



« En protégeant les droits de l'homme les juges préservent la démocratie »



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Dialogue entre juges

Actes du séminaire
27 janvier 2023

*« En protégeant les droits de l'homme
les juges préservent la démocratie »*

Tout ou partie de ce document peut faire l'objet d'une reproduction libre de droits avec mention de la source « *Dialogue entre juges, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2023* »

© Cour européenne des droits de l'homme, 2023

© Photos : Cour européenne des droits de l'homme/Conseil de l'Europe

TABLE DES MATIÈRES

Actes du séminaire

Síofra O’Leary	5
Présidente de la Cour européenne des droits de l’homme	
Ivana Jelić	7
Présidente du comité d’organisation du séminaire judiciaire 2023	
Miguel Poaires Maduro	9
Professeur, Institut universitaire européen	
Susanne Baer	16
Juge, Cour constitutionnelle fédérale d’Allemagne	
Mirjana Lazarova Trajkovska	26
Juge, Cour suprême de Macédoine du Nord	
Pierre Nihoul	30
Président de la Cour constitutionnelle de Belgique	

Audiencelle solennelle
à l’occasion de l’ouverture de l’année judiciaire

Síofra O’Leary	38
Présidente de la Cour européenne des droits de l’homme	
Silvana Sciarra	45
Présidente de la Cour constitutionnelle de l’Italie	
Photos	50



Síofra O’Leary

Présidente de la Cour européenne
des droits de l’homme

DISCOURS D’OUVERTURE

Chers présidents de Cours constitutionnelles et suprêmes, Chers intervenants, Chers collègues et amis,

Tout d’abord, je voudrais vous souhaiter la bienvenue à l’occasion du séminaire judiciaire de cette année qui, après le changement de rythme imposé par la pandémie, a retrouvé sa date habituelle de janvier.

C’est pour moi un privilège et un honneur, en tant que Présidente de la Cour, de donner le coup d’envoi du programme de cet après-midi.

Permettez-moi d’adresser mes remerciements au comité d’organisation de cette année : la juge Ivana Jelić, présidente, ainsi que les juges Armen Harutyunyan, María Elósegui, Raffaele Sabato et Saadet Yuksel. Beaucoup de travail a été engagé dans la préparation du séminaire de ce jour, notamment pour l’élaboration du document de travail, et je voudrais que nos collègues sachent que leur investissement est apprécié par tous à sa juste valeur aujourd’hui.

Je tiens aussi à remercier l’équipe du greffe : Patrick Titun, Rachael Kondak, Valérie Schwartz et Tatiana Kirsanova.

La présence, en aussi grand nombre, d’éminentes personnalités du monde judiciaire est extrêmement encourageante ; elle témoigne du soutien que vous apportez à la Cour et à notre projet européen commun, à l’heure où un tel soutien est si nécessaire.

Je souhaiterais en particulier saluer nos invités venus d’Ukraine, notamment M. Kniaziev, le président de la Cour suprême.

En décembre dernier, je devais intervenir lors d’une conférence en ligne organisée par la Cour suprême ukrainienne lorsqu’un bombardement sur Kiev a interrompu nos travaux. Envers et contre tout, les juridictions ukrainiennes continuent de fonctionner dans des circonstances extrêmement éprouvantes.

Témoignage de la résilience ukrainienne, cette conférence a finalement eu lieu la semaine dernière. Dans mon intervention, j’ai souligné la nécessité d’une grande résilience démocratique aux niveaux national et européen si nous voulons pouvoir défendre efficacement les valeurs qu’incarnent le Conseil de l’Europe et la Cour. Nos sociétés ne connaissent que trop bien les signes du ralentissement économique et de la récession économique, mais nombre d’électeurs sont moins habitués à identifier certains des signes annonciateurs d’une récession démocratique, depuis les restrictions imposées à la société civile, les effets dévastateurs de la corruption et le recul de l’état de droit jusqu’à l’utilisation du *soft power* des médias pour contrer les normes démocratiques¹. Entre 1975 et 2006, le monde a assisté à une expansion continue des démocraties et des libertés qui les accompagnent.

