

*Pays-Bas*

L'étude de la validité juridique du système européen de protection des droits de l'homme, confronté aux pratiques nationales de politique criminelle, est une illustration exemplaire de la validité juridique des normes internationales à l'intérieur des systèmes juridiques nationaux. L'évaluation de cette validité juridique ne peut se faire, selon nous, qu'en fonction d'une appréciation fondée sur les différents critères interactifs (légitimité, effectivité, rationalité)<sup>1</sup>. Par trop de juristes ont apprécié la validité des normes par le biais de l'approche dominante dans leur discipline. Les juristes de droit international se sont surtout intéressés à la validité formelle, rationnelle, sans s'occuper de l'effectivité réelle de la norme. Les pénalistes, par ailleurs, ne se sont intéressés à la validité des normes européennes qu'au moment où celles-ci influençaient effectivement la pratique pénale. La question de la légitimité de la norme était pour beaucoup de juristes une question de philosophie du droit.

Depuis qu'on a commencé à étudier l'effectivité empirique des normes européennes à l'intérieur des systèmes juridiques nationaux, on s'est rendu compte que cette effectivité — bien

1. F. Ost et M. van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987, 3<sup>e</sup> partie, La validité en droit, p. 257 sq. ; F. Ost, Considérations sur la validité des normes et systèmes juridiques, *Journal des Tribunaux*, 1984, p. 1-6 ; M. Van de Kerchove, Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées ? Réflexions sur les phénomènes de dissociation entre la validité formelle et l'effectivité des normes juridiques, *Journal des Tribunaux*, 1985, p. 329-334.

qu'elle soit un critère important en soi — variait selon le type de légitimité et de rationalité sous-jacentes. Au fond, l'effectivité varie selon une série de caractéristiques interactives propres au traité, propres au type d'implantation ou d'incorporation et propres à chaque Etat. C'est par l'étude de cette interaction des variables que les juristes ont constaté que l'implantation effective des normes européennes ne dépend pas en premier lieu du statut du traité dans l'ordre juridique interne (dualisme ou monisme), mais de l'attitude du judiciaire vis-à-vis de ce traité et de l'opinion du judiciaire sur sa position dans le *trias politica*.

I | LE POUVOIR DU JUDICIAIRE  
ET LE STATUT JURIDIQUE DES TRAITÉS  
A L'INTÉRIEUR DE L'ORDRE JURIDIQUE  
NATIONAL AUX PAYS-BAS

Pour une bonne compréhension des variables propres au traité et propres au type d'implantation ou d'incorporation, et de leur interaction avec le pouvoir du judiciaire, il importe de distinguer les concepts suivants : (§ 1) la force légale ; (§ 2) l'effet interne ; (§ 3) l'effet direct et (§ 4) la primauté<sup>2</sup>.

§ 1 - La force légale

La ratification des traités détermine l'entrée en vigueur des traités en général et l'entrée en vigueur pour un Etat en particulier. Formellement l'Etat est responsable à partir de ce moment de l'application de ce traité. La substance de cette responsabilité varie fortement selon le caractère et le but des dispositions. Certaines ne prescrivent qu'un résultat à réaliser, d'autres obligent l'Etat à utiliser certains instruments et voies pour atteindre ce résultat. Le caractère et le but de ces dispo-

2. P. Van Dijk, Domestic Status of Human-Rights Treaties and the attitude of the judiciary ; the Dutch case, dans M. Nowak, D. Steurer et H. Tretter, *Progress in the spirit of human rights*, Festschrift für F. Ermacora, Kehl/Strasbourg/Arlington, 1988.

sitions déterminent donc le caractère et le but du pouvoir discrétionnaire des organes de l'Etat, en ce inclus le judiciaire, et ce sous l'angle de leurs obligations.

La Convention européenne des droits de l'homme a été ratifiée par les Pays-Bas le 31 août 1954<sup>3</sup>.

## § 2 - L'effet interne

Quoique les Etats puissent s'engager, au niveau international, à intégrer, d'une manière prédéfinie, les normes internationales dans leur ordre juridique interne<sup>4</sup>, il incombe normalement à la loi et à la pratique constitutionnelles de prescrire les conséquences juridiques découlant du droit international et influant sur l'ordre juridique interne (l'effet interne). Les Etats, inspirés par le dualisme<sup>5</sup>, s'opposent au fait que les normes internationales aient un effet juridique à l'intérieur de l'ordre juridique interne sans qu'elles y soient incorporées ou sans que la législation nationale ait été transformée. Entre la ratification et l'incorporation ou la transformation, l'effet interne d'un traité peut seulement être basé sur la notion *rule of presumption*, par laquelle le judiciaire peut, en interprétant les lois nationales, présumer que le législateur n'avait pas l'intention de légiférer ou de maintenir des lois qui vont à l'encontre de ses obligations basées sur un traité.

Aux Pays-Bas, où le droit international et le droit national sont considérés comme étant des parties d'un ordre juridique unique (monisme), les normes internationales ont un effet juridique en soi. Elles sont appliquées à l'intérieur de l'ordre juridique interne, étant des normes de caractère et d'origine internationales. En outre, l'article 93 de la Constitution néer-

3. Le premier Protocole faisait également l'objet de la ratification. Le second et le troisième Protocoles sont entrés en vigueur le 21 septembre 1970, le quatrième le 23 juin 1982, le cinquième le 20 décembre 1971 et le sixième le 25 avril 1986. Les septième et huitième n'ont pas encore été ratifiés.

4. Selon la jurisprudence de la Cour européenne, en particulier l'affaire *Van Gend en Loos* (26/62), la relation entre le droit communautaire et l'ordre juridique des pays membres est moniste.

