

Université de Craiova
Ecole Doctorale des Sciences Socio-Humaines
Faculté de Droit et Sciences Sociales

**Le rôle du juge national dans la protection
des droits de l'homme**
-thèse de doctorat-

Coordination scientifique :
Prof. Univ. Dr. **DAN CLAUDIU DĂNIȘOR**

Candidate au doctorat :
BRĂCĂCESCU LAVINIA NICOLETA

Craiova
2015

Résumé

Le rôle du juge national dans la protection des droits de l'homme suppose plus qu'un ensemble systémique des compétences; il est devenu un phénomène tant juridictionnel que doctrinaire. Cependant aborder cette question se révèle souvent ponctuelle ou unilatérale; mais rarement une question des principes. À la suite de cette pratique, la recherche scientifique vise à équilibrer un état d'analyse profonde des choses, en commençant dès la perception de ce que devrait être dans le système judiciaire dans la protection des droits. L'existence d'un élément central, d'une idée première (que la protection des droits est le but ultime de la justice) et les mécanismes au service de cette idée sont les conditions pour avoir un niveau constant de protection des droits individuels. En offrant une nouvelle perspective de travail, la recherche offre des chances nouvelles à l'individu, mais aussi au juge pour éviter les préjudices aux droits et même condamnations de l'état ou des nouveaux procès sur l'affaire.

La perspective constitutionnelle et celle européenne constituent les deux directions d'analyse sur lesquelles on fait des appréciations concernant ce qu'il existe et ce qu'il faut exister dans la matière de garanti de la protection des droits par le juge. Présentées individuellement et parfois d'une façon critique dans le premier titre, ces directions peut être rencontrées sous le voile du deuxième titre dédié à l'essai de configurer la protection en fonction des nouvelles coordonnées; ceux-ci se préoccupe d'une analyse prospective, dans la première partie principale, et dans la deuxième appliquée.

Ce phénomène de la perception du juge comme « une condition pour la validité de la protection » a déclenché tout un circuit de mots-clefs et

d'idées-clefs. La plupart prend en considération le fait que l'objectif de la protection peut être satisfait dans des différents degrés, à l'occasion de la même affaire; que suivre de près la lettre de la loi ou le raisonnement des tribunaux nationaux ou étrangers ne sont pas à priori la garanti maximale concernant la satisfaction de la protection; qu'une protection efficace n'est pas le même avec la protection efficiente; que la protection uniforme n'est pas le même avec une protection élevée; et que le problème n'est pas l'assimilation correcte des concepts, que l'emploi adéquate des procédés correspondants aux concepts et à l'objectif suivi.

Orientée autour de ces idées, la recherche est structurée en deux titres complémentaires approchant la problématique des mécanismes de protection appliqués par le juge, telle que règlementés du point de vue juridique, interprétés du point de vue jurisprudentiel et assumés par le juge. Autrement dit, on exposera une réalité vive, théorique, mais aussi pratique, sur la protection de la personne (premier titre), mais aussi une réalité viable, parfois préférable à la réalité existante qui perd du terrain due à la manière déficitaire d'assumer l'objectif de la protection (le deuxième titre). Ainsi, la réalité existante peut être une source des contradictions si on regarde le rôle du juge national du point de vue institutionnel et instrumental. Mais peut être aussi une panacée, en favorisant une reconfiguration de la protection, cette fois-ci désirable, non seulement par atteindre l'objectif, mais aussi par les mécanismes concrets de satisfaction.

Le premier titre de la recherche intitulé « *Configuration des mécanismes judiciaires de protection des droits de l'homme* » établi les contours de « remise – réception » normative vers et par le juge. Sujet si clair, mais toutefois controversé, le rôle du juge est analysé sur plusieurs paliers disciplinaires, impliquant des questions sociologiques, philosophies

politiques et débats juridiques. Le titre rend les influences tant nationales que transnationales ressenties par le juge dans la matière de la protection, provenant tant au niveau normatif (Constitution de la Roumanie, Convention Européenne des Droits de l'Homme, la Carte des droits fondamentaux de l'Union Européenne), qu'au niveau jurisprudentiel (Cour Constitutionnelle de la Roumanie, tribunaux nationaux suprêmes, tribunaux étrangers, Cour Européenne des Droits de l'Homme, la Cour de Justice de Luxembourg). Contrairement à la sphère normative des mécanismes formels de protection rendus en tant que tel et par le catalogue textuel des droits, la sphère jurisprudentielle vient comme une complétion, parfois critique, de la manière adéquate pour approcher et appliquer ces réglementations.

Le titre abonde des références normatives, interprétées du point de vue jurisprudentiel or doctrinaire selon des critères conformément à l'objectif de la protection. Il comporte deux parties, l'une dédiée à la perspective constitutionnelle sur la satisfaction de l'impératif de la protection des droits et l'autre dédiée à la perspective européenne sur la satisfaction du même objectif.

La finalité de la protection des droits et libertés de la personne doit être perçue comme une donnée, et tout ce qu'on construit autour de cette donnée doit le conserver, certainement pas le mettre dans des hypothèses concurrentielles ou contradictoires d'où il sort perdant. Ainsi, il faut citer, interpréter et appliquer les réglementations, soit constitutionnelles, soit européennes.

Partie Ière du premier titre, nommée « *Perspective constitutionnelle sur la satisfaction de l'impératif de la protection des droits* » présente les premiers leviers mis à la disposition du juge pour comprendre tant la valeur de l'impératif de la protection des droits que les prémisses juridictionnelles

pour assurer leur efficacité. La recherche ne se limite pas à une simple exposition des réglementations ou compétences juridictionnelles, mais elle essaie à trouver les ressorts intimes qui légitiment la protection des droits, indépendamment des circonstances particulières de l'affaire donné.