¹ Voir L. Diamond, “Facing Up to the Democratic Recession”, *Journal of Democracy*, volume 26, numéro 1, janvier 2015.

Depuis cette décennie, nous percevons les signes d’un déclin qui s’amorce, non seulement dans les démocraties en transition – nombreuses au sein du Conseil de l’Europe – mais aussi dans le fonctionnement et la confiance en soi de démocraties établies et jusque-là florissantes.

La Convention européenne des droits de l’homme vise à préserver une démocratie politique effective, qui constitue un élément fondamental de « l’ordre public européen »² et qui est le seul modèle de gouvernement que la Convention reconnaisse.

Les événements tragiques survenus en Ukraine, l’expulsion de la Russie du Conseil de l’Europe, la paralysie de l’opposition et de la société civile dans cet ancien État membre, ainsi que les forces qui ont conduit à ces événements, sont autant de rappels de ce qui se passe lorsque les démocraties s’effondrent ainsi que de la forme que peut prendre ce processus, qu’il soit lent ou rapide.

C’est la raison pour laquelle le rôle que tiennent les juges dans la sauvegarde des droits civils et politiques fondamentaux, tels que ceux que nos intervenants aborderont cet après-midi – liberté d’expression, liberté d’association et de réunion et droits électoraux – est crucial. Nous devons jouer notre rôle, dans les limites imposées par notre fonction judiciaire, pour empêcher que, pour citer le professeur Larry Diamond, de Stanford, une récession démocratique ne se transforme en une dépression démocratique.

Je m’en tiendrai là pour ces remarques liminaires, car j’ai, tout autant que vous, hâte d’entendre nos intervenants. J’ai maintenant le plaisir de céder la parole à ma collègue, la juge Jelić, qui va introduire le séminaire et présenter les intervenants au nom du comité d’organisation.

Je vous souhaite à tous un après-midi de débats très productif et fructueux.



Ivana Jelić

**Présidente du comité d’organisation
du séminaire judiciaire 2023**

Chers invités et intervenants, chers collègues et amis,

Permettez-moi de vous saluer chaleureusement au nom du comité d’organisation du séminaire judiciaire 2023. C’est merveilleux de vous retrouver ici présents en personne à la Cour, et de nouveau à nos dates habituelles.

Si je devais résumer en quelques mots le rôle que joue le pouvoir judiciaire dans la protection de la démocratie, je dirais qu’il consiste à garantir le pluralisme. La question fondamentale que pose la thématique de ce séminaire est celle de savoir comment la participation effective des citoyens à la politique de l’État influe sur la jouissance par eux de leurs droits, et inversement. La plupart du temps, répondre à cette question suppose de rechercher si la mesure étatique soumise à notre contrôle restreint ou non le pluralisme.

La garantie du pluralisme au sein d’une société repose généralement sur trois fondamentaux. La garantie de la liberté d’expression protégée par l’article 10 forme le socle des deux autres, qui sont l’existence d’institutions politiques qui reflètent cette diversité d’opinions et l’égalité de traitement de tous les citoyens devant la loi.