5. La contribution de C. Palazzo et A. Bernardi sur La réception des textes et de la jurisprudence des instances européennes en Italie est une illustration de cette approche (voir *supra*, chap. IV, p. 233 sq.).

landaise prévoit explicitement que « provisions of treaties and of decisions of international organizations, the content of which may be binding on everyone, shall have binding effect after having been made public ». Par conséquent, sur le plan national, toutes les autorités législatives et exécutives sont tenues de respecter ces obligations dans les limites de leur pouvoir respectif. En ce qui concerne l'application directe par les juges, il faut que les normes internationales aient un effet direct.

### § 3 - L'effet direct

Les normes internationales ont un effet direct (ou elles sont *self-executing* ou directement opérantes) quand le judiciaire peut les appliquer sans aucune mise en œuvre ou exécution par une autorité internationale ou nationale. Quoique certains traités prévoient l'effet direct de normes<sup>6</sup>, c'est, dans la plupart des cas, le judiciaire, au niveau national, qui en prend la décision<sup>7</sup>. En ce qui concerne la Convention européenne des droits de l'homme, la situation est particulière, car la Cour européenne des droits de l'homme décide si les décisions judiciaires nationales — indépendamment du fait qu'elles sont fondées sur des normes *self-executing* — sont conformes aux normes du traité<sup>8</sup>.

Aux Pays-Bas, la Constitution ne donne pas seulement l'autorisation aux juges d'appliquer les normes dites directement opérantes, même si celles-ci s'opposent à des normes du droit national, mais elle en fait une obligation légale et constitutionnelle : « Regulations which are in force in the Kingdom of the Netherlands shall not be applied if this application is not in conformity with provisions of treaties or decisions of international organizations which are binding upon everyone »

6. Cf. art. 189 du Traité de la CEE. Pour les autres normes de ce traité, la Cour européenne prend la décision quant au caractère *self-executing* de la norme.

7. Les Etats nationaux préfèrent en général laisser cette décision à leurs cours et tribunaux, ce qui leur donne en effet une plus grande liberté nationale.

8. Il existe des propositions pour attribuer également à la Cour européenne des droits de l'homme le pouvoir de répondre aux questions préjudiciaires des cours nationales. Cf. L. Betten et J. Korte, A Procedure for Preliminary Rulings in the Context of Merger, *Human Rights Law Journal*, 1987, p. 75-80.

(art. 94 de la Constitution). Dans ces cas aucune mise en œuvre législative ou administrative n'est exigée<sup>9</sup>. La relation entre ces normes qui sont directement opérantes et la Constitution demeure toutefois floue, car le juge aux Pays-Bas n'a pas le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité des lois, et dès lors pas sur la constitutionnalité des traités (art. 120 de la Constitution), mais il vérifie si la législation est conforme aux normes directement opérantes des traités.

De même, selon l'article 93 de la Constitution, les décisions des organisations internationales peuvent être directement opérantes, et par conséquent avoir le statut du droit interne. L'exemple des règlements du Marché commun est classique. Les juges des Pays-Bas sont pourtant allés beaucoup plus loin. La Cour suprême décidait déjà en 1980 que la distinction légale entre enfants légitimes et enfants naturels avait beaucoup changé et que ce développement avait été exprimé dans la décision de la Cour concernant l'affaire *Marckx*. La Cour suprême est d'avis que les juges nationaux doivent en tenir compte, ce qui implique que la Cour suprême donne à la décision, dans l'affaire *Marckx*, une force quasi légale<sup>10</sup>. Dans une affaire récente relative à l'utilisation d'un témoin anonyme au sein d'un procès pénal, la Commission européenne des droits de l'homme a décidé que cette pratique était non conforme à la Convention. Suite à la décision de cet organe quasi judiciaire, un juge national a suspendu l'emprisonnement dans une affaire semblable.

Ainsi les décisions de la Commission européenne en matière d'admissibilité des plaintes ont été utilisées par les cours et les tribunaux nationaux.

#### § 4 - La primauté

Dans les pays à système dualiste, utilisant l'incorporation ou la transformation, il est clair que la règle « *lex posterior*

9. E. A. Alkema, *The Application of Internationally Guaranteed Human Rights in the Municipal Order*, dans *Essays on the Development of the International Legal Order in Memory of H. F. van Panhuys*, 1980, p. 181-198 ; A. Z. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law. A Comparative Study*, Oxford, 1983, p. 86 sq.

10. L'affaire du 18 janvier 1980 du Hoge Raad, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1980.

derogat lege priori » est d'application. La situation est moins évidente dans le système moniste, où des normes directement opérantes s'intègrent dans l'ordre juridique.

Le principe de base est le suivant : l'effectivité des normes internationales est intrinsèquement basée sur la primauté qu'elles exercent sur le droit national. Ce principe a aussi été incorporé dans la Constitution néerlandaise. L'article 94 prévoit que les normes légales nationales en vigueur dont l'application serait incompatible avec des normes directement opérantes des traités ou des décisions des organismes internationaux ne peuvent être appliquées. Ce qui veut dire que ces normes internationales ont toujours primauté, même si elles s'opposent à des normes nationales d'une date postérieure ou à des normes nationales constitutionnelles.

## II | L'INCIDENCE DES MESURES DE RESTRICTION ET DE DÉROGATION DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME<sup>11</sup> SUR LE SYSTÈME JURIDIQUE NATIONAL : L'ATTITUDE DU JUDICIAIRE AUX PAYS-BAS<sup>12</sup>

### § 1 - Les exceptions légales

L'article 5 (1) de la Convention proclame le droit à la liberté et à la sûreté. Quoique ce dernier ne soit pas formulé en termes absolus, la Commission les a toujours considérés comme formant une unité<sup>13</sup>. De plus, l'article 5 (1) ne fournit une protec-

11. Pour l'incidence des droits de l'homme sur l'ordre juridique double des Communautés européennes, cf. L. Betten, *The incorporation of fundamental rights in the legal order of the European Communities*, La Haye, 1985.

