinente de l'Accord se prête à plus d'une interprétation admissible, le groupe spécial constatera que la mesure prise par les autorités est conforme à l'Accord si elle repose sur l'une de ces interprétations admissibles », affirmant donc que le juge interne est totalement libre de choisir une interprétation sans que le juge international puisse contester les effets de ce choix,

597 Affaire *Martini*, 3 mai 1930, *R.S.A.*, vol.2, p.975-1002.

598 Il faut que cette interprétation soit manifestement incorrecte et non pas seulement controversée, pour autant que la position controversée est admissible car également raisonnable. Voir les arrêts *Winterwerp* (§46), *Bozano* (§58), *Loukanov* (§41).

599 Voir l'arrêt *Georges A. Nderubumwe Rutaganda c. Le Procureur*, n°ICTR-96-3-A

dès lors que ce choix est raisonnable. On remarquera d'ailleurs que les principes sont identiques, qu'il s'agisse de l'interprétation du droit ou des faits⁶⁰⁰.

Une fois la règle de droit interprétée, il reste alors au juge à qualifier les faits pour leur rattacher le régime juridique posé par la règle de droit applicable, dernière opération d'interprétation pouvant faire l'objet d'une erreur manifeste d'appréciation.

3) *L'erreur de qualification juridique des faits* stricto sensu

Le contrôle de la raisonnable du jugement suppose aussi un contrôle de la qualification juridique des faits au sens étroit, troisième étape du raisonnement syllogistique. Or, si cette opération résulte parfois d'une simple déduction logique à partir de l'interprétation de la règle de droit applicable et des faits établis, c'est rarement le cas.

La qualification doit avant tout être cohérente avec les motifs de fait et de droit retenus par le juge interne. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme a pu établir la responsabilité internationale de la France dans l'affaire *Annoni di Gussola et a. c. France*⁶⁰¹, sur la base d'une erreur manifeste dans la qualification juridique de la situation des requérants. Dans cette affaire, la Cour devait en effet décider si la décision du premier président de la Cour de cassation, faisant application de l'article 1009-1 du nouveau code de procédure civile, de retirer du rôle de celle-ci l'instance ouverte sur la déclaration de pourvoi des requérants, en dépit de leur situation financière, constituait une violation de leur droit d'accès à cette instance. La Cour européenne a d'abord relevé que le droit applicable, non controversé, permettait un tel retrait parce que le pourvoi en cassation est conditionné par l'exécution de la décision d'appel sauf lorsque cette exécution est de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives pour les requérants, ce qui est notamment le

600 Article 17.6 al.1 « Si l'établissement des faits était correct et que l'évaluation était impartiale et objective, même si le groupe spécial est arrivé à une conclusion différente, l'évaluation ne sera pas infirmée. »

601 Arrêt *Annoni Di Gussola et a. c. France*, 14 novembre 2000, Req. n° 31819/96 et 33293/96, §55-57.

cas lorsque les requérants se trouvent dans des situations matérielles précaires. Puis la Cour a établi les faits non controversés selon lesquels les requérants n'avaient pas exécuté les décisions d'appel et se trouvaient dans des situations financières précaires « excluant ne serait-ce qu'un début d'exécution des condamnations prononcées en appel ». Enfin, la Cour a donc décidé que le premier président de la Cour de cassation avait appliqué l'article 1009-1 du nouveau code de procédure civile sans prendre en compte la situation des requérants, car s'il l'avait fait, il aurait raisonnablement, car logiquement, dû qualifier cette situation comme étant de nature à empêcher le retrait des pourvois en cause.

Cependant, la qualification juridique des faits ne découle pas toujours logiquement des deux premiers membres du syllogisme. C'est notamment le cas lorsque le juge interne doit apprécier une situation factuelle pour pouvoir déterminer si l'atteinte à un droit protégé est effectivement légitime, nécessaire et proportionnée. Pour cela, le juge interne doit prendre en compte tous les faits pertinents pour peser effectivement et raisonnablement les intérêts divergents. L'erreur en la matière est une erreur de droit, qui se distingue donc de l'erreur relative à l'établissement des faits controversés, erreur révélée par les motifs de fait et découlant de l'absence de prise en compte de toutes les preuves et non pas de tous les faits établis. C'est ce que l'Organe de règlement des différends de l'OMC a rappelé dans son rapport du 16 janvier 1998 relatif aux *mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés*, en précisant que, si son rôle se limite à examiner en appel les questions de droit soulevées par les rapports des groupes spéciaux, à l'exclusion des constatations de fait de ceux-ci, « la compatibilité ou l'incompatibilité d'un fait ou d'un ensemble de faits donnés avec les prescriptions d'une disposition conventionnelle donnée est toutefois une question de qualification juridique. C'est une question de droit »⁶⁰².

Le contrôle international de cette opération est nettement établi, ce que révèle nettement la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, dans l'arrêt *Jane Smith*, concernant la mise en œuvre du droit à la propriété et à la vie de famille, la Cour a-t-elle précisé que si elle « n'est pas à même de contester l'avis rendu par les autorités nationales dans une affaire donnée selon lequel l'usage particulier d'un terrain suscite des objections légitimes en matière d'aménagement »,

602 Rapport de l'O.R.D., affaire relative aux *mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés*, §132.

elle « demeure habilitée à conclure que les autorités nationales ont commis une erreur manifeste d'appréciation »⁶⁰³. Or en l'occurrence, la Cour a estimé qu'il avait été tenu compte comme il convient de la situation difficile de la requérante étant donné que les autorités nationales avaient pris leurs décisions au terme d'un exercice de mise en balance des divers intérêts concurrents en présence, ce qui ressortait des « motifs pertinents et suffisants » de la décision.

En dehors des motifs d'un jugement, l'erreur peut enfin être révélée par le dispositif de celui-ci, c'est-à-dire que la décision elle-même peut être erronée.

D) *L'erreur relative au dispositif du jugement*

Le contrôle de la raisonnable du jugement suppose aussi un contrôle de la solution elle-même, qui peut être erronée parce que incohérente avec les motifs du jugement. La jurisprudence de la Chambre d'appel du TPI pour l'ex-Yougoslavie, quant au contrôle des jugements relatifs aux décisions des Chambres de première instance, illustre bien ce contrôle. En effet, après avoir rappelé que les dispositions du Statut et du Règlement relatives à la peine confèrent à ces Chambres un pouvoir souverain, c'est-à-dire discrétionnaire, d'apprécier les circonstances de chaque crime lorsqu'elles déterminent la peine à infliger, la Chambre d'appel a clairement établi qu'elle était compétente pour substituer ses conclusions à celles d'une Chambre de première instance lorsqu'il était établi que cette dernière n'avait pas valablement exercé son pouvoir discrétionnaire en raison d'une erreur manifeste d'appréciation⁶⁰⁴ dans la prise en compte de facteurs tels que les circonstances entourant la commission de l'infraction et sa gravité. C'est ainsi que la Chambre d'appel a conclu, dans son arrêt *Aleksovski*⁶⁰⁵, que la Chambre de première instance avait commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation en n'accordant pas suffisamment de poids à la gravité du comportement de l'appelant et en ne considérant pas sa position de commandant comme une circonstance aggravante de sa responsabilité.

603 Arrêt *Jane Smith c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, Req. n° 25154/94, §99.

604 Arrêt *Tadic*, §20 ; voir aussi l'arrêt *Omar Serushago c. Le Procureur*, 6 avril 2000, affaire n° ICTR-98-39-A, §32, et l'arrêt *Le Procureur c. Anto Furundzija*, 21 juillet 2000, affaire n°IT-95-17/1-A, §239.

605 Arrêt *Zlatko Aleksovski*, 24 mars 2000, n°IT-95-14/1-A, § 187.

L'erreur d'appréciation ainsi définie, il reste à préciser ce que l'on entend par erreur manifeste et décisive, seule erreur qui permette au juge international de constater l'existence d'un jugement manifestement injuste permettant d'engager la responsabilité de l'Etat pour violation du droit au jugement raisonnable.

Section 2

Une erreur manifeste et décisive

Il nous faut d'abord préciser ce qu'est une erreur d'appréciation manifeste (§1), avant de définir l'erreur décisive, et donc analyser le second élément constitutif du jugement manifestement injuste, c'est-à-dire le lien de causalité entre l'erreur manifeste et la solution retenue par le juge interne (§2).

§1 - Définition de l'erreur manifeste

L'analyse de la jurisprudence révèle que l'erreur manifeste est une erreur évidente (A), ce qui amène à s'interroger sur la nature de l'étalon d'évaluation du caractère manifeste de l'erreur (B).

A) L'erreur manifeste, une erreur évidente

L'erreur manifeste est une erreur sur l'existence de laquelle il ne peut y avoir de doute⁶⁰⁶ (2), qui peut seule entraîner la responsabilité internationale de l'État pour déni de justice substantiel, parce qu'elle seule permet de renverser la présomption forte de bonne administration de la justice interne bénéficiant aux États (1).

⁶⁰⁶ Nous verrons ultérieurement qu'il s'agit plus précisément de doute raisonnable, mais cette précision n'est pas pertinente ici et sera donc étudiée au chapitre 3, section 2 de cette partie.

1) *Caractère de l'erreur manifeste et renversement de la présomption de bonne administration de la justice interne bénéficiant aux Etats*

Ainsi que nous l'avons vu précédemment⁶⁰⁷, l'erreur manifeste se définit par opposition à l'erreur simple. En effet, toute application incorrecte du droit interne ne saurait être considérée comme constituant un déni de justice substantiel, les simples erreurs de jugement, excusables car liées à la nature humaine, et donc faillible, du juge, n'engageant pas la responsabilité internationale de l'Etat pour la violation de l'obligation de protection judiciaire, laquelle ne peut être mise en cause qu'exceptionnellement, ainsi qu'il a clairement été jugé dans l'affaire *Yuille et Shortbridge*⁶⁰⁸. Il faut donc qu'il y ait une erreur manifeste, c'est-à-dire une erreur inexcusable au regard du standard du raisonnable, car l'erreur manifeste est une erreur anormale, injustifiable, qui révèle l'exercice déraisonnable de la fonction de juger. Cette exception au principe d'irresponsabilité internationale de l'Etat pour décision irrégulière au regard du droit interne est aussi clairement établie que le principe lui-même, ainsi que l'atteste tant la doctrine que la jurisprudence. Un jugement irrégulier au regard du droit interne ne pourra ainsi engager la responsabilité internationale de l'Etat que s'il est caractérisé par une erreur dont le caractère illicite n'est effacé par aucune cause justificative, et qui opère donc un renversement de la présomption de bonne administration de la justice dont bénéficie tout État. Dans ce cas, en effet, l'erreur ne peut plus être justifiée par l'imperfection humaine du juge, laquelle serait conforme au standard du raisonnable, mais ne peut être que le résultat de sa mauvaise foi, d'une négligence ou d'un défaut de compétence grave, ce qui ne saurait être considéré comme conforme à ce même standard. C'est ainsi que Charles De Visscher a pu admettre l'existence du déni de justice substantiel, « dans les cas évidemment exceptionnels où la défaillance des juges atteint un degré tel que l'on ne puisse plus expliquer la sentence rendue par aucune considération de fait ou par aucune raison de droit valable »⁶⁰⁹.

607 Renvoi au chapitre 2 de la partie 1.

608 Affaire *Yuille, Shortbridge et co*, Portugal v. Royaume-Uni, 21 octobre 1861, *Lapradelle et Politis*, t.2, p.103

609 DE VISSCHER (C.) « Le déni de justice en droit international », *R.C.A.D.I.*, 1935-2, p.404

Or, la présomption de bonne administration de la justice interne étant forte, seule l'erreur sur l'existence de laquelle il ne peut y avoir de doute, c'est-à-dire l'erreur évidente, pourra faire tomber cette présomption.

2) *L'erreur manifeste, une erreur sur l'existence de laquelle il ne peut y avoir de doute*

Le juge international doit établir l'existence d'une erreur inexcusable pour faire tomber la présomption de diligence, de compétence et de bonne foi des autorités juridictionnelles nationales. Mais, cette présomption étant forte, le doute sera toujours favorable à l'État, ainsi que Grotius l'a clairement souligné⁶¹⁰. C'est pourquoi l'erreur manifeste ne peut être qu'une erreur sur l'existence de laquelle il ne peut y avoir aucun doute, c'est-à-dire une erreur évidente. La jurisprudence confirme cette définition de l'erreur manifeste, que l'on retrouve aussi bien qualifiée d'évidente et palpable, grossière, flagrante, notoire, ou encore d'erreur non équivoque. En effet, l'erreur, pour être inexcusable, doit se révéler d'elle-même de manière très visible⁶¹¹, ainsi que la Commission l'a déclaré dans l'affaire *Putnam*, en précisant que : “*Only a clear and notorious injustice, visible to put it thus at a mere glance could furnish ground for an international arbitral tribunal, of the character of the present, to put aside a national decision presented before it and to scrutinize its grounds of fact and law*”⁶¹². On retrouve d'ailleurs également cette définition de l'erreur manifeste en droit interne ainsi qu'il ressort de la jurisprudence du Conseil d'État comme de la Cour de cassation⁶¹³.

610 GROTIUS (H.), *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. Courtin, Liv. III, Chap. II, p.46.

611 G. CORNU (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, P.U.F., 2003, p.551.

612 Affaire *Putnam*, Etats-Unis d'Amérique c. Mexique, 15 avril 1927, *R.S.A.*, vol.IV.

613 Voir l'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : il s'agit d'une erreur portant sur l'appréciation des motifs, qui n'entraîne l'annulation que si elle est grossière, c'est-à-dire flagrante. Voir aussi le contrôle de la Cour de cassation quant à la dénaturation des faits par la qualification juridique. Voir aussi la définition britannique de l'acte irrationnel d'une administration bénéficiant d'une immunité juridictionnelle comme « une décision qui défie de manière si flagrante la logique ou les principes moraux communément admis que nulle personne sensée n'aurait pu la prendre après avoir réfléchi au problème », étant encore précisé que le contrôle d'un tel acte s'impose « si, de toute évidence, consciemment ou non, cette autorité agit de façon aberrante », voir l'arrêt *Fayed c. Royaume-Uni*, 21 septembre 1994, CEDH, §44 et 45.

Cependant, le « manifeste » étant un standard, il importe de définir l'étalon d'évaluation du caractère manifeste de l'erreur d'appréciation, car s'il appartient au requérant d'apporter la preuve d'une telle erreur, c'est en définitive au juge international qu'il reviendra de justifier son absence de doute sur la question, s'il retient les prétentions du requérant.

B) Nature de l'étalon d'évaluation du caractère manifeste de l'erreur

Selon le professeur Rials, s'interrogeant sur la nature du standard du manifeste, « le manifeste étant en principe l'évident et l'évidence étant supposée l'être pour tous sans distinction, le standard du manifeste devrait être purement descriptif. En réalité, le manifeste juridique [...] est susceptible de gradations : il est le manifeste pour une catégorie donnée d'individus auxquels on répute les connaissances et des aptitudes normales qui doivent leur être supposées »⁶¹⁴. En ce qui concerne l'erreur manifeste d'appréciation, quel est l'étalon d'évaluation du manifeste ? Ni la jurisprudence, ni la doctrine ne sont très claires sur cette question. Nous envisagerons donc successivement deux hypothèses : celle de l'homme raisonnable (1) et celle du juge raisonnable (2).

1) Le manifeste pour tout homme raisonnable

Plusieurs éléments plaident en faveur du renvoi à la raison humaine, impliquant par là que l'erreur doit être si évidente que même un profane ne saurait l'ignorer. C'est d'ailleurs cette conception restrictive de l'erreur manifeste qui semble avoir été retenue en droit français, où la notion d'erreur manifeste « lie le pouvoir discrétionnaire de l'administration au moyen d'une norme de bon sens, qui semble a priori s'apprécier de manière abstraite, par référence à une capacité normale d'intellection, celle de l'homme prudent et avisé », l'erreur manifeste devant donc

⁶¹⁴ RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard – Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité* –, Paris, L.G.D.J., 1980, p.61.

être définie comme « l'erreur si évidente qu'elle peut être perçue même par un profane »⁶¹⁵.

En droit international, cette conception semble bien cadrer avec le caractère exceptionnel de la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat pour jugement manifestement injuste, ainsi qu'avec la définition de l'erreur manifeste comme erreur se révélant d'elle-même, de manière très visible, dont nous avons rappelé également qu'elle résultait de l'opposition à l'erreur simple, laquelle est justifiée par la faillibilité humaine. Au surplus, si l'on considère que le juge international tranche le litige qui lui est soumis sur la base des arguments que les parties lui présentent, il semble que l'erreur doive être évidente pour le requérant avant de l'être pour le juge, impliquant donc que l'erreur soit manifeste pour un esprit normalement éclairé, et non pas seulement discernable pour un juge mieux informé.

La jurisprudence n'est pas très claire à cet égard, ainsi que le souligne l'arrêt *Tadić* de la Chambre d'appel du TPI pour l'Ex-Yougoslavie, selon lequel « ce n'est que dans le cas manifeste où aucune personne douée d'une capacité normale de raisonnement n'accueillerait les éléments de preuve sur lesquels s'est fondée la Chambre de première instance »⁶¹⁶ que la Chambre d'appel pourra intervenir, se référant certes à « une personne douée d'une capacité normale de raisonnement », mais rappelant que l'erreur manifeste est une erreur de raisonnement juridique, dont la reconnaissance implique donc certaines connaissances et aptitudes, lesquelles caractérisent plutôt le juge que le profane, et qui permettent donc éventuellement au premier de déceler des erreurs qui ne seraient pas forcément évidentes pour le second.

D'ailleurs, considérer que l'erreur évidente est une erreur sur l'existence de laquelle aucun homme raisonnable ne peut avoir de doute paraît peu compatible avec l'obligation faite au juge international de justifier sa position s'il retient la prétention du requérant invoquant l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation. En effet, ce qui s'impose de soi-même à toute personne raisonnable n'a pas à être prouvé, conformément à ce principe posé par Pascal selon lequel il est inutile de définir les choses claires et entendues par tous les hommes. La définition du fait notoire⁶¹⁷

615 Conclusions du Commissaire du gouvernement Braibant, aff. *Lambert*, 13 novembre 1970, inedit, cité in *A.J.*, 1971, vol.33.

616 Arrêt *Tadić*, TPIY, ch.appel, 15 juillet 1999, §64.

617 G. CORNU (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, P.U.F., 2003, v° "notoire".

illustre bien ce principe, puisqu'il s'agit d'un fait qui a la force de l'évidence, c'est-à-dire manifeste au point d'être au-dessus de la discussion, donc indubitable.

Il paraît ainsi plus normal de considérer que l'étalon à l'aune duquel apprécier l'évidence de l'erreur à l'origine d'un jugement manifestement injuste est la raison du juge.

2) *Le manifeste pour tout juge raisonnable*

Cette hypothèse est largement confortée par les définitions doctrinales du jugement manifestement injuste, que G. Fitzmaurice qualifiait de « décision qu'aucun juge raisonnable et proprement instruit de la loi ne puisse rendre »⁶¹⁸. La jurisprudence des TPI tranche également la question dans ce sens en précisant que seule une conception étroite du motif d'appel des jugements de la Chambre de première instance est admissible, « étant admis que deux juges des faits raisonnables peuvent parvenir à des conclusions différentes bien qu'également raisonnables, une partie qui se limiterait à proposer des variantes des conclusions auxquelles la Chambre de première instance aurait pu parvenir a peu de chance de voir son appel prospérer, à moins qu'elle n'établisse qu'aucun tribunal des faits raisonnable n'aurait pu conclure à la culpabilité au-delà de tout doute raisonnable »⁶¹⁹.

L'erreur manifeste d'appréciation est donc une erreur sur l'existence de laquelle aucun juge raisonnable ne peut avoir de doute, c'est pourquoi, contrairement à l'erreur évidente pour tout homme raisonnable dont l'existence n'a pas à être prouvée, le caractère manifeste de l'erreur d'appréciation devrait être prouvée par le juge international constatant l'existence d'un jugement manifestement injuste. Le problème qui se pose alors est de déterminer comment prouver l'évidence, si ce n'est par l'appel au raisonnable comme notion légitimant une position qui ne peut être autrement prouvée. L'analyse de la jurisprudence relative au déni de justice substantiel montre en effet que l'erreur manifeste d'appréciation est une erreur

618 FITZMAURICE (G.), « Particular points of International Law : the Exhaustion of Local Remedies Rule », *B.Y.I.L.*, 1961, p.53-64.

619 Arrêt *Rutaganda*, prec., §22

déraisonnable au-delà de tout doute raisonnable dont l'évidence se présume parce qu'elle ne peut porter que sur des éléments raisonnablement établis⁶²⁰.

Si l'erreur manifeste est donc une erreur évidente, et non une erreur grave, au sens d'importante, l'erreur manifeste d'appréciation devra cependant également être grave, c'est-à-dire n'être pas sans conséquence, pour que le juge international puisse reconnaître un déni de justice substantiel.

§2 - Définition de l'erreur décisive

Le jugement manifestement injuste résulte d'une erreur d'appréciation manifeste et décisive, c'est-à-dire que l'erreur manifeste doit avoir influencé de manière déterminante la décision du juge. En plus de l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation, le juge international devra donc démontrer qu'il existe un lien de causalité entre cette erreur et la décision litigieuse (A) pour constater que le jugement interne constitue un déni de justice substantiel. Le jugement manifestement injuste peut donc être défini comme un jugement injuste⁶²¹, fruit d'une erreur manifeste (B).

A) *Le lien de causalité entre l'erreur et la décision*

Le juge international ne peut établir l'existence d'un jugement manifestement injuste que si la décision est clairement une conséquence de l'erreur d'appréciation du juge interne (1), c'est-à-dire qu'il faut un lien de causalité suffisant entre l'erreur et la solution retenue (2).

1) *La décision comme conséquence de l'erreur*

L'analyse de la jurisprudence relative au déni de justice substantiel amène à distinguer l'erreur manifeste d'appréciation elle-même de ses conséquences. En effet,

620 Renvoi au chapitre 3, section 2 de cette partie.

621 Au sens de défavorable au requérant, lequel n'aurait pas d'intérêt à prétendre à une violation du droit au jugement juste et équitable si la décision lui est favorable.

une erreur, même déraisonnable, ne permet pas au juge international de mettre en oeuvre la responsabilité de l'Etat pour violation du droit au jugement raisonnable si elle n'a pas de conséquence, ce qui s'explique aisément par le fait que la juridiction internationale n'a pas vocation à contrôler l'application du droit interne mais ses effets au regard du droit international, ce que rappelle constamment la Cour européenne des droits de l'homme⁶²². En effet, si l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation permet de présumer que le jugement est inéquitable, le jugement raisonnable est intimement lié au procès équitable, lequel est le résultat d'une procédure équitable appréciée dans son ensemble, résultat compris. Le juge international doit ainsi apprécier l'équité globale de la procédure et non s'arrêter à l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation. C'est ainsi qu'il faut comprendre le *dictum* de la Cour de Strasbourg, selon lequel elle « n'est pas compétente pour examiner une requête relative à des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne, ou pour substituer sa propre appréciation à celle des juridictions nationales, sauf si et dans la mesure où ces erreurs lui semblent susceptibles d'avoir entraîné une atteinte aux droits et libertés garantis par la Convention »⁶²³. La Cour est ainsi tenue d'apprécier les conséquences d'une erreur manifeste au regard de la procédure dans son ensemble : si une erreur déraisonnable est inéquitable en soi, et fait donc présumer l'existence d'un jugement manifestement injuste, l'inéquité d'une telle erreur peut cependant être « réparée » lors d'une phase ultérieure du procès. C'est ainsi que le fait de rejeter une offre de preuve alors que celle-ci est manifestement pertinente, ne permet pas d'engager la responsabilité internationale de l'Etat pour jugement manifestement injuste si la preuve en cause peut tout de même être débattue au cours des audiences. On retrouve d'ailleurs ce principe dans la jurisprudence de la Chambre d'appel des tribunaux pénaux internationaux, dont « le rôle [...] se limite à corriger les erreurs sur des points de droit qui invalident une décision ou les erreurs de fait ayant entraîné un déni de justice »⁶²⁴, ce qui l'a amené à juger que si la Chambre de première instance a commis « une erreur de fait en concluant qu'il n'y avait aucune notice d'alibi pour cette période », « cette erreur n'a cependant pas entraîné un déni de justice car elle n'a

622 Voir les développements précédents, partie 1, chapitre 2, section 2.

623 Arrêt *Gök et a. c. Turquie*, 27 juillet 2006, Req. n° 71867/01, 71869/01, 73319/01 et 74858/01, §60.

624 id, §40.

pas empêché l'Appelant d'invoquer l'alibi au procès »⁶²⁵. De même, ce principe est à l'origine de la condition de recevabilité de la demande de réexamen d'une décision nationale au titre de la lutte anti-dumping auprès de l'O.R.D. En effet, celui-ci doit établir un groupe spécial chargé d'examiner la demande de la partie plaignante « en se fondant sur un exposé écrit dans lequel le Membre dont émane la demande indiquera comment un avantage résultant pour lui directement ou indirectement du présent accord s'est trouvé annulé ou compromis, ou comment la réalisation des objectifs de l'Accord est entravée [...] »⁶²⁶.