- La protection offerte par l’article 10 requiert souvent que la Cour exerce un contrôle renforcé sur les mesures qui restreignent le débat sur les questions d’intérêt général, lequel est particulièrement propice au pluralisme des opinions au sein d’un État (voir, par exemple, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France* [GC], n° 40454/07, CEDH 2015 (extraits)). Le contrôle effectué par la Cour permet d’abolir les mesures directes et indirectes qui produisent un effet dissuasif sur la liberté d’expression. Il s’étend, entre autres, aux mesures de surveillance invasive ou de réglementation d’Internet qui sont de plus en plus fréquentes dans les politiques publiques contemporaines (*Big Brother Watch et autres c. Royaume-Uni* [GC], nos 58170/13 et 2 autres, 25 mai 2021, et *Delfi AS c. Estonie* [GC], n° 64569/09, CEDH 2015).
- Le rôle qui est celui des juges dans la préservation de la démocratie ne s’arrête pas à la protection de la liberté d’expression. Les particuliers devraient se voir donner les moyens de participer activement et concrètement au processus démocratique par des voies créées par la loi. Pour que la voix des citoyens compte dans la vie politique de l’État, il faut qu’il existe à la fois le droit de créer librement une organisation politique et des droits électoraux effectifs.
 - L’ingérence dans l’exercice de la liberté de réunion telle que consacrée par l’article 11 peut revêtir diverses formes, et la Cour a eu l’occasion d’examiner des dispositions pénales ainsi que des politiques de financement qui produisent un effet dissuasif direct ou indirect sur l’exercice de ce droit (*Ecodefence et autres c. Russie*, nos 9988/13 et 60 autres, 14 juin 2022, et *Navalnyy c. Russie* [GC], nos 29580/12 et 4 autres, 15 novembre 2018). En outre, les juges se trouvent face à la tâche ardue de déterminer où

² *Ždanoka c. Lettonie* [GC], n° 58278/00, § 98, CEDH 2006 IV.

se situe le point de bascule à partir duquel une association de citoyens cesse de servir la démocratie. Guidée par le principe du pluralisme, qui requiert un degré de tolérance élevé de la part de l'État, la Cour a toujours considéré qu'une dissolution ne se justifiait que si l'organisation en cause appelait à l'usage de la force contre des institutions démocratiques et s'il existait des preuves concrètes de pareil recours à la violence (comparer *Vona c. Hongrie*, n° 35943/10, CEDH 2013, qui concernait la dissolution d'une association qui ciblait une minorité nationale et appelait à participer à des défilés paramilitaires, *ET Branche de Moscou de l'Armée du Salut c. Russie*, n° 72881/01, CEDH 2006 XI).

— Les droits électoraux consacrés par l'article 3 du Protocole additionnel constituent un « principe caractéristique de la démocratie » (pour citer *Bakirdzi et E.C. c. Hongrie*, n°s 49636/14 et 65678/14, 10 novembre 2022). Les juges ont là encore un rôle particulier à jouer, la Cour ayant conclu que l'accès à un contrôle juridictionnel effectif était nécessaire à l'organisation d'élections équitables (*Mugemangango c. Belgique* [GC], n° 310/15, 10 juillet 2020). Je n'analyserai pas en détail ici la jurisprudence de la Cour, mais la nécessité de s'attacher davantage au droit de vote des minorités mérite d'être soulignée. La Cour a eu très récemment l'occasion de clarifier son approche en la matière, dans l'affaire *Bakirdzi et E.C.* (précitée). La diversité des minorités nationales en Europe et le caractère disparate des approches retenues dans les constitutions des États membres soulèvent des problématiques. Bien que la Convention n'exige pas une discrimination positive en faveur des minorités, des États prennent des mesures destinées à assurer la représentativité qui peuvent se révéler bénéfiques, mais aussi parfois contre-productives. Les juges internationaux, forts de leur perspective interjuridictionnelle et comparative, ont un rôle essentiel à jouer dans la résolution de ce problème.

En résumé, le pluralisme ne peut être garanti que si la structure interne de son garant reflète le pluralisme. Une régression en matière de pluralisme au sein du système judiciaire devrait susciter les plus grandes inquiétudes, y compris pour les juges internationaux, lesquels disposent des outils nécessaires pour aider leurs homologues nationaux confrontés à des mécanismes disciplinaires arbitraires (*Grzędac. Pologne* [GC], n° 43572/18, 15 mars 2022). Parmi ces outils figure la possibilité pour les juridictions nationales de poser une question à la Cour européenne des droits de l'homme (article 1 du Protocole n° 16) et à la Cour de justice de l'Union européenne (article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne), mais aussi la possibilité pour les juges confrontés à de telles procédures d'adresser des requêtes individuelles à la Cour elle-même.