12. Au sein de l'Institut néerlandais des droits de l'homme (*Studie- en Informatiecentrum Mensenrechten - SIM*) de l'Université d'Utrecht, L. Zwaak a élaboré pour la Direction des droits de l'homme à Strasbourg un *Digest of dutch case-law referring to the European Convention on Human Rights*. La jurisprudence utilisée vient de cette source. Le même Institut est aussi chargé du *Digest of Strasbourg case-law relating to the European Convention on Human Rights*, publié par Carl Heymans Verlag, 1984, et mis au jour dans des suppléments, 1988.

13. Cf. les décisions de la Commission dans les Requêtes nos 5573/72 et 5670/72 : « The term "liberty" and "security" must be read as a whole and, in view of its context, as referring only to physical liberty and security. "Liberty of person" in article 5 (1) thus means freedom from arrest and detention and "security of person" the protection against arbitrary interference with this liberty. »

tion qu'en matière de privation de liberté. Les autres restrictions à la liberté physique d'une personne sont en principe exclues de la protection de l'article 5 (1), mais la Cour a déjà décidé dans l'affaire *Guzzardi*<sup>14</sup> que le séjour forcé dans une île, accompagné de contacts sociaux restrictifs, constituait une privation de liberté. Ceci montre que la séparation entre la privation de liberté et d'autres restrictions de liberté n'est pas tellement nette et qu'il faut plutôt prendre en considération le degré ou l'intensité que la nature ou la substance.

L'article 5 (1) *a-f* prévoit une série d'exceptions légales qui concernent le système pénal sous l'angle tant de la sanction des infractions que des mesures de police et de sécurité. Ces dernières peuvent concerner des personnes n'ayant commis aucune infraction, comme les mineurs, les malades contagieux, les aliénés, les vagabonds, les étrangers en voie d'expulsion...

Les exceptions de l'article 5 (1) *a-f* sont expressément admises à condition qu'elles soient réalisées selon les voies légales. Priver quelqu'un de sa liberté selon les voies légales implique que la privation est conforme à la procédure et à la substance des lois nationales. La Commission et la Cour n'ont pas le pouvoir de se mettre à la place des juges nationaux, chargés de vérifier si les lois nationales ont été interprétées et appliquées correctement, et qui ont le devoir de juger si les lois n'ont pas été appliquées arbitrairement. De plus, ils doivent vérifier si les voies légales elles-mêmes sont conformes à la Convention, ce qui leur donne le droit et le devoir d'un contrôle marginal des lois nationales et de leur application<sup>15</sup>. Dans une affaire néerlandaise sur la conformité du système de discipline militaire à l'article 5 (1) la Cour le formule ainsi :

« Chaque Etat a compétence pour organiser son système de discipline militaire ; il jouit en la matière d'une certaine marge d'appréciation. Les bornes que l'article 5 lui enjoint de ne pas dépasser ne sont pas identiques pour les militaires et pour les civils. Une sanction ou mesure disciplinaire qui s'analyserait sans conteste en une pri-

Req. nos 5573/72 et 5670/72, *Adler and Bivas v. Federal Republic of Germany*, *Yearbook XX* (1977), p. 102 (146) et Req. 9516/81, *X. v. the Netherlands*, non publié.

14. Jugement du 6 novembre 1980.

15. Dans l'affaire *Winterwerp*, CEDH, arrêt du 24 octobre 1979, Série A, 33, et dans l'affaire *De Wilde, Ooms et Versyp* (vagabondage), CEDH, arrêt du 18 juin 1971, Série A, 12, les organes judiciaires de la Convention ont réalisé un contrôle marginal de certains aspects respectivement des législations néerlandaise et belge relatives aux aliénés.

vation de liberté si on l'appliquait à un civil peut ne pas en avoir le caractère si on l'inflige à un militaire. Elle n'échappe cependant pas à l'article 5 quand elle se traduit par des restrictions s'écartant nettement des conditions normales de la vie au sein des forces armées des Etats contractants. Pour savoir s'il en est ainsi, il y a lieu de tenir compte d'un ensemble d'éléments tels que la nature, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la sanction ou mesure considérée. »<sup>16</sup>

La réception des exceptions légales de l'article 5 (1) *a-f* de la Convention par le système juridique aux Pays-Bas s'est surtout manifestée, au niveau du judiciaire, dans trois secteurs : les aliénés, les étrangers et les interdictions de circuler dans certains endroits. Nous ne voulons que signaler quelques points qui ont été objet de jurisprudence sans entrer dans la matière en soi<sup>17</sup>.

#### *A - Les aliénés*

Que certains aspects du statut juridique des aliénés aux Pays-Bas soient problématiques du point de vue de leur conformité à la Convention a été clairement illustré dans l'affaire *Winterwerp*<sup>18</sup> et dans l'affaire *Hendrika Wilhelmina van der Leer*<sup>19</sup>.

La Cour de cassation (*de Hoge Raad*) a, à plusieurs reprises, jugé que l'enfermement d'un aliéné dans un asile psychiatrique sur la base d'une investigation téléphonique menée par le président du tribunal de grande instance auprès du médecin et de la police, sans pour autant offrir au patient ou à son avocat l'opportunité de réagir, est une violation et de l'article 35 *i*, paragraphe 3, et de l'article 17 de la loi sur les aliénés, et de l'article 5 (1) de la Convention<sup>20</sup>.

16. Affaire *Engel*, arrêt du 23 novembre 1976, Série A, 22, p. 25.

17. Cf. Ph. Bernardet, A. Darmstädter et C. Vaillant, Portée de la jurisprudence européenne sur l'internement psychiatrique en France, *Rev. sc. crim.*, 1988, p. 255-271 ; Fl. Massias, Police des étrangers et droits de l'homme en Europe. La libre circulation des personnes et ses prolongements selon la jurisprudence des instances européennes, *Rev. sc. crim.*, 1988, p. 223-254.