La nécessité d'un lien de causalité entre l'erreur manifeste et la décision du juge illustre la prise en compte, classique, de la finalité d'une obligation pour déterminer si celle-ci a été violée. En effet, l'obligation de protection judiciaire vise la justice d'un jugement raisonnable, c'est-à-dire l'absence de jugement déraisonnable en tant que fruit d'une erreur manifeste, c'est pourquoi tout jugement injuste, parce que mal fondé, ne constitue pas pour autant une violation de l'obligation de protection judiciaire, ce que l'irresponsabilité pour erreur simple souligne d'ailleurs clairement. À cet égard, la jurisprudence n'a pas manqué de rappeler que la mise en jeu de la responsabilité internationale de l'État pour ses jugements erronés devait rester très exceptionnelle, comme conséquence de la prise en compte nécessaire d'un juste équilibre entre sanction des jugements injustes et préservation de l'autorité des décisions de justice suprême, laquelle prise en compte contribue à la stabilité de l'ordre public interne.

Le juge international doit donc non seulement constater l'existence d'une erreur manifeste, mais aussi démontrer que cette erreur a été déterminante pour le choix de la solution retenue. En effet, le caractère exceptionnel de cette responsabilité implique que le juge international démontre le caractère suffisant du lien de causalité.

625 Arrêt *Rutaganda*, prec., §254.

626 article 17.5-i

2) *Le caractère suffisant du lien de causalité*

L'erreur d'appréciation est déterminante pour le choix de la solution retenue si elle a porté sur des éléments déterminants pour ce choix. C'est pourquoi, dans l'arrêt *Furundzija*, la Chambre d'appel du TPI pour l'Ex-Yougoslavie a dû souligner que « cette erreur a été un facteur décisif dans l'issue du procès »⁶²⁷. La motivation doit en effet révéler qu'au moins un motif fondamental pour l'issue du procès a été erroné, car l'établissement du lien de causalité suffisant résulte de l'analyse des éléments formels de la motivation, qui en conditionnent l'acceptabilité en reliant la solution que le juge propose aux autorités de fait ou de droit juridiquement admises. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme ne manque jamais de préciser, lorsqu'elle constate l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation, que celle-ci a porté sur « les arguments principaux »⁶²⁸ ou un moyen ayant une « incidence décisive »⁶²⁹, ou encore qu'elle constituait « la seule raison »⁶³⁰ du jugement, de même qu'elle ne peut que constater la raisonnable d'un jugement dont « tous les moyens décisifs »⁶³¹ ont été effectivement et raisonnablement examinés.

S'il ressort généralement de la jurisprudence que le lien de causalité suffisant est établi lorsque la motivation révèle que l'erreur a porté sur un élément déterminant du raisonnement du juge interne, le juge international se prononce parfois sur la nature du lien de causalité entre l'erreur et la décision après s'être interrogé sur l'issue qu'aurait eue le procès si le juge interne n'avait pas commis d'erreur. Ainsi, dans l'arrêt *Ruiz Torija c. Espagne*, la Cour a-t-elle reconnu l'existence d'une erreur manifeste dans l'absence de réponse à un moyen soulevé par le requérant après avoir constaté que « si l'*Audiencia Provincial* l'avait jugé fondé, elle aurait dû nécessairement débouter le demandeur de son action »⁶³². L'établissement du lien de causalité suffisant serait ainsi plus rigoureux puisque ce lien ne serait établi qu'à condition de démontrer que le jugement en cause aurait nécessairement été raisonnable si l'erreur manifeste n'avait pas été commise. Cette solution a été

627 Arrêt *Anto Furundzija*, 21 juillet 2000, n°IT-95-17/1-A, §99.

628 Arrêt *Donadze c. Georgie*, 7 mars 2006, Req. n° 74644/01, §32.

629 Arrêt *Gheorghe c. Roumanie*, Req. no 19215/04, 15 mars 2007, §50.

630 Arrêt *Dulaurans c. France*, §38.

631 Arrêt *Defalque c. Belgique*, §26.

632 Arrêt *Ruiz Torija c. Espagne*, Req. n°18390/91, 09 décembre 1994, §30 .

contestée, à juste titre nous semble-t-il, puisqu'elle suppose que le juge international présume de ce que le juge interne aurait jugé sans commettre cette erreur alors que, d'une part, « il n'appartient pas à la Cour d'essayer de retrouver ce que le juge national pouvait avoir à l'esprit »⁶³³, ce que les conditions d'établissement de l'existence du jugement manifestement injuste par le juge international illustre clairement⁶³⁴, et d'autre part, que rien ne garantit que le juge interne aurait nécessairement abouti à une solution plus favorable en l'absence d'erreur manifeste, une erreur manifeste n'étant pas exclusive d'autres erreurs.

Si le juge international doit seulement prouver que l'erreur manifeste est à l'origine de la solution injuste, sans chercher à démontrer que, si le juge interne n'avait pas commis d'erreur manifeste, sa décision aurait été différente, c'est que le jugement manifestement injuste est bien un jugement injuste, fruit d'une erreur manifeste.

B) Le caractère injuste du jugement manifestement injuste

La mise en jeu de la responsabilité pour déni de justice substantiel devant rester absolument exceptionnelle, il a pu être jugé qu'un jugement manifestement injuste ne découlait pas uniquement d'une erreur manifeste d'appréciation ayant porté sur un ou plusieurs éléments déterminants du jugement, mais qu'un jugement manifestement injuste devait également résulter d'une injustice flagrante. Cette conception très rigoureuse du jugement manifestement injuste, au demeurant marginale, ne nous semble pas devoir être retenue, car le jugement manifestement injuste est un jugement injuste, fruit d'une erreur manifeste, et non un jugement erroné et manifestement injuste (1), ce qui nous amène par ailleurs à souligner la distinction entre jugement manifestement injuste et jugement manifestement déraisonnable (2).

633 Opinion dissidente de M. le juge Bonello, à laquelle se sont ralliés M. le juge Rozakis et Mme la juge Botoucharova, arrêt *Fera c. Italie*, 24 mars 2005, §14 : « il n'appartient pas à la Cour d'essayer de retrouver ce que le juge national pouvait avoir à l'esprit ».

634 Renvoi au chapitre suivant.

1) *Distinction entre jugement manifestement injuste
et jugement d'une injustice flagrante*

La jurisprudence en matière de déni de justice n'a pas toujours été très claire, comme nous l'avons rappelé en introduction, notamment quant à la définition du jugement manifestement injuste. L'affaire *Martini* illustre bien le manque de consensus en la matière, puisque le Tribunal a refusé de considérer la décision vénézuélienne en cause comme constitutive d'un déni de justice, au motif qu'« il n'a[vait] pas été prouvé que l'interprétation du droit vénézuélien en la matière [...] fût erronée, encore moins qu'elle fût manifestement injuste », opérant par là-même une confusion entre le jugement manifestement injuste entendu comme jugement erroné et manifestement injuste, c'est-à-dire un jugement erroné ayant entraîné une injustice manifeste, et le jugement manifestement injuste comme jugement manifestement erroné et injuste, c'est-à-dire un jugement dont l'erreur manifeste d'appréciation a entraîné une injustice. Cette confusion implique de préciser la relation entre déni de justice et injustice. Si la constatation du déni de justice substantiel est conditionnée par l'existence du préjudice que l'erreur manifeste occasionne, c'est-à-dire par l'injustice du jugement, la nature de l'injustice importe peu : l'injustice sera ainsi indifféremment flagrante ou non, grave ou non, l'évidence de l'erreur pouvant résulter soit de l'absence de doute sur le fait qu'il n'y aurait pas eu d'injustice sans erreur manifeste⁶³⁵, soit de la gravité, pour le justiciable, de la situation engendrée par le jugement manifestement erroné.

En réalité, si l'existence d'une injustice flagrante n'a pas à être prouvée pour constater l'existence d'un jugement manifestement injuste, le critère de gravité de l'injustice générée par l'erreur manifeste d'appréciation ne nous semble pas pour autant inopérant. En effet, bien que les décisions de justice soient revêtues de l'autorité de la chose jugée, nous avons rappelé que le principe *res judicata pro veritate accipitur* doit cependant s'effacer devant celui de la justice tout court, la révision d'une décision ayant force de chose jugée résultant d'une mise en balance raisonnable entre la protection des droits de l'individu et cette autorité de la chose

635 C'est d'ailleurs pourquoi la conception trop restrictive du lien de causalité doit être écartée, imposer de démontrer que le jugement en cause aurait nécessairement été juste et équitable si l'erreur manifeste n'avait pas été commise revenant à imposer que le jugement manifestement injuste soit un jugement erroné et manifestement injuste.

jugée⁶³⁶. C'est pourquoi, il ne semble pas incohérent d'admettre que seule une erreur judiciaire grave puisse permettre une telle révision. En effet, si l'existence d'une erreur manifeste et d'un lien de causalité entre cette erreur et la décision du juge interne sont les seuls éléments dont l'existence doit être rapportée pour constater l'existence d'un jugement manifestement injuste, et donc si la gravité des conséquences de l'erreur n'est pas une condition explicite du jugement manifestement injuste – ce qui s'explique d'ailleurs par le fait que toute injustice est grave pour celui qui en est victime, et que l'appréciation de la gravité d'une injustice est nécessairement fortement subjective et relative –, c'est en définitive l'étude de la politique juridictionnelle internationale en la matière qui permettra de trancher la question. Or, si l'on considère que l'équité du procès est appréciée dans sa globalité et que la présomption de bonne justice est forte, il semble probable que la nature des conséquences de l'erreur entre finalement en ligne de compte dans la constatation du jugement manifestement injuste par le juge international⁶³⁷.

Le poids de la nature des conséquences de l'erreur manifeste ne fait ainsi que souligner le décalage entre les conditions de licéité d'un jugement discrétionnaire et les conditions de la mise en oeuvre de la responsabilité internationale de l'État pour déni de justice substantiel. En effet, le caractère très exceptionnel de la mise en jeu de la responsabilité internationale de l'État pour déni de justice substantiel ne pouvant justifier une conception trop restrictive du jugement manifestement injuste, c'est donc au juge international contrôlant la régularité interne d'un jugement qu'il échoit d'apprécier l'opportunité d'engager la responsabilité internationale de l'Etat pour jugement injuste fruit d'une erreur manifeste, pouvoir d'appréciation ne justifiant cependant pas la confusion entre jugement manifestement injuste et jugement manifestement déraisonnable.

636 Arrêt *Gök et a. c. Turquie*, préc., §60 : « [...] l'article 6 ne garantit pas l'intangibilité de la chose jugée ».

637 Renvoi au chapitre 3, section 2, de cette partie.

2) *Distinction entre jugement manifestement injuste et jugement manifestement déraisonnable*

Le déni de justice substantiel est un fait internationalement illicite constitué par un jugement manifestement injuste, c'est-à-dire un jugement injuste, fruit d'une erreur manifeste d'appréciation. Or, un jugement fondé sur une erreur manifeste d'appréciation, donc une erreur déraisonnable, est nécessairement un jugement déraisonnable. Le jugement manifestement injuste est donc un jugement déraisonnable dont la déraisonnabilité doit être prouvée au-delà de tout doute raisonnable par le juge international. C'est pourquoi le jugement déraisonnable, donc illicite, doit également être manifestement déraisonnable pour que la responsabilité internationale de l'Etat puisse être mise en jeu pour déni de justice substantiel. Il importe cependant de souligner que tout jugement déraisonnable est en lui-même illicite : il ne saurait y avoir de jugement simplement déraisonnable, mais n'engageant pas la responsabilité internationale car licite, pas plus que de jugement illicite parce que manifestement déraisonnable, ce qui impliquerait une gradation dans la déraisonnabilité d'un jugement discrétionnaire. Bien que la jurisprudence ne soit pas toujours claire sur cette question, ainsi que l'avis consultatif relatif à la *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies* le montre en concluant au rejet du jugement manifestement injuste au motif que « l'indemnité n'a rien de si déraisonnable qu'elle se situe hors des limites du pouvoir discrétionnaire du tribunal »⁶³⁸, tout jugement déraisonnable est illicite, contrairement à l'opinion de S. Jovanovic, pour qui « tout déraisonnable n'est pas pour autant illicite, une certaine gradation est effectuée, un degré de distanciation par rapport à ce qui est habituel et acceptable est nécessaire : est sanctionné seulement ce qui est manifestement déraisonnable, ce qui dépasse de façon évidente le seuil de l'acceptable »⁶³⁹. En effet, tout jugement déraisonnable est illicite, cependant seul le jugement manifestement déraisonnable peut être reconnu comme constitutif d'un déni de justice substantiel, car le juge international doit convaincre de l'existence de l'exercice arbitraire du pouvoir juridictionnel national discrétionnaire, en prouvant qu'il ne substitue pas seulement sa propre appréciation à celle du juge interne. Nous

638 CIJ, Rec. 1973, p.197, §65.

639 JOVANOVIC (S.), *Restriction des compétences discrétionnaires des Etats en droit international*, Paris, Pedone, 1988, p.168.

rejoignons ainsi le professeur Corten⁶⁴⁰, pour qui l'association entre manifeste et déraisonnable ne fait que souligner le caractère marginal du contrôle de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, ce qui explique que l'on trouve essentiellement cette association dans la jurisprudence⁶⁴¹ ou la doctrine⁶⁴² et non pas dans les règles de droit⁶⁴³.

La double définition, à la fois négative et formelle, du jugement manifestement injuste révèle la nécessité d'encadrer le pouvoir du juge international en matière de contrôle de la régularité interne des jugements nationaux discrétionnaires, tout en lui laissant la liberté d'appréciation qu'implique le contrôle du raisonnable. C'est également cette ambivalence qu'illustrent les conditions de constatation de l'existence du déni de justice substantiel par le juge international.

640 Id p.649-650.

641 On remarquera d'ailleurs que l'analyse des exemples jurisprudentiels d'association entre manifeste et déraisonnable montre bien que l'exigence du caractère manifestement déraisonnable n'a pas de conséquence autre que de rappeler le caractère exceptionnel de l'utilisation du raisonnable.

642 Voir notamment la définition du comportement illicite parce que non conforme au standard international minimum, non pas comme simple comportement anormal mais comme comportement anormalement choquant.

643 Cette association, que l'on retrouve pourtant dans l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, n'infirme pas cette position, étant donné que la déraisonnabilité manifeste du résultat d'une interprétation textuelle n'est envisagée que pour justifier le recours, qui doit rester exceptionnel, à un moyen complémentaire d'interprétation.

CHAPITRE III

L'ETABLISSEMENT

DU DENI DE JUSTICE SUBSTANTIEL

PAR LE JUGE INTERNATIONAL

Nous avons défini le jugement raisonnable comme une décision raisonnablement justifiée en droit, bien que la justification juridique repose, de manière générale, sur un mélange d'arguments juridiques, empiriques et moraux, l'interprète devant découvrir une combinaison équilibrée entre ces divers éléments pour obtenir une interprétation raisonnable, car juste et équitable. C'est la justification de cette combinaison qui fait l'objet du contrôle international de régularité interne des jugements nationaux discrétionnaires, et ce indépendamment des choix axiologiques du juge interne qu'elle suppose. Cependant, ce contrôle est une opération particulièrement délicate, et ce pour deux raisons. D'une part parce qu'il s'agit pour le juge international de contrôler le caractère raisonnable ou non de l'interprétation d'éléments que le juge interne est présumé mieux à même d'apprécier que le premier. Et c'est d'ailleurs pourquoi le juge international ne peut constater l'existence d'un déni de justice substantiel que lorsque le jugement interne est manifestement déraisonnable, c'est-à-dire déraisonnable au-delà de tout doute raisonnable. Et d'autre part parce qu'il est difficile de contrôler l'application raisonnable du droit aux faits, les interprétations qu'elle suscite variant en fonction de chaque cas d'espèce, par

rapport à des valeurs, des croyances ou des usages relatifs à un temps et un milieu donnés, ce pour quoi le contrôle du raisonnable suppose également des jugements de valeur, lesquels devront être justifiés à leur tour, conformément à cette affirmation du professeur Salmon pour qui « il semble indispensable que la qualification de raisonnable ne soit pas une pure affirmation mais soit le terme d'un raisonnement, la conclusion d'une motivation. C'est à celui qui affirme que tel comportement ou affirmation est raisonnable ou non à le prouver »⁶⁴⁴.

Le juge international devra ainsi établir l'existence d'un déni de justice substantiel par l'objectivation de la déraisonnabilité au-delà de tout doute raisonnable du jugement interne. D'autant que, si le fait que « le jugement de ce qui est raisonnable puisse varier dans le temps et dans l'espace n'étonnera personne au sein d'une même communauté nationale, les jugements de valeurs qui sont à la base d'une décision sur le caractère raisonnable ou non d'une proposition ou d'un comportement sont à ce point évolutifs qu'on reste stupéfait de leur relativité »⁶⁴⁵, la notion de raisonnable ne doit pas pouvoir légitimer la constatation d'un jugement manifestement injuste sans autre fondement que son autorité. Celle-ci est donc soumise à des conditions de fond et de forme, qui visent à limiter l'étendue du pouvoir normatif du juge international dans un domaine où l'Etat dispose d'un pouvoir discrétionnaire.

Nous verrons ainsi que *le juge international doit apprécier raisonnablement l'existence du jugement manifestement injuste* (section 2) à partir *des éléments objectifs de la motivation du jugement interne* (section 1).

644 C'est d'ailleurs un principe général bien établi selon la Cour internationale de Justice. Voir l'affaire de la *Délimitation maritime en mer Noire*, Roumanie c. Ukraine, 3 février 2009, *Rec.* 2009, § 68.

645 SALMON (J.), « Le concept de raisonnable en droit international public », in *Mel. Reuter*, p.475-476.

Section 1

L'appréciation des éléments objectifs de la motivation

du jugement interne

Le contrôle de raisonabilité d'un jugement discrétionnaire est un contrôle de sa motivation. Le juge international doit en effet décider si le jugement interne est manifestement injuste, ou non, à partir des éléments objectifs constituant sa motivation⁶⁴⁶. Il faut donc d'abord préciser quelle est cette motivation (§1). Cependant, étant donné que l'approche de la motivation du point de vue contentieux met l'accent sur ses défauts, ce sont eux qu'il nous faudra analyser dans un second temps (§2).

§1 - La motivation, objet du contrôle de raisonabilité du jugement interne

Nous définirons d'abord ce qu'est la motivation d'un jugement (A), avant de nous intéresser plus particulièrement à ses éléments constitutifs (B).

646 Cela n'est pas propre au jugement : voir la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*, Costa-Rica c. Nicaragua, 13 juillet 2009, *Rec.* 2009, § 101 : « [...] une juridiction qui examine le caractère raisonnable d'une réglementation doit reconnaître que c'est à l'autorité de réglementation, en l'occurrence à l'Etat qui jouit de la souveraineté sur le fleuve, que revient la responsabilité principale d'apprécier la nécessité de réglementer et, en se fondant sur sa connaissance de la situation, de retenir à cette fin la mesure qu'il estime la plus appropriée. Il ne suffit pas, pour contester une réglementation, d'affirmer en termes généraux qu'elle est déraisonnable; pour qu'une juridiction fasse droit à une telle contestation, des faits concrets et spécifiques doivent lui être présentés ».

A) *Définition de la motivation d'un jugement*

Une décision résulte de choix, parmi diverses possibilités, selon des critères de préférence, dont l'utilisation exige des connaissances et des aptitudes à raisonner. Selon l'utilisation de ces critères, et donc selon le juge, le choix parmi des possibilités identiques peut ainsi être différent. Cependant, les choix qui se présentent aux juges sont également variables en fonction des facteurs qui les déterminent, ces facteurs résultant d'abord des informations parvenant au juge, mais aussi de ses aptitudes intellectuelles et cognitives, lui permettant de comprendre, sélectionner et combiner les informations pour en tirer des inférences, et enfin de ses valeurs, lesquelles relèvent de l'idéologie et découlent donc de facteurs psychologiques et sociologiques, ces valeurs influant sur la mise en oeuvre des aptitudes du juge⁶⁴⁷. La motivation objective les raisons d'une décision, or ces raisons sont complexes. Nous verrons ainsi que la motivation est d'abord l'expression des motifs du jugement (1), mais aussi l'expression de l'intention du juge (2).

1) *La motivation, expression des motifs du jugement*

La justification d'un acte ne prend tout son intérêt que dans le cadre de l'analyse des comportements et des actes des sujets de droit, il faut donc qu'elle soit connue pour être contrôlable. C'est là l'intérêt de la motivation, de permettre la connaissance des raisons d'un acte. La motivation est ainsi ce que le juge indique comme le déterminant à se prononcer comme il le fait dans le dispositif. Mais la motivation doit être distinguée de la simple explication des raisons qui l'ont amené à juger comme il l'a fait, laquelle n'a pas le même objectif et ne porte donc pas nécessairement sur les mêmes éléments matériels. En effet, la motivation d'un jugement est le moyen, pour le juge, de rendre compte de la manière dont il use de son pouvoir, le moyen de justifier sa décision en exprimant son bien-fondé juridique et donc la raisonnable de l'exercice de son pouvoir juridictionnel. C'est l'expression des motifs de la décision de justice, c'est-à-dire de l'ensemble des raisons propres à la justifier, ou encore

⁶⁴⁷ WROBLESKI (J.), « Motivation de la décision judiciaire », in *La motivation des décisions de justice*, sous la dir. de C. Perelman et P. Foriers, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1978, p.111-135.

l'ensemble des considérations de fait et de droit qui lui servent de fondement. La motivation est l'expression de la base légale de l'acte, qui peut être invoquée, à tort ou à raison, comme support de l'acte. Elle est directement liée à l'étendue du pouvoir juridique de l'auteur de l'acte, que déterminent les règles de droit relatives à la compétence. C'est ainsi que, selon Max Gounelle, les motifs d'un acte doivent être considérés comme « l'ensemble des conditions dont l'existence est nécessaire pour que l'acte puisse être valablement posé »⁶⁴⁸, et qu'une décision peut être irrégulièrement motivée, c'est-à-dire reposer sur des motifs erronés, lorsque la règle ne prévoit pas telle action dans les circonstances de la cause.

Les motifs du jugement doivent ainsi être distingués des mobiles du juge, lesquels correspondent à l'ensemble des facteurs d'ordre subjectif, conscients ou inconscients, dont le jeu combiné détermine une conduite ou une conviction. Au travers de la motivation ce sont les motifs seuls qui sont contrôlés, à l'exclusion des mobiles du juge, parce que non seulement les raisons subjectives d'un acte sont difficiles à établir mais aussi parce qu'il est délicat de le faire, étant donné que le contrôle international des actes des Etats est conditionné par leur consentement à ce contrôle. C'est ainsi que, lorsque la motivation d'un acte est déraisonnable, parce que lacunaire ou erronée, l'acte sera considéré comme illicite, indépendamment de l'intention de son auteur. Mais l'inverse est-il vrai ? Doit-on obligatoirement inférer de la motivation raisonnable d'un jugement que celui-ci est raisonnable ? Si le but du juge doit être distingué du but de l'acte, lequel s'apprécie une fois l'acte posé, en fonction de son effet réel, l'un et l'autre doivent normalement coïncider, mais en réalité, l'auteur d'un acte peut utiliser son pouvoir dans un but différent de celui en vue duquel ce pouvoir est conféré tout en justifiant cet acte par des motifs légitimes, ces motifs formant alors un prétexte pour masquer un but illégitime.

Parmi les facteurs subjectifs d'une décision, le but poursuivi par le juge, c'est-à-dire son intention, est en effet un élément-clé, étant donné que l'exercice du pouvoir juridictionnel doit être exercé de bonne foi, impartialement, et sans intention de nuire. En effet, la poursuite de certaines fins par l'exercice d'un droit ou d'un pouvoir est interdite en droit international, c'est pourquoi un jugement sera vicié par la mauvaise

648 GOUNELLE (M.), *La motivation des actes juridiques en droit international public*, Paris, Pedone, 1979, p.18. On notera cependant que l'auteur qualifie les motifs de motivation objective, par opposition à la motivation subjective constituée par l'ensemble des mobiles de l'auteur de l'acte.

foi de son auteur, lorsque son but sera la volonté de nuire. Le contrôle de licéité d'un acte doit donc conduire, au-delà des motifs exprimés par l'auteur de l'acte, à sonder les intentions de ce dernier. Cela apparaît clairement avec la notion de discrimination illicite, bien que cette remarque soit valable pour tout acte, étant donné que le droit international interdit en général d'exercer un droit ou un pouvoir dans le but de nuire à un autre sujet de droit, ce pour quoi la mauvaise foi peut constituer un fait générateur ou une circonstance aggravante de la responsabilité internationale.