Nous savons tous qu'un recul du pluralisme judiciaire expose le pluralisme et la tolérance de la société au risque de subir des dégâts irréparables.

Chers invités, chers tous, je suis persuadée que la thématique du séminaire judiciaire d'aujourd'hui ainsi que les quatre axes que nous avons choisis vous donneront amplement matière à réflexion et alimenteront des débats soutenus.

Pour conclure mon allocution, je souhaiterais remercier chaleureusement les membres du comité d'organisation, à savoir les juges Armen Harutyunyan, María Elósegui, Raffaele Sabato et Saadet Yüksel, ainsi que nos deux modérateurs, les juges Alena Poláčková et Ioannis Ktistakis. En leur nom et en mon nom personnel, je voudrais aussi remercier les membres du greffe pour leur excellente coopération et leur soutien, en particulier M. Patrick Titun, M^{me} Rachael Kondak ainsi que les assistantes Valérie Schwartz, Loredana Bianchi et Tatiana Kirsanova, de même que les interprètes.

Je vous remercie pour votre attention !



Miguel Poaires Maduro

**Professeur,
Institut universitaire européen**

L'état de la démocratie en Europe et dans le monde suscite de fortes préoccupations. La Secrétaire générale du Conseil de l'Europe a parlé d'un déclin démocratique. Beaucoup considèrent que la démocratie est aujourd'hui menacée. Quel est, dans un tel contexte, le rôle des juges et des juridictions, et en particulier des cours transnationales : tel est le sujet que vous m'avez demandé d'aborder devant vous.

La protection de la démocratie a toujours été au cœur du rôle assigné aux juges. C'est tout particulièrement le cas des juridictions chargées de faire appliquer et de protéger la Constitution ou les droits de l'homme. Il est vrai que le constitutionnalisme et la protection des droits de l'homme ont parfois été présentés comme un contrepoids à la démocratie. D'après une telle conception, le constitutionnalisme consiste à poser des limites à l'action politique : limites que le pouvoir, y compris le pouvoir démocratique, se doit de respecter s'il entend protéger les droits de l'homme. Cette conception exerce encore une influence considérable sur la manière de présenter le rôle constitutionnel des juges ainsi que dans le domaine de la protection des droits de l'homme. Dès lors, le rôle des cours constitutionnelles et des juridictions chargées de la protection des droits de l'homme est couramment conçu comme consistant à protéger les droits fondamentaux de la personne contre les abus du processus démocratique. Cette conception véhicule cependant, à mon sens, une vision tronquée et limitée de la démocratie, du constitutionnalisme et des droits fondamentaux ; elle véhicule, par là même, une vision tronquée du rôle des juridictions elles-mêmes.

Cette vision est fondée, en premier lieu, sur une conception de la démocratie qui tend à la réduire au vote majoritaire. La démocratie, et l'idée même d'auto-gouvernement, sont fondées sur l'égalité de dignité de tous les citoyens. Cela suppose, d'une part, de donner à ceux-ci voix égale au sein du processus politique, d'autre part, d'exiger du processus politique qu'il accorde la même considération aux intérêts de tous les citoyens (prenant en compte, par voie de conséquence, la manière dont ils sont susceptibles d'être diversement et inégalement affectés par les décisions politiques). Protéger ces deux dimensions de la démocratie exige bien plus que la garantie d'élections libres. Il faut encore que ces élections se déroulent d'une manière telle que tous les points de vue puissent s'exprimer et se confronter. Il faut également que les choix politiques des citoyens puissent se former, autant que possible, sur la base de processus épistémologiques et cognitifs rationnels et sincères. Sans rationalité et sans exigence de vérité, il n'y a pas de véritable démocratie ; en l'absence de ces deux éléments, les choix exprimés par les citoyens sont faussés. Ce qui distingue la démocratie d'autres processus politiques, c'est qu'en démocratie la vérité émerge du pluralisme des opinions ; elle n'est pas imposée d'en haut. Il faut ajouter qu'une conception élargie de la démocratie exige en outre des mécanismes de contre-pouvoir et la garantie des droits fondamentaux, de manière à se prémunir contre le risque qu'une majorité occasionnellement formée puisse s'installer au pouvoir ou abuser de son pouvoir en menaçant les intérêts d'une minorité (ignorant, de ce fait, l'exigence démocratique qui impose de prendre en considération les intérêts de tous les citoyens d'une manière égale).