18. Affaire *Winterwerp*, CEDH, arrêt du 24 octobre 1979, Série A, 33.

19. Rapport de la Commission du 14 juin 1988, Req. n° 11509/85.

20. Arrêt du 8 juillet 1985 du Hoge Raad, *Rechtspraak van de Week*, 1875 (151) et arrêt du 10 mai 1985 du Hoge Raad, *Rechtspraak van de Week*, 1985 (99).



*B - Les étrangers*

Les juges néerlandais ont dû fréquemment se prononcer sur la conformité à la Convention européenne de l'application des lois sur les étrangers, en particulier quand il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne aux fins de l'empêcher de pénétrer irrégulièrement sur le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. Dans plusieurs affaires des étrangers qui risquaient d'être expulsés ou extradés ont tu leur identité et leur nationalité, ce qui a prolongé la détention.

Une première série d'affaires concernent la période de détention en attente d'une expulsion ou extradition. Dans une affaire<sup>21</sup> l'appelant, après avoir été détenu six mois sur la base de l'article 197 du Code pénal (retour aux Pays-Bas après expulsion), se trouvait depuis quatre mois en détention sur la base de la loi sur les étrangers. Selon lui, cette détention en vue d'une expulsion n'était pas conforme à l'article 5 (1) f, l'Etat ne faisant plus les efforts nécessaires pour découvrir sa nationalité. La Cour a décidé que l'expulsion dans un délai raisonnable restait possible et que par conséquent la détention s'effectuait selon les voies légales.

Dans une autre affaire l'appelant<sup>22</sup>, résidant illégalement aux Pays-Bas, avait déjà été expulsé vainement plusieurs fois. Dans le cas présent, il exigeait, *via* une procédure sommaire, le retrait de l'expulsion et la suspension de celle-ci tant que cette décision et la décision de la Commission européenne des droits de l'homme sur l'admissibilité ne seraient pas intervenues. Le Tribunal de grande instance de Rotterdam constata que l'attitude de l'appelant était la cause de la détention, que la Commission européenne des droits de l'homme n'avait pas demandé la suspension de l'expulsion et que, par voie de conséquence, la détention s'effectuait selon les voies légales.

La Cour de La Haye a décidé, dans une affaire d'extradition<sup>23</sup>, que la privation de liberté de l'appelant, dont la natio-

21. Arrêt du 17 janvier 1984 du Hoge Raad dans *Delikt en Delikkwent*, 1984, p. 258.

22. Jugement du 29 août 1983 du Tribunal de grande instance de Rotterdam, *Weekblad Rechtspraak Vreemdelingen*, 1983, D 76.

23. Arrêt du 26 octobre 1984 de la Cour de La Haye.

nalité était douteuse, était conforme à l'article 5 (1) *f* de la Convention. En plus, la Commission européenne des droits de l'homme avait refusé, selon l'article 36, de demander au gouvernement des Pays-Bas la suspension de son extradition.

Une deuxième série d'affaires concernent le séjour des candidats-réfugiés politiques au « centre de résidence » de l'aéroport d'Amsterdam. Dans une affaire<sup>24</sup>, le président du tribunal de grande instance de Haarlem a décidé que ce séjour, qui trouvait une base légale dans l'article 6 de la loi sur les étrangers, ne pouvait pas être considéré comme une détention au sens de l'article 26 de la même loi, et que par conséquent il n'était pas question de privation de liberté au sens de l'article 5 (1) de la Convention. Le fait que les personnes soient limitées dans leur mouvement durant ce séjour n'implique pas qu'il s'agisse d'une détention puisque, dès qu'ils ont l'opportunité de quitter les Pays-Bas, ils sont libres de le faire.

Une décision similaire avait été prise par le Tribunal de grande instance de Haarlem le 16 septembre 1985<sup>25</sup>. Dans ce cas précis se dessine un parallèle avec l'affaire *Engel*, dans laquelle certaines restrictions de liberté des soldats n'avaient pas non plus été considérées comme une privation de liberté<sup>26</sup>. Tout récemment le Hoge Raad<sup>27</sup> a jugé qu'il était interdit de priver de sa liberté physique une personne qui se voit refuser l'accès au territoire, mais qui se trouvait *de facto* sur le territoire des Pays-Bas (dans l'aéroport) et qui était donc soumise aux autorités nationales, sauf si cette privation de liberté avait lieu dans le cadre des exceptions de l'article 5 de la Convention et si cette exception était prévue par la loi. Le Hoge Raad a estimé que la loi sur les étrangers ne prévoyait pas une exception de ce genre et qu'il y avait donc un manque de base légale. Le gouvernement a effectué en conséquence une réforme législative en ce sens, laquelle a été votée le 17 janvier 1989.

24. Jugement du 18 novembre 1986 du président du Tribunal de grande instance de Haarlem, *Rechtspraak Vreemdelingen*, 1986, p. 11.

25. Arrêt du 16 septembre 1985 du Tribunal de grande instance de Haarlem *NAV*, 1985, p. 416.

26. Rapport de la Commission, *Engel*, B.20 (1974-1976), 60.

27. Jugement du 9 décembre 1988.

*C - L'interdiction de circuler librement  
dans certains lieux*

Dans une décision notoire<sup>27 bis</sup> le Tribunal d'Utrecht avait interdit à une prostituée héroïnomane, déjà déclarée coupable, de fréquenter, entre vingt et une heures et quatre heures du matin, certains quartiers de la ville. Elle ne pouvait, à ces heures-là, utiliser les transports publics. Cette restriction de liberté a été déclarée conforme aux restrictions de l'article 5 (1) de la Convention et à l'article 2 du Protocole n° 4.

Dans une autre affaire, la détention provisoire d'un homme, suspect d'avoir commis un viol, avait été suspendue par le ministère public pour cause de manque de place dans les prisons, à condition qu'il ne circule pas dans un parc d'Amsterdam et dans le quartier de la victime. Le président du Tribunal de grande instance d'Amsterdam avait déclaré que les restrictions des libertés du suspect ne dépassaient pas la mesure, sans le motiver substantivement<sup>28</sup>.