2) *La motivation, expression de l'intention du juge*

En effet, limiter le contrôle d'un acte discriminatoire à l'analyse de son but effectif n'est évidemment pas compatible avec la dimension subjective que la discrimination implique. Le contrôle d'une décision de justice discriminatoire doit ainsi permettre de rechercher l'intention malicieuse, la mauvaise foi des autorités juridictionnelles de l'État. D'autant qu'un acte subjectivement suscité par une volonté de nuire peut cependant être objectivement motivé de manière raisonnable. C'est ainsi que Max Gounelle a judicieusement remarqué que « si le contrôle de la finalité n'aboutit pas à la recherche du but et du motif déterminant et réel de l'acte, cela signifie que seule pourra être saisie par le droit international la discrimination volontairement déclarée, et au surplus non camouflée derrière un motif parfaitement valable, comme par exemple les considérations d'intérêt national ». S'il apparaît donc que, pour déterminer l'illicéité d'un jugement, sa motivation prime sur l'intention réelle de son auteur lorsque la première est déraisonnable, l'inverse ne doit pas être admis : même lorsque la motivation d'un jugement n'est pas manifestement déraisonnable, il est parfois nécessaire de contrôler sa licéité en prenant en considération les mobiles du juge, ce que souligne la jurisprudence lorsqu'elle distingue les notions d'arbitraire et de déraisonnable⁶⁴⁹. Si le juge international se limite à contrôler les raisons d'un jugement interne au travers des motifs exprimés par son auteur, c'est-à-dire si la motivation d'un jugement interne est le seul objet du contrôle international, alors que le contrôle de l'exercice d'un pouvoir suppose également un contrôle de ses fins, c'est parce que la motivation d'un acte est

649 Voir partie 1, chapitre 2.

supposée objectiver l'intention de son auteur. En effet, la distinction entre motifs et mobiles ne signifie pas pour autant leur autonomie. Au contraire, la connaissance d'une donnée psychologique suppose des moyens d'investigation spécifiques dont le juge international ne dispose pas, de même que la connaissance et l'appréciation d'une donnée subjective sont des questions délicates auxquelles on ne peut apporter que des réponses indirectes, en recourant à des présomptions et en se fondant sur des indices objectifs. Un organe juridictionnel ne remettra ainsi en cause un acte juridique à raison de la mauvaise foi qui l'affecte, qu'en se plaçant sur un terrain moins subjectif. La motivation a donc pour fonction de révéler les indices objectifs à partir desquels le juge international pourra inférer une éventuelle mauvaise foi du juge interne. C'est ainsi qu'il faut comprendre la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle énonce que « [...] c'est en premier lieu le texte de la décision judiciaire qui révèle l'intention et la motivation exactes du tribunal [...] »⁶⁵⁰. Reste alors à déterminer quels sont ces indices objectifs de la motivation subjective réelle du jugement interne.

Lorsque le juge international contrôle la motivation d'un jugement interne, il doit analyser ce que le juge national a exprimé au regard des motifs raisonnablement attendus. En effet, l'intention réelle peut ressortir implicitement de la motivation, le juge international pouvant inférer l'intention réelle du juge national en se fondant sur des éléments objectifs de la motivation tels que l'absence de motivation. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt du 23 juillet 1968 relatif à *un certain aspect du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, a jugé qu'un acte discriminatoire devait être considéré comme illicite dès lors qu'il n'était pas justifié objectivement et raisonnablement, c'est-à-dire en l'absence de motifs raisonnables. En effet, une application discriminatoire du droit interne au regard des précédents judiciaires peut être considérée comme illicite, lorsqu'une situation identique à une autre déjà jugée, appelant donc raisonnablement une même décision, a cependant été jugée différemment sans que cette différence ait été motivée.

A l'instar du silence en tant qu'élément de preuve pour l'établissement de la vérité factuelle⁶⁵¹, l'absence de motivation ne pourra cependant être prise en compte

650 Arrêt *Svipsta c. Lettonie*, 9 mars 2006, Req. no 66820/01, §130.

651 Voir les arrêts *John Murray c. Royaume-Uni*, 8 février 1996, Rec. 1996-I, et *Condron c. Royaume-Uni*, 2 mai 2000, req. n°35718/97.

par le juge international, pour présumer un mobile illicite, que là où une motivation était raisonnablement attendue, et à condition qu'il existe un ou plusieurs autres éléments constituant un commencement de preuve à cet égard. C'est ainsi que le juge international peut interpréter les éléments de la motivation, et notamment ses défaillances, au regard d'éléments extrinsèques à cette motivation, tels que le contexte d'une décision, car la mauvaise foi peut se manifester dans l'acte comme dans son environnement juridique. C'est ce qu'illustre l'affaire *Solomon*⁶⁵².

Le contrôle de la motivation formelle d'un jugement est donc un contrôle de ses motifs, c'est-à-dire un contrôle des considérations de fait et de droit qui l'ont fondé, lequel permet cependant aussi de vérifier l'intention de son auteur lorsque cela s'avère nécessaire. Ce dernier contrôle, résultant en particulier des défauts de la motivation formelle, il faut donc s'interroger sur l'étendue de l'obligation de motiver les jugements, et donc sur les éléments de cette motivation formelle que le droit international requiert.

B) Les éléments de la motivation d'un jugement

Lorsque le juge international contrôle la motivation formelle des jugements internes discrétionnaires, il contrôle l'exposé du raisonnement raisonnable mené par le juge national. Ce contrôle s'attache aux défauts de la motivation, parce que son formalisme comme son contenu sont régis, en droit international, par un principe de liberté, bien qu'une motivation suffisante, c'est-à-dire une motivation minimale, soit cependant requise.

1) Le principe de liberté en matière de motivation des jugements

L'obligation de motivation, qu'il s'agisse des jugements internationaux ou nationaux, laisse une grande liberté aux juges, en ce qui concerne tant la formulation de la motivation que le contenu de la motivation formelle.

⁶⁵² Affaire *Solomon*, préc. p.370 et s.

a) *Le principe de liberté*
en matière de motivation des jugements internationaux

Si la motivation est le moyen pour le juge de rendre compte de la manière dont il use de son pouvoir, cette motivation se diversifie donc nécessairement selon les auditeurs auxquels elle s'adresse et selon le rôle que chaque juridiction doit remplir⁶⁵³, car motiver un jugement c'est le justifier pour persuader un auditoire que la décision est bien conforme à ses exigences. Cela ressort clairement, ainsi que le remarquait J. Salmon⁶⁵⁴, insistant sur le rôle politique de la Cour internationale de Justice, de l'adaptation de la motivation des jugements de cette instance juridictionnelle au nouveau type d'auditoire résultant de l'ouverture de l'Organisation des Nations Unies à un grand nombre d'Etats dont les préoccupations et les valeurs étaient parfois très éloignées de celles des Etats de culture occidentale à l'origine de sa constitution. C'est pourquoi il ne peut y avoir de règles fixant précisément les éléments formels et matériels de la motivation d'une décision de justice, laquelle est donc régie par un principe de liberté. Le principe est unanimement admis, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence. Ainsi, dans son avis consultatif relatif à la *demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies*⁶⁵⁵, la Cour internationale de Justice s'est-elle interrogée sur « la question de savoir sous quelle forme et jusqu'à quel point cet exposé doit être détaillé pour satisfaire à cette condition [de motivation des jugements] », précisant que l'analyse de la pratique comme des principes révèle que cette obligation doit être comprise « comme exigeant simplement qu'un jugement s'appuie sur un raisonnement et que celui-ci soit exposé », c'est-à-dire que le juge indique en termes généraux les

653 C. Perelman et P. Foiries (sous la direction de), *La motivations des décisions de justice*, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1978, p.422 ; BEDJAOUI (M.), « La « fabrication » des arrêts de la Cour internationale de justice », in *Mélanges Virally*, Paris, Pedone, 1991, p.99 ; P.M. Juret, « Observations sur la motivation des décisions juridictionnelles internationales », *R.G.D.I.P.*, 1960, p.516-595.

654 SALMON (J.), « Quelques observations sur la qualification en droit international public », in *Mélanges Ferdinand Dehousse*, vol. 1, *Les progrès du droit des gens*, Paris, F. Nathan, 1979, p.97-105. On remarquera que le style des arrêts de la Cour EDH a également évolué, celle-ci ayant récemment adopté un exposé des motifs distinguant avec plus de clarté les faits et le droit, mais aussi les arguments des différentes parties et sa propre appréciation.

655 CIJ, Avis consultatif relatif à la *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies*, 12 juillet 1973, Recueil 1973, p. 166, § 95.

considérations de fait et de droit fondant sa décision, sans pour autant reprendre dans le détail chacune des demandes et des thèses des deux parties, étant précisé par ailleurs, qu' « il n'existe pas non plus de modèle ni de technique obligatoire, pour la rédaction des jugements : un tribunal peut exposer ses motifs directement ou indirectement et énoncer des conclusions expresses ou implicites, à condition que les motifs de la décision apparaissent nettement ».

Si le droit international n'impose pas de règle en matière de formulation de la motivation des jugements internationaux, il peut d'autant moins imposer aux Etats d'obligation définie en matière de motivation des jugements nationaux.

b) Le principe de liberté en matière de motivation des jugements nationaux

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme énonce très clairement ce principe de liberté, et rappelle constamment que l'obligation de motivation ne peut se comprendre « comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument »⁶⁵⁶ et que non seulement l'étendue de ce devoir peut varier selon la nature de la décision et les circonstances de l'espèce⁶⁵⁷, mais qu'il faut également tenir compte des différences dans les Etats contractants en matière de dispositions légales, coutumes, conceptions doctrinales, présentation et rédaction des jugements et arrêts »⁶⁵⁸. Rappelons en effet que la motivation légale de la décision judiciaire est la justification exigée par la loi, c'est-à-dire la justification donnée par le juge en accomplissement de son devoir imposé par la loi, dont le contenu et, le cas échéant, les termes de présentation, sont réglés par la loi. Le contenu de la motivation légale résulte donc des normes de procédure qui déterminent quels sont les éléments nécessaires à la justification d'une décision judiciaire, lesquels peuvent varier en fonction de sa nature et de son objet.

Les recherches de droit comparé sur la question montrent ainsi des similitudes comme des différences importantes entre les différentes réglementations étatiques en la matière. C'est ainsi que l'on constate notamment l'unanimité sur la possibilité de

656 Arrêt *Van de Hurk c. Pays-Bas*, 19 avril 1994, série A, n° 288, p. 20, § 61.

657 Arrêt *Higgins et a c. France*, 19 février 1998, Recueil 1998-I, § 42.

658 Arrêt *Hiro Balani c. Espagne*, 9 décembre 1994, Req. no18064/91, §27.

formuler, implicitement ou explicitement, les éléments de la motivation⁶⁵⁹. En revanche, il existe une différence prononcée entre les systèmes de droit romain et les systèmes de *common law* quant à la manière de formuler les arguments soutenant les décisions judiciaires, les premiers privilégiant un exposé dense mais cartésien des motifs, sous forme de syllogisme judiciaire, tandis que les seconds préfèrent généralement un exposé plus linéaire mais détaillé de la motivation. Par ailleurs enfin, on doit également constater que les règles procédurales en la matière se contentent souvent d'imposer des conditions minimales, que la motivation légale concrète excède parfois, ce qui s'explique par les besoins du tribunal dans le cas concret, plus ou moins complexe, ainsi que par le style des décisions adoptées par les différents types de juridiction. Il en va ainsi des références aux précédents ou à la doctrine.

Si le principe de liberté est donc commun aux jugements nationaux et internationaux, il en va cependant également de l'exigence commune de motiver de manière suffisante une décision juridictionnelle. Car le principe de liberté de la motivation est limité par l'approche contentieuse de celle-ci, qui met l'accent sur sa déficience, la motivation insuffisante ne pouvant être définie que par référence à un minimum indispensable pour que la motivation puisse être considérée comme satisfaisante.

2) *L'exigence d'une motivation suffisante*

L'analyse de la jurisprudence en matière de contrôle de la motivation des jugements, nationaux comme internationaux, fait ressortir une exigence commune quant à la suffisance de la motivation attendue. En effet, la motivation doit permettre au juge de justifier sa décision en révélant son caractère raisonnable. La motivation formelle d'un jugement doit ainsi exposer clairement le raisonnement du juge en répondant aux attentes légitimes des parties.

659 *Id.* La Cour EDH a ainsi rappelé que d'après la jurisprudence nationale, le juge espagnol n'était pas tenu de répondre de manière expresse à chacun des moyens formulés par les parties, notamment lorsque l'acceptation de l'une des prétentions entraînait le rejet implicite du moyen.

a) *L'exposé clair du raisonnement du juge*

Cette première exigence se rattache à un élément formel et à un élément matériel de la motivation d'un jugement.

D'une part, la motivation doit restituer le raisonnement *lato sensu* du juge, c'est-à-dire les considérations de fait et de droit qui l'ont amené à juger comme il l'a fait, mais aussi la décision elle-même, c'est-à-dire le résultat auquel aboutit le raisonnement *stricto sensu*, car c'est un principe propre au contentieux selon lequel le juge doit prendre une décision, c'est-à-dire refuser de trancher un litige en raison de son incompétence ou bien de l'irrecevabilité de la requête, ou bien juger le litige au fond et donc le trancher en faveur de l'une ou l'autre des parties. Et cette décision doit être énoncée dans le dispositif. Ainsi la motivation formelle est-elle constituée de deux éléments indissociables : les motifs et le dispositif. C'est ce que la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé dans son arrêt *Adolf c. Autriche*, en énonçant que « [les motifs de la décision] font corps avec le dispositif et l'on ne peut les en dissocier »⁶⁶⁰.

D'autre part, la motivation doit formuler clairement le raisonnement du juge, c'est-à-dire de manière compréhensible pour son auditoire. C'est ce qui ressort de l'avis consultatif relatif à la *demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies*⁶⁶¹, dans lequel, après avoir rappelé le principe de liberté de formulation de la motivation d'une décision, la Cour internationale de Justice a décidé que la formulation des motifs et du dispositif d'un jugement était libre à condition que les motifs de la décision apparaissent nettement. De même, concernant les jugements internes, la Cour de Strasbourg a-t-elle également rappelé, dans l'arrêt *Hadjianastassiou c. Grèce*, que « les juges doivent [...] indiquer avec une clarté suffisante les motifs sur lesquels ils se fondent »⁶⁶².

660 Arrêt *Adolf c. Autriche*, 26 mars 1982, A-49 ; voir aussi l'arrêt *Puig Panella c. Espagne*, 25 avril 2006, req. n°1483/02, §51.

661 CIJ, Avis consultatif relatif à la *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies*, 12 juillet 1973, Rec. 1973, p. 166, § 96 : « La question n'est pas de savoir si le tribunal aurait pu recourir à une autre méthode de rédaction, même si une motivation plus détaillée aurait pu être considérée comme préférable ou mieux appropriée. Il s'agit de savoir si le jugement était suffisamment motivé pour satisfaire à la règle suivant laquelle un jugement du tribunal administratif doit énoncer les raisons sur lesquelles il se fonde ».

662 Arrêt *Hadjianastassiou c. Grèce*, 16 décembre 1992, §33.

Cependant, la principale limite au principe de liberté de formulation de la motivation d'un jugement tient à la qualité de ses motifs.

b) La motivation suffisante au regard des attentes légitimes des parties

La motivation d'un jugement doit être suffisante. En effet, lorsque le juge motive sa décision, il doit non seulement exposer clairement son raisonnement, mais aussi convaincre de son caractère juste et équitable au regard des attentes légitimes des parties. La motivation doit ainsi convaincre que le juge a jugé raisonnablement, après avoir pris en compte tous les arguments pertinents des parties, la légitimité des attentes étant liée à la pertinence des arguments appelant une réponse. La motivation doit donc apporter une réponse raisonnable à tous ces arguments⁶⁶³. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme illustre clairement cette définition de la motivation suffisante. Ainsi rappelle-t-elle régulièrement que l'obligation de motivation, « sans exiger une réponse détaillée à chaque argument du plaignant, [...] présuppose néanmoins que la partie lésée puisse s'attendre à une réponse spécifique et explicite aux moyens décisifs pour l'issue de la procédure en cause »⁶⁶⁴.

En revanche, ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme l'a précisé, dans l'arrêt *Perez c. France*, elle « ne saurait reprocher à la Cour de cassation [française], par une critique purement formelle, l'absence de citation de toutes les dispositions de droit interne invoquées par la requérante »⁶⁶⁵. Car l'obligation de répondre aux arguments pertinents des parties implique *a contrario* qu'il n'est pas obligatoire de rejeter explicitement les arguments non pertinents.

Cette obligation de motiver un jugement au regard des attentes légitimes des parties a donné lieu à une jurisprudence importante de la Cour de Strasbourg concernant la motivation des verdicts rendus par les jurys populaires, lesquels ne sont généralement pas soumis à une quelconque obligation légale de motiver leurs décisions. En effet, après avoir établi que l'absence de motivation de ce type de

⁶⁶³ Cette exigence de réponse aux prétentions des parties renvoie d'ailleurs à la définition première du déni de justice en droit interne.

⁶⁶⁴ Voir aussi l'arrêt *Defalque c. Belgique*, 20 avril 2006, Req. no 37330/02, §25 : « La Cour ne saurait entrer dans les détails de la motivation, mais est seulement appelée à examiner si la juridiction saisie a bien eu égard à tous les moyens pertinents et s'ils ont eu une réponse ».

⁶⁶⁵ Arrêt *Perez c. France*, 12 février 2004, Req. n° 47287/99, §81

décision n'était pas en soi contraire à la Convention, la Cour a rappelé que « pour que les exigences d'un procès équitable soient respectées, le public et, au premier chef, l'accusé doit être à même de comprendre le verdict qui a été rendu. C'est là une garantie essentielle contre l'arbitraire »⁶⁶⁶. Dès lors, l'absence de motivation explicite doit être compensée par des garanties procédurales suffisantes telles que l'existence de questions suffisamment claires et précises posées par le magistrat au jury concernant les circonstances de l'espèce, que l'accusé puisse contester ou compléter, de manière à constituer une « trame apte à servir de fondement à la décision », ou encore des instructions ou éclaircissements donnés par le magistrat au jury concernant les problèmes juridiques posés ou encore les éléments de preuve produits⁶⁶⁷.

Si le juge interne dispose d'une marge de manoeuvre importante en matière de motivation, celle-ci n'est cependant pas illimitée puisque le juge international peut constater une insuffisance de motivation. L'analyse de la jurisprudence montre que les défauts de la motivation formelle doivent ressortir d'une étude cas par cas, tenant compte des circonstances propres de l'espèce. Ce principe a été clairement énoncé par la Cour internationale de Justice, selon laquelle « la question de savoir si les motifs d'un jugement sont à ce point déficients qu'on peut y voir la négation du droit d'être équitablement entendu et un mal-jugé ne peut [...] être apprécié que compte tenu à la fois du cas d'espèce et du jugement dans son ensemble ». Il n'en est pas moins possible de dresser un inventaire des défauts susceptibles de vicier la motivation d'un jugement.

§2 - Les défauts objectifs de la motivation du jugement

Ainsi que nous l'avons rappelé précédemment, le caractère raisonnable d'un jugement est conditionné par la restitution, compréhensible pour un auditoire, d'un raisonnement juridictionnel conforme aux exigences de la raison et aboutissant à un résultat raisonnable. C'est cette restitution qui permet au juge international d'établir la raisonnabilité du jugement interne, et ce sont donc les défauts de cette restitution qui lui permettront d'établir l'existence d'un jugement manifestement injuste. Les défauts de motivation d'un jugement peuvent être des défauts de formulation du

⁶⁶⁶ Arrêt *Taxquet c. Belgique*, 16 novembre 2010, Req. n° 926/05, § 90.

⁶⁶⁷ *Id.*, § 92

raisonnement juridictionnel (A), ou bien des défauts matériels du raisonnement lui-même (B). La distinction entre ces différents défauts est cependant difficile à établir clairement car le juge international présume souvent l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation, c'est-à-dire d'un défaut matériel du raisonnement, de l'absence de motivation là où elle est attendue, c'est-à-dire d'un défaut formel de motivation. Nous distinguons cependant ces deux catégories de défauts dans un but didactique, sans que cela porte à conséquence quant à l'établissement du déni de justice en pratique, et nous avons arbitrairement choisi d'opérer cette distinction en privilégiant la nature objective du défaut.

A) Les défauts de formulation du raisonnement juridictionnel

Le juge international peut établir l'existence d'un déni de justice substantiel à partir d'un défaut formel de motivation du jugement interne discrétionnaire, lorsque sa motivation est trop sommaire (1), ou encore lorsqu'elle n'est pas assez claire (2), ces défauts de formulation du raisonnement juridictionnel faisant, en effet, obstacle à la reconnaissance de la raisonnable du jugement en cause.

1) La motivation sommaire

La motivation sommaire d'un jugement permet d'objectiver l'existence d'un jugement manifestement injuste lorsqu'elle est d'une défectuosité telle qu'elle fait présumer l'absence de prise en compte effective et raisonnable des arguments pertinents des parties par le juge interne car, ainsi que l'a énoncé le juge de Castro : « un jugement sans motif ou insuffisamment motivé apparaît comme une décision arbitraire et non comme un vrai jugement »⁶⁶⁸. C'est le cas lorsque la motivation n'apporte pas de réponse aux arguments pertinents des parties, lorsqu'elle ne permet pas de justifier les éléments du raisonnement juridictionnel qui appellent une justification, ou encore, lorsque la motivation est stéréotypée.

⁶⁶⁸ CIJ, Avis consultatif relatif à la *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies*, 12 juillet 1973, *Rec. 1973*, op. diss., p. 294.

a) *L'absence de réponse aux arguments pertinents des parties*

Ainsi que nous l'avons rappelé précédemment, le juge interne dispose d'une très grande liberté en matière de formulation de la motivation de ses jugements, le droit international lui imposant cependant de répondre aux attentes légitimes des parties en apportant une réponse à leurs arguments pertinents, sous peine de laisser présumer l'absence d'examen effectif et raisonnable de ceux-ci. Cette obligation de réponse ne concerne cependant que les arguments pertinents, les autres pouvant être rejetés implicitement. En revanche, la réponse que le juge doit apporter à un argument pertinent doit, elle, être explicite, sauf si la réponse donnée précédemment à un autre argument implique nécessairement le rejet de celui-ci⁶⁶⁹.

Ce défaut de motivation concerne aussi bien les arguments de droit que les arguments de faits des parties. Ainsi, le juge international peut-il objectiver l'existence d'un jugement manifestement injuste à partir de l'absence de motivation du rejet d'une offre de preuve⁶⁷⁰ ou d'un moyen de droit⁶⁷¹, ou encore à partir de l'absence de motivation de l'admission d'un moyen de preuve dont la régularité serait contestée⁶⁷².

b) *L'absence de motivation des éléments du raisonnement juridictionnel appelant une justification*

Lorsque le juge interne applique le droit aux faits de l'espèce, il opère plusieurs interprétations qui appellent nécessairement des choix. La plupart de ces choix, lesquels se présentent au cours du raisonnement juridictionnel, sont justifiés par la réponse que la motivation apporte aux arguments des parties, mais certains choix ne résultent pas forcément de l'alternative que laissent les arguments divergents des

669 Arrêt *Pisano c. Italie*, 27 juillet 2000, Req. n° 36732/97, §24 ; voir aussi l'affaire de la *Sentence arbitrale*, CIJ, Rec. 1991, p.67-68, §43 : « La motivation [...] est brève et aurait pu être plus développée. Mais les renvois opérés [...] n'en permettent pas moins de déterminer sans aucune difficulté les raisons qui ont conduit le tribunal à ne pas répondre à la deuxième question ».

670 Arrêt *Vidal c. Belgique*, 25 mars 1992, §34.

671 Arrêt *Ruiz Torija c. Espagne*, 9 décembre 1994, Req. no18390/91.

672 Arrêt *Bykov c. Russie*, 10 mars 2009, Req. n° 4378/02, notamment §95.

parties. Ces choix devront alors être justifiés indépendamment des réponses apportées à ces arguments.