Cette conception de la démocratie est progressivement devenue dominante, à la fois pour les auteurs spécialisés sur cette question et dans la jurisprudence des tribunaux. Elle envisage les droits de l'homme et l'État de droit comme étant inextricablement liés à la démocratie (voire même comme une partie intégrante de celle-ci). Telle est la conception que l'on désigne habituellement comme celle de la démocratie libérale.

Elle exige des élections libres et impartiales, la protection des droits fondamentaux, la séparation des pouvoirs, l'indépendance de la justice et la garantie de certains principes généraux du droit tels que la sécurité juridique, la clarté du droit, la transparence et la protection juridictionnelle effective.

Ce lien entre démocratie et droits de l'homme est reconnu dans le préambule de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales selon lequel le maintien des libertés fondamentales repose essentiellement sur un régime véritablement démocratique. Il est également inscrit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Rappelons que celle-ci a déclaré que la Convention « *était destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique* » et, allant même plus loin, que « *la démocratie apparaît ainsi comme l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle* »¹.

Cela signifie, d'une part, que sans démocratie il ne peut y avoir de protection effective des droits de l'homme, dans la mesure où il n'y aura ni reconnaissance effective de nombre de ces droits ni institutions politiques disposant de la culture requise pour respecter ces droits. Cela signifie, d'autre part, que sans droits de l'homme il ne peut y avoir de véritable démocratie. De fait, ainsi que je l'ai déjà dit, les conditions épistémologiques, cognitives et délibératives requises pour disposer d'une véritable démocratie reposent sur la garantie de certains droits de l'homme. Sans la protection de ces droits, il ne peut y avoir de démocratie. En outre, l'égalité politique des citoyens, qui constitue le cœur de la démocratie, requiert l'égalité considération de leurs intérêts, y compris en imposant certaines limites au processus politique.

Sous ce rapport, le lien entre la démocratie et la jurisprudence établie par les cours relativement aux droits de l'homme apparaît. Ce lien ne concerne pas seulement les droits politiques et les mécanismes de contre-pouvoir (droits et mécanismes que les cours protègent en général). Pourtant, ce sont essentiellement de ces derniers mécanismes que l'on parle lorsque l'on s'intéresse à la protection juridictionnelle de la démocratie.

Cela apparaît notamment dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci protège des droits tels que la liberté d'expression ou d'association, qui constituent les fondements de l'espace de discussion libre et ouvert que requiert toute démocratie. La Cour a clairement indiqué que la protection de ces droits, mis en rapport avec la démocratie, s'étend bien au-delà de la simple garantie de la libre expression ; il y va de la promotion du pluralisme des médias et des opinions politiques et, allant encore plus loin, de la protection d'une société civile riche et diverse². Il résulte de la jurisprudence de la Cour que la protection de la démocratie exige bien plus que la protection de l'expression politique et des partis politiques. Elle requiert la protection d'autres formes de discours et d'association en tant que celles-ci sont une part essentielle de l'espace public dans une démocratie véritable. Par ailleurs, la Cour a montré qu'elle était attentive à la qualité et à l'intégrité du discours dans l'espace public. Il en est ainsi notamment lorsqu'elle protège l'indépendance et l'intégrité du journalisme et des médias publics ou lorsqu'elle tient compte des risques liés à la désinformation, notamment dans le contexte du nouvel espace numérique.