La présence d'une personne condamnée pour infraction à la loi sur l'opium avait été interdite dans certains quartiers de Rotterdam sur la base d'un règlement de police. Devant la Cour de cassation le condamné avait évoqué l'article 2 du Protocole n° 4 et souligné que la réglementation n'était pas suffisamment claire et que par conséquent il n'avait pu prévoir cette sanction. La Cour de cassation décida néanmoins que cette restriction non radicale de sa liberté était une restriction prévue par la loi, nécessaire dans une société démocratique à la protection de la santé ou de la morale publique.

**§ 2 - Les restrictions légitimes des articles 8-11  
et de l'article 2 du Protocole n° 4<sup>29</sup>**

*A - Etat de la question*

Ces articles de la Convention et du Protocole proclament le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et

<sup>27 bis</sup>. Jugement du 4 septembre 1984 du Tribunal d'Utrecht, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1985, p. 209.

<sup>28</sup>. Affaire du 12 juillet 1984, *Kortgeding*, 1984, n° 211.

<sup>29</sup>. Art. 2 du Protocole n° 4 : « (1) Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa

de la correspondance ; la liberté de pensée, de conscience et de religion ; la liberté d'expression ; la liberté de réunion et la liberté d'association ; la libre circulation. L'exercice de ces droits peut néanmoins être limité par des restrictions légitimes comme la protection de la morale, la protection des droits et libertés d'autrui, la défense de l'ordre et la prévention d'infractions pénales... Au fond, à travers la technique des restrictions légitimes, l'Etat se réserve une marge nationale d'appréciation, par laquelle il garantit l'exercice de sa souveraineté quand il y a des intérêts nationaux en jeu.

Pour vérifier si la loi ou la pratique nationale est en concordance avec la Convention, il faut répondre à trois questions, à savoir :

- y a-t-il une ingérence dans le(s) droit(s) du citoyen ? ;
- cette ingérence est-elle prévue par la loi nationale ? ;
- cette restriction ou ingérence est-elle nécessaire dans une société démocratique en vue d'un des buts exhaustivement et explicitement nommés dans les articles de la Convention ?

Selon la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, cette évaluation sera faite en sachant que cet article ne laisse aucune place à un concept de « limitations implicites/tacites » (*inherent limitations*)<sup>30</sup>. La théorie des limitations implicites défend la thèse suivant laquelle les droits des personnes qui se trouvent dans une position juridique spécifique (détenus, patients psychiatriques, militaires, fonctionnaires) sont plus limités que ceux des autres personnes. Dans cette théorie, ce n'est pas l'exercice des droits qui est restreint, mais le contenu des droits eux-mêmes. Pour connaître la situation juridique des détenus par exemple, il est d'une importance primordiale de savoir si les restrictions à leurs droits doivent être conformes aux restrictions prévues dans les

résidence. (2) Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien. (3) L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Les droits reconnus au paragraphe (1) peuvent également, dans certaines zones déterminées, faire l'objet de restrictions qui, prévues par la loi, sont justifiées par l'intérêt public dans une société démocratique. »

30. Cf. l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Golder*, § 44, et le Rapport de la Commission européenne dans l'affaire *Sunday Times*, § 194.

articles de la Convention ou peuvent aller au-delà. Durant un certain temps, la Commission a défendu la thèse selon laquelle l'application des restrictions de la Convention n'était pas nécessaire dans le cas d'une censure ou de restrictions en matière de correspondance relative aux détenus. Selon la Commission, dans ce contexte, les restrictions de cet ordre sont inhérentes à la détention, même s'il s'agit de la correspondance entre le détenu et son avocat. La Cour s'est opposée à cette théorie et a souligné que les droits et les restrictions prévus dans la Convention font une unité et que chaque restriction à ces droits doit être nécessaire dans une société démocratique en vue d'un des buts exhaustivement et explicitement nommés dans la Convention<sup>31</sup>. Dans cette évaluation, la position particulière des détenus peut être prise en considération, ce qui fait qu'en réalité les autorités des établissements pénitentiaires et les autorités judiciaires disposent d'un large pouvoir discrétionnaire. D'autre part, la Commission a parfois entamé des investigations indépendantes en vue d'établir si les restrictions de la correspondance des détenus, par exemple, étaient raisonnables et vraiment nécessaires dans une société démocratique<sup>32</sup>.

La question qui reste est de savoir si les autorités nationales peuvent utiliser le concept des limitations implicites aux droits pour lesquels il n'y a pas de restrictions prévues dans la Convention et qui ne sont pas formulés comme des droits absolus (« *notstandfest* »)<sup>33</sup>, pour lesquels aucune restriction, même en temps de guerre, n'est permise. Dans l'affaire *Golder* la Cour a répondu positivement à cette question<sup>34</sup>, ce qui est dès lors illogique<sup>35</sup>.

Ce qu'il faut entendre par « prévue par la loi » a été précisé par la Cour dans l'affaire *Sunday Times* :

— il ne faut pas une loi formelle, mais une certaine base dans le droit national ;

31. Cf. Council of Europe, Case Law Topics n° 1, *Human Rights in Prison* (1971), p. 24-30. Cf. aussi Req. n° 6166/73, *Baader, Meins, Meinhof, and Grundman v. Federal Republic of Germany*, *Yearbook XVIII* (1975), p. 132-164.

32. Cf. l'affaire *Silver et autres*, arrêt du 24 octobre 1983, CEDH, Série A67.

33. Quelques exemples : art. 3, art. 4(1), art. 7...

34. Arrêt *Golder* du 21 février 1975, CEDH, Série A18, note 193.

35. P. Van Dijk et G. J. H. Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer, Kluwer, 1984, p. 422, s'opposent à cette prise de position de la Cour.