Il en va notamment ainsi des choix que le juge interne doit opérer pour que le raisonnement raisonnable aboutisse à un résultat raisonnable⁶⁷³, voire au résultat raisonnable le plus opportun. C'est pourquoi le juge interne doit, par exemple, justifier le montant de l'indemnité qu'il octroie au titre de la satisfaction équitable. Cette justification, comme toute motivation, doit être objective et raisonnable, et son contrôle amène en particulier le juge international à examiner la jurisprudence antérieure de la juridiction nationale en cause, lorsqu'elle porte sur des questions identiques. En effet, l'exercice d'un pouvoir juridictionnel discrétionnaire est limité par le respect dû à certains principes généraux tels que le principe d'égalité, qui interdit le traitement différent de situations comparables. La limitation de ce pouvoir peut ainsi résulter de la pratique formée, dans son exercice, par l'accumulation de ses décisions, même si l'existence d'un pouvoir discrétionnaire semble devoir exclure que son titulaire soit lié par des décisions antérieures⁶⁷⁴. Si la discrimination n'est pas illicite en soi, une décision discriminatoire au regard des précédents, et manquant de base objective et raisonnable, c'est-à-dire une décision dont la motivation sommaire ne permet pas de justifier objectivement et raisonnablement le choix opéré par le juge interne de s'écarter des précédents juridictionnels, permet cependant d'objectiver l'existence d'un jugement manifestement injuste. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme illustre clairement ce défaut de motivation, révélateur de l'incohérence externe⁶⁷⁵ d'un jugement discrétionnaire. Ainsi, dans l'arrêt *Riccardi Pizzati c. Italie*⁶⁷⁶, la Cour a-t-elle considéré que le jugement de la cour d'appel italienne de n'accorder que 5000€ à la requérante, au titre du dommage moral né de la longueur excessive d'une procédure judiciaire à laquelle elle était demanderesse, constituait une violation de son droit au procès équitable, parce que cette cour n'avait motivé ni le mode de calcul du montant de l'indemnité accordée, ni

673 Renvoi au chapitre 1, section 3 de cette partie.

674 La Cour EDH a justifié la prise en compte des précédents judiciaires, ne la liant pourtant pas, par l'exigence de la sécurité juridique, et donc l'interdiction de l'arbitraire. Voir l'arrêt *Jane Smith c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, §77: « Sans être formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, la Cour considère qu'il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable des précédents ».

675 Nous qualifions ce type d'incohérence externe par opposition à l'incohérence interne, résultant du défaut de cohérence entre les différents éléments de la motivation.

676 Arrêt *Riccardi Pizzati c. Italie*, GC, 29 mars 2006, Req. no 62361/00.

le fait que ce montant ne représentait qu'environ 14% de l'indemnité généralement octroyée dans des affaires similaires.

Ce défaut de cohérence externe d'un jugement discrétionnaire se retrouve également lorsque celui-ci opère, sans le justifier, un revirement de position par rapport à une autre décision de la même juridiction, prise antérieurement au cours de la même procédure. L'arrêt *Gok et a. c. Turquie*⁶⁷⁷ illustre ce défaut de motivation susceptible d'entraîner un déni de justice. Dans cet arrêt, la Cour européenne a en effet considéré que la décision de la Cour de cassation turque, de revenir sur les constatations effectuées lors de sa première prise de position quant à la date de commencement du délai de prescription de l'action en indemnisation d'une expropriation *de facto*, entraînait une violation du droit au procès équitable, parce que la cour nationale s'était contentée de procéder à une nouvelle appréciation des pièces déjà débattues, sans disposer d'aucun nouvel élément, tout en aboutissant à une position radicalement opposée à sa première décision sur cette question, et ce sans motiver ce revirement de position. Si la Cour de cassation motivait en effet sa nouvelle décision par le fait qu'il était manifeste, au regard du dossier et notamment du document adressé au tribunal par la municipalité de Malatya, que le terrain litigieux avait été exproprié *de facto* en 1977, donc que l'action était prescrite, elle ne motivait pas, en revanche, le fait qu'elle n'avait pas précédemment jugé, au regard de ce même dossier, que cette date d'expropriation était manifeste.

c) *La motivation stéréotypée*

Si les modalités de formulation de la motivation d'un jugement peuvent être imposées par les règles procédurales nationales, de sorte que la motivation doive s'intégrer parfois à un cadre formel rigide, ces règles ne peuvent justifier l'adoption d'une motivation stéréotypée incapable de faire apparaître l'examen effectif des arguments des parties. C'est ce que la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé dans son arrêt *Svipsta c. Lettonie* à propos de la motivation stéréotypée des six ordonnances prolongeant la détention de la requérante, « presque totalement

677 Arrêt *Gok et a. c. Turquie*, 27 juillet 2006, Req. n° 71867/01, 71869/01, 73319/01 et 74858/01.

identique[s...] sur le plan rédactionnel »⁶⁷⁸, « énumérant simplement les critères prévus par la loi et négligeant absolument les arguments des deux parties, quels qu'ils soient »⁶⁷⁹. Ce type de motivation constitue en effet une violation du droit au jugement équitable parce que, même si le juge a effectivement examiné les arguments des parties, seule la motivation du jugement permet de l'apprécier : la motivation doit toujours être formulée de manière à assurer un contrôle de la décision retenue par le juge sous peine de laisser présumer l'absence d'examen effectif, alors qu'une certaine tolérance peut exceptionnellement être admise quant à l'existence de jugements stéréotypés, lorsque l'exigence de célérité d'une procédure l'impose.

En revanche, lorsqu'un juge interne décide de trancher le litige qui lui est soumis de la même manière que la juridiction ayant précédemment connu ce litige, il n'est pas tenu de motiver son jugement autrement que l'a fait cette dernière. C'est ainsi que la Cour de Strasbourg a énoncé, dans son arrêt *Garcia Ruiz c. Espagne*, que, « en rejetant un recours, la juridiction d'appel peut, en principe, se borner à faire siens les motifs de la décision entreprise »⁶⁸⁰.

2) *La motivation obscure*

La raison d'être de la motivation d'un jugement discrétionnaire est que celle-ci doit convaincre un auditoire de la raisonnableté de ce jugement. L'une des qualités attendues de cette motivation est donc qu'elle restitue avec clarté, de manière compréhensible pour cet auditoire, le raisonnement mené par son auteur, afin qu'il puisse vérifier cette raisonnableté. L'absence de clarté de la motivation empêchant une telle vérification, elle constitue donc un défaut susceptible d'objectiver l'existence d'un jugement manifestement injuste.

Le manque de clarté d'une motivation suffisante peut résulter d'une formulation ambiguë en raison des termes utilisés. C'est ainsi que, dans l'arrêt *Adolf c. Autriche*⁶⁸¹, la Cour européenne des droits de l'homme aurait pu reconnaître une

678 Arrêt *Svipsta c. Lettonie*, 9 mars 2006, Rec. 2006-III (extraits), req. n°66820/01, §131.

679 Id, §130.

680 Arrêt *Garcia Ruiz c. Espagne*, 21 janvier 1999, Req. n° 30544/96, §26. Voir aussi l'arrêt *Helle c. Finlande*, 19 décembre 1997, Rec. 1997-VIII, p. 2930, §§ 59-60.

681 Arrêt *Adolf c. Autriche*, 26 mars 1982.

violation de l'article 6 de la Convention en raison du défaut de clarté de la motivation du jugement du tribunal de district de Innsbruck, si le sens de la décision en cause n'avait pas été éclairé par le jugement de la Cour suprême autrichienne. En effet, la motivation du jugement du tribunal de district « pouvait donner l'impression que le requérant avait causé à Mme Proxauf des lésions corporelles et commis ainsi une faute » ou encore « que les motifs de la décision datée du 10 janvier 1978 pouvaient fort bien s'interpréter comme déclarant M. Adolf coupable d'une infraction pénale encore que l'acte incriminé ne méritât pas de sanction », alors qu'en réalité le tribunal de district ne pouvait pas aboutir au constat de culpabilité du requérant en raison de la nature de l'article 42 du code pénal sur lequel sa décision était fondée, ce que la Cour suprême autrichienne a rappelé, après avoir cependant constaté qu'« il eût bien sûr été souhaitable que le tribunal de district d'Innsbruck indiquât cela expressément et sans ambiguïté dans la décision en cause » et déploré « le choix plus ou moins heureux des termes des motifs ».

Le manque de clarté d'une motivation suffisante peut également résulter de l'exposé incohérent, d'un raisonnement juridictionnel, que celui-ci manque effectivement de cohérence ou non. En effet, le raisonnement juridictionnel est un discours logique, ce que sa restitution doit donc souligner, car la logique est un élément nécessaire à la compréhension du jugement par un auditoire réputé rationnel⁶⁸². C'est pourquoi une motivation incohérente constitue un défaut de jugement, amenant à présumer sa déraisonnabilité. Cette incohérence interne de la motivation d'un jugement est généralement le fait d'une contradiction entre ses motifs et son dispositif⁶⁸³ rendant incertaine la compréhension du jugement, ce défaut de motivation constituant d'ailleurs un cas d'ouverture à cassation en droit français. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice rappelle clairement qu'un juge ne peut se contenter de fournir des motifs raisonnables de n'importe quelle manière, ainsi que l'illustre l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Sentence arbitrale du roi d'Espagne*, où la Cour a rejeté le moyen soulevé par le Nicaragua quant à l'insuffisance de la motivation de la sentence en cause au motif que : « l'examen de la sentence montre qu'elle traite en ordre logique [...] les considérations pertinentes et que les

682 Voir la première section du premier chapitre de la partie 3.

683 Il est cependant possible que l'incohérence résulte de l'absence de lien logique entre les motifs et le dispositif ou encore qu'elle résulte de l'existence d'une contradiction entre les seuls motifs de jugement.

conclusions de l'arbitre sont fondées sur un raisonnement et des explications suffisants »⁶⁸⁴.

Nous avons précédemment remarqué l'importance du discours rationnel pour convaincre du caractère raisonnable du jugement, tout en soulignant que la logique formelle est en elle-même insuffisante et qu'il importe aussi que les données du raisonnement soient acceptables en tant que telles. Après avoir étudié les défauts de formulation du discours juridictionnel, c'est donc aux défauts matériels du raisonnement qu'il nous faut nous intéresser maintenant.

B) Les défauts matériels du raisonnement juridictionnel

Le raisonnement juridictionnel étant une argumentation juridique obéissant aux règles de la rationalité juridique, les défauts matériels du raisonnement peuvent donc relever de l'existence d'arguments soit erronés (1) soit inacceptables (2).

1) Les éléments de l'argumentation erronés

La motivation peut révéler une erreur manifeste d'appréciation quant à l'établissement des faits ou du droit, ou encore l'application du droit aux faits.

L'analyse de la jurisprudence montre que cette erreur peut porter sur la valeur probante attribuée aux preuves présentées par les parties⁶⁸⁵.

La motivation peut également montrer que la certitude raisonnable, à laquelle le juge interne doit aboutir lorsqu'il établit la vérité factuelle ou juridique, est le fruit d'une erreur manifeste parce que tous les éléments controversés n'ont pas été effectivement et raisonnablement pris en compte. En effet, conformément à ce que nous avons vu précédemment, une décision doit être considérée comme raisonnable si elle repose sur une méthode aboutissant à un résultat raisonnable et apte à prendre en compte des éléments qui n'ont pas été repris dans le raisonnement choisi

684 CIJ, Rec. 1960, p.216.

685 Voir les affaires *John Murray c. Royaume-Uni*, 8 février 1996, Rec. 1996-I, et *Condron c. Royaume-Uni*, 2 mai 2000, req. n°35718/97.

discrétionnairement par le juge. En matière d'établissement des faits, la version privilégiée par le juge doit donc résister à la confrontation avec n'importe quelle circonstance invoquée par l'une des parties au litige pour pouvoir être établie avec une certitude raisonnable. Si la motivation du jugement révèle que le juge interne a omis de confronter sa version avec un élément divergent pertinent, sa certitude ne pourra alors être admise comme raisonnablement établie, et son appréciation sera donc présumée manifestement erronée⁶⁸⁶. De même, en matière d'établissement du droit, l'hypothèse privilégiée par le juge doit pouvoir être justifiée par rapport à n'importe quel moyen d'interprétation, et en particulier par rapport à l'objet et au but de la disposition. Le juge interne devra donc motiver sa position en rejetant les arguments divergents, notamment lorsque le droit applicable est susceptible d'être controversé⁶⁸⁷.

Enfin, l'appréciation du juge interne peut être considérée comme manifestement erronée lorsque la motivation fait ressortir le fait que celui-ci s'est fondé sur des éléments inexacts, soit qu'il ait considéré des faits controversés comme établis, soit qu'il ait pris en compte des éléments considérés à tort comme ceux présentés par les parties⁶⁸⁸.

2) *Les éléments de l'argumentation inacceptables*

Le juge ne doit prendre de décision que sur la base des éléments intrinsèques à l'affaire en cause, c'est-à-dire tout ce qui relève de l'argumentation des parties. Les éléments extrinsèques sont donc inacceptables pour justifier la décision du juge et constitueront un défaut matériel de motivation si celle-ci laisse apparaître que le raisonnement juridictionnel est basé sur de tels éléments. Parmi ces défauts de motivation objectivant l'existence d'un jugement manifestement injuste, le sentiment est un argument juridiquement inacceptable, dont la prise en compte appelle quelques remarques.

Le sentiment se définit comme une disposition psychologique relevant de

686 Affaire *Morton*, 2 avril 1929, *R.S.A.*, vol.4, p.428-435.

687 Arrêt *C.R. c. Royaume-Uni*, 27 octobre 1995, §14-15 et 40.

688 Arrêt *Donadze c. Georgie*, 7 mars 2006, Req. n° 74644/01, §32 ; arrêt *Puig Panella c. Espagne*, 25 avril 2006, Req. n° 1483/02.

l'affectivité ou d'une perception intuitive, une impression de nature à influencer sur un comportement ou un jugement. Dans ce premier sens, le sentiment constitue un élément extrinsèque au jugement et donc interdit, tandis que dans le second, le sentiment qui détermine l'intime conviction est une modalité autorisée de jugement, du moins dans certaines conditions.

a) *Le sentiment, argument juridiquement inacceptable*

Le sentiment, défini comme disposition psychologique relevant de l'affectivité, est clairement un élément extrinsèque à l'affaire jugée, donc inacceptable, et ce à deux titres.

D'abord parce que sont considérés comme déraisonnables les jugements dont les motifs qui, ne résultant pas de la mise en œuvre de méthodes ou techniques juridiques rationnelles, sont insusceptibles de faire l'objet d'un contrôle. Tel est le cas du sentiment.

Ensuite, et l'opinion du juge Zupančič dans l'affaire *Kyprianou c. Chypre* l'illustre clairement, parce que le sentiment, qu'il soit défavorable ou non, porte atteinte à l'obligation de juger impartialement, de bonne foi. C'est ainsi qu'il a rappelé à juste titre que l'impartialité est une attitude mentale ouverte caractérisée par l'indécision, à laquelle s'oppose le préjugé, puisqu'avoir un préjugé signifie avoir une décision dans la tête avant que toutes les données n'aient été reçues et amène donc à refuser d'écouter l'une des parties, ou les deux. Or, « pareil préjugé peut être exacerbé si le juge souscrit à des critères de jugement prématuré qui sont extrinsèques à la cause ou au droit en général. Par exemple, lorsque l'on parle de « préjugé racial » on se réfère à l'emploi d'un critère racial juridiquement extrinsèque dans une situation où ce critère n'a rien à voir avec la substance juridique de l'affaire. Si le magistrat a de l'aversion pour l'une des parties en raison de l'origine raciale de celle-ci, il décide sur la base d'un critère extrinsèque, juridiquement non pertinent et interdit »⁶⁸⁹.

En revanche, le sentiment défini comme perception intuitive de nature à influencer

689 Arrêt *Kyprianou c. Chypre*, 15 décembre 2005, *Rec.* 2005-VIII, opinion concordante.

sur un jugement ne peut être considéré comme juridiquement inacceptable car faisant obstacle à la neutralité du juge qui doit exercer son pouvoir sans parti-pris à l'égard des parties au litige, de même que sa mise en œuvre peut donner lieu à un certain contrôle.

b) *L'intime conviction, argument juridiquement acceptable*

Le juge est autorisé à juger selon son intime conviction. La Cour européenne des droits de l'homme l'a clairement admis dans une jurisprudence abondante, à propos du juge interne amené à connaître un recours indemnitaire – mis en place par les Etats pour réparer, dans l'ordre juridique interne, les délais déraisonnables de jugement –, le juge pouvant « notamment se référer plus facilement aux montants accordés au niveau national pour d'autres types de dommages [...] et se fonder sur son intime conviction, même si cela aboutit à l'octroi de sommes inférieures à celles fixées par la Cour dans des affaires similaires »⁶⁹⁰.

Pourtant, dans une lettre adressée au journal *le Temps*⁶⁹¹ concernant les jurys parisiens, Bergson ne constatait-il pas l'indulgence scandaleuse dont ces derniers faisaient preuve à l'égard des crimes passionnels, en critiquant, comme étant l'une des sources de ce scandale, la possibilité de juger selon son intime conviction alors que « il n'y a rien de plus opposé à la justice que le sentiment » ?

Si la définition du jugement raisonnable comme un jugement justifié en droit implique le rejet du sentiment comme argument juridiquement acceptable, ce n'est qu'à la condition que celui-ci ne soit pas prévu par la loi. Or l'intime conviction est un sentiment spécifique autorisé comme modalité d'établissement de la vérité factuelle, lequel ne peut donc être assimilé à un quelconque sentiment. En effet, la loi peut prescrire au juge ou au juré d'établir un jugement selon son intime conviction, c'est-à-dire par lui-même, en son âme et conscience, à partir des preuves qui lui sont proposées, l'intime conviction étant ainsi non seulement, dans un système de preuve judiciaire libre, le critère et le fondement du pouvoir d'appréciation souveraine,

690 Arrêt *Riccardi Pizzati c. Italie*, 29 mars 2006, Req. no 62361/00.

691 Citée par HUSSON (L.), « Les trois dimensions de la motivation judiciaire », in *La motivation des décisions de justice*, sous la dir. de C. Perelman et P. Foriers, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1978, p.69-70.

notamment reconnu aux juges du fait⁶⁹², mais aussi le moyen de trancher un litige lorsque les arguments rapportés au juge ne lui permettent pas de dégager une certitude raisonnable.

En définitive donc, l'intime conviction n'est qu'une technique juridique de jugement bien connue puisqu'il s'agit d'une présomption, c'est-à-dire d'une inférence, particulière. En effet, la présomption est non seulement un mode de raisonnement par lequel on utilise des faits connus pour en induire une donnée de fait inconnue – sous réserve de la preuve de l'inexistence du fait inconnu présumé –, c'est-à-dire la démarche inductive de celui qui pose ou admet la présomption, mais aussi la preuve qui en résulte. Dans le raisonnement judiciaire, la présomption apparaît ainsi comme une donnée que le juge n'est disposé à écarter que si l'on apporte la preuve contraire. Ces présomptions sont essentiellement légales, mais sont également admises les présomptions de fait, c'est-à-dire les présomptions que le juge induit librement à partir d'un fait, pour former sa conviction sans y être obligé par la loi. C'est à ce dernier type de présomption que l'intime conviction se rattache, laquelle ne peut entrer en ligne de compte que pour permettre au juge de présumer valables certains faits à défaut de preuve contraire incontestable⁶⁹³. A cette condition, le jugement fondé sur l'intime conviction constitue donc bien un jugement raisonnable, parce que fondé sur une autorité juridique, lequel doit donc faire l'objet d'un contrôle de raisonabilité au titre de l'interdiction de l'arbitraire juridictionnel⁶⁹⁴.

Si le juge international doit objectiver l'existence d'un jugement manifestement injuste grâce aux éléments objectifs de la motivation formelle du jugement interne discrétionnaire lorsqu'il constate un déni de justice substantiel, cette objectivation ne peut cependant pas être totalement dénuée d'une certaine subjectivité. C'est pourquoi

692 G. CORNU (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, P.U.F., 2003, "v° conviction".

693 On peut ainsi comprendre qu'un jugement fondé sur l'intime conviction du juge ne soit pas sanctionné comme constitutif d'un déni de justice matériel, lorsque aucune preuve contraire ne peut être rapportée, mais qu'il puisse par ailleurs être sanctionné comme déni de justice procédural, lorsque le juge écarte la présomption d'innocence au profit de son intime conviction.

694 Nous pouvons ainsi nous demander si le jugement d'un jury populaire ne devrait pas répondre aux mêmes exigences de raisonabilité que celui d'un juge, d'autant que l'organisation interne ne rentre pas en ligne de compte lors du contrôle des actes étatiques au titre de ses obligations internationales.

le juge international doit également faire état d'une appréciation raisonnable de ces éléments objectifs.

Section 2

L'appréciation raisonnable

de l'existence du jugement manifestement injuste

La constatation d'un jugement manifestement injuste amène à renverser la présomption de bonne administration de la justice interne favorable à l'Etat en permettant d'engager sa responsabilité internationale pour déni de justice substantiel. Le juge international doit donc prouver l'existence du jugement manifestement injuste pour justifier le renversement de cette présomption et convaincre qu'il ne se contente pas, n'étant pas juge d'appel, de substituer son appréciation à celle, souveraine, du juge national⁶⁹⁵. En effet, le juge international doit établir l'existence d'un jugement manifestement injuste en démontrant que le jugement interne en cause repose sur une erreur manifeste d'appréciation, c'est-à-dire qu'il doit rapporter la preuve de l'existence d'une erreur d'appréciation manifeste et décisive. Si la reconnaissance d'un déni de justice substantiel résulte des éléments objectifs du jugement interne, ceux-ci doivent cependant être appréciés raisonnablement, car porter une appréciation signifie interpréter, et toute interprétation, même d'éléments objectifs, fait appel à la subjectivité de l'interprète⁶⁹⁶. Nous verrons donc que, non seulement le juge international est soumis au principe, bien établi, selon lequel le doute doit toujours profiter au juge interne (§1), mais aussi, et finalement surtout, qu'il a lui aussi l'obligation de motiver sa décision (§2).

695 Voir l'arrêt *Ute Saur Vallnet c. Andorre*, 29 mai 2012, Req. n° 16047/10, § 63. Voir aussi l'opinion dissidente du juge Lopèz Guerra jointe à l'arrêt *Axel Springers AG c. Allemagne*, 7 février 2012, Req. n°39954/08.

696 Par exemple, la détermination de la suffisance d'une motivation est clairement affaire de subjectivité, ainsi que l'illustre l'opinion séparée du juge de Meyer jointe à l'arrêt *H. c. Belgique*, 30 novembre 1987, Req. n° 8950/80.

§1 - Le doute favorable au juge interne, un doute raisonnable

Pour établir l'existence d'un jugement manifestement injuste, hormis dans le cas où le défaut de motivation fait présumer l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation, le juge international doit apporter la preuve de l'existence d'une erreur d'appréciation manifeste et décisive à partir des éléments objectifs de la motivation du jugement interne, appréciés raisonnablement, ce qui revient, en définitive, à démontrer l'existence de l'erreur d'appréciation manifeste et décisive au-delà de tout doute raisonnable. Nous verrons en effet que le caractère manifeste de l'erreur comme le lien de causalité entre erreur et décision doivent être établis au-delà de tout doute raisonnable, car le doute, dès lors qu'il est raisonnable, est toujours favorable au juge interne. Ainsi l'erreur d'appréciation est-elle manifeste en cas de certitude raisonnable du juge international quant à son existence (A), de même que l'erreur décisive résulte de l'établissement d'un lien de causalité raisonnable entre l'erreur d'appréciation manifeste et la décision injuste, car déraisonnable, et donc préjudiciable au requérant (B).

A) Erreur manifeste et établissement d'une certitude raisonnable du juge international quant à l'existence de l'erreur d'appréciation

Pour considérer qu'un jugement interne est manifestement injuste, le juge international doit prouver l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation du juge national. Nous avons cependant précédemment défini l'erreur manifeste d'appréciation comme une erreur évidente, ce qui soulève un problème de preuve, étant donné l'absence de critères objectifs de détermination de l'évidence. De même, si l'on considère l'erreur manifeste comme une erreur sur l'existence de laquelle il n'y a pas de doute, se pose alors le problème de la preuve de l'absence de doute. C'est pourquoi le caractère manifeste de l'erreur doit être présumé, du moins si l'erreur porte sur des éléments de faits indiscutables ou des règles de droit non controversées. Nous verrons ainsi que les motifs du jugement international doivent être limités aux éléments de fait et de droit non controversés (1), le juge international n'ayant, en

définitive, qu'à prouver l'existence d'une erreur manifeste au-delà de tout doute raisonnable (2).

1) *Les motifs du jugement international
limités aux éléments de fait et de droit non controversés*

Considérer que l'erreur est présumée manifeste lorsqu'elle porte sur des éléments de fait indiscutables ou des règles de droit non controversées n'amène pas à déplacer la charge de la preuve, contrairement à l'idée, défendue notamment par G. Schwarzenberger, selon laquelle c'est à l'État de démontrer que la décision litigieuse a été prise de manière « objective, rationnelle et raisonnable »⁶⁹⁷, afin que nul ne mette en jeu sa responsabilité pour décision arbitraire. En effet, un tel déplacement de la charge de la preuve irait à l'encontre du principe selon lequel la présomption de bonne administration de la justice interne favorable à l'Etat doit être renversée par la preuve de l'existence du jugement manifestement injuste. En réalité, la présomption d'évidence de l'erreur revient donc, non pas à déplacer la charge de la preuve, mais à déplacer l'objet de la preuve : le juge international n'aura pas à prouver l'évidence de l'erreur, ce qui est impossible, mais il devra prouver que l'erreur a porté sur des éléments factuels et juridiques non controversés, c'est-à-dire que le juge international n'aura qu'à prouver l'absence de controverse quant aux faits ou aux règles de droit interne en cause.

C'est d'ailleurs ainsi qu'il faut comprendre l'assertion selon laquelle le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est un contrôle limité aux faits et aux règles de droit non controversés. C'est en effet l'impératif d'une erreur évidente qui limite le contrôle aux éléments non controversés du jugement interne, parce que la preuve de l'erreur manifeste est possible uniquement dans ce domaine⁶⁹⁸, ce qui autorise donc la recevabilité de toute requête dont seul l'examen au fond permettrait de déterminer l'existence éventuelle d'une erreur manifeste d'appréciation, le juge international

697 Schwarzenberger (G.), *International Law and Order*, 1971, p.99-100.

698 Doit ainsi être écartée l'idée selon laquelle c'est parce que le juge national est l'interprète exclusif du droit interne que le juge international ne peut se substituer à lui dans l'exercice de cette compétence, ce dernier ayant donc un pouvoir de contrôle limité à l'interprétation des dispositions non controversées du droit interne, lesquelles ne nécessitent pas d'interprétation.

pouvant ainsi être amené à contrôler la réalité d'une certitude raisonnable quant à l'établissement d'un fait ou d'une règle de droit sans pour autant vider la controverse lorsqu'elle existe. C'est ainsi que, dans l'affaire *Martini*⁶⁹⁹, le Tribunal arbitral a clairement considéré qu'il ne pouvait être prouvé que l'interprétation du droit en cause était manifestement erronée dès lors que le droit interne applicable était controversé, la disposition concernant l'obligation du concessionnaire de payer le loyer pendant la période envisagée pouvant « facilement, dans quelque pays que ce soit, donner lieu à des interprétations différentes, en l'absence, soit de dispositions législatives ou contractuelles précises et détaillées, soit d'une jurisprudence bien établie ». De même, dans l'arrêt *Winterwerp c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle dû admettre la légalité des mesures en cause à défaut de pouvoir constater une erreur manifeste d'appréciation dans un domaine controversé du droit interne⁷⁰⁰.

Or, démontrer qu'un fait, comme une règle de droit, n'est pas controversé suppose de démontrer qu'il, ou elle, ne peut faire l'objet d'une contestation. Mais encore faut-il préciser qu'une vérité factuelle ou juridique n'est établie qu'à défaut de contestation sérieuse, c'est-à-dire de controverse raisonnable.

2) *L'erreur manifeste, une erreur au-delà de tout doute raisonnable*

Dans son arrêt *Udorovic c. Italie*⁷⁰¹, la Cour européenne des droits de l'homme a défini l'erreur manifeste entachant l'ordonnance de la Cour d'appel de Rome comme une appréciation indéniablement inexacte, ce qui doit être entendu comme une appréciation qui ne peut être sérieusement niée, l'erreur manifeste étant une erreur au-delà de tout doute raisonnable. La pratique a en effet montré qu'un fait est considéré comme établi lorsqu'il est établi au-delà de tout doute raisonnable, c'est-à-dire non pas avec une certitude absolue mais avec une certitude raisonnable, car

699 Affaire *Martini*, Italie c. Venezuela, 3 mai 1930, R.S.A., vol.II, p.975-1002.

700 Arrêt préc., §48-4 : « La Cour constate que la solution adoptée en l'espèce par le tribunal d'arrondissement d'Utrecht découlait de son règlement intérieur, approuvé par un arrêté royal sur avis du *Hoge Raad*. La conformité de ce règlement au code de procédure civile pose en droit néerlandais un problème qui, faute de jurisprudence du *Hoge Raad*, semble prêter encore à controverse. Dans ces conditions, la Cour n'a pas de raisons suffisantes de conclure que le tribunal d'arrondissement d'Utrecht n'a pas agi "selon les voies légales" ».

701 Arrêt *Udorovic c. Italie*, 18 mai 2010, Req. n° 38532/02, §58.

l'établissement des faits consiste rarement en un constat objectif des faits tels qu'ils se sont produits, amenant ainsi le juge à faire appel au raisonnable pour échapper au dilemme interprétatif que l'établissement des faits engendre. La jurisprudence internationale est très claire quant aux exigences du juge international à l'endroit des parties aux litiges. L'affaire du *Détroit de Corfou* illustre ce principe, la Cour internationale de Justice ayant alors admis que « la preuve [peut] résulter de présomptions de fait à condition que celles-ci ne laissent place à aucun doute raisonnable »⁷⁰², ce qui suppose que les éléments de fait, dont la constatation permet de présumer l'existence du fait à démontrer, ne puisse faire l'objet d'une contestation sérieuse, c'est-à-dire qu'ils ne soient pas contredits par d'autres indices de valeur probante identique. Dans l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, la Cour européenne a également admis explicitement qu'elle n'exigeait pas l'établissement d'un fait avec une certitude absolue en se ralliant « au principe de la preuve au-delà de tout doute raisonnable » dégagé par la Commission⁷⁰³.

Il en va de même pour une règle de droit⁷⁰⁴, laquelle doit être considérée comme non controversée si elle ne donne pas lieu à une contestation sérieuse, la définition de la règle non controversée rejoignant ainsi celle de l'acte clair de droit français⁷⁰⁵ en tant qu'acte dont l'interprétation ne soulève pas de « difficulté réelle [...] de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé » car « dans le doute, le juge doit [...] exagérer plutôt que restreindre sa déférence pour les pouvoirs d'un autre juge »⁷⁰⁶, rapprochement que le professeur Rials opérait d'ailleurs en notant que « le manifeste fait en réalité partie de ces standards qui en principe doivent être réputés descriptifs,

702 Affaire du *Détroit de Corfou*, CIJ, Rec. 1949, p.18.

703 Arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, série A, n°25, §161.

704 Pour le juge international, le droit interne est d'ailleurs considéré comme un fait, c'est pourquoi il contrôle l'établissement des faits indiscutables comme l'interprétation du droit interne non controversé.

705 Voir la théorie des actes clairs, selon laquelle « une juridiction normalement incompétente pour interpréter un acte, ne serait pas tenue de voir dans cette interprétation une question préjudicielle à renvoyer à l'autorité compétente pour interpréter, mais pourrait directement appliquer cet acte dans la mesure où il est clair »⁷⁰⁵, théorie qui a largement trouvé à s'appliquer dans l'ordre juridique français, en matière d'interprétation des dispositions des traités communautaires, pour éviter le renvoi préjudiciel prévu à l'a.177 du traité CEE, ou pour l'interprétation des actes administratifs individuels clairs et non contestés - Voir Cour de cassation, 10 mars 1925, S. 1925-I-163 -, ou encore, jusqu'à la décision du Conseil d'Etat du 29 juin 1990, dit G.I.S.T.I., pour interpréter les traités sans renvoi au Ministre des Affaires Etrangères si le texte était suffisamment clair - Voir les conclusions du Commissaire Etori dans l'affaire *Karl et Toto Samé*, CE, 3 juillet 1933, Sirey 1932.3.129, note C.Rousseau.

706 LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, T.1, Berger-Levrault, 1887, p.450 et s. ; dans le même sens, RIALS (S.), *op. cit.* p.169 : « la théorie de l'acte clair mesure la clarté d'un acte à l'étalon d'un juge normal, apte à concevoir d'emblée ce qui n'est pas obscur ».

mais qui sont trop délicats à utiliser, de par les réalités psychologiques qu'ils mettent en oeuvre, pour que cet élément descriptif ne revête pas un aspect un peu formel que le juge peut plier au gré de ses politiques jurisprudentielles. Et l'on pourrait en dire autant de la clarté de l'acte ne rendant pas nécessaire l'interprétation [...] »⁷⁰⁷.

Si établir l'existence d'une erreur manifeste consiste à établir son existence au-delà de tout doute raisonnable, il en va de même pour l'erreur décisive, le lien de causalité entre erreur et décision, que doit établir le juge international en constatant l'existence d'un jugement manifestement injuste, étant un lien de causalité raisonnable.

B) Erreur décisive et établissement d'un lien de causalité raisonnable entre l'erreur d'appréciation et la décision injuste

Si la jurisprudence révèle que le jugement manifestement injuste est le fruit d'une erreur manifeste, et qu'il importe donc au juge international de démontrer que le jugement injuste est le résultat de la commission d'une erreur manifeste par le juge interne, elle n'est cependant pas très claire quant à la manière d'établir le lien de causalité entre erreur et décision. En effet, le juge international doit-il s'interroger sur l'incidence de l'erreur en prenant en considération la solution qui aurait dû être choisie par le juge national si l'erreur n'avait pas été commise ? L'analyse de la jurisprudence en la matière fait ressortir deux positions, que nous étudierons successivement. Ainsi, nous nous intéresserons tout d'abord à l'hypothèse selon laquelle l'erreur décisive ne peut être établie que si le lien de causalité entre erreur et décision est indubitable (1), avant de montrer que le lien de causalité doit seulement être raisonnable (2).

707 RIALS (S.), *op. cit.*, p.136.

1) *Condition nécessaire : un lien de causalité indubitable ?*

Le jugement manifestement injuste est le fruit d'une erreur manifeste et décisive, l'erreur manifeste étant décisive lorsqu'il existe un lien de causalité suffisante entre l'erreur manifeste d'appréciation et la décision injuste, c'est-à-dire déraisonnable, la causalité étant généralement considérée comme suffisante lorsque l'erreur a porté sur un élément déterminant pour la solution retenue⁷⁰⁸. En effet, lorsque l'erreur porte sur un élément dont la prise en compte a influencé de manière déterminante le juge national, son jugement injuste est présumé être une conséquence de l'erreur d'appréciation. Cependant, comme toutes les présomptions en la matière, cette présomption doit être considérée comme réfragable⁷⁰⁹, c'est pourquoi il a pu sembler normal, pour contester la réalité du lien de causalité, de s'interroger sur ce que la solution aurait dû être sans erreur manifeste d'appréciation. C'est ainsi la position qu'a adoptée la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Fera c. Italie*, où elle s'est prononcée sur l'équité du procès après avoir constaté que les juridictions d'appel et de cassation avaient refusé d'accorder au requérant la réduction de peine liée à une procédure abrégée sur la base d'une erreur manifeste d'appréciation, les deux expertises privées ayant eu lieu au stade des investigations préliminaires et non ultérieurement, en considérant que l'erreur manifeste d'appréciation n'avait cependant pas porté atteinte à l'équité de la procédure envisagée dans son ensemble parce qu'il s'agissait là « d'une erreur qui n'a[vait] eu aucune conséquence sur la conclusion de la procédure »⁷¹⁰. Cette position, rigoureuse quant à l'établissement du caractère décisif de l'erreur manifeste, se justifie par deux raisons.

D'une part, le constat purement objectif du lien de causalité suffisante, à partir de la nature de l'élément sur lequel a porté l'erreur, peut ne pas sembler suffisamment cohérent avec le principe du contrôle global de l'équité du procès dont le jugement raisonnable n'est qu'un élément. En effet, si une erreur déraisonnable est inéquitable en soi, et fait donc présumer l'existence d'un jugement manifestement injuste, l'inéquité

⁷⁰⁸ Voir les développements partie 2, chapitre 2, section 2.

⁷⁰⁹ Voir l'arrêt *Riccardi Pizzati c. Italie*, 29 mars 2006, Req. no 62361/00, §94 : « Quant au dommage moral, la Cour [...] admet comme point de départ la présomption solide, quoique réfragable, selon laquelle la durée excessive d'une procédure occasionne un dommage moral ».

⁷¹⁰ Arrêt *Fera c. Italie*, 24 mars 2005, §45.

d'une telle erreur peut cependant être « réparée » lors d'une phase ultérieure du procès, ainsi que le souligne clairement la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle se prononce, par exemple, sur l'inéquité du procès après avoir contrôlé l'utilisation équitable d'une preuve, dont l'admissibilité elle-même pouvait être considérée comme inéquitable⁷¹¹. C'est d'ailleurs pourquoi, bien que militant pour la reconnaissance explicite du droit européen au jugement raisonnable, le juge Loucaïdès a cependant reconnu, dans son opinion jointe à l'arrêt *Ernst et a. c. Belgique*, que la décision de la Cour de cassation de ne pas poser la question des requérants à la Cour d'arbitrage, bien que résultant d'une erreur manifeste d'appréciation, ne pouvait être considérée comme ayant privé le procès d'équité étant donné « qu'un tel renvoi n'aurait en réalité en rien modifié l'issue de l'affaire car, avant même que les requérants ne sollicitent une décision sur la question qui les intéressait par le biais d'un renvoi, la Cour d'arbitrage avait déjà tranché cette même question de manière contraire à l'interprétation proposée par eux [...] »⁷¹².

D'autre part, la position, rigoureuse quant à l'établissement du caractère décisif de l'erreur manifeste, se justifierait également par le fait que le doute doit toujours profiter au juge, ce qui suppose une mise en œuvre très exceptionnelle de la responsabilité internationale de l'Etat pour déni de justice substantiel, incompatible avec l'établissement d'un lien de causalité suffisant entre erreur et décision sur la base d'une présomption défavorable à l'Etat. Ainsi, plutôt que d'admettre que la décision injuste est une conséquence de l'erreur portant sur un élément déterminant, il faudrait plutôt retenir la présomption, favorable à l'Etat, selon laquelle l'erreur n'est pas décisive tant qu'il n'a pas été démontré avec certitude que l'absence d'erreur aurait eu pour conséquence une décision juste et équitable.

Il convient cependant de remarquer que l'absence de motivation fait présumer l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation et que cette présomption, défavorable à l'Etat, n'est pas contestée. En réalité, si la présomption de bonne administration de la justice en faveur de l'Etat suppose que le doute profite au juge

711 Voir la partie 1, chapitre 2, section 2. De même, le fait de rejeter une offre de preuve alors que celle-ci est manifestement pertinente, ne permet pas d'engager la responsabilité internationale de l'Etat pour jugement manifestement injuste si la preuve en cause peut tout de même être débattue au cours des audiences.

712 Arrêt *Ernst et a. c. Belgique*, 15 juillet 2003, Req. no 33400/96, op. concordante de M. le juge Loucaïdès.

interne, cette présomption suppose que seul le doute raisonnable profite au juge interne.

2) *Condition suffisante : un lien de causalité raisonnable*

La détermination du caractère décisif de l'erreur manifeste à partir du constat selon lequel l'erreur a porté sur un élément ayant influencé la décision du juge interne de manière déterminante – cette influence devant objectivement ressortir de la motivation du jugement litigieux – se justifie également par deux raisons.

D'abord, conditionner la reconnaissance du lien de causalité entre erreur et décision au résultat de supputations sur les conséquences de l'absence d'erreur ne semble pas compatible avec l'obligation qu'a le juge international d'apprécier les éléments objectifs du jugement interne sans s'interroger sur ses causes subjectives pour établir l'existence d'un jugement manifestement injuste. L'arrêt *Udorovic c. Italie* illustre bien cette position. Dans cette affaire, la Cour européenne des droits de l'homme avait à établir les conséquences de l'erreur manifeste d'appréciation commise par la Cour d'appel de Rome en rejetant l'appel du requérant sans examiner son moyen concernant le caractère discriminatoire de la décision, contestée, de la municipalité de Rome. Ayant établi qu'il ressortait clairement de l'analyse de la réclamation du requérant que l'ordonnance de la Cour d'appel était entachée d'une appréciation indéniablement inexacte, la Cour de Strasbourg a conclu que, n'ayant pas à « spéculer sur les conséquences »⁷¹³ qu'aurait eues la prise en compte, par la juridiction d'appel, du moyen litigieux, dès lors que les arguments négligés par la juridiction d'appel n'étaient pas sans incidence sur la question en litige, le droit au procès équitable du requérant avait effectivement été violé. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi clairement écarté l'appréciation hypothétique du résultat d'un jugement sans erreur au profit d'éléments objectifs du jugement litigieux pour établir le caractère décisif d'une erreur manifeste, rejoignant en cela l'opinion dissidente du juge Bonello, émise à propos de l'arrêt *Fera c. Italie*, selon laquelle « il

⁷¹³ Arrêt *Udorovic c. Italie*, 18 mai 2010, Req. n° 38532/02, §59.

n'appartient pas à la Cour d'essayer de retrouver ce que le juge national pouvait avoir à l'esprit »⁷¹⁴.

Ensuite, et surtout, si l'on doit admettre que le lien de causalité entre erreur et décision injuste soit présumé en raison de la nature des éléments sur lesquels l'erreur a porté, c'est parce que cette présomption n'est valable que pour autant qu'aucun indice contraire ne s'y oppose, le constat objectif de cette nature permettant de faire tomber la présomption favorable à l'Etat en dehors de tout élément contraire. En effet, la présomption n'est qu'une technique d'interprétation fondée sur un lien de causalité établi entre un élément connu et un autre inconnu, et ce en raison du caractère raisonnable⁷¹⁵ de ce lien. C'est pourquoi, si le juge international ne peut établir l'existence d'un lien de causalité suffisant entre erreur et décision à partir de supputations sur ce que serait la décision du juge sans erreur manifeste d'appréciation, c'est-à-dire à partir d'une simple conjecture, en revanche il peut le faire en se fondant sur le caractère déterminant – objectivement constatable – de l'élément sur lequel l'erreur a porté, car la présomption qu'il admet ainsi n'est pas, alors, fondée sur une conjecture mais sur une probabilité raisonnable. En effet, ainsi que le constatait le professeur Rials, « la présomption, réduite à l'essentiel, est fondée sur un raisonnement probabiliste »⁷¹⁶, ce qu'illustre l'assimilation jurisprudentielle courante entre raisonnable et plausible. Cette explication permet d'ailleurs de mieux comprendre, et ainsi d'admettre, l'opinion du juge Loucaïdès développée à propos de l'arrêt *Ernst et a. c. Belgique*. En effet, l'erreur manifeste commise par la Cour de cassation en refusant de poser la question des requérants à la Cour d'arbitrage, bien qu'ayant porté sur un élément déterminant, ne pouvait être considérée comme décisive car la Cour d'arbitrage avait déjà tranché cette même question de manière contraire à l'interprétation proposée par eux : en raison de cette jurisprudence, le préjudice généré par l'erreur manifeste ne pouvait être considéré comme plausible, mais au contraire devait être considéré comme improbable. De même, si la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt *Ruiz Torija c. Espagne*, a reconnu

714 Arrêt *Fera c. Italie*, 24 mars 2005, op. diss. du juge Bonello à laquelle se sont ralliés M. le juge Rozakis et Mme la juge Botoucharova, §14.

715 Le professeur Rials illustre ainsi la relation entre la présomption et le normal en soulignant que « le fait connu, dans la plupart des cas, se trouve en relation avec tel autre fait et il ressort donc d'évidence, pour un individu doté de capacités ordinaires, que lorsque le premier apparaît, le second ne saurait manquer d'exister », op. cit. p.158.

716 Id.

l'existence d'une erreur manifeste décisive dans l'absence de réponse à un moyen soulevé par le requérant, après avoir constaté que « si l'*Audiencia Provincial* l'avait jugé fondé, elle aurait dû nécessairement débouter le demandeur de son action »⁷¹⁷, ce n'est pas parce qu'en l'absence d'erreur manifeste quant à la pertinence de l'offre de preuve rejetée, la décision aurait nécessairement été favorable au requérant, mais simplement parce qu'il est probable que la décision eût été différente, la prise en compte de la preuve en question ne pouvant qu'influencer la décision d'un juge raisonnable.

D'ailleurs, établir le caractère décisif de l'erreur manifeste d'appréciation en présument un lien de causalité suffisant à partir de la nature des éléments concernés par l'erreur ne fait finalement que prolonger la position que la Cour européenne avait déjà établie dans l'arrêt *Artico c. Italie*, où la Cour avait considéré que la violation du droit d'être assisté par un avocat avait entraîné une violation du droit au procès équitable dans son ensemble indépendamment de l'établissement d'un préjudice certain. En effet, la Cour avait alors admis que l'« on ne saurait établir avec certitude qu'un remplaçant de Me Della Rocca eût excipé de la prescription et convaincu la Cour de cassation là où le requérant n'y avait pas réussi », mais que « cette hypothèse appar[aisait] pourtant plausible en l'occurrence »⁷¹⁸, et que cela lui suffisait, conformément au principe, déjà admis, de la preuve au-delà de tout doute raisonnable, dont la présomption n'est qu'une illustration.

S'il semble donc bien que le caractère décisif de l'erreur, comme son caractère manifeste, doit être établi avec une certitude raisonnable par le juge international constatant l'existence d'un jugement manifestement injuste, le fait d'admettre que seul le doute raisonnable est favorable au juge interne souligne encore, cependant, les limites du caractère objectif du contrôle de licéité interne des jugements nationaux discrétionnaires opéré par le juge international, dont le pouvoir d'appréciation n'est finalement borné, autant que la mise en œuvre d'un standard le permette, que par l'obligation qu'il a de motiver son jugement.

⁷¹⁷ Arrêt *Ruiz Torija c. Espagne*, Req. n°18390/91, 09 décembre 1994, §30.

⁷¹⁸ Arrêt *Artico c. Italie*, 13 mai 1980, Req. n° 6694/74, §35.

§2 - L'obligation de motivation du jugement international constatant l'existence d'un jugement manifestement injuste

L'obligation de motivation est une règle commune à toute décision de justice quelle qu'elle soit, car tout jugement suppose une interprétation, qu'il s'agisse d'une décision judiciaire nationale ou internationale. Cette obligation, en ce qui concerne les jugements internationaux, a été contestée jusqu'au début du XXe siècle, puis énoncée par la Convention d'arbitrage de La Haye de 1907, la sentence arbitrale constituant chronologiquement le premier acte juridique international qui ait été motivé en vertu d'une obligation. L'obligation de motivation des jugements internationaux a ensuite acquis une valeur coutumière incontestable, consacrée tant par la jurisprudence⁷¹⁹ que par la doctrine, et codifiée dans de nombreuses conventions⁷²⁰ car, les controverses, qui avaient illustré la question de la motivation des sentences arbitrales, ayant été menées à terme lorsque sont apparues les juridictions internationales permanentes, les discussions concernant l'obligation de motiver n'ont pas été reprises pour les arrêts et jugements⁷²¹. Cependant, comme nous l'avons précédemment vu⁷²², si l'obligation de motivation elle-même s'est imposée, le contenu de cette motivation, lui, n'a fait l'objet d'aucune réglementation, toute liberté étant laissée aux juges en la matière, sous réserve d'une motivation raisonnable et suffisante, c'est-à-dire sous réserve que le juge indique clairement les considérations de fait et de droit fondant sa décision, de manière à répondre aux attentes légitimes des parties au litige, la liberté laissée au juge s'attachant à la présentation de son discours juridictionnel, aucun mode particulier de rédaction ne lui étant imposé. Cependant, il ressort clairement de la pratique que le discours juridictionnel doit répondre à certaines exigences en se rattachant au raisonnable, tant pour ce qui concerne la méthode choisie que pour le résultat obtenu. En l'occurrence, les seuls résultats envisageables étant, soit le constat d'existence, soit le constat d'inexistence, du jugement manifestement injuste, c'est donc par la restitution d'un raisonnement

719 Voir l'avis consultatif relatif à la *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies*, 12 juillet 1973, Rec. 1973, p.210, §94 ; voir aussi l'affaire de la *Sentence arbitrale*, CIJ, Rec. 1991, p.67-68, §42.

720 L'article 45 de la Convention EDH prévoit ainsi l'obligation de motivation des arrêts de la Cour.

721 Voir JURET (P.-M.), « Observations sur la motivation des décisions juridictionnelles internationales », *R.G.D.I.P.*, 1960, p.516-595.

722 Renvoi aux développements précédents, partie 2, chapitre 3, section 1.

raisonnable que le juge international doit convaincre son auditoire de la raisonnable de sa décision, ce qui est d'autant plus important que celui-ci est rarement soumis à contrôle, les organes juridictionnels d'appel étant relativement exceptionnels dans l'ordre juridique international.

Tout juge est donc soumis aux exigences du jugement raisonnable. Le juge international doit ainsi justifier son constat d'existence d'un jugement manifestement injuste selon les mêmes critères que ceux qu'il applique pour vérifier la raisonnable des jugements internes, puisque lorsque le juge international contrôle l'existence d'un jugement manifestement injuste, il contrôle l'application du droit interne aux faits de l'espèce au regard de la règle du raisonnable limitant le pouvoir discrétionnaire d'interprétation du juge national. En ce sens, le juge international porte un jugement raisonnable sur la mise en oeuvre du raisonnable par le juge national, étant entendu que le raisonnable est une notion juridique qui ne résulte pas uniquement d'une réflexion personnelle laissant libre le juge international de substituer son appréciation à celle du juge interne⁷²³. C'est ainsi que la Cour internationale de Justice n'hésite pas à justifier son raisonnement quand au choix de l'interprétation raisonnable d'une disposition conventionnelle par le renvoi à ses décisions précédentes⁷²⁴, de même qu'elle justifie la légitimité d'un raisonnement déductif par l'appel au raisonnable⁷²⁵.

Si la reconnaissance d'un déni de justice substantiel découle des éléments objectifs du jugement interne en cause, dans l'appréciation du caractère manifeste comme dans l'établissement du lien de causalité entre l'erreur commise par le juge interne et la solution qu'il a retenue, le juge international met en oeuvre un standard qui lui laisse une certaine liberté, parce que « dans la mise en oeuvre d'un standard, il y a toujours une série de choix qui interviennent »⁷²⁶. En effet, si le contenu du raisonnable dépend de l'accord de la communauté sur l'existence d'une certaine normalité, puisque c'est la pratique qui fournit un critère permettant de préciser le sens d'une notion à contenu variable, la pratique n'est pas réellement un élément contraignant puisque le contenu d'une telle notion dépend par définition des

⁷²³ Voir la partie 2, chapitre 1, section 1.

⁷²⁴ Voir l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*, Costa-Rica c. Nicaragua, 13 juillet 2009, Rec. 2009, p.243.

⁷²⁵ Affaire relative à la *Souveraineté sur Pedra Branca / Pulau Batu Puteh, Middles Rocks et South Ledge*, Malaisie c. Singapour, 23 mai 2008, Rec. 2008, § 61.

⁷²⁶ RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard – Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité* –, Paris, L.G.D.J., 1980, p.130.

circonstances de l'espèce. C'est ainsi que peut être étendue au juge international cette réflexion du professeur Rials à propos du juge administratif français, selon laquelle, bien que la mise en œuvre d'un standard ne doive pas être considérée comme l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire – la mise en œuvre d'un standard étant l'exercice d'un pouvoir normatif par délégation du « législateur » et au nom de celui-ci –, le pouvoir normatif d'un juge mettant en œuvre un standard est un « pouvoir doté d'aptitudes à l'évolution, à la mutabilité, à l'adaptation », lui attribuant « une totale liberté de droit de reconsidérer sa règle »⁷²⁷. Si le contenu conféré au raisonnable par le juge international en constatant l'existence d'un jugement manifestement injuste peut, et doit, faire l'objet d'une motivation conforme aux exigences du raisonnable, l'exposé formellement et matériellement logique du raisonnement du juge international ne doit cependant pas occulter l'importante liberté d'appréciation qui est laissée à ce dernier, révélant ainsi les limites du contrôle objectif du jugement manifestement injuste.

La définition *a contrario* du raisonnable laisse donc au juge international un pouvoir important, et ce malgré l'encadrement de ce pouvoir par l'obligation de motiver la reconnaissance d'un jugement objectivement manifestement injuste. L'analyse de la jurisprudence en la matière montre cependant que, d'une part, le contrôle international des jugements nationaux discrétionnaires reste très exceptionnel, conformément à l'idée que le juge international ne doit pas s'ériger en juge d'appel, et que, d'autre part, les constats, par un juge international, de l'existence d'un déni de justice substantiel ne sont jamais l'objet de critique de la part des Etats mis en cause. Et ce d'autant plus que la responsabilité internationale de tous les Etats, indifféremment, est susceptible d'être mise en jeu pour jugement manifestement injuste, ce qu'illustre notamment l'affaire *Loewen* où la justice des Etats-Unis d'Amérique a été mise en cause par le tribunal arbitral, mais aussi l'abondante jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'encontre de la France

727 RIALS (S.), préc., p.226-227. Cette liberté est cependant limitée par l'obligation de motiver un revirement de jurisprudence. C'est ainsi que la Cour EDH a précisé, dans l'arrêt *Jane Smith c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, Req. n° 25154/94, §77 : « Sans être formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, la Cour considère qu'il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable des précédents. La Convention étant avant tout un mécanisme de défense des droits de l'homme, la Cour doit cependant tenir compte de l'évolution de la situation dans les Etats contractants et réagir, par exemple, au consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre ».

comme de la Russie. On constate ainsi que, si la mise en œuvre du droit au procès équitable, tel qu'interprété par la Cour de Strasbourg, est actuellement l'objet de sévères critiques, au point que certains États souhaitent limiter la compétence de cette juridiction et, corollairement, le pouvoir normatif qu'elle en tire, la reconnaissance d'un droit au jugement équitable n'a pas, elle-même, été contestée, même s'il est probable que les précautions dont la Cour n'a pas manqué de s'entourer en la matière jouent un rôle non négligeable à cet égard.

Conclusion

Pour conclure notre étude, nous voudrions simplement faire une remarque. Si la notion de déni de justice substantiel a longtemps suscité d'importantes controverses en droit international, c'est non seulement en raison des possibilités d'abus dans la mise en jeu de la responsabilité internationale de l'Etat au titre d'un fait illicite insuffisamment défini, mais aussi, et surtout, parce que la mise en cause, par un juge international, de la justice d'un jugement national discrétionnaire était considérée comme une atteinte politique inacceptable. Aujourd'hui pourtant, nous l'avons vu, la notion de déni de justice substantiel fait sans conteste, au moins implicitement, partie intégrante du droit international et, s'il arrive encore que la notion plus générale de déni de justice, ou plutôt sa mise en œuvre par les juridictions internationales, fasse l'objet de critiques virulentes, ce n'est jamais en raison du constat d'existence d'un déni de justice substantiel. Il est intéressant de se demander pourquoi.

La première réponse qui nous vient à l'esprit, c'est que la notion de déni de justice substantiel n'est plus contestable dès lors que, d'une part, sont établis clairement les critères objectifs de reconnaissance d'un fait internationalement illicite bien défini et que, d'autre part, est également bien encadré le pouvoir normatif dont bénéficie le juge international lorsqu'il contrôle un jugement interne discrétionnaire, dont le rôle se détache nettement de celui d'un juge d'appel. En réalité cependant, il ne s'agit là que d'un élément de réponse, important certes, mais qui ne peut justifier à lui seul le retournement d'opinion favorable à la notion de déni de justice substantiel en droit international public. En effet, pour encadrée que soit la liberté du juge international de constater l'existence d'un jugement national déraisonnable, cette liberté reste importante en raison de la place faite au raisonnable dans le discours

juridictionnel, notion à laquelle tout juge est libre de faire appel pour légitimer ses choix. Car l'appel au raisonnable renvoie à une normalité d'autant plus difficile à établir en droit international qu'elle touche à une communauté riche de cultures et de civilisations très diverses.

Si l'acceptation de la notion de déni de justice substantiel est certainement liée à l'encadrement du pouvoir du juge international de contrôler les jugements nationaux discrétionnaires, cette acceptation ne peut résulter de la seule confiance accordée par les Etats aux juridictions internationales, laquelle a d'ailleurs de tout temps conditionné la compétence de ces juridictions. Il nous semble donc que la réponse à notre question est plutôt à rechercher dans l'évolution des mentalités, de la conception du droit international, et en conséquence du droit international lui-même. En effet, l'attention accordée au droit international ne se focalise plus de la même manière sur la problématique de la limitation de l'Etat par le droit, même si la question des compétences demeure d'actualité. De même, le droit international n'est plus conçu ni comme une limitation naturelle et contraignante de la souveraineté des Etats, ni seulement comme un droit interétatique destiné à favoriser la coexistence entre Etats également souverains aux prétentions concurrentes, instrument de la politique internationale des Etats susceptible de favoriser les uns au détriment des autres, mais comme le droit d'une communauté internationale composite, liée par des valeurs communes et des intérêts interdépendants et souvent même convergents, dont les finalités sociales se sont affirmées en même temps que les fonctions qui lui sont dévolues se sont multipliées. Ce que traduit l'affirmation du principe d'exercice raisonnable des pouvoirs discrétionnaires au regard de leur finalité.

Ainsi, le constat d'un déni de justice substantiel a d'abord pu être considéré comme une atteinte inacceptable à la souveraineté des Etats parce que la critique de la justice nationale était ressentie comme une critique de l'Etat lui-même, conformément à cette idée qu'exprimait ainsi Aristote : « la vertu de justice appartient au domaine politique ; car c'est la notion de juste qui introduit un ordre dans la communauté politique, et le pouvoir judiciaire marque la frontière entre le juste et l'injuste »⁷²⁸. Aujourd'hui cependant, cette pensée fait l'objet d'une relecture qui se traduit par l'acceptation du fait que la justice est une condition de l'ordre international, et qu'il est donc nécessaire de garantir la justice, non seulement

⁷²⁸ Aristote, *Les politiques*, Liv. I, Chap. 2, trad. P. Pellegrin, Garnier-Flammarion, 1990, p.93.

internationale mais aussi nationale, car l'ordre international n'est plus seulement un ordre interétatique, les acteurs des relations internationales s'étant diversifiés et les intérêts des acteurs privés ne pouvant qu'influencer les décisions et les actes des États en tant que sujets primaires du droit international. Il suffit d'ailleurs, pour s'en convaincre, de constater que l'un des domaines d'élection de la notion de déni de justice substantiel est la promotion et la protection des investissements internationaux, domaine où se cristallisent l'interdépendance croissante des intérêts étatiques et la nécessité d'une confiance mutuelle entre les acteurs de la mondialisation économique.

C'est donc là l'un des intérêts de l'étude du déni de justice substantiel en droit international public que d'avoir souligné, et de pousser à s'interroger sur, la vanité d'une distinction stricte entre les éléments objectifs et subjectifs d'un jugement, comme sur la vanité d'une distinction stricte entre le fond et la forme d'un jugement, mais aussi d'avoir mis en exergue la place centrale de la justice dans tout système normatif.

Bibliographie

- OUVRAGES -

AMERASINGHE (C.), *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Oxford, Clarendon Press, 1967, 324 p.

AMERASINGHE (C.), *The Local Remedies Rules in International Law*, Cambridge, Grotius Publications, 1990, 410 p.

AMSELEK (P.) (sous la direction de), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 245 p.

BIN CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Tribunals*, Cambridge, University Press, 1994, 490 p.

BORCHARD (E.), *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New-York, The Banks Law Publishing Co, 1927, 988 p.

BOUVERESSE (A.), *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 657 p.

CAVARE (L.), *La notion de bonne foi et quelques-unes de ses applications en droit international public*, Cours de l'I.H.E.I., Paris, 1963-1964.

CANÇADO TRINDADE (A.), *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law : Its Rationale in the International Protection of Individual Rights*, Cambridge, University Press, 1983, 443 p.

CHAPPEZ (J.), *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Paris, Pedone, 1972, 263 p.

- CORTEN (O.), *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international*, Bruylant, Bruxelles, 1997, 696 p.
- CRAWFORD (J.), *The International Law Commission's Articles on State Responsibility : Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, University Press, 2002, 387 p.
- DE VISSCHER (C.), *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, 269 p.
- DUNN (F.), *The Protection of Nationals. A Study in the Application of International Law*, Baltimore, John Hopkins Press, 1932, 228 p.
- DUPUY (P-M.), FRANCONI (F.) et PETERSMANN (E.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, University Press, 2009, 597 p.
- EAGLETON (C.), *The Responsibility of State in International Law*, New-York, University Press, 1928.
- EUSTATHIADES (C.), *La responsabilité des Etats pour les actes des organes judiciaires et le problème du déni de justice en droit international*, 2 vol., Paris, Pedone, 1936, 450 p.
- FAVOREU (L.), *Du déni de justice en droit public français*, Paris, L.G.D.J., 1965, 582 p.
- FOX (H.), *State Responsibility and Tort Proceedings against a Foreign State in Municipal Courts*, Marseille, Moullot, 1952, 117 p.
- FREEMAN (A.), *The International Responsibility of State for Denial of Justice*, London, New-York, Toronto, Longmans, Green and co., 1938, 758p.
- FROSSARD (J.), *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, L.G.D.J., 1965, 321 p.
- GOUNELLE (M.), *La motivation des actes juridiques en droit international public*, Paris, Pedone, 1979, 292 p.
- GROTIUS (H.), *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. P. Pradier-Fodéré, Paris, P.U.F., 2005, 868 p.
- HAARSCHER (G.) et INGBER (L.) (sous la direction de), *Justice et argumentation. Essai à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, Ed. de l'U.L.B., 1986, 232 p.
- JOVANOVIC (S.), *Restriction des compétences discrétionnaires des Etats en droit international*, Paris, Pedone, 1988, 240 p.

- KOLB (R.), *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, P.U.F., 2001, 748 p.
- LAGASSE (D.), *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif français – Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Bruxelles, Bruylant, 1986, 558 p.
- LAW (C.). *The Local Remedies Rule in International Law*, Genève, Droz, 1961, 153 p.
- LILLICH (R.), *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester, University Press, 1984, 177 p.
- MANCIAUX (S.), *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Trente années d'activité du CIRDI*, Paris, Litec, 2004, 727 p.
- NEWCOMBE (A.) et PARADELL (L.), *Law and Practice of Investment Treaties : Standards of Treatment*, Wolters Kluwer Law and Business, 2009, 614 p.
- O.C.D.E., *Droit international de l'investissement : un domaine en mouvement*, Les éditions de l'O.C.D.E., Paris, 2005, 175 p.
- PANAYOTACOS (C.). *La règle de l'épuisement des voies de recours internes en théorie et en pratique*, Marseille, Mouillot, 1952, 117 p.
- PAULSSON (J.), *Denial of Justice in International Law*, Cambridge, University Press, 2005, 279 p.
- PERELMAN (Ch.), *Justice et raison*, Bruxelles, Ed. de l'université de Bruxelles, 1963, 255 p.
- PERELMAN (Ch.), *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au delà du positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J., 1984, 203 p.
- RAUX (M.), *La responsabilité de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements*, Thèse, Paris II, 2010, 539 p.
- REINISCH (A.) (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford, University Press, 2008, 264 p.
- RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard – Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité –*, Paris, L.G.D.J., 1980, 564 p.
- RIGAUX (F.), *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, 482 p.
- ROTH (A.), *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, Leiden, Sijthoff, 1949, 194 p.

- SCHARZENBERGER (G.), *Foreign Investment and International Law*, Londres, Stevens, 1969, 237 p.
- SUCHARITKUL (P.), *Le déni de justice en droit international*, thèse, Paris, 1964, 323 p.
- S.F.D.I., *Les compétences de l'Etat en droit international*, Colloque de Rennes, Paris, Pedone, 2006, 320 p.
- STOLL (J.A.), *L'application et l'interprétation du droit interne par les juridictions internationales*, thèse, Bruxelles, 1962, 225 p.
- VATTEL (E.de), *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, texte de 1758, 3 vol., Washington, Carnegie Institution of Washington, 1916.
- VENEZIA (J.-C.), *Le pouvoir discrétionnaire*, Paris, L.G.D.J., 1959, 175 p.
- WATTS (A.), *The International Law Commission, 1949-1998*, Oxford, University Press, 1999, 3 vol., 2186 p.
- WEILER (T.), *International Investment Law and Arbitration : Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Londres, Cameron, 2005, 850 p.
- WYLER (E.), *L'illicite et la condition des personnes privées. La responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 1995, 361 p.
- ZANNAS (P.), *La responsabilité des Etats pour actes de négligence*, thèse, Genève, Gauguin & Laubscher, 1952, 146 p.
- ZOLLER (E.), *La bonne foi en droit international public*, 1977, Paris, Pedone, 392 p.

- ARTICLES -

ADEDE (A.), “A Fresh Look at the Meaning of the Doctrine of Denial of Justice under International Law”, *Can.Y.I.L.*, 1976, vol.16, p.73-95.

AGO (R.), « Le délit international », *R.C.A.D.I.*, 1939-II, vol. 68, p. 415-554.

ANZILOTTI (D.), « La responsabilité des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers », *R.G.D.I.P.*, 1906, vol. 13, p.5-29.

BAGGE (A.), “Intervention on the Ground of Damage Caused to Nationals, with Particular Reference to Exhaustion of Local Remedies and the Rights of Shareholders”, *B.Y.I.L.*, 1958, vol. 34, p.162-175.

BEDJAOUI (M.), « La « fabrication » des arrêts de la Cour internationale de justice », *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement : mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, p.99 et s.

BEERNAERT (M.-A.), « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », *R.T.D.H.*, vol.69, p.81-105.

BEN KHELIFA (R.), « Le déni de justice en droit de l’investissement : l’affaire Loewen c. Etats-Unis d’Amérique », in F.HORCHIANI (dir.), *Où va le droit de l’investissement*, Paris, Pedone, 2006, p.239-257.

BLANCHET (D.), « L’usage de la théorie de l’acte clair en droit communautaire : l’hypothèse de la mise en jeu de la responsabilité de l’Etat français du fait de la fonction juridictionnelle », *R.T.D.E.*, 2001, p. 397 et s.

CAHIN (G.), « La notion de pouvoir discrétionnaire appliquée aux organisations internationales », *R.G.D.I.P.*, 2003-III, p.535 et s.

COHEN-JONATHAN (G.), « Le droit au juge », *Gouverner, administrer, juger : liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p.471- 504.

COMBACAU (J.). « Obligations de résultat et obligations de comportement, quelques questions et pas de réponse », *Le droit international, unité et diversité : mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, p.181-204.

COMBACAU (J.), ALLAND (D.). "Primary and Secondary Rules in the Law of State Responsibility : Categorising International Obligations", *NY.I.L.*, 1985, vol.16, p.81-109.

DELANOY (L.-C.) et PORTWOOD (T.), « La responsabilité pour déni de justice dans l'arbitrage d'investissement », *Rev. Arb.*, 2005-III, p.603-643.

DE MEYER (J.), « Brèves réflexions à propos de l'article 60 de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *Protecting human rights : the European dimension : studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Heymans, p.125 et s.

DE VISSCHER (C.) « Le déni de justice en droit international », *R.C.A.D.I.*, 1935-2, vol. 52, p. 365-442.

DISTEFANO (G.), « Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité », *A.F.D.I.*, 2006, p.1-54.

DUMAS (J.), « Du déni de justice considéré comme condition de la responsabilité internationale des Etats en matière criminelle », *R.D.I.L.C.*, 1929, p. 277-307.

DURAND (C.), « La responsabilité internationale des Etats pour déni de justice », *R.G.D.I.P.*, 1931, p.694-748.

EAGLETON (C.), « L'épuisement des recours internes et le déni de justice », *R.D.I.L.C.*, 1935, p. 504-526.

EAGLETON (C.), « Une théorie au sujet du commencement de la responsabilité », *R.D.I.L.C.*, 1930, p.643-659.

FAWCETT (J.), "The Exhaustion of Local Remedies : Substance or Procedure ?", *B.Y.I.L.*, 1954, vol. 31, p. 452.

FITZMAURICE (G.), « The Meaning of the Term "Denial of Justice" », *B.Y.I.L.*, 1932, p. 93-114.

FITZMAURICE (G.), "Particular points of International Law : the Exhaustion of Local Remedies Rule", *B.Y.I.L.*, 1961, p.53-64.

FOX (H.), "State Responsibility and Tort Proceedings against a Foreign State in Municipal Courts", *N.Y.I.L.*, 1989, vol.20, p.3-34.

GARCIA AMADOR (F.), "State Responsibility : Some News Problems", *R.C.A.D.I.*, 1958-II, p.365-499.

- GARNER (J.), "International Responsibility of States for Judgments of Courts and Verdicts of Juries Amounting of Denial of Justice", *B.Y.I.L.*, 1929, p.181-189.
- GREENWOOD, "State Responsibility for the Decisions of the National Courts", in Fitzmaurice (M.), et Sarroshi (D.) (ed.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Oxford, 2004, p.61 et s.
- HOIJER (O.), « La responsabilité internationale des Etats en matière d'actes judiciaires », *R.D.I.*, 1930, vol.5, p.115-146.
- HUSSON (L.), « Les trois dimensions de la motivation judiciaire », in *La motivation des décisions de justice*, sous la dir. de C. Perelman et P. Foriers, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1978, p.69-109.
- IRIGARRY Y PUENTE (J.), "The Concept of Denial of Justice in Latin America", *Michigan Law Review*, 1944, p.383-406.
- JIMENEZ (C.). "El particular ante el derecho de la responsabilidad internacional : los problemas previos del « standard » mínimo y la protección diplomática", in *Cursos de derecho internacional de Vitoria Gasteiz*, 1987, p.65-116.
- JURET (P.-M.), « Observations sur la motivation des décisions juridictionnelles internationales », *R.G.D.I.P.*, 1960, p.516-595.
- KOLB (R.), « Du domaine réservé – Réflexions sur la théorie de la compétence nationale », *R.G.D.I.P.*, 2006-III, vol.110, p. 597-629.
- LEBEN (Ch.), « La responsabilité de l'Etat sur le fondement de traité relatif à la protection et à la promotion des investissements », *A.F.D.I.*, 2004, p. 683-714.
- LISSITZYN, "The Meaning of the Term Denial of Justice in International Law", *A.J.I.L.*, 1936, p. 632-646.
- MANN (F.A.), "British Treaties for the Promotion and Protection of Investments", *B.Y.I.L.*, 1981, p. 241-254.
- MATSCHER (F.), « Dans quelle mesure une violation du droit national entraîne-t-elle une violation de la Convention ? », *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, p.579-592.
- PAULSSON (J.) et PETROCHILO (G.), « *Neer-ly Mised ?* », *ICSID Review-FILJ*, 2007, p. 242-257.
- PERELMAN (C.), « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse », in *La motivation des décisions de justice*, sous la dir. de C. Perelman et P. Foriers, Travaux du C.N.R.L., Bruxelles, Bruylant, 1978, p.414-426.

- PERRIN (G.), « La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la Commission de Droit International », *Mélanges Rudolf Bindschedler*, Berne, 1980, p. 271-290.
- PISILLO-MAZZESCHI (R), « "Due diligence" e responsabilità internazionale degli Stati », *G.Y.I.L.*, 1992, vol.35, p. 9-51.
- REUTER (P.), « Trois observations sur la codification de la responsabilité internationale des Etats pour fait illicite », *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement : mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, p. 389-398.
- REUTER (P.), « Quelques réflexions sur l'équité en droit international », *R.B.D.I.*, 1880-I, vol. 15, p. 165-186.
- RIGAUX (F.), « Le pouvoir d'appréciation de la Cour de Justice de la Communauté Européenne à l'égard des faits », *Mel. W. J. Ganshof Van Der Meersh*, T.2, Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 365-381.
- ROLIN (H.), « Le contrôle international des juridictions nationales », *R.B.D.I.*, 1967, p.1-23.
- ROOT (E.), "The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad", *A.J.I.L.*, 1910, vol.4, p.517 et s.
- ROOT (E.), "The Relations between International Tribunals of Arbitration and the Jurisdiction of National Courts", *A.J.I.L.*, 1909, vol.3, p.529 et s.
- SALMON (J.), « Le fait dans l'application du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1982-II, T.175, p.257-414.
- SALMON (J.), « Le fait illicite complexe : une notion contestable », *A.F.D.I.*, 1982, p. 709-738.
- SALMON (J.), « Le concept de raisonnable en droit international public », *Le droit international, unité et diversité : mélanges offerts à Paul Reuter*, p. 447-478.
- SALMON (J.), « Quelques observations sur la qualification en droit international public », *Mélanges Fernand Dehousse*, vol. 1, *Les progrès du droit des gens*, Paris, F. Nathan, 1979, p.97-105.
- STRASSER (W.), « The Relationship between Substantive Rights and Procedural Rights Guaranteed by the European Convention on Human Rights », *Protecting human rights : the European dimension : studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Heymans, p.595-604.

- SURREL (H.), « Les juges européens confrontés à l'interprétation des différences de traitement fondées sur le sexe », *R.T.D.H.*, 2004, n°57, p. 141-174.
- TENEKIDES (C.), « Les jugements nationaux « manifestement injustes » envisagés comme source de la responsabilité internationale des Etats », *R.G.D.I.P.*, 1939, T.XIII, p.373-389.
- THOMAS (J.C.), “Reflections on Article 1105 of NAFTA : History, State Practice and the Influence of Commentators”, *F.I.L.J.*, vol.17, 2002-1, p.21 et s.
- VAN COMPERNOLLE (J.), « Les exigences du procès équitable et l'administration des preuves dans le procès civil », *R.T.D.H.*, 2012, n°92
- VAN DROOGHENBROECK (S.), « Les bornes du texte et les limites de la créativité prétorienne (obs. s/ CEDH, Scoppola c. Italie n°2, 17/09/2009) », *R.T.D.H.*, 2010, n°84
- VIGROUX-ECHEGUT (M.), « Le contrôle de la qualification juridique des faits dans le contentieux de l'expulsion des étrangers », *R.T.D.H.*, 2000, n°43, p.479-502.
- VITANYI (B.), “International Responsibility of States for their Administration of Justice”, *N.I.L.R.*, 1975, vol.22, fac.2, p. 131-164.
- WYLER (E.), « Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite », *R.G.D.I.P.*, 1991-IV, p.881-914.
- YASSEEN (M. K.), « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *R.C.A.D.I.*, 1976-III, p.1-114.

- SOURCES -

Annuaire de la Commission du droit International, en particulier :

A.C.D.I., 1956, vol. II : A/CN.4.Ser.A/1956/add.1

A.C.D.I., 1957, vol. II : A/CN.4.Ser.A/1957/add.1

A.C.D.I., 1977, vol. I : A/CN.4.Ser.A/1977

A.C.D.I., 1977, vol. II: A/CN.4.Ser.A/1977/add.1

A.C.D.I., 1978, vol. I: A/CN.4.Ser.A/1978

A.C.D.I., 1978, vol. II: A/CN.4.Ser.A/1978/add.1

A.C.D.I., 1999, vol. II: A/CN.4/498 (1999)

Résolution de l'I.D.I., Lausanne, 1927, « Responsabilité internationale de l'Etat à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers », An.I.D.I., 1927, vol.3.

Table de la jurisprudence

Cour permanente de Justice internationale

Site : <http://www.icj-cij.org/pcij/index.php?p1=9>

Affaire relative au *Service postal polonais à Dantzig* (avis consultatif), 16 mai 1925, série B, n°11

Affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise* (arrêt au fond), 25 mai 1926, série A, n°7

Affaire du *Lotus*, 7 septembre 1927, série A, n°10

Affaire relative aux *Emprunts brésiliens*, 12 juillet 1929, série A, n°20

Affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex*, 7 juin 1932, série A/B, n°46

Affaire des *Décrets-lois dantziens* (avis consultatif), 4 décembre 1935, série A/B, n°65

Affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, 28 février 1939, série A/B, n°76

Cour internationale de Justice

Site : <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=66&case=70&code=nus&p3=4>

Arrêts :

Affaire du *Détroit de Corfou*, Royaume-Uni c. Albanie, arrêt du 9 avril 1949 (fond), Rec. 1949

Affaire du *Droit d'asile*, Colombie c. Pérou, 20 novembre 1950, Rec. 1950

- Affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*, France c. Norvège, arrêt du 6 juillet 1957 (exceptions préliminaires), Rec. 1957
- Affaire de l'*Interhandel*, Suisse c. Etats-Unis d'Amérique, arrêt du 21 mai 1959 (exceptions préliminaires), Rec. 1959
- Affaire relative à la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, Honduras c. Nicaragua, arrêt du 18 novembre 1960, Rec. 1960
- Affaire du *Temple de Préah Vihéar*, Cambodge c. Thaïlande, arrêt du 15 juin 1962 (fond), Rec. 1962
- Affaire du *Cameroun septentrional*, Cameroun c. Royaume-Uni, arrêt du 2 décembre 1963 (exceptions préliminaires), Rec. 1963
- Affaires du *Sud-Ouest africain*, Ethiopie et Liberia c. Afrique du Sud, arrêt du 18 juillet 1966 (2e phase), Rec. 1966
- Affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, Danemark c. République Fédérale d'Allemagne et République Fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas, arrêt du 20 février 1969, Rec. 1969
- Affaire de la *Barcelona Traction Light and Power Limited*, Belgique c. Espagne, arrêt du 5 février 1970 (2^e phase), Rec. 1970
- Affaires relatives à la *Compétence en matière de pêcheries*, Royaume-Uni c. Islande et République Fédérale d'Allemagne c. Islande, arrêt du 25 juillet 1974 (fond), Rec. 1974
- Affaire relative aux *Essais nucléaires*, Australie c. France, 20 décembre 1974, Rec. 1974
- Affaire du *Plateau continental*, Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne, 24 février 1982, Rec. 1982
- Affaire relative aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique, 26 novembre 1984, Rec. 1984
- Affaire relative à la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, Canada c. Etats-Unis d'Amérique, 12 octobre 1984, Rec. 1984
- Affaire *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Etats-Unis d'Amérique c. Italie, 20 juillet 1989, Rec. 1989
- Affaire relative à la *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989*, Guinée-Bissau c. Sénégal, 12 novembre 1991, Rec. 1991
- Affaire relative à la *Souveraineté sur Pedra Branca / Pulau Batu Puteh, Middles Rocks et South Ledge*, Malaisie c. Singapour, 23 mai 2008, Rec. 2008
- Affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*, Costa-Rica c. Nicaragua, 13 juillet 2009, Rec. 2009
- Affaire relative à *Des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, Argentine c. Uruguay, 20 avril 2010, Rec. 2010

Avis consultatifs :

Avis consultatif relatif aux *Conditions de l'admission d'un Etat comme membre des Nations Unies*, 28 mai 1948, Rec. 1948

Avis consultatif relatif à la *compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies*, 3 mars 1950, Rec. 1950

Avis consultatif relatif à l'*Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, 13 juillet 1954, Rec. 1954

Avis consultatif relatif aux *jugements du Tribunal administratif de l'O.I.T. sur requête contre l'U.N.E.S.C.O.*, 23 octobre 1956, Rec. 1956

Avis consultatif relatif à la *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, 8 juin 1960, Rec. 1960

Avis consultatif relatif aux *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie nonobstant la résolution 276 du Conseil de sécurité*, 21 juin 1971, Rec. 1971

Avis consultatif relatif à la *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies*, 12 juillet 1973, Rec. 1973

Avis consultatif relatif à l'*interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, 20 décembre 1980, Rec. 1980

Avis consultatif relatif à la *Demande de réformation du jugement n°333 du Tribunal administratif des Nations Unies*, 27 mai 1987, Rec. 1987

Cour européenne des droits de l'homme

Site : <http://www.echr.coe.int/ECHR/FRHeader/Case-law/Decisions+and+judgments/HUDOC+database/>

Arrêt *Adolf c. Autriche*, 26 mars 1982, A-49

Arrêt *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, A-32

Arrêt *Allenet de Ribemont c. France*, 10 février 1995, A-308

Arrêt *Annoni di Gussola et a. c. France*, 14 nov. 2000, Rec. 2000-IX

Arrêt *Antica et la société « R » c. Roumanie*, 2 mars 2010, req. n°26732/03

Arrêt *Artico c. Italie*, 13 mai 1980, A-37

Arrêt *Baraona c. Portugal*, 8 juillet 1987, A-122

- Arrêt *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, 6 décembre 1988, A-146
- Arrêt *Benthem c. Pays-Bas*, 23 octobre 1985, A-7
- Arrêt *Borgers c. Belgique*, 30 octobre 1991, A-214B
- Arrêt *Bozano c. Italie*, 18 décembre 1986, A-111
- Arrêt *Bykov c. Russie*, 10 mars 2009, req. n°4378/02
- Arrêt *C.R. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, A-335C
- Arrêt *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, 28 juin 1984, A-80
- Arrêt *Castells c. Espagne*, 23 avril 1992, A-236
- Arrêt *Cianetti c. Italie*, 22 avril 2004, req. n° 55634/00
- Arrêt *Coëme et a. c. Belgique*, 22 juin 2000, req. nos 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96
- Arrêt *Condron c. Royaume-Uni*, 2 mai 2000, req. n°35718/97
- Arrêt *Craxi c. Italie*, 5 mars 2003, req. n° 34896/97
- Arrêt *De Cubber c. Belgique*, 26 octobre 1984, A-86
- Arrêt *Defalque c. Belgique*, 20 avril 2006, req. n°37330/02
- Arrêt *Delcourt c. Belgique*, 17 janvier 1970, A-11
- Arrêts *Di Pede c. Italie*, 26 sept. 1996, Rec. 1996-IV
- Arrêt *Donadzé c. Georgie*, 7 mars 2006, req. n°74644/01
- Arrêt *Dulaurans c. France*, 21 mars 2000, req. n°34553/97
- Arrêt *Edificaciones March Gallego S.A. c. Espagne*, 19 février 1998, Rec. 1998-I
- Arrêt *Edwards c. Royaume-Uni*, 16 décembre 1992, A-247B
- Arrêt *Engel et a. c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, A-22
- Arrêt *Ernst et a. c. Belgique*, 15 juillet 2003, Req. n° 33400/96
- Arrêt *Fayed c. Royaume-Uni*, 21 septembre 1994, A-294B
- Arrêt *Feldbrugge v. Pays-Bas*, 29 mai 1986, A-99
- Arrêt *Fera c. Italie*, 21 avril 2005, req. n°45057/98
- Arrêt *Findlay c. Royaume-Uni*, 25 février 1997, Rec. 1997-I
- Arrêt *Foti et a. c. Italie*, 10 décembre 1982, A-56
- Arrêt *Fourchon c. France*, 28 juin 2005, req. n°60145/00
- Arrêt *Frydlender c. France*, 27 juin 2000, Rec. 2000-VII
- Arrêt *Funke c. France*, 25 février 1993, A-256A
- Arrêt *García Manibardo c. Espagne*, 15 février 2000, Rec. 2000-II
- Arrêt *Gafgen c. Allemagne*, 1^{er} juin 2010, Rec. 2010
- Arrêt *Gautrin et a. c. France*, 20 mai 1998, Rec. 1998-III
- Arrêt *Geouffre de la Pradelle c. France*, 16 décembre 1992, A-253B
- Arrêt *Gheorghe c. Roumanie*, 15 mars 2007, req. no 19215/04

- Arrêt *Gillow c. Royaume-Uni*, 24 novembre 1986, A-109
- Arrêt *Goddi c. Italie*, 9 avril 1984, A-76
- Arrêt *Gok et a. c. Turquie*, 27 juillet 2006, req. nos 71867/01, 71869/01, 73319/01 et 74858/01
- Arrêt *Göktan c. France*, 2 juillet 2002, Rec. 2002-V
- Arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, A-18
- Arrêt *Gorzelik et a c. Pologne*, 17 février 2004, Rec. 2004-I
- Arrêt *Granger c. Royaume-Uni*, 28 mars 1990, A-174
- Arrêt *H. c. Belgique*, 30 novembre 1987, A-127B
- Arrêt *Hadjianastassiou c. Grèce*, 16 décembre 1992, A-252
- Arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, A-24
- Arrêt *Hauschildt c. Danemark*, 24 mai 1989, A-154
- Arrêt *Helle c. Finlande*, 19 décembre 1997, Rec. 1997-VIII
- Arrêt *Helmers c. Suède*, 29 octobre 1991, A-212A
- Arrêt *Higgins et a c. France*, 19 février 1998, Rec. 1998-I
- Arrêt *Hiro Balani c. Espagne*, 9 décembre 1994, A-303B
- Arrêt *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, Rec. 1997-II
- Arrêt *I.J.L. et a. c. Royaume-Uni*, 19 septembre 2000, Rec. 2000-IX
- Arrêt *Incal c. Turquie*, 9 juin 1998, Rec. 1998-IV
- Arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, A-25
- Arrêt *Jalloh c. Allemagne*, 11 juillet 2006, Rec. 2006-IX
- Arrêt *James et a. c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, A-98
- Arrêt *Jane Smith c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, req. n°25154/94
- Arrêt *John Murray c. Royaume-Uni*, 8 février 1996, Rec. 1996-I
- Arrêt *Kaggali c. Grèce*, 19 mai 2005, req. n°99733/03
- Arrêt *Khan c. Royaume-Uni*, 12 mai 2000, Rec. 2000-V
- Arrêt *König c. Allemagne*, 28 juin 1978, A-27
- Arrêt *Kudla c. Pologne*, 26 octobre 2000, Rec. 2000-IX
- Arrêt *Kyprianou c. Chypre*, 15 décembre 2005, Rec. 2005-VIII
- Arrêt *Landborger c. Suède*, 22 juin 1989, A-155
- Arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, A-43
- Arrêt *Letellier c. France*, 26 juin 1991, A-207
- Arrêt relatif à « *certaines aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* » *c. Belgique*, 23 juillet 1968, A-6
- Arrêt *Lithgow et a. c. Royaume-Uni*, 28 juillet 1986, A-102
- Arrêt *Lobo Machado c. Portugal*, 20 février 1996, Rec. 1996-I

Arrêt *Loukanov c. Bulgarie*, 20 mars 1997, Rec. 1997-II
Arrêt *Luberti c. Italie*, 23 février 1984, A-75
Arrêt *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, A-31
Arrêt *Melich et Beck c. République Tchèque*, 24 juillet 2008, req. n° 35450/04
Arrêt *Minelli c. Suisse*, 25 mars 1983, A-62
Arrêt *Papazafiris c. Grèce*, 23 janvier 2003, req. n°55753/00
Arrêt *Perez c. France*, 12 février 2004, Rec. 2004-I
Arrêt *Perlala c. Grèce*, 22 février 2007, req. n°17721/04
Arrêt *Perna c. Italie*, 25 juillet 2001, req. n° 48898/99
Arrêt *Perna c. Italie*, 6 mai 2003, req. n° 48898/99
Arrêt *Pham Hoang c. France*, 29 août 1992, A-243
Arrêt *Phillips c. Royaume-Uni*, 5 juillet 2001, Rec. 2001-VII
Arrêt *Piermont c. France*, 27 avril 1995, A-314
Arrêt *Piersack c. Belgique*, 1er octobre 1982, A-53
Arrêt *Pisano c. Italie*, 27 juillet 2000, req. n° 36732/97
Arrêt *Poitrimol c. France*, 23 novembre 1993, A-277A
Arrêt *Puig Panella c. Espagne*, 25 avril 2006, req. n°1483/02
Arrêt *Pullar c. Royaume-Uni*, 10 juin 1996, Rec.1996-III
Arrêt *Rachdad c. France*, 13 novembre 2003, req. n°41846/01
Arrêt *Radeva c. Bulgarie*, 3 juillet 2012, req. n° 13577/05
Arrêt *Ramanauskas c. Lituanie*, 5 février 2008, Rec. 2008
Arrêt *Riccardi Pizzati c. Italie*, 29 mars 2006, req. n°62361/00
Arrêt *Ruiz Torija c. Espagne*, 9 décembre 1994, A-303A
Arrêt *S.A.R.L. Aborcas c. France*, 30 mai 2006, req. n°59423/00.
Arrêt *Saunders c. Royaume-Uni*, 17 décembre 1996, Rec. 1996-VI
Arrêt *Schenk c. Suisse*, 12 juillet 1988, A-140
Arrêt *Schöps c. Allemagne*, 13 février 2001, Rec. 2001-I
Arrêt *Scozzari et Giunta c. Italie*, 13 juillet 2000, Rec. 2000-VIII
Arrêt *Silva Pontes c. Portugal*, 23 mars 1994, A-286A
Arrêt *Sramek c. Autriche*, 22 octobre 1984, A-84
Arrêt *Steel et a. c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998, Rec. 1998-VII
Arrêt *Svipsta c. Lettonie*, 9 mars 2006, Rec. 2006-III (extraits), req. n°66820/01
Arrêt *Tejedor Garcia c. Espagne*, 16 décembre 1997, Rec. 1997-VIII
Arrêt *Teixeira de Castro c. Portugal*, 9 juin 1998, Rec. 1998-IV
Arrêt *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, 23 juillet 1995, A-316B
Arrêt *Udorovic c. Italie*, 18 mai 2010, req. n°38532/02,

Arrêt *Ute Saur Vallnet c. Andorre*, 29 mai 2012, req. n°16047/10

Arrêt *Van de Hurk c. Pays-Bas*, 19 avril 1994, A-288

Arrêt *Van Geyseghem c. Belgique*, 21 janvier 1999, Rec. 1999-I

Arrêt *Van Mechelen et a. c. Pays-Bas*, 23 avril 1997, Rec. 1997-III

Arrêt *Vermeulen c. Belgique*, 20 février 1996, Rec. 1996-I

Arrêt *Vidal c. Belgique*, 22 avril 1992, A-235B

Arrêt *W. c. Suisse*, 26 janvier 1993, A-254A

Arrêt *Waite et Kennedy c. Allemagne*, 18 février 1999, Rec. 1999-I

Arrêt *Wemhoff c. Allemagne*, 27 juin 1968, A-7

Arrêt *Wiesinger c. Autriche*, 30 octobre 1991, A-213

Arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979, A-33

Arrêt *Wos c. Pologne*, 8 juin 2006, Rec. 2006-VII

Arrêt *X c. Royaume-Uni*, 5 novembre 1981, A-46

Arrêt *Zappia c. Italie*, 26 sept. 1996, Rec. 1996-IV

Cour interaméricaine de droits de l'homme

Site : <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

Affaire *Carlos Alberto Marin Ramirez c. Colombie*, 29 septembre 1998, Req. n°11.403

Affaire *Carmelo Soria Espinoza c. Chili*, 6 mars 2003, Req. n°11.725

Affaire *Castillo Petruzzi et a. c. Pérou* (fond), 30 mai 1999, Série C, n°52

Affaire *Genie Lacayo c. Nicaragua* (fond), 29 janvier 1997, Série C, n°30

Affaire *Gustavo Gómez López c. Venezuela*, 28 septembre 1998, Req. n°11.703

Affaire *Masacre « Caloto » c. Colombie*, 13 avril 2000, Req. n°11.101

Affaire *Myrna Mack Chang c. Guatemala* (fond), 25 novembre 2003, Série C, n°101

Affaire *Olmedo Bustos et a. c. Chili* (affaire dite de « la dernière tentation du Christ »), 5 février 2001, Série C, n°73

Affaire *Reinaldo Figueredo Planchart c. République Bolivarienne du Venezuela*, 13 avril 2000, Req. n°11.298

Affaire *Villagrán Morales et a. c. Guatemala* (affaire dite « des enfants de la rue »), 19 novembre 1999, Série C, n°63

Comité des droits de l'homme des Nations-Unies

Site : <http://www2.ohchr.org/english/bodies/petitions/index.htm>

Décision *Anna Maroufidou c. Suède*, 9 avril 1981, com. n°18/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1

Décision *Adolfo Drescher Caldas c. Uruguay*, 21 juillet 1993, com. n°43/1979, U.N. Doc. A/38/40

Décision *Daniel Monguya Mbenge c. Zaire*, 25 mars 1983, com. n°. 16/1977, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 (1990)

Décision *Del Cid Gomez c. Panama*, 24 août 1991, com. n°473/1991, U.N. Doc. CCPR/C/54/D/390/1990/Rev.1 (1995)

Décision *Dole Chadee et a. c. Trinité et Tobago*, 29 juillet 1998, com. n°813/1998, U.N. Doc. CCPR/C/63/D/813/1998.

Décision *Fillastre et Bizouarn c. Bolivie*, com. n°336/1988, U.N. Doc. CCPR/C/43/D/336/1988 (1991)

Décision *Gonzalo Bonelo Sánchez c. Espagne*, 29 juillet 1997, com. n°698/1996, U.N. Doc. CCPR/C/60/D/698/1996

Décision *Hamilton c. Jamaïque*, 23 mars 1994, com. n°333/1988, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/333/1988 (1994)

Décision *Olo Bahamonde c. Guinée Equatoriale*, 20 octobre 1993, com. n° 468/1991, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/468/1991 (1993)

Tribunaux arbitraux

Affaire *Bronner*, Etats-Unis d'Amérique c. Mexique, Moore, *Arbitrations*, p.3134 et s.

Affaire *Chattin*, Etats-Unis d'Amérique c. Mexique, 23 juillet 1927, *R.S.A.*, vol.II, p.282-312.

Affaire *Chevreau*, France c. Royaume-Uni, 9 juin 1931, *R.S.A.*, Vol.II, p.1113 et s.

Affaire *Cotesworth et Powell*, Royaume-Uni c. Colombie, 5 novembre 1875, Moore, *Arbitrations*, p.2050-2085.

- Affaire *Croft*, Royaume-Uni c. Portugal, 7 février 1956, Lapradelle et Politis, *R.A.I.*, vol.II, p.2-22.
- Affaire de la *Délimitation maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, 14 février 1985, *R.S.A.*, vol.XIX, p.149-196.
- Affaire *Fabiani*, France c. Venezuela, 31 juillet 1905, *R.S.A.*, vol.X, p. 83-139.
- Affaire *Francis*, Royaume-Uni c. Mexique, 15 février 1930, *R.S.A.*, vol.V, p.99-100.
- Affaire *Garcia y Garza*, Mexique c. Etats-Unis d'Amérique, 3 décembre 1926, *R.S.A.*, vol.IV, p.119-134.
- Affaire du *Golfe du Saint-Laurent*, Canada c. France, 17 juillet 1986, *R.S.A.*, vol.XIX, p.225-296.
- Affaire *Gordon*, Etats-Unis d'Amérique c. Mexique, 8 octobre 1930, *R.S.A.*, vol.VI p.586-593.
- Affaire *George W. Hopkins*, Etats-Unis d'Amérique c. Mexique, 3 juin 1927, *R.S.A.*, vol.IV, p.218-219.
- Affaire *Kennedy*, Etats-Unis d'Amérique c. Mexique, 6 mai 1927, *R.S.A.*, vol.IV, p.194-203.
- Affaire du *Lac Lanoux*, France c. Espagne, 16 novembre 1957, *R.S.A.*, vol.XII, p.281 et s.
- Affaire *Laura M. B. Janes et a.*, Etats-Unis d'Amérique c. Mexique, 16 novembre 1925, *R.S.A.*, vol.IV, p.82-98.
- Affaire *Martini*, Italie c. Venezuela, 3 mai 1930, *R.S.A.*, vol.II, p.975-1008.
- Affaire *Mecham*, Etats-Unis d'Amérique c. Mexique, 2 avril 1929, *R.S.A.*, vol.IV, p.440-444.
- Affaire *Morton*, Etats-Unis d'Amérique c. Mexique, 2 avril 1929, *R.S.A.*, vol.IV, p.428-435.
- Affaire *Neer*, Etats-Unis d'Amérique c. Mexique, 15 octobre 1926, *R.S.A.*, vol.IV, p.60-66.
- Affaire *The North Atlantic Coast Fisheries*, Royaume-Uni c. Etats-Unis d'Amérique, 7 septembre 1910, *R.S.A.*, vol.XI, p.167-226.
- Affaire *James Pugh*, Royaume-Uni c. Panama, 6 juillet 1933, *R.S.A.*, vol.III, p.1439-1453.
- Affaire *Putnam*, Etats-Unis d'Amérique c. Mexique, 15 avril 1927, *R.S.A.*, vol.IV, p.151-155.
- Affaire de l'*Ile de Palmas*, Pays-Bas c. Etats-Unis d'Amérique, 4 avril 1928, *R.S.A.*, vol.II, p.829-871.
- Affaire des *Indiens Cayuga*, Royaume-Uni c. Etats-Unis d'Amérique, 22 janvier 1926, *R.S.A.*, vol.VI, p.173-190.
- Affaire des *Biens britanniques au Maroc espagnol*, Espagne c. Royaume-Uni, 01 mai 1925, *R.S.A.*, vol.II, p.615-742.
- Affaire *Rihani*, Etats-Unis c. Mexique, décision 27-C, Reports of Claims Commission, 1948, p. 257 et s.
- Affaire *Salem*, Egypte c. Etats-Unis d'Amérique, 8 juin 1932, *R.S.A.*, vol.II, p.1161-1237.

Affaire *Solomon*, Etats-Unis d'Amérique c. Panama, 29 juin 1933, *R.S.A.*, vol.VI, p.370-377.
Affaire *Sartori*, Etats-Unis d'Amérique c. Pérou, Moore, *Arbitrations*, p.3120 et s.
Affaire du *Schooner Orient*, Etats-Unis d'Amérique c. Mexique, Moore, *Arbitrations*, vol.3, p.3229 et s.
Affaire *Smith*, Etats-Unis d'Amérique c. Cuba, 2 mai 1929, *R.S.A.*, vol.II, p.913-918.
Affaire *Tacna-Arica*, Chili c. Pérou, 4 mars 1925, *R.S.A.*, vol.II, p.921-958.
Affaire *Turner*, Etats-Unis d'Amérique c. Mexique, 23 juillet 1927, *R.S.A.*, vol.IV, p.278-282.
Affaire *Yuille, Shortridge et co.*, Royaume-Uni c. Portugal, 21 octobre 1861, La Fontaine, *Pasicrisie*, 1902, p.383 et s.

CIRDI - CNUDCI

Affaire *Amco Asia Corporation et a. c. République d'Indonésie* (exceptions préliminaires), 25 septembre 1983, *J.D.I.*, 1986, p.202 et s

Affaire *Amco Asia Corporation et a. c. République d'Indonésie* (fond), 20 novembre 1984, *I.L.M.*, 1985, vol.1022, p.24 et s.

Affaire *Asian Agricultural Products Limited c. Democratic socialist Republic of Sri Lanka*, 27 juin 1990, n°ARB/87/3, *ICSID report*, vol.4/*J.D.I.*, 1992.

Affaire *Robert Azinian c. United Mexican States*, 01 novembre 1999, n°ARB(AF)/97/2, *ICSID Report*, vol.5 (2002), p.272

Affaire *Compañia de aguas del Aconquija and Vivendi Universal c. Argentine*, 21 novembre 2000, *F.I.L.J.*, vol.16 (2001), p.641

Affaire *The Loewen group et Raymond Loewen c. États-Unis d'Amérique*, 26 juin 2003, n°ARB(AF)/98/3, *ICSID Report*, vol.7 (2005), p.442/*J.D.I.*, 2004, p.219

Affaire *Methanex Corporation c. Etats-Unis d'Amérique*, 11 octobre 2002, *ICSID Report*, vol.7, p.239

Affaire *Mondev International Ltd c. Etats-Unis d'Amérique*, 11 octobre 2002, n°ARB(AF)/99/2, *ICSID Report*, vol.6 (2004), p.192

Affaire *S.D. Myers c. Canada*, 13 novembre 2000, décision partielle

<http://italaw.com/documents/SDMeyers-1stPartialAward.pdf>

Affaire *Pantehniki SA contractors and engineers c. Republic of Albania*, 30 juillet 2009, ARB/07/21

https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=s howDoc&docId=DC1133_En&caseId=C113

Affaire *Pope & Talbot Inc. c. Canada* (2^e phase), 10 avril 2001

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0678.pdf>

Affaire *Pope & Talbot Inc. c. Canada* (dommages), 31 mai 2002, *ICSID Report*, vol.7, p.148

Affaire *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique*, 29 mai 2003, n°ARB(AF)/00/2, *F.I.L.J.*, vol.19, (2004), p.158

Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

Arrêt *Anto Furundzija*, 21 juillet 2000, n°IT-95-17/1-A

<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/acjug/fr/fur-aj000721f.pdf>

Arrêt *Dusko Tadic*, 7 mai 1997, n°IT-94-1-T

<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/fr/tad-tj970507f.pdf>

Arrêt *Dusko Tadic c. Le Procureur*, 15 juillet 1999, n°IT-94-1-A

<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/fr/tad-991507f.pdf>

Arrêt *Zlatko Aleksovski*, 24 mars 2000, n°IT-95-14/1-A

<http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/acjug/fr/ale-asj000324f.pdf>

Tribunal pénal international pour le Rwanda

Arrêt *Jean Bosco Barayagwiza*, 3 décembre 2003, n°ICTR-99-52-T

http://www.unictr.org/Portals/0/Case%5CFrench%5CBARAYAGWIZA_97-19%5Cjugement_et_sentence.pdf

Arrêt *Georges A. Nderubumwe Rutaganda c. Le Procureur*, n°ICTR-96-3-A,

http://www.unictr.org/Portals/0/Case%5CFrench%5CRUTAGANDA_George_96-3%5C030526f.pdf

Arrêt *Omar Serushago c. Le Procureur*, 6 avril 2000, n° ICTR-98-39-A,

http://www.unictr.org/Portals/0/Case%5CFrench%5CSERUSHAGO_Omar_98-39_Pleaded%20guilty%5C0400.pdf

Index

(Les numéros renvoient aux pages)

A

Arbitraire, 7, 8, 40, 61, 67 et s., 96, 131, 154, 160, 161, 164, 173, 178 et s., 190, 208, 209, 214, 263, 282, 289, 297, 299, 300, 308, 312
Aristote, 15, 87, 126, 127, 128, 198, 203, 229, 236, 326
Autorité de la chose jugée, 18, 28, 56, 102, 110, 134, 280

B

Bon sens, 10, 197 et s., 207, 272
Bonne foi, 7, 9, 20, 25, 51, 52, 59 et s., 87, 89, 91, 116, 125 et s., 170, 196, 204, 220, 230, 245, 246, 271, 288, 306

C

Contrôle normal, 10, 42, 166, 169 et s., 249
Contrôle restreint, 6, 10, 37, 42, 44, 48, 49, 57, 76, 78, 80, 86, 165, 169 et s.

D

Diligence, 8, 52, 87, 92 et s., 101, 129, 241, 271
Discrimination, 45, 63, 73, 74, 231, 236, 237, 289 et s., 318
Dispositif, 12, 248, 267, 287, 295, 303
Doute, 12, 13, 33, 54, 58, 86, 137, 139, 151, 185, 221, 250, 257, 258, 269 et s., 280 et s., 310 et s., 320

E

Egalité, 11, 83, 128 et s. 150, 153, 236, 237, 240, 300, 323
Epuisement des voies de recours internes, 8, 30, 87, 94, 102, 104, 105, 107, 109, 112 et s., 125, 138
Erreur, 7, 11 et s., 20, 39 et s., 57, 60, 62, 66, 74, 80, 86, 115, 160 et s., 169 et s., 215, 225, 233, 240 et s., 298, 304, 305, 310 et s.

F

Fait, 11 et s., 38 et s., 48, 54, 57, 59 et s., 71 et s., 89, 93, 95, 98 et s., 129 et s., 141, 142, 148, 151, 154, 155, 160 et s., 173, 177 et s., 184 et s., 199, 203 et s., 222, 223, 235 et s., 247 et s., 270 et s.

Fait complexe, 107

I

Interprétation, 7, 11, 38, 78, 88, 155, 201, 202, 216, 217, 220, 222, 251, 252

J

Justice formelle, 8, 9, 20, 120 et s., 141, 155, 164, 229

Justice substantielle, 9, 18, 20, 120, 124, 126, 141, 155, 159, 160, 163, 164

L

Lien de causalité, 12, 13, 242, 269, 275, 277, 278, 280, 311, 315 et s.

Logique, 10, 11, 24, 54, 112, 155, 198, 208 et s., 230, 260, 265, 271, 303, 304, 323

M

Mal-jugé, 7, 21, 49 et s., 60, 63, 66, 86, 89, 95, 157, 244, 297

Mauvaise foi, 7, 52, 54, 60 et s., 66, 73, 77, 127, 138, 141, 157, 164, 243 et s., 270, 288 et s.

Motif, 7, 11, 13, 42, 44 et s., 54, 67, 70, 72 et s., 80, 85, 154 et s., 208, 233, 235, 240, 241, 248 et s., 271, 287 et s., 302, 303, 306, 311, 312

Motivation, 180, 299 et s., 311

O

Obligation de moyens, 92, 93, 95 et s.

Obligation de résultat, 35, 96, 98, 101, 107, 108, 113

Opportunité, 11, 56, 74, 76, 80, 81, 170, 219, 231 et s., 237, 240, 250, 251, 281

P

Pouvoir discrétionnaire, 7, 8, 42, 61, 65 et s., 95, 96, 117, 154, 155, 170 et s., 188, 233, 240, 242, 267, 272, 282, 285, 300, 322

Présomption, 9, 12, 36, 52, 55, 63, 66 et s., 72, 125, 127, 128, 138 et s., 150 et s., 167, 174, 183, 185, 186, 217, 251, 257, 261, 269 et s., 281, 308 et s.

Preuves, 10, 12, 42, 47, 110, 112, 121, 131, 152, 153, 176, 178 et s., 245, 253 et s., 266, 304, 308

Proportionnalité, 34, 35, 45, 168, 173, 174, 239

R

Raisonnement, 10, 11, 13, 37, 116, 140 et s., 153, 163, 194, 200, 202, 208 et s., 232, 238, 249, 253, 258, 259, 263, 265, 273, 278, 285, 291 et s., 319 et s.

Rationalité, 10, 11, 197, 198, 204 et s., 231, 304

S

Standard, 7, 16, 20, 44, 51 et s., 64 et s., 72 et s., 86, 87, 93 et s., 109, 117, 134, 138, 141, 164, 192, 193, 227, 228, 231, 241, 246, 270, 272, 282, 320, 322

Standard international minimum, 16, 20, 44, 51 et s., 73, 86, 87, 93 et s., 117, 134, 138, 141, 164, 246, 282

Syllogisme, 11, 208, 210 et s., 249, 266, 294

SOMMAIRE

(Les numéros renvoient aux pages)

Thèse de Doctorat / décembre 2012	1
<i>Introduction</i>	9
<i>PARTIE I - LA NOTION DE DENI DE JUSTICE SUBSTANTIEL</i>	19
CHAPITRE I - LE DENI DE JUSTICE SUBSTANTIEL EN DROIT COUTUMIER	21
<u>Section 1 - Fondement du contrôle international</u>	
<u>des jugements manifestement injustes</u>	22
§1 - Le contrôle direct de la licéité internationale des jugements nationaux	23
A) La compétence du juge international pour contrôler un jugement interne	23
B) Le contrôle des décisions judiciaires nationales au titre du droit international	24
1) La compétence du juge international pour appliquer le droit international uniquement	25
2) La compétence du juge international pour contrôler l'application du droit interne par le juge interne	27
a) Le contrôle de la régularité interne des actes étatiques	28
b) Le contrôle de la licéité internationale des jugements nationaux	29
§2 - Le contrôle indirect de la licéité internationale des jugements nationaux :	
le cas du renvoi du droit international au droit interne	33
A) Le contrôle international de la régularité interne des décisions de justice nationales	33

1) Condition du contrôle	33
2) Etendue du contrôle.....	37
a) Un contrôle restreint	38
b) ... de la motivation	40
c) ... dans un domaine où le droit n'est pas controversé	42
B) Le jugement manifestement injuste, objet d'un contrôle restreint de régularité interne au titre du droit international	45
1) La responsabilité internationale exceptionnelle pour jugement manifestement injuste	45
a) Le principe d'irresponsabilité internationale de l'Etat pour « mal-jugé ».....	46
b) Le « jugement manifestement injuste », exception au principe d'irresponsabilité internationale de l'Etat pour mal-jugé	49
2) Etendue du contrôle du jugement manifestement injuste	53
<u>Section 2 - Détermination de l'obligation primaire violée : (1) l'obligation de bonne foi</u>	56
§1 - Obligation de bonne foi et interdiction d'exercer arbitrairement un pouvoir discrétionnaire	57
A) Définition de la bonne foi en droit international	57
1) La bonne foi subjective	58
a) La bonne foi, croyance rendant l'erreur excusable	58
b) La bonne foi comme absence de mauvaise foi	59
2) La bonne foi objective	60
3) La bonne foi semi-objective	61
B) Obligation d'agir de bonne foi et interdiction de l'abus de <i>discretion</i>	63
1) L'interdiction de l'abus de <i>discretion</i> , concrétisation du principe de bonne foi ..	63
a) L'interdiction de l'abus de <i>discretion</i> , concrétisation du principe général de bonne foi en matière de compétence	64
b) Interdiction de l'abus de droit et obligation d'exercer raisonnablement un pouvoir discrétionnaire, démembrements de l'interdiction de l'abus de <i>discretion</i>	66
2) La bonne foi-standard, critère de licéité de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire	69
a) L'appréciation de l'abus de <i>discretion</i> au regard du standard du raisonnable	70
b) Le contrôle objectif des motifs de l'acte	72
§2 - Le jugement manifestement injuste, exercice arbitraire du pouvoir internationalement discrétionnaire des autorités juridictionnelles de l'Etat	74

A)	Définition du pouvoir d'interprétation et d'application du droit interne mis en cause par la reconnaissance d'un déni de justice substantiel	75
1)	Définition du pouvoir discrétionnaire	75
a)	Le pouvoir discrétionnaire, un pouvoir d'appréciation	76
b)	Le pouvoir discrétionnaire, une marge d'appréciation	76
2)	Le pouvoir souverain des autorités juridictionnelles faisant l'objet d'un contrôle international, un pouvoir internationalement discrétionnaire	79
a)	Le contrôle d'un pouvoir discrétionnaire au regard d'une norme habilitante	79
b)	L'obligation d'exercer raisonnablement un pouvoir, norme habilitante implicite	81
B)	Le jugement manifestement injuste, un jugement arbitraire	83
<u>Section 3 - Détermination de l'obligation primaire violée :</u>		
	<u>(2) l'obligation coutumière de protection judiciaire des étrangers</u>	<u>87</u>
§1 -	Nature de l'obligation coutumière de protection judiciaire des étrangers	88
A)	Jurisprudence relative à la protection des étrangers	88
1)	L'obligation de prévention et de répression des actes préjudiciables aux étrangers, une obligation de diligence	89
2)	Le cas de l'obligation de protection judiciaire des étrangers : une obligation d'assurer une bonne administration de la justice interne	91
B)	Jurisprudence relative à la protection des investissements étrangers	93
1)	Eléments du débat	94
2)	Solution retenue	95
§2 -	Nature du déni de justice	98
A)	La controverse relative au moment de naissance de la responsabilité internationale de l'Etat pour déni de justice	99
1)	Positions classiques	99
2)	Position du Rapporteur Ago	102
B)	Le déni de justice substantiel, une forme de violation de l'obligation de protection judiciaire des étrangers	105
1)	Naissance de la responsabilité pour déni de justice	105
2)	L'épuisement des voies de recours internes, condition de fond de la responsabilité internationale de l'Etat pour déni de justice	108

CHAPITRE II - LE DENI DE JUSTICE SUBSTANTIEL

EN DROIT CONVENTIONNEL	114
Section 1 - Définition de l'obligation conventionnelle de protection judiciaire	116
§1 - Une obligation de protection formelle de la justice	117
A) L'obligation de protection judiciaire, une obligation procédurale de bonne administration de la justice formelle	118
1) Protection judiciaire et mise en œuvre des droits fondamentaux de l'homme	119
a) La protection judiciaire comme garantie du respect des droits fondamentaux de l'Homme	119
b) La protection judiciaire comme corollaire de la subsidiarité des juridictions internationales par rapport aux juridictions nationales	122
2) La justice formelle, objet de l'obligation conventionnelle de protection judiciaire	123
a) La conception aristotélicienne de la justice	123
b) La présomption de bonne foi et de compétence du juge	125
B) Les garanties explicites du procès équitable	126
1) La réglementation de la procédure judiciaire	127
a) Le droit à un procès public	127
b) Le droit à une procédure équitable	128
2) La réglementation du fonctionnement du procès	129
3) La réglementation de l'organisation du tribunal	131
a) Le droit à un tribunal compétent établi par la loi	131
b) Le droit à un tribunal indépendant et impartial	133
§2 - Une obligation de protection formelle de la justice substantielle	139
A) L'interprétation large de l'obligation conventionnelle de protection judiciaire	140
1) Le droit au procès équitable, élément d'un droit à la justice concrète	140
a) La reconnaissance jurisprudentielle du droit d'accès à la justice	140
b) La reconnaissance jurisprudentielle d'un droit à la justice concrète	145
2) L'interprétation large du droit au procès équitable stricto sensu	145
a) L'interprétation du champ d'application du droit au procès équitable	145
b) La reconnaissance des garanties implicites du droit au procès équitable	149
B) La reconnaissance implicite du droit au jugement juste et équitable	153
1) Le droit au jugement équitable, élément du droit au procès équitable	153
a) Le droit au procès équitable, un droit au processus décisionnel équitable	154
b) La présomption de justice et équité des jugements, une présomption simple	155
2) Le droit au jugement équitable, un droit au jugement motivé	156
a) Le droit au jugement équitable, un droit au jugement suffisamment motivé	156

- b) Le droit au jugement suffisamment motivé,
un droit au jugement raisonnablement motivé _____ 158

Section 2 - Le contrôle conventionnel de la protection judiciaire interne _____ 163

§1 - Le contrôle conventionnel de licéité internationale de l'administration de la justice interne _____	163
A) Nature du contrôle conventionnel des actes juridictionnels internes : contrôle concret contre contrôle abstrait _____	164
B) Etendue du contrôle conventionnel des actes juridictionnels internes : contrôle normal contre contrôle restreint _____	167
1) Le principe du contrôle normal de licéité conventionnelle des actes internes ____	167
2) L'exception au principe : le cas du contrôle des mesures nationales restreignant le droit au procès équitable _____	170
§2 - Le contrôle restreint de régularité interne des jugements nationaux discrétionnaires _____	174
A) Le contrôle de régularité interne des jugements nationaux, un élément du contrôle de licéité internationale du procès _____	175
B) Le contrôle de l'admission au procès de preuves irrégulières _____	178
1) Le contrôle de licéité interne de l'admission des preuves au procès _____	178
a) Le contrôle de motivation de l'admission des preuves au procès _____	179
b) Le rejet du contrôle de l'équité de l'admission au procès de preuves irrégulières _____	181
2) Le contrôle de l'utilisation des preuves irrégulières _____	182
a) Le principe général du contrôle de l'utilisation des preuves irrégulières admises au procès _____	182
b) Exceptions au principe : les preuves déloyales et les preuves irrégulières au regard des droits conventionnels absolus _____	186

PARTIE II - DEFINITION DU JUGEMENT RAISONNABLE

ET RECONNAISSANCE DU DENI DE JUSTICE SUBSTANTIEL _____ 191

CHAPITRE I - LES CRITERES DE RAISONNABILITE D'UN JUGEMENT _____ 193

Section 1 - Le raisonnable, ce qui est conforme aux exigences de la raison _____ 195

§1 - La raison du juge _____	195
A) La rationalité du juge _____	196
B) Le bon sens du juge _____	197
§2 - La raison du droit selon le juge _____	199
A) La volonté du législateur, raison du droit _____	199

1) La raison selon le droit	200
2) La raison du droit	201
B) La reconstruction par le juge de la volonté du législateur	202
1) La reconstruction de la volonté rationnelle du législateur rationnel	202
2) La reconstruction raisonnable de la volonté du législateur	204
Section 2 - La raisonnabilité du jugement au regard du raisonnement juridictionnel	207
§1 - Le raisonnement juridictionnel, un discours formellement logique	207
A) La motivation, formulation du raisonnement juridictionnel	207
B) Raisonnabilité de la motivation et rationalité du discours juridictionnel	208
C) La forme du discours juridictionnel, le syllogisme judiciaire	210
§2 - Le raisonnement juridictionnel, un discours substantiellement logique	212
A) Le raisonnement juridictionnel, une argumentation juridique	212
B) Les règles de la rationalité juridique	214
1) Les principes d'interprétation du droit	215
2) Les techniques d'interprétation du droit	216
Section 3 - La raisonnabilité du jugement au regard de son résultat	218
§1 - La raisonnabilité du jugement au regard de la logique de son résultat	218
A) L'intervention du raisonnable dans la mise en œuvre des règles de la rationalité juridique	219
1) Le raisonnable, critère général d'interprétation	219
2) Le raisonnable, fondement du choix interprétatif	220
B) Rejet de l'interprétation rationnelle mais non raisonnable	223
1) L'appel au raisonnable comme correctif à l'interprétation textuelle	223
2) Le principe général d'interprétation raisonnable au regard de son résultat	226
3) Le rejet de l'interprétation inadaptée	227
§2 - La raisonnabilité du jugement au regard de l'opportunité de son résultat	230
A) Le jugement raisonnable, un jugement équitable	231
1) Le principe du contrôle de l'opportunité du résultat du jugement raisonnable	231
2) Le contrôle d'opportunité au regard des circonstances, un contrôle de justice et d'équité	233
B) Les critères de fond du jugement raisonnable	235
1) L'égalité de traitement	235
2) La juste proportion	237

CHAPITRE II - LES ELEMENTS CONSTITUTIFS**DU JUGEMENT MANIFESTEMENT INJUSTE _____ 241**

Section 1 - Une erreur d'appréciation _____	242
§1 - Définition de l'erreur d'appréciation _____	242
A) L'erreur d'appréciation involontaire _____	243
B) L'erreur d'appréciation volontaire _____	245
§2 - Champ d'application de l'erreur d'appréciation _____	247
A) Le contrôle des motifs de droit comme de fait _____	248
B) L'erreur relative à l'établissement des faits _____	250
1) Une erreur de jugement du fait en droit _____	250
2) L'absence de prise en compte effective et raisonnable des allégations de fait des parties _____	251
3) L'erreur relative à l'admissibilité des moyens de preuve présentés au juge _____	253
4) L'erreur relative à l'appréciation des preuves présentées au juge _____	256
C) L'erreur relative à l'application du droit aux faits de l'espèce _____	259
1) L'erreur dans le choix de la disposition applicable _____	259
2) L'erreur d'interprétation de la disposition applicable _____	261
3) L'erreur de qualification juridique des faits stricto sensu _____	264
D) L'erreur relative au dispositif du jugement _____	266
 Section 2 - Une erreur manifeste et décisive _____	 268
§1 - Définition de l'erreur manifeste _____	268
A) L'erreur manifeste, une erreur évidente _____	268
1) Caractère de l'erreur manifeste et renversement de la présomption de bonne administration de la justice interne bénéficiant aux Etats _____	269
2) L'erreur manifeste, une erreur sur l'existence de laquelle il ne peut y avoir de doute _____	270
B) Nature de l'étalon d'évaluation du caractère manifeste de l'erreur _____	271
1) Le manifeste pour tout homme raisonnable _____	271
2) Le manifeste pour tout juge raisonnable _____	273
§2 - Définition de l'erreur décisive _____	274
A) Le lien de causalité entre l'erreur et la décision _____	274
1) La décision comme conséquence de l'erreur _____	274
2) Le caractère suffisant du lien de causalité _____	277
B) Le caractère injuste du jugement manifestement injuste _____	278

1) Distinction entre jugement manifestement injuste et jugement d'une injustice flagrante	279
2) Distinction entre jugement manifestement injuste et jugement manifestement déraisonnable	281

CHAPITRE III - L'ETABLISSEMENT DU DENI DE JUSTICE SUBSTANTIEL

PAR LE JUGE INTERNATIONAL 283

<u>Section 1 - L'appréciation des éléments objectifs de la motivation du jugement interne</u>	285
§1 - La motivation, objet du contrôle de raisonabilité du jugement interne	285
A) Définition de la motivation d'un jugement	286
1) La motivation, expression des motifs du jugement	286
2) La motivation, expression de l'intention du juge	288
B) Les éléments de la motivation d'un jugement	290
1) Le principe de liberté en matière de motivation des jugements	290
a) Le principe de liberté en matière de motivation des jugements internationaux ..	291
b) Le principe de liberté en matière de motivation des jugements nationaux	292
2) L'exigence d'une motivation suffisante	293
a) L'exposé clair du raisonnement du juge	294
b) La motivation suffisante au regard des attentes légitimes des parties	295
§2 - Les défauts objectifs de la motivation du jugement	296
A) Les défauts de formulation du raisonnement juridictionnel	297
1) La motivation sommaire	297
a) L'absence de réponse aux arguments pertinents des parties	298
b) L'absence de motivation des éléments du raisonnement juridictionnel appelant une justification	298
c) La motivation stéréotypée	300
2) La motivation obscure	301
B) Les défauts matériels du raisonnement juridictionnel	303
1) Les éléments de l'argumentation erronés	303
2) Les éléments de l'argumentation inacceptables	304
a) Le sentiment, argument juridiquement inacceptable	305
b) L'intime conviction, argument juridiquement acceptable	306
<u>Section 2 - L'appréciation raisonnable de l'existence du jugement manifestement injuste</u>	309
§1 - Le doute favorable au juge interne, un doute raisonnable	310
A) Erreur manifeste et établissement d'une certitude raisonnable du juge international quant à l'existence de l'erreur d'appréciation	310

1) Les motifs du jugement international limités aux éléments de fait et de droit non controversés _____	311
2) L'erreur manifeste, une erreur au-delà de tout doute raisonnable _____	312
B) Erreur décisive et établissement d'un lien de causalité raisonnable entre l'erreur d'appréciation et la décision injuste _____	314
1) Condition nécessaire : un lien de causalité indubitable ? _____	315
2) Condition suffisante : un lien de causalité raisonnable _____	317
§2 - L'obligation de motivation du jugement international constatant l'existence d'un jugement manifestement injuste _____	320
Conclusion _____	324
Bibliographie _____	327
Table de la jurisprudence _____	337
Index _____	349

Le déni de justice substantiel en droit international public - Résumé

La notion de déni de justice substantiel est problématique parce qu'elle suppose la reconnaissance de la responsabilité internationale de l'État pour ses décisions judiciaires nationales souveraines et donc le contrôle, par une juridiction internationale, de l'application discrétionnaire du droit interne par les autorités de justice nationales.

Attachée à la notion de déni de justice en droit coutumier et historiquement liée à une conception assez large, et controversée, de la protection due par les États aux étrangers sur leur territoire, la notion de déni de justice substantiel doit encore affirmer son emprise en droit international conventionnel, non seulement dans le domaine de la protection des investissements internationaux mais aussi, et surtout, dans le domaine de la protection des droits de l'homme parce que l'enjeu, dans ce domaine, est particulièrement important et que la question s'y pose avec le plus d'acuité.

Outre l'étude de la notion coutumière et son affirmation comme forme de déni de justice, l'intérêt de cette étude est de faire ressortir l'existence d'un droit général et subjectif au jugement raisonnable, dont la définition permet de mettre en avant les limites du pouvoir normatif que la mise en oeuvre d'un standard attribue au juge international lorsqu'il contrôle la régularité interne des jugements nationaux.

Descripteurs : erreur manifeste d'appréciation – fait illicite – jugement manifestement injuste – pouvoir discrétionnaire – raisonnable – responsabilité internationale

Substantial Denial of Justice in International Public Law - Abstract

The notion of substantial denial of justice is problematic because it assumes the recognition of the international responsibility of the State in its judicial national sovereign decisions and thus the review, by an international jurisdiction, of the discretionary application of internal law by national judicial authorities.

Attached to the notion of denial of justice in customary law, and historically linked to a fairly large and controversial perception of the protection that is required from States to foreigners on their territories, the notion of substantial denial of justice must still assert its influence in international conventional law, not only in the field of international investment protection but also, and foremost, in the area of human rights protection, because the stakes in that field are particularly important and the questions they raise are more relevant.

Besides the study of the customary notion and its assertion as a form of denial of justice, the main point of this study is to highlight the existence of a general and subjective right to reasonable judgment, of which the definition allows to point out the limits of the normative power that the implementation of a standard provides to an international judge when he is called upon to review the internal regularity of national judgments.

Keywords : Discretion – Illicit fact – International responsibility – Manifest error of appreciation – Manifestly unjust judgement – Reasonable