Appliquant l'article 3 du Protocole n° 1, la Cour protège également la démocratie électorale. Cela comprend le droit de vote et le droit d'être élu. Mais la protection de ces droits passe aussi par la protection du caractère démocratique des institutions et des processus dont dépendent ces droits. Cela concerne quantité de questions épineuses, depuis le contrôle des procédures électorales jusqu'à la protection des acteurs politiques, notamment les parlementaires.

Comme cela ressort également de nombreuses Constitutions, votre Cour a clairement indiqué que la démocratie n'est pas un « pacte suicidaire » ; la démocratie a parfaitement le droit de se défendre contre les forces anti-démocratiques. À cet égard, il me semble que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la « démocratie militante » est tout à fait proche de celle des cours constitutionnelles

nationales. Il ne suffit pas que des mouvements sociaux ou des partis politiques exposent et diffusent des idées contraires à la démocratie pour être condamnés ; il faut en outre qu'ils constituent une menace réelle pour la démocratie, soit qu'ils agissent eux-mêmes pour saper la démocratie, soit qu'ils prônent la violence pour la mise en œuvre de leurs idées. Par ailleurs, il n'est pas nécessaire d'attendre que de telles organisations s'emparent du pouvoir pour s'en protéger. Il faut et il suffit qu'il existe un risque « suffisamment imminent », selon les mots de la Cour³.

À la différence de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice de l'Union européenne n'est pas une cour des droits de l'homme. Cependant, elle s'est progressivement saisie de questions relatives aux droits de l'homme et à la démocratie. Il en est ainsi en raison principalement de deux évolutions, contradictoires en apparence. La première contribue à limiter les pouvoirs de l'Union, l'autre au contraire à les étendre. La première résulte de l'introduction d'un contrôle des institutions de l'Union au regard des droits fondamentaux. Tandis que certains pouvoirs ont été transférés des États au niveau européen, il est apparu nécessaire d'accompagner ce transfert par des instruments de contrôle des droits fondamentaux comparables à ceux qui sont applicables dans les ordres juridiques des États membres de l'Union. C'est l'histoire bien connue, même si elle est parfois critiquée, de l'introduction « prétorienne » des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de justice, au terme d'un dialogue engagé avec les cours constitutionnelles nationales. Cela a abouti à la reconnaissance et l'inscription de ces droits dans les Traités puis à l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Dans cette évolution, la Cour européenne des droits de l'homme, et la jurisprudence de votre Cour, ont joué un rôle majeur : celui d'instrument essentiel pour déterminer la nature et le contenu des traditions constitutionnelles communes des États membres de l'Union. C'est sur le fondement de ces traditions que les droits fondamentaux de l'Union ont pu se développer.

L'autre évolution majeure en matière de droits fondamentaux dans l'Union européenne est plus récente et sans doute plus controversée. Elle s'est développée de manière erratique et ponctuelle à la faveur de l'application d'autres règles du droit de l'Union, telles que les libertés de circulation, dès lors que ces règles sont susceptibles de soulever des problèmes de droits fondamentaux, dont certains sont profondément liés au problème démocratique. En voici quelques exemples. Dans un premier litige, un monopole public sur l'audiovisuel fut mis en cause à la fois au motif qu'il constituait une restriction à la libre prestation de services dans l'Union et parce qu'il pouvait être regardé comme un obstacle à la liberté d'expression. Dans une autre espèce, le manque de pluralisme des médias dans un État membre fut mis en cause sous l'angle des règles du droit de l'Union relatives à la protection de la concurrence et à l'accès au marché des médias dans cet État. Dans une troisième affaire, la législation européenne sur l'interdiction des discriminations en raison de l'âge fut invoquée dans le but de contester une législation nationale visant à permettre d'exercer un contrôle accru sur le pouvoir judiciaire dans un État membre. Ces applications indirectes des droits fondamentaux de l'Union en réponse à des problèmes démocratiques ont progressivement été complétées par des règles visant à permettre d'apporter une réponse directe à ces problèmes. Certaines de ces règles ont été adoptées dans le cadre des compétences de l'Union. Un premier exemple, dans le domaine des droits fondamentaux, est la législation européenne en matière de lutte contre les discriminations. Mais il faut également signaler la récente réglementation conditionnant l'octroi des fonds européens au respect des critères de l'État de droit, ou encore la proposition de loi européenne sur le pluralisme et la liberté des médias. Cette évolution a été accompagnée par des développements au niveau des Traités, notamment du fait de l'introduction de l'article 7, qui instaure un mécanisme politique permettant de surveiller et de sanctionner les violations par les États membres des valeurs inscrites à l'article 2 TUE, en particulier de la démocratie, de l'État de droit et de la protection des droits de l'homme. Mais, ainsi que je l'ai indiqué, cette disposition met en place un mécanisme politique qui s'est révélé impuissant dans le contexte de remises en cause croissantes de ces valeurs par certains États membres.