- cette réglementation doit être d'une accessibilité adéquate ;
- le citoyen doit en avoir une compréhension raisonnable ;
- il doit être possible pour le citoyen de prévoir les conséquences de son acte (*foreseeability*).

La formulation des restrictions légitimes est similaire dans tous les articles similaires, sauf dans l'article 10. L'exercice des libertés formulées dans l'article 10 de la Convention comporte des devoirs et des responsabilités qui peuvent être soumis à des restrictions, mais aussi à des formalités, des conditions ou des sanctions prévues par la loi. A première vue, il est étonnant que justement les restrictions à la liberté d'expression soient définies plus largement. En pratique, il importe peu que la plainte soit dirigée contre l'application de la norme légale qui restreint l'exercice de ce droit ou contre la sanction imposée en raison de la violation de la norme.

L'article 10 (2) contient aussi une référence explicite aux devoirs et aux responsabilités de ceux qui exercent les droits mentionnés. Selon la jurisprudence de Strasbourg, ces termes impliquent la possibilité de différencier selon « the particular situation of the person exercising freedom of expression and the duties and responsibilities attaching to that situation »<sup>36</sup>. Ce qui importe, c'est que ces termes n'impliquent pas toujours une extension des restrictions, mais parfois une limitation de celles-ci. La Commission a explicitement pris position en ce sens dans l'affaire *Lingens*, où un journaliste avait été condamné pour injure et diffamation en raison d'un article dirigé contre l'ex-chancelier Kreisky :

« It is obvious that by his public office a politician exposes himself to public criticism to a larger degree than the ordinary citizen. The existence of such criticism is an essential condition for the functioning of an "effective political democracy" as defined in the Preamble of the Convention (...) To exercise such control is not only a right, but may even be considered als a "duty and responsibility" of the press in a democratic State. »<sup>37</sup>

36. Cf. le rapport de la Commission du 30 septembre 1975 dans l'affaire *Handyside*, Publ. CEDH, Series B, vol. 22, 1976, p. 44. Cf. aussi l'arrêt de la Cour du 7 décembre 1976 dans cette affaire, Publ. CEDH, Séries A, vol. 24, 1976, p. 23.

37. Cf. le rapport de la Commission du 11 octobre 1984 dans l'affaire *Lingens*.

*B - L'implantation aux Pays-Bas  
des restrictions légitimes*

De nombreux aspects du procès pénal sont susceptibles d'un contrôle de conformité aux restrictions des articles 8-11 et de l'article 2 du Protocole n° 4 de la Convention. Cela va de l'incrimination à l'instruction préparatoire (preuves légitimes et vie privée, par exemple), au prononcé de la peine (par exemple interdiction de circuler librement dans certaines zones, publication du jugement dans des journaux), aux conséquences de la peine (par exemple expulsion des étrangers condamnés en relation avec leur vie familiale) et à l'application de la peine (par exemple les droits des détenus). Sans prétendre être complet, il nous semble intéressant d'indiquer les matières relevant du procès pénal ou qui lui sont apparentées au sein desquelles les restrictions de la Convention ont été invoquées dans la jurisprudence des Pays-Bas.

**1 / L'incrimination**

Il y a eu peu d'affaires dans lesquelles l'incrimination elle-même a été l'objet d'un contrôle de conformité à la Convention. Dans une affaire, l'avocat d'un client, accusé d'avoir commis des actes sexuels avec un mineur de moins de seize ans, était d'opinion que l'article 247 du Code pénal constituait une violation du droit à la vie privée (art. 8 de la Convention). Le Tribunal de grande instance de Den Bosch a été néanmoins d'avis que cette incrimination était nécessaire dans une société démocratique à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui<sup>38</sup>.

Dans une autre affaire, la défense considérait que l'article 137 e du Code pénal, qui criminalise l'expression d'idées dont l'auteur sait ou devrait raisonnablement savoir qu'elles sont une injure pour des groupes de personnes en raison de leur race, religion ou idéologie, constituait une violation de la liberté de religion et de la liberté d'expression (art. 9 et 10 de la Convention). Le Tribunal de grande instance de Zwolle

<sup>38</sup>. Affaire du 29 octobre 1985 du Tribunal de grande instance de Den Bosch, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1986, p. 169.

a jugé l'article 137 *e* du Code pénal nécessaire dans une société démocratique à la protection de la réputation ou des droits d'autrui<sup>39</sup>.

### 2 / L'instruction préparatoire

Les agents de poursuites aux Pays-Bas ont été confrontés, ces dernières années, à des auteurs qui ont agi en groupe (par exemple manifestations ou occupations de maison) et qui refusaient de donner leur identité<sup>40</sup>. Dans cette situation, les autorités policières ont essayé de connaître l'identité des auteurs par d'autres moyens. La Cour suprême a dû se prononcer dans une affaire du 8 mai 1984 sur la conformité avec l'article 8 (vie privée)<sup>41</sup> de la pratique consistant à photographier un suspect en usant de la coercition. Selon la Cour suprême, photographier contre sa volonté une personne soupçonnée d'avoir commis un délit, et l'intégrer dans une classification policière, est conforme à l'article 8, car ces restrictions sont absolument nécessaires à une détention visant à un interrogatoire.

### 3 / Le prononcé de la peine

Un journal (*Leidsch Dagblad*) a été poursuivi pour *smaad* (injure) et condamné à la publication du jugement dans la presse. Selon le journal, la dernière partie du jugement était une ingérence dans son droit à la liberté d'expression qui n'est pas prévue par l'article 10 (2). Le Tribunal régional de La Haye a été d'opinion que cette restriction était néanmoins nécessaire dans une société démocratique afin de protéger la réputation d'autrui<sup>42</sup>.