La valorisation des droits par le juge est possible tant qu'ils sont réalisés conformément aux procédures supportant et respectant elles-mêmes l'impératif de la protection des personnes; autrement dit, la fin ne justifie pas les moyens, même lorsqu'elle semble favorable pour l'individu, car elle sûrement cache des conséquences néfastes et dommages étouffées des droits d'un autrui. Les procédures concordantes à la protection sont préfigurées par de mécanismes formels de protection telle que la dévolution verticale ou horizontale de la pouvoir (l'accent est mis ici sur les rapports existants entre le pouvoir du juge et les autres pouvoirs, ainsi que sur la connaissance de la hiérarchie normative – essentielle pour le juge en cas du contentieux constitutionnel, conventionnel ou syndicale des droits de l'homme); on inclue dans la même catégorie leur constitutionnalisation et juridictionnalisation.

La lettre et l'esprit des réglementations constituent des critères pour développer ce premier chapitre. Les mécanismes formels de protection des droits – telle qu'ils sont mis à la disposition du juge, ainsi que leur redimensionnement de la perspective axiologique représentent deux points d'intérêt de la recherche qui prouve leur utilité seulement ensemble. Étant donné que chacun d'entre eux sont des armes dans les mains du juge qui connaît les avantages et les inconvénients, leur exploitation pour le bénéfice de la protection doit être construite étape par étape à chaque fois. A partir de leur connaissance et leur compréhension ainsi que du contexte dans lequel ils

s'appliquent (caractérisée par la soi-disant retourné à l'individu devant l'Etat) le juge passe maintenant à un nouveau niveau.

Il y a deux aspects importants que la recherche met en évidence pendant cette étape. L'un envisage le mécanisme de la constitutionnalisation et juridictionnalisation des droits. Il s'agit d'inclure dans la catégorie des valeurs suprêmes toutes les droits et libertés, indépendamment de leur caractère ou nature – fondamentales ou non, subjectives ou non, ayant ou non comme titulaire le citoyen roumain. Cette opération réglementée du point de vue normatif dans l'art. 1, alinéa 3 de la Constitution de la Roumanie, augmente la fréquence de la protection sous la forme d'exclusion de la norme d'application ou le commencement de la procédure d'élimination de la norme du système. Dans les deux cases il peut s'agir des droits subjectifs bénéficient de la protection constitutionnelle sans qu'il faut l'intermédiation du droit fondamental par leur simple inclusion dans la catégorie des valeurs suprêmes.

Un autre aspect prend en considération le mécanisme de protection offert par la hiérarchie normative. Autrement dit, la relation entre les normes directement ou indirectement concernant les droits influençant la protection. En entraînant des solutions différentes, on entraîne automatiquement des conflits. Le critère de remédiation varie tant que le conflit se trouve entre normes et principes. Lorsqu'on parle sur la compétition entre les principes (l'un permet quelque chose, l'autre interdit cette quelque chose) la solution est de dépasser l'un des principes. Mais il ne s'agit pas d'une position standard, chacun peut dépasser l'autre en fonction des faits de l'affaire; le conflit des principes est donc joué sur la scène du poids. Il y a deux étapes de l'analyse juridictionnelle – l'une est dédiée à la compétition principale (où le juge doit établir les conditions dans lesquels un principe reçoit priorité par

rapport à l'autre) et l'autre est dédiée à l'équilibration (« plus le degré de non-satisfaction ou la limitation d'un principe est grande, plus l'intérêt dans la satisfaction de l'autre est grand aussi »¹). Lorsque la protection ne dépend pas du choix de la norme applicable, mais du choix d'une norme valide et conforme, l'approche du juge sera complètement différente. Le critère devienne cette fois-ci le caractère valide ou conforme d'une norme avec une autre (**Chapitre 1**).

On soutient ci-dessus que les mécanismes de protection visent au-delà de la sphère des droits, celle des rapports entre les pouvoirs. Même si le chapitre qui sphère discuté à la suite ne traite pas les interactions du juge avec le législatif ou l'exécutif, il se réfère aussi aux ses compétences, par se rapporter dans la première section aux droits dont il est le garant, et dans la deuxième section aux rapports avec l'institution politico-juridique de la perspective d'assumer la normativité constitutionnelle.

Etant donné que « le respect de la dignité humaine est cherché dans la protection simultanée de la pluralité des gens de de la singularité de chacun »², n'est-il pas légitime d'affirmer que la reconnaissance, dans une démocratie libérale, de la fonction de garanti juridictionnelle sur la protection des droits et libertés de l'homme ne peut être faite que pour un organisme qui bénéficie de dignité ? De sa position de dernière ratio dans la matière de la protection, le juge n'est plus l'acteur discret et soumis à la lettre de la loi; et si on considère aussi la nature des droits protégés – parfois relatifs, parfois absolus, parfois ils-mêmes en conflit avec d'autres droits ou

¹ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2010, pp. XXVIII, 48-50.

² Xavier Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public- Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2003, p. 418.

même choses¹; son rôle semble à excéder la fonction, mais pas à l'horizontale (dans le sens d'abus), mais à la verticale; autrement dit, il semble qu'il s'agit d'une réelle mission d'un technicien qui n'oublie pas son essentiel.

A partir de cette omnipotence dans la matière de la protection, on ne peut pas refuser au juge national l'application d'une procédure de nature à protéger les droits d'une personne en raison de l'exclusivité de la compétence d'un autre tribunal ou institution (dans ce cas CCR), à condition qu'elle ne soit expressément prévue; autrement dit, l'application de la Constitution doit entrer dans la compétence du juge; la non application d'une disposition infra constitutionnelle non-conforme à la Constitution doit être entendue aussi comme incluse dans le rôle du juge de droit commun. Assumer la normativité constitutionnelle ne signifie autre chose que l'efficacité du phénomène de constitutionnalisation de l'ordre juridique². Cela ne signifie ni de remplacer le rôle du tribunal constitutionnel, ni d'élargir forcément les compétences d'un abus de pouvoir, mais simplement la réalisation de l'objectif constitutionnel plus large, mais aussi le stricto sensu de la perspective de son obligation d'assurer la protection immédiate de la personne (tant qu'il est possible). Tout risque d'interprétation abusive des limites constitutionnelles est annihilé par les règles d'interprétation applicables même aux interprétations judiciaires³.