¹ *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998 I.

² En particulier *Ecodefence et autres c. Russie*, 14 juin 2022.

³ Arrêt *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* [GC], 13 février 2003.

Dans ce contexte, la Commission européenne et certains requérants ont exploré d'autres voies d'action, de manière à soumettre à l'examen de la Cour de justice les potentielles violations des droits fondamentaux et de l'État de droit constatées dans certains États membres. Je n'ai pas le temps de décrire en détail le débat qui s'en est suivi, tant dans la sphère politique que dans la communauté juridique.

La question de savoir si les droits fondamentaux de l'Union peuvent être mobilisés pour contrôler les actes des États membres est souvent présentée comme celle de « l'incorporation » des droits fondamentaux de l'Union dans les ordres juridiques nationaux. Cette expression fait allusion au processus par lequel la Cour suprême des États-Unis a « incorporé » le *Bill of Rights* inscrit dans la Constitution américaine⁴ (lequel était à l'origine opposable uniquement au gouvernement fédéral) dans la clause de « due process » opposable aux États fédérés. Cela permet, de fait, de rendre le *Bill of Rights* applicable aux États, y compris dans le domaine de leurs affaires intérieures. Une telle incorporation complète n'a pas encore eu lieu dans le droit de l'Union. La Cour de justice de l'Union européenne s'est contentée d'étendre la portée des droits fondamentaux de l'Union aux actions des États membres, mais seulement lorsque celles-ci tombent dans champ d'application du droit de l'Union, en particulier dans le cas où les États font application de ce droit ou y dérogent⁵.

Plus récemment, cependant, dans une série d'affaires mettant en cause l'indépendance de la justice, la Cour de justice a fait usage d'une disposition du traité dont l'application n'est pas limitée aux cas d'application des droits fondamentaux de l'Union énumérés à l'article 51 de la Charte. Dans le but de répondre aux préoccupations relatives à l'État de droit, elle a mobilisé l'article 19, paragraphe 1, du TUE, lequel impose à la Cour d'assurer le respect du droit dans l'application et l'interprétation des traités. La Cour en a conclu que l'article 19 est une disposition « *qui concrétise la valeur de l'État de droit affirmée à l'article 2 TUE* » et qui garantit la confiance mutuelle entre les États membres, s'agissant en particulier des valeurs communes qui fondent l'Union européenne. D'autre part, la Cour a affirmé que « *l'existence même d'un contrôle juridictionnel effectif destiné à assurer le respect du droit de l'Union est inhérente à l'État de droit* ». Cela implique de respecter le droit à un procès équitable lequel, à son tour (et d'une manière semblable à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme), exige des juridictions indépendantes.

À mon sens, cette jurisprudence n'a rien de surprenant. De fait, en ma qualité d'Avocat général près la Cour de justice, j'ai soutenu, dans une affaire *Centro Europa 7*, un raisonnement très proche. J'y déclarais alors que le contrôle qui consiste à vérifier si les États membres assurent le niveau de protection nécessaire des droits fondamentaux pour remplir de manière satisfaisante leurs obligations en tant que membres de l'Union « *découle logiquement de la nature du processus d'intégration européenne. Il vise à s