L'interdiction de libre circulation dans certains endroits est une autre illustration de l'influence du prononcé de la peine, cette fois-ci sur la vie privée (cf. les affaires mentionnées *supra*). Il est néanmoins surprenant que l'interdiction de libre circulation dans certains endroits ait été utilisée dans la jurispru-

39. Affaire du 9 janvier 1986 du Tribunal de grande instance de Zwolle, n° 14740/85.

40. Aux Pays-Bas la carte d'identité obligatoire n'existe pas; les autorités politiques essaient toutefois de l'introduire sous la pression des autres pays membres de la CEE.

41. *Nederlands Juristenblad*, 1984, p. 796.

42. *Kortgeding*, 1983, p. 64.



dence pénale aux Pays-Bas contre les femmes en tant qu'auteurs (prostitution par exemple) et non pas contre les femmes en tant que victimes (viol). Cette constatation relève de la séparation, aux Pays-Bas, entre la procédure civile et la procédure pénale. Par conséquent les femmes victimes de viol, ainsi que leurs organisations, se sont adressées aux présidents des tribunaux de grande instance, qui ont prononcé plusieurs fois des interdictions de libre circulation dans certains endroits au cours d'une procédure civile sommaire<sup>43</sup>.

Dans une autre affaire, un militaire avait été condamné par le commandant provincial militaire à quatre jours d'emprisonnement pour avoir participé à une manifestation anti-missiles en uniforme. Dans une procédure d'appel auprès de la Cour militaire, l'appelant avait invoqué l'article 10 (droit à la liberté de manifestation), mais la Cour a décidé que le droit lui-même n'était pas en jeu, mais plutôt l'usage de l'uniforme<sup>44</sup>.

Un journaliste qui avait été condamné à payer une amende pour avoir résidé dans une maison fermée pour cause de commerce illicite de drogues invoquait devant le Tribunal de grande instance de Groningue l'article 10 (liberté de recevoir des informations). Selon le Tribunal, des mesures étaient nécessaires à la défense de l'ordre et à la protection des droits et des libertés d'autrui. Pour le journaliste, la fermeture de la maison n'avait pas de conséquences substantielles pour son droit à la liberté de recevoir des informations, car il avait toute possibilité d'être présent à la fermeture et d'interviewer les habitants, ce qu'il avait fait par ailleurs.

#### 4 / Les conséquences de la peine

Les juges ont dû se prononcer maintes fois sur la conformité à la Convention des restrictions nationales à la vie privée et familiale. Une question qui revient fréquemment est de savoir si l'expulsion d'un étranger en raison d'une condamnation peut être une violation de la vie familiale. Le droit à l'entrée ou à la résidence pour un étranger dans un pays membre de la Convention n'a pas été proclamé dans la Convention. D'autre

43. J. Hes, *Het straatverbod in kort geding als « ultimum remedium »*, *Nemesis*, 1984, p. 130-139.

44. Affaire du 3 décembre 1986 de la Cour militaire, *Themis*, 1987, p. 133.

part, la politique d'immigration d'un pays membre doit être conforme aux obligations de la Convention. Dans une affaire<sup>45</sup> l'appelant, originaire de Suriname, était déclaré *persona non grata* en raison d'une condamnation à un emprisonnement effectif pour trafic de drogue. Il invoquait l'article 8 de la Convention pour pouvoir demeurer aux Pays-Bas avec une étrangère y résidant légalement, avec qui il avait un enfant. Le Conseil d'Etat a jugé que cette restriction à la vie familiale était conforme aux restrictions prévues dans l'article 8, en particulier la défense de l'ordre. Dans une autre affaire<sup>46</sup> un étranger turc, qui résidait depuis dix ans aux Pays-Bas, s'était vu retirer son permis de séjour à la suite d'une condamnation pour trafic de drogue. Il invoquait l'article 8 pour protéger sa femme et ses cinq enfants. Le Conseil d'Etat a décidé que cette restriction était conforme à la restriction de la défense de l'ordre de l'article 8 de la Convention. Une décision similaire a été prise en 1987 par le Conseil d'Etat constatant que la famille de l'étranger condamné et déclaré *persona non grata* avait la liberté de le suivre à l'étranger<sup>47</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme a pris également une position similaire dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* : « L'article 8 ne saurait s'interpréter comme comportant pour un Etat contractant l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur domicile commun et d'accepter l'installation de conjoints non nationaux dans les pays. »<sup>48</sup>

#### 5 / L'application de la peine : la situation des détenus<sup>49</sup>

Une procédure de plainte pour les détenus, les internés et les personnes qui sont soumis au régime de la liberté condi-

45. Arrêt du 26 juillet 1985 du Conseil d'Etat, affaire A2.0845.1982.

46. Arrêt du Conseil d'Etat, *Weekoverzicht Raad van State*, 1986, p. 214.

47. Arrêt du Conseil d'Etat, *Weekoverzicht Raad van State*, 1987, p. 233. Ainsi la Commission européenne des droits de l'homme a jugé que l'expulsion ou la déportation d'un membre de la famille était conforme à l'article 8 si les autres membres de la famille avaient l'opportunité de le suivre et que cette exigence était raisonnable. Cf. Council of Europe, Case Law Topics, n° 2, *Family Life* (1972), p. 40-41. Cf. aussi Req. n° 2991/66, *Kahn v. United Kingdom*, *Yearbook X* (1967), p. 478, et Req. n° 7816/77, *X. and Y. v. Federal Republic of Germany*, D and R (1978), p. 219.

48. Arrêt du 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, CEDH, Série A, vol. 94.

49. M. Viering vient de publier un article sur cette matière sous le titre *Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens in de rechtspraak van de beroepscommissie. Het eerste decennium*, dans *Delikt en Delinkwent*, 1988, p. 40-52.

tionnelle est entrée en vigueur aux Pays-Bas depuis une dizaine d'années. Depuis cette époque, la *Beroepscommissie van de centrale raad van strafrechtstoepassing* (la Commission d'appel du Conseil central d'application de la peine)<sup>50</sup> a été confrontée à des plaintes relatives à la non-conformité des pratiques pénitentiaires aux normes de la Convention. Cette Commission d'appel s'est toujours opposée au concept des limitations implicites et a toujours essayé d'intégrer la jurisprudence de Strasbourg dans sa pratique.