¹ Mireille Delmas Marty, *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*, pp. 643, 646, <http://www.college-de-france.fr/>

² Jürgen Habermas, *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy* 107 (William Rehg trans., 1996), apud. Seyla Benhabib, *On Michel Rosenfeld's The Identity of the Constitutional Subject*, *Cardozo Law Review*, Vol:33:5, 2012, p. 237.

³ Voir en cette égard l'art. 53 de la Constitution de la Roumanie.

En qui concerne la procédure de l'interprétation, quelques points directeurs peuvent être utiles : la méthode d'interprétation choisie doit correspondre à la perception de l'interprète sur l'idée de constitution, sur le rôle qu'il a ou devrait avoir dans un état de droit; le soin de l'interprète à l'occasion de choix ou application de la méthode d'interprétation doit être dans le sens de ne pas déstabiliser le caractère normatif de la Constitution; l'existence d'un consensus des tribunaux sur la compréhension a priori de la Constitution comme utilité dans un état de droit (**Chapitre 2**).

IIème partie du premier titre, nommée « *La perspective européenne sur la satisfaction de l'impératif de la protection des droits* » offre au juge national des nouvelles directions de travail. Certaines directions semblent à soutenir comme finalité de l'acte de justice – la protection de la personne; les autres semblent plutôt préoccupées d'une cohérence technique, d'une uniformité de l'application du droit que de l'objectif de la protection; peut-être le dernier ne est pas tout à fait perdu de vue dans ce dernier cas, seulement que cet objectif ne doit pas être connu seulement en termes de personnes, les plus hauts et les plus favorables non comme élément adjacent. Toute analyse porte maintenant sur cette polarité relative, sur les essais des tribunaux européens d'orienter les préférences des juges nationaux vers un certain pôle (soit la protection des droits, soit la prééminence du droit de l'union) et sur les essais de ces juges de ne préjudicier aucun intérêt.

Est-ce que la Convention Européenne des Droits de l'Homme et la Carte des droits fondamentaux offrent-elles un standard commun de protection des droits de l'homme ? – c'est un premier thème de travail que nous avons proposé à développer au sein de cette partie du premier titre. En fonction de la réponse trouvée pour cette question, une deuxième question d'intérêt devienne la façon concrète dans laquelle le juge peut appliquer les

normes conventionnelles et de l'union de sorte que la protection effective des droits persistent.

Il y a deux instruments transactionnels de protection – Convention Européenne des Droits de l'Homme et la Carte des droits fondamentaux de l'Union Européenne – en offrant au juge une palette plus ample des droits qu'on doit protéger. La question qu'on pose est si elles offrent, au-delà de cette pluralité des droits, une unité de la protection aussi. Peut-être au premier abord l'existence d'une norme commune de protection ne semble pas avantageuse; on parle essentiellement de deux instruments normatifs distincts qui s'appliquent séparément selon la nature de droit soulevé, les règlements qui consacrent la situation qui a provoqué l'occurrence, etc. La question devienne intéressante au moment où les deux instruments peuvent être valorisés dans la même affaire. Quel est le critère pour choisir entre les deux? Mais les règlements intérieures, constitutionnelles ne peuvent pas être valorisées au détriment de celles transactionnelles? Si la réponse est affirmative, par rapport auxquelles normes on vérifie le caractère le plus favorable exigé par l'art. 20 de la Constitution de la Roumanie? De toutes ces questions on peut déduire l'utilité d'entendre « l'offert » des droits mis à la disposition du juge national par la Convention et la Carte.

Rendu par des techniques exemplificatives, mais aussi analytiques, la réponse relative à l'existence ou non d'un standard commun de protection n'est pas du tout simple ou tranchant. L'essai de clarifier le sujet s'entend au cours de deux sections – l'une d'entre elles confirmant l'identité substantielle au niveau normatif; l'autre attirant l'attention sur les conditions préliminaires que le juge doit assumer s'il décide valoriser cette identité normative.

Contrairement à « l'offert » des droits, ou plutôt « l'offert » de l'identité substantielle présente seulement au niveau normatif, si on

transcende dans la sphère applicative, les jurisprudences des deux instances prouvent une compatibilité partielle entre les finalités des deux instruments normatifs. Le constat d'une harmonisation apparente des systèmes européens de protection demande au juge de dépasser cet impasse par sa réorientation vers son propre espace de liberté, donc vers la soi-disant autonomie procédurale, vers l'espace de liberté de l'état, donc vers sa marge d'appréciation et surtout vers l'espace de liberté de la personne légitimant la renonciation à l'application d'une norme européenne au profit d'une norme nationale ou inversement, tant que la finalité de la protection précède tout critère et principe technique de priorité. Le fait qu'on peut partir des mêmes termes juridiques pouvant arriver aux différentes formes, procédurales pour configurer la protection du même droit, prouve l'importance de choisir les normes de référence chaque fois que la protection de la personne intervient dans l'affaire. Cette chose, vue principalement de la perspective du droit d'union, doit être complètement acceptée; cela signifie d'inclusivement assumer les conditions préliminaires à la valorisation des normes d'union (par exemple l'influence des principes de droit sur l'impératif de la protection; la possibilité d'appliquer les normes d'union seulement dans leur domaine d'intérêt) (**Chapitre 1**).

Après la clarification du degré réel d'identité substantielle existante entre les droits, notre préoccupation se déplace vers un autre plan, le plan pragmatique, de la façon concrète de réaliser la protection; dans le contexte des nombreuses contentieuses parmi lesquelles le juge peut choisir – le contentieux constitutionnel, le contentieux conventionnel et le contentieux d'union, trouver le critère optimal justifiant le choix, devienne la provocation suivante. Bien qu'on a véhiculé quelques contentieuses (tant au niveau jurisprudentiel, normatif qu'au niveau doctrinaire), ils ne sont pas

seulement distincts, mais ne peuvent guère être placés dans le même champ lexical (par exemple la protection la plus favorable, la protection uniforme, la haute protection, etc.). Il est simple de déduire la cause – bien qu'on parle des protections des droits, elles ne sont que des formes voilées pour imposer ces principes. Quels sont ces principes, comme ils essaient d'imposer leur but à la protection des droits et de la façon dont le juge de se dérober à leur satisfaction sont les principaux sujets des deux sections qui composent ce chapitre (l'application des normes européennes en matière de droits de l'homme).

En ce qui concerne la base juridique de l'application conditionnée des normes européennes; tant les réglementations constitutionnelles (ou plus exactement celles qui se réfèrent à la position et l'interprétation des traités dans l'ordre juridique interne – art. 10, art. 20, art. 148) ainsi que les réglementations conventionnelles (par l'invocation du principe de la subsidiarité) soutient l'application prioritaire des normes européennes à condition qu'elles soient plus favorable que les normes nationales. Donc, la priorité dans l'application des normes européennes ne doit pas être un stéréotype attitudinal des juges. Le principe doit être valorisé quand il s'agit des certaines normes différentes du point de vue de la protection donnée; autrement, pourquoi le juge ne pourrait pas appliquer directement la Constitution ? Cela signifie que toute réglementation plus avantageuse pour l'individu pourrait être la première option du juge à l'occasion du juger l'affaire. A remarquer que non seulement l'existence d'une contradiction profonde dans la façon de configurer les mêmes droits peut entraîner le principe de la priorité des traités, mais aussi la différence du degré de la protection.

Par contre, les réglementations de l'union semblent dominées par des finalités techniques. Formulée de la même façon, mais configurée autrement, l'exigence de la priorité s'impose cette fois-ci au juge national non comme une option, non comme une variante dans la situation de l'impossibilité d'interpréter les dispositions nationales conformément aux dispositions européennes, mais comme une donnée obligatoire.

Il y a des rares hypothèses où la configuration de la protection est faite conformément aux coordonnées constitutionnelles et non pas selon les coordonnées de l'union, lorsque les dernières sont liées à l'affaire. L'aggravation de cette tendance est évidente dans la deuxième section de ce chapitre, lorsqu'on analyse la protection des droits donnés par les normes dérivées de l'union. Les droits expressément ou tacitement concernés par les directives peuvent être valorisés devant le juge national. Mais le cadre pour aménager la protection n'est pas identique dans toutes les situations.

Les deux variantes possibles d'aménagement dépendent de l'existence ou non d'une transposition. Si la directive a été transposée au plan intérieur, le juge fera des appréciations sur le respect des droits, en rapportant la norme interne à la norme de référence qui sera la directive. Mais si la transposition a été défectueuse, signifiant qu'on n'a pas respecté l'objectif ou les principes qu'elle consacre, alors le juge assurera la meilleure protection en se rapportant à la directive de l'union même. Mais la condition sera qu'elle puisse être appliquée directement. Cela signifie qu'elle doit être précise et non conditionnée, ainsi qu'elle permet au juge de statuer conformément au droit de l'union.

La troisième variante (lorsqu'on aurait réglementé une norme interne, main pas conforme à la directive, et la directive n'accomplissait pas les exigences nécessaires à la reconnaissance de l'effet direct) est la sollicitation

par le particulier de réparer le préjudice subi¹. En conclusion, l'application directe de la directive ou du droit national est seulement une question formelle pour le juge ou pour le particulier tant qu'elle sera faite aussi conformément ou standards de l'union.

Une autre forme défectueuse de la protection résulte de l'absence de l'impunité des particularités pour ne pas respecter les droits consacrés dans la directive. L'option valable est seulement l'invocation des normes internes, celles qui transposent la directive ou celles qui réglementent la sphère du domaine de la directive. L'application de ces normes internes sera faite par le juge national conformément au texte et à l'objectif de la directive, mais prenant en considération un aspect : ceux conformément auquel le droit invoqué dans le bénéfice d'un particulier implique l'obligation corrélative d'un autre particulier (**Chapitre 2**).

Comme une conclusion partielle du ce premier titre, on peut affirmer que toutes les analyses présentées reflètent une chose essentielle en ce qui concerne la position de la personne sur le plan de l'union – plutôt un objet des normes qu'un sujet; comme le déclare le président de l'Institut universitaire européen, Joseph H : H. Weiler, en *Revisiting Van Gend en Loos: Subjectifying and objectifying the Individual*, les trois doctrines self executing du niveau de l'union – l'effet direct, la prééminence et les références préliminaires mettent dans leur center non seulement l'individu, mais aussi la Cour européenne de Justice et le secteur judiciaire en général².

Dans ce contexte, on ne doit jamais abandonner et oublier le chemin du retour vers les traditions constitutionnelles, pas comme elles ont été

¹ CEJ, affaire 334/92 *Wagner Miret* de 16 décembre 1963, point 10.

² Joseph H. H. Weiler, *Revisiting Van Gend en Loos: Subjectifying and objectifying the Individual*, p. 15, dans *Actes du colloque 50^{ème} anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, 1963-2013*, Luxembourg, Office des publications de l'Union Européenne, 13 mai 2013.

prises, mais comme subsistent dans les réglementations nationales. Tant qu'elles gardent vivant et travaillant la préoccupation pour la protection de l'individu, le juge de Strasbourg peut représenter une source de premiers secours pour le juge national.

Le deuxième titre de la recherche, nommé « *La reconstruction du procès pour garantir les droits et les libertés* » élargit la sphère des perspectives de la protection de la personne. Ayant comme point de départ l'analyse du titre antérieur, on peut facilement constater que les prémisses du procès de protection, bien que valides, ne satisfont pas à un niveau nécessaire (c'est-à-dire au niveau d'impératif) l'exigence de la protection. La recherche affirme dès le début que la protection des droits peut être réalisée non seulement par des procédures différentes (contentieux constitutionnel, conventionnel, de l'union), mais aussi dans des degrés différents. On a valorisé dans ce sens une série des concepts prises de la jurisprudence, mais qui aurait été traitées ici d'une façon unitaire, comme ils auraient un sens similaire.

Ce titre correspond à une essai d'optimiser le procès de protection, à une essai de la rendre efficiente, pas en reversant le système de valeurs ou objectives, mais indiquant les distinctions existant à leur intérieur, de façon que les choix des juges soient en pleine connaissance de cause. En gardant les concepts, mais soulignant leur direction verticale ou horizontale, la recherche ne rompre pas le problème du contexte, mais il l'élève à un autre niveau. Autrement dit, les mécanismes existants gardent en eux le ressort de certains changements. On n'a pas besoin tant des changements systématiques que des changements d'optique.

Pour réaliser cet objectif, le deuxième titre est structuré en deux parties rendant partiellement – une réalité existante, partiellement – une

réalité désirable. En combinant l'analyse théorique, principale, avec l'analyse pratique, le titre offre une perspective complexe sur la manière dont on doit percevoir l'objectif de la protection des droits de la personne; cette perspective entraîne une autre perspective – celle sur la façon dont on doit comprendre les mécanismes, donc les moyens pour réaliser l'objectif. En suivant une structure légèrement cyclique l'ouvrage réalisera un passage de la satisfaction effective d'un certain degré de protection à la manière efficace et efficiente de la réaliser. Cela signifie un retour au premier titre de l'ouvrage, mais pas dans le sens de reprise, mais dans le sens de sa définitization, en appelant aux règles d'interprétation, parfois autres que les règles typiques usités par les tribunaux.

Première partie du premier titre, nommé « *Le piège « de la désintégration » de l'objectif de la protection de la personne* » est dédié aux contours adoptés par cet objectif, en fonction du cadre et du contexte qu'on impose. Nous avons employé le concept de désintégration à l'intérieur de l'objectif de la protection par une raison simple – celle qu'elle rappelle non seulement de l'idée d'une fragmentation, mais aussi l'idée d'un déséquilibre créé à la suite de cette situation. On ne peut trouver et valoriser le remède apporté à l'intégrité affectée de l'objectif de la protection qu'après on connaisse la cause, le contexte qui a causé cette scission. Les déviations dans la réalisation de l'objectif de la protection et le lieu de la protection effective dans le contexte de la tendance de centralisation des formes de protection sont les deux observations essentielles suivantes.

Le contexte dans lequel le phénomène de la désintégration est apparu est en fait le contexte qui a favorisé cette état de fait et parfois même l'état de droit. La multiplication des formes d'interaction verticale et horizontale entre

les instances peut constituer un pas avantageux, mais aussi risquant dans la réalisation de la protection effective.

Pourquoi risquant ? Parce qu'il préfigure le danger européen sur l'absorption du pluralisme des formes nationales de protection; l'intermédiation de l'absorption est réalisé même par le dialogue entre les instances, souvent non seulement une forme d'interaction, mais aussi de manipulation. Le standard hybride de protection, né dans ce contexte, oblige le juge d'assumer un nouveau statut et implicitement des nouvelles responsabilités. On peut les circonscrire dans les règles suivantes : tandis que le droit conventionnel est part des constances appliquées par le juge lorsqu'il vérifie la violation d'un droit, les réglementations de l'Union apparaissent plutôt comme incidences occasionnelles du procès. Soit qu'elles sont invoquées dans le bénéfice d'une personne, soit qu'elles sont contestées, le rapport à eux connaisse une seule condition – que le litige soit favorisant pour leur application dans l'affaire.

Pourquoi les interactions institutionnelles ont-elles aussi des avantages ? Parce que les lignes directrices mises à la disposition par les juges européens peuvent contribuer d'une façon efficace à l'élargissement du contenu des droits et, implicitement, à l'élargissement des leurs garanties. L'avantage est évident, dans le sens qu'elles offrent seulement le cadre dans lequel le juge national valorise la marge d'appréciation. Sans détailler les formes des suggestions données par les cours européennes concernant la manière de satisfaire les exigences de la protection, la section est dédiée à leur utilité. En fait, les lignes directrices ne sont autre chose que la forme voilée et l'expression ambiguë de l'idée de jurisprudence obligatoire¹. Dans

¹ Le Protocole no. 16, ouvert pour être signé le 2 octobre 2013, les nomme avisés consultatives, étant le résultat du dialogue entre CEDO et les plus hautes juridictions

ce contexte, l'avantage peut être construit par chaque juge s'il applique une autre technique (cette fois-ci non invasive dans la liberté des personnes), mais on arrive à la même solution donnée par le juge européen, obligatoire¹ en ce qui concerne l'effet.

En présentant ces deux idées au sein des deux sections distinctes, l'ouvrage tire l'attention sur le fait que les interactions ne doivent constituer ni un but en soi, ni instruments d'orientation du juge vers l'application uniforme des droit. Tant que la construction des mécanismes d'interaction entre les cours a l'exigence de l'uniformité imprégnée, le rapport sur verticale à l'objectif de la protection semble une exception. Le point de référence dans l'appréciation de la protection devienne, ainsi, pas l'appartenance des normes applicables dans l'affaire au standard de protection le plus favorable, mais les effets concrètes de l'application des normes sur la protection de la personne. Du ce point de vue, assumer le raisonnement le plus efficient qui conduise à la protection la plus favorable, devienne une vrai provocation (**Chapitre 1**).

Le chapitre dédié aux déviations dans la réalisation de la protection met l'accent sur la manière dans laquelle le juge doit être conscient de la distinction entre les deux formulations associées à un seul objectif. La protection uniforme et la haute protection semblent circonscrites aux droits de la personne. Mais une analyse plus attentive relève que la joie de la

nationales. Voir Bianca Selejan-Guțan, *Dezvoltări normative recente în dreptul european al drepturilor omului*, *Pandectele Române*, no. 11/2013, Wolters Kluwer, pp. 148-149.

¹ Sebastian Rădulețu, Crina Kaufman, *Procedura hotărârilor-pilot și aplicarea ei în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului cu privire la România*, *Pandectele Române*, no. 2, février 2011, Wolters Kluwer, pp. 241-250; Bianca Selejan-Guțan, *Efectele hotărârilor pilot ale Curții Europene a Drepturilor Omului, asupra dreptului național: o temă de reflecție actuală*, *Revista de Drept Public*, 1/2012, Universul Juridic, pp.81-89.

protection uniforme semble partagée plus au niveau institutionnel, européen et moins au niveau particulier, personnel.

La relation entre les deux formes de l'impératif est présentée dans une première section, peut-être entre conflit et compromis, entre le désavantage et l'avantage de choisir l'une dans le bénéfice de l'autre. L'option pour la protection uniforme peut parfois avoir le risque d'assurer seulement un standard minimal de protection; parfois la préférence pour le haut standard semble à créer insatisfactions au niveau des cours européennes, particulièrement au niveau de CJUE. Bien que certaines objectives¹ - l'objectif de la protection uniforme et l'objectif de la haute protection, semblent plutôt des critères pour la réalisation de la protection effective. Parfois, en offrant un haut standard, parfois seulement un seuil moyen de la protection (qui peut se trouve au niveau de toutes les régulations nationales) le critère de l'uniformité ne se plie pas toujours sur le critère du haut standard. On verra dans la deuxième section du chapitre si on peut ou non les concilier de sorte qu'il assure l'exercice effectif des droits et les insuffisances de cette conciliation. Dans cette étape on veut souligner une seule chose – le fait que l'essai de conciliation entre les formes de l'impératif est en effet un essai pour la conciliation des préférences du juge luxembourgeois (préoccupé de l'uniformité) avec celles de la protection la plus favorable (**Chapitre 2**).

¹ *Manual final, tehnici de interacțiune judiciară- potențialul utilizării lor în cauzele în care sunt incidente drepturi fundamentale*, élaboré au sein du Projet „Cooperarea judiciară europeană în domeniul drepturilor fundamentale în practica instanțelor naționale-potențialul neexplorat al metodologiei privind dialogul judiciar- JUDCOOP (JUST/ 2012/FRAC/AG/2755)”, projet cofinancé par la Commission Européenne, le programme des droits fondamentaux et citoyeneté, p. 136.

<http://www.inm->

[lex.ro/fisiere/d_614/Manual%20Final%20%20%20Interactiunea%20Judiciara%20in%20domeniul%20drepturilor%20fundamentale.pdf](http://www.inm-lex.ro/fisiere/d_614/Manual%20Final%20%20%20Interactiunea%20Judiciara%20in%20domeniul%20drepturilor%20fundamentale.pdf)

Le lieu de la protection effective dans le contexte de la tendance de centralisation des formes de protection fait l'objet du deuxième chapitre de cette partie. Au milieu des préoccupations et des intérêts privés, institutionnelles ou non, on a proposé à identifier tant au niveau conceptuel qu'au niveau pratique, l'objectif de la protection effective. L'oscillation entre la protection conforme et la protection augmentée des droits de l'homme n'a fait que d'attirer l'attention sur la direction erronée qui se propage au niveau des techniques de travail pour obtenir un acte de justice équitable.

La perception actuelle sur la protection effective n'encourage pas un certain niveau de protection : ni uniforme, ni haut, ni étendu, ni restreint¹, ni le caractère plus ou moins durable au fil du temps. Sa standardisation ou imposition n'a pas beaucoup d'applicabilité autant que par la protection effective on entend seulement la protection réelle, concrète joui par une personne.

La perception qui doit exister sur la protection effective devrait délimiter le concept, l'« inscrire » dans la réalité, lui donner un caractère juridique. Ainsi il est inopérable. Fixer l'objectif dans le bénéfice de la personne ne suppose pas absolutiser la liberté individuelle, mais choisir les mécanismes optimaux garantissant sa protection; ou en bref, accorder la protection la plus favorable de la personne pendant une période où les stratégies d'unification ont plutôt un aspect économique².

¹ CtEDO, *Lindon, Otchakovsky-Laurens și July c. Franței* du 22 octobre 2007, l'opinion concordante du juge Loucaides; CtEDO, *Almeida Ferreira și Melo Ferreira c. Portugalia* du 21 décembre 2012, &32; CtEDO, *Wasmuth c. Germaniei* du 17 février 2011, &29; CtEDO, *Vo c. Franței* du 8 juillet 2004, opinion dissidente du juge Ress, &5; CtEDO, *Toma c. României* du 24 février 2009, &90; CtEDO, *Barb c. României* du 7 septembre 2008, &23.

² Pierre Legendre, *Les dessous du raisonnement juridique. Considérations générales* en Otto Pfersmann et Gérard Timsit, *Raisonnement juridique et interprétation*, Publication de la Sorbonne, Paris, 2001, p. 181.

Assumer l'objectif de la protection des droits, de la perspective de son efficacité (entendu juridiquement, pas méta-juridiquement), imprime à la conduite du juge deux directions essentielles. L'une suppose d'anticiper la protection, ses conséquences, donc une approche *ex ante* pour que les mécanismes techniques choisis correspondent à l'objectif. L'autre suppose ne pas perdre de vue les principes directeurs qui exigent la primauté du droit et du système judiciaire.

La mention des deux formes d'analyse (l'une ayant comme repère la situation factuelle, et l'autre le système normatif) précède une nouvelle idée, résultat de la recherche, celle que non seulement la finalité de l'acte de justice, mais aussi les mécanismes employés pour accomplir cette finalité doivent répondre à l'objectif de la protection. Des nouveaux concepts métajuridiques interviennent en scène – efficacité et efficience. Leur procéduralisation leur donne d'utilité dans le secteur de la protection de l'individu. Ainsi, après nous avons soutenu l'importance de la juridisation du concept de protection effective et nous avons relevé les carences de l'invoquer formellement, la recherche propose à offrir quelques repères dans la remédiation de la situation. A cet égard, on propose au juge de chercher l'efficacité, mais surtout l'efficience dans les mécanismes qu'il applique pour garantir les droits. La différence entre les deux est donnée par le fait que l'efficacité du mécanisme est atteinte par la simple satisfaction de l'objectif (indépendamment de son degré), et l'efficience est atteinte lorsque la protection est non seulement la finalité de l'acte de justice, mais aussi du mécanisme employé pour atteindre la finalité. Plus clairement, pour être dans la présence d'une protection des droits, ce n'est pas seulement d'atteindre le but, mais aussi la nature des moyens employés pour l'atteindre. Cet aspect est tant important que le juge doit solutionner un conflit des droits, parce que

le risque de préjudicier un droit pour valoriser un autre est grand lorsque les moyens employés ne répondent pas au critère de l'efficacité (Chapitre 3).

La deuxième partie du deuxième titre, intitulée « De l'exigence de l'effectivité à celle de l'efficacité dans la matière de la protection des droits » approfondit ce que le chapitre 3 antérieur a apporté dans la discussion d'une manière principale. Structurée en deux parties, la présentation offre elle aussi une perspective principale (mettant l'accent sur la constante de la priorité) et l'une pratique, concrète (prenant en considération le caractère vulnérable du titulaire du droit).

La priorité succède à la finalité ce qui signifie qu'elle emprunte de ses particularités. Après établir la finalité, l'analyse de la priorité devient la cible suivante. Mais ce leitmotiv de la priorité est perdu son valeur. Invoquée par les cours européennes et soutenue par la pratique jurisprudentielle lorsqu'on essaierait la protection préférentielle de l'intérêt général dans la défaveur de l'intérêt particulier, la constante de la priorité nécessite de plus en plus une reconfiguration spécifique du statut de droit axiologique.

L'idée de priorité suppose l'existence d'un conflit, et non tout type de conflit, mais d'un conflit qui peut être solutionné par équilibrer ses éléments. Le critère de sélection de ce qui mérite d'être « dessus » doit garder en permanence le caractère de l'efficacité sur l'utilité de laquelle on a rappelé au-dessus; ainsi, le critère non seulement qu'il faut être apte à protéger, mais son configuration, sa nature doit correspondre à la protection des droits. Cela ne signifie autre chose que la priorité de la liberté dans la situation de son confrontation avec valeurs et intérêts abstraits ainsi que la priorité du juste lorsqu'on prend en considération son rapport avec le bien; les priorités mentionnées sont deux visions novatrices qui renversent les coutumes des salles d'audience. Elles comportent en même temps, avec la présentation de

la spécificité du mécanisme libéral pour garantir la protection, les trois sections du ce premier chapitre. Le libéralisme donne au juge la clé de la procédure de jugement lorsque le problème avec lequel il se confronte répond aux questions : l'affaire X satisfait-elle les exigences nécessaires pour entraîner la restriction ? Ou la mesure Y causée par l'affaire X est-elle choisie conformément au procédé juste ?

La raison et la motivation du juge à l'occasion de garantir la priorité de la liberté doivent être circonscrites à l'idée que la priorité de la liberté doit être entendue comme dérivant de l'appartenance à la personne, à l'individu. Et toute négation de la priorité doit être fondée toujours sur la besoin de protéger la personne. Ainsi, les formulations offertes par l'état, comme sécurité nationale, ordre, santé ou morale publique, ne sont que des réflexions extrinsèques de ce qui autorise comme limites la dignité humaine. De cette perspective toutes les formes de la référence à l'intérêt national peuvent être seulement des causes de la limitation et jamais des finalités. Contrairement au ce type de clauses générales prévues au niveau national (article 53 de la Constitution), les clauses européennes dissocient les causes de la restriction en fonction du droit protégé. Cela signifie que pour garantir l'exercice d'un droit le juge ne peut pas valoriser toute cause légitime invoquée, mais seulement celle qui correspond textuellement à la régulation européenne. C'est la situation au niveau de la Convention européenne des droits de l'homme et elle est la plus avantageuse. Mais malheureusement, de facto, la pratique judiciaire, soit nationale, soit transnationale, ne concerne pas cette typologie du conflit d'intérêt général – liberté individuelle comme une liberté incompatible à l'idée de liberté, autant qu'on justifie la restriction de l'exercice d'un droit pour l'argument de satisfaire un besoin collectif. La jurisprudence opte pour la vérification de l'équilibre entre les deux

catégories d'intérêts en suivant les conditions imposées à l'ingérence. Toutefois, la compatibilité peut exister seulement dans la mesure où les intérêts abstraits sont réduits à un certain droit qu'on veut valoriser concomitamment avec un autre – coexistence préjudiciable pour au moins un d'entre eux. Si on ne constate pas un droit déterminé derrière l'intérêt public, la priorité devienne une réalité. Autrement, on assiste à un conflit solutionné par équilibrage, ainsi par une ingérence légitime. Tout le raisonnement exposé ci-dessus fait l'objet de la deuxième subsection concernant la priorité de la liberté.

La priorité du juste sur le bien doit être aussi intrinsèque à l'acte de justice, tant mieux que le bien public commence à s'identifier avec le bien européen. Si du point de vue procédural la priorité de la liberté supposait d'accorder priorité à l'exercice de la liberté ou du droit, cette fois-ci la rapport de priorité suppose donc que le choix a été fait, que la restriction a été appliquée. La question qui survienne à ce moment-là et sur laquelle on attire l'attention est si le procédé de choisir la mesure qui protège un droit et restreint l'exercice de l'autre est juste; si les techniques d'arriver à une certaine solution, à une certaine mesure correspondent à l'exigence du statut libéral. C'est ce que Rawls aurait dit sous la forme – il n'est pas important que le résultat est bon, c'est l'intention qui l'a fait qu'il est importante (Chapitre 1).

Après avoir identifié ces éléments de principe, la recherche sera consacrée à une analyse pragmatique partant de la nécessité de diminuer les insuffisances créées par l'état vulnérable des détenteurs des droits. Deux catégories de vulnérables sont envisagées – les vulnérables naturels et les vulnérables assumés, ou, plus précisément, les mineurs et ceux qui renoncent à exercer un droit, dans une situation ou conjoncture particulière.

L'individualisation des mécanismes de protection suivant la situation vulnérable du détenteur du droit part de la différence de traitement imposée par les cas réellement distincts des détenteurs du droit s'y retrouvant. Cela signifie une égalité de chances pour les vulnérables et les autres justiciables, de sorte que l'équité de la procédure soit ressentie dans la même mesure, et que les droits bénéficient du même degré de protection. Cela signifie également que la discrimination positive des vulnérables ne peut pas être désavantageuse pour les autres; l'égalité en liberté qu'on a l'intention d'assurer au cours de la procédure ne doit pas être regardée séparément des vulnérables uniquement, mais elle doit plutôt être garantie dans la liberté de tous les justiciables de cette procédure contentieuse ou gracieuse. Que l'état de vulnérabilité a été intentionnel ou non, provoqué ou non, le rôle du juge est de créer des conditions égales, non par leur nature, mais par leur effet, d'exercer les droits pour ceux qui participent au procès à un moment donné, quelle que soit leur qualité pour agir.

La vulnérabilité du mineur est une situation ayant des répercussions sur l'état de droit propre à l'espèce. Dans sa complexité nous nous sommes penchés sur le champ de l'information liant le juge et le mineur. Celle-ci a été examinée de deux points de vue concordants – du droit de comparaître personnellement et du droit de participer effectivement à son propre procédure pénale. La transmission et la réception de l'information, éventuellement son acquisition sous la forme autorisée ou facilitante représentent quelques étapes qui transcrivent de manière factuelle ce qu'au niveau juridique constituent les garanties des deux droits énoncés ci-dessus. C'est sur l'analyse de ces droits et leurs garanties que nous nous sommes concentrés dans la première section de ce chapitre. Ménager le mineur et aménager le cadre procédural sont les deux coordonnées en fonction

desquelles on vérifie la manière appropriée dans laquelle le vulnérable exerce ses droits et la manière efficace dans laquelle on lui permet leur valorisation.

Il faut élaborer un régime particulier de protection également pour les vulnérables «assumés», les vulnérables qui se trouvent volontairement et nécessairement dans cette situation. Dans le cas des mineurs les efforts du juge étaient concentrés pour éviter la réalisation des ingérences, dans le cas de ceux qui renoncent à un droit, il vise la clarification de la nature légitime ou illégitime de l'ingérence; autrement dit, son intention est de trouver si le fait d'y renoncer constitue un choix libre ou contraint. La protection de l'intérêt de celui qui renonce à exercer un droit implique un raisonnement complet appliqué par le juge afin de vaincre le danger derrière la renonciation. Nous parlons des dangers de la renonciation parce que souvent les rapports entre le consentement à l'égard de la renonciation et l'ingérence, implicitement consentie, sont en vérité des rapports d'interdépendance entre un consentement forcé, expression de la volonté des autres personnes physiques ou morales, comme l'employeur ou les personnes sous la garde desquelles se trouve celui qui renonce, et l'ingérence illégitime.

De ce fait, pour que les solutions des juridictions soient dûment justifiées et sans préjudice au celui qui renonce ou à l'état ou à d'autres personnes à cause desquelles il est présumé qu'on a violé le droit de celui qui renonce, avant d'analyser l'existence ou l'inexistence de l'ingérence, le juge doit appliquer l'analyse de la validité de la renonciation. Quelle est la typologie des situations de fait et de droit qui entraînent les renoncements à l'exercice de certains droits et quelles sont les règles principales sur la base desquelles le juge constate la transformation d'une occasion «de mieux» dans une certitude «pire» représentent les deux questions auxquelles nous

proposons une réponse à la fin de cette recherche. Compte tenu du titre de la reconstruction du processus visant à garantir la protection des droits, on peut affirmer qu'il y a des solutions pour réduire le nombre des préjudices ressentis et confirmés par les juridictions européennes. Il ne s'agit pas de situations renversées ou de normes, mais de l'angle sous lequel on envisage les choses.

La préoccupation pour ce sujet a démarré avec la conscientisation de son image – tout aussi familière que lointaine – familière par ses effets et son exigence morale, lointaine par les principes qu'elle applique¹. Si nous suivons cette argumentation, il convient de reformer l'application de ces principes, pour qu'ils deviennent familiers pas nécessairement pour l'individu, mais plutôt pour la protection de leurs droits. Cette recherche constitue le premier pas vers le remodelage d'interprétation et d'application de l'objectif visant la protection des droits.

¹ Guy Samama (coord.), *La Justice*, Ellipses, Paris, 2001, p. 5.