La plupart des plaintes concernent la conformité à l'article 8. C'est essentiellement la notion de vie privée qui a été l'objet d'une jurisprudence abondante. Par l'application de cette notion, les détenus ont pu exercer leur droit au choix d'un médecin<sup>51</sup> et obtenu une meilleure protection de leur dossier personnel. Ce dossier, qui contient des données sur leur histoire personnelle, leur famille et leur milieu social, n'est par conséquent accessible qu'aux personnes à qui ce dossier est destiné (par exemple les autorités judiciaires et non pas le personnel administratif de la prison).

Pour éviter que les plaignants soient sans recours dans des affaires qui ne sont pas de la compétence de la commission d'appel, le président du tribunal de grande instance a une compétence du lieu de résidence. Dans une affaire, deux membres de l'IRA avaient été, en attendant une décision de la Cour de cassation relative à une requête d'extradition vers les Etats-Unis, emprisonnés dans deux prisons différentes. Tous deux, placés en isolement, se plaignaient de ne pas avoir la possibilité de se parler ou de se communiquer et étaient d'opinion que leur forme de détention était une violation de la vie privée. Le président du Tribunal de grande instance d'Amsterdam a jugé les conditions de détention conformes à l'article 8 de la Convention, car nécessaires, dans une société démocratique, à la sûreté publique et à la défense de l'ordre<sup>52</sup>.

50. La terminologie ancienne était *Beroepscommissie van de centrale raad van advies van het gevangeniswezen*.

51. Beroepscommissie, 28 avril 1981, *Penitentiaire Informatie*, 1981, p. 39 ; Beroepscommissie, 25 juillet 1983, *Penitentiaire Informatie*, 1984, p. 6.

52. Affaire du 7 mai 1986 du président du Tribunal de grande instance d'Amsterdam, n° KG 86/491K.

En conclusion, une étude récente sur la jurisprudence de la Cour de cassation aux Pays-Bas vis-à-vis des traités relatifs aux droits de l'homme les plus importants révèle que : 1 / l'incidence de ces normes était presque inexistante avant 1980, et par la suite en constante et rapide augmentation ; 2 / la Chambre criminelle est responsable pour 75 % des affaires où des normes internationales relatives aux droits de l'homme sont évoquées ; et 3 / dans ces évocations un pourcentage similaire fait référence aux normes de la Convention européenne<sup>53</sup>.

Dans notre contribution, nous avons essayé d'illustrer que cette incidence ne se limitait pas à la Cour de cassation, mais se manifestait aussi aux niveaux les plus variés de l'organisation judiciaire ; de même, les normes internationales de la Convention touchent aussi les éléments substantiels les plus variés du procès et du système pénal.

Pour pouvoir répondre à la question de l'effectivité des normes européennes, en particulier des mesures de restriction et de dérogation, à l'intérieur du système pénal des Pays-Bas, il nous semble nécessaire de faire une distinction entre l'effectivité juridique interne et l'effectivité empirique.

En ce qui concerne l'effectivité juridique interne, il nous semble d'une importance réelle que les effets juridiques des normes pénales — le fonctionnement du système pénal — puissent être mis en question par les citoyens eux-mêmes. Cette effectivité, rendue possible par le mécanisme original de saisine des instances européennes, par le contrôle exercé par celles-ci et par l'évocation de ces normes au sein de la justice nationale, fait que la pratique nationale est examinée à partir d'un ensemble de principes juridiques essentiels pour un fonctionnement respectueux des droits fondamentaux.

D'autre part, en ce qui concerne l'effectivité juridique extérieure ou empirique, il est clair que cette effectivité varie selon le type de légitimité et de rationalité sous-jacentes. Le texte de la Convention elle-même, en particulier la définition des restrictions et dérogations, est un compromis politique qui reflète la difficile balance entre souveraineté des Etats et inté-

53. H. Von Hebel, *The case-law of the Dutch Supreme Court with respect to the major international human rights instruments : the utility of statistical data*, non publié.

gration européenne. Une fois les structures et organes mis sur le papier et créés, cet instrument obtient une semi-autonomie. Ceci explique que l'impact de la Convention et le pouvoir des organes de Strasbourg ont été beaucoup plus grands que ne l'imaginaient les Etats au moment de la ratification. Le fait que la Commission cherche à augmenter son pouvoir vis-à-vis des Etats pour vérifier sur place la situation réelle est une autre indication de ce mouvement. Mais il existe également des signes qui indiquent le contraire. Ainsi un pourcentage minime des plaintes sont admises par la Commission. La politique sous-jacente est loin d'être claire et bien définie. Le secrétariat de la Commission n'a pas été conçu pour la charge actuelle de travail, ce qui fait qu'il n'a pas les moyens suffisants pour étudier à fond les problèmes juridiques dans une perspective comparative. Du côté des Etats, il n'y a pas beaucoup d'enthousiasme pour remédier à ce problème.

Dans cette situation, l'effectivité empirique de la Convention et de ses restrictions et dérogations consiste surtout, nous semble-t-il, dans l'extériorisation, au sein d'une logique politico-juridique, des critères sous-jacents de la pratique pénale, et cela dans une approche comparative. Plus l'utilisation des restrictions et des dérogations pour protéger les biens juridiques mentionnés dans les articles de la Convention est motivée par les organes de la Convention et par les juges nationaux d'une manière vague ou formelle et non d'une manière explicite et substantielle, plus la pratique nationale en matière de politique criminelle sera légitimée sans avoir la possibilité d'en vérifier son type d'effectivité empirique.

J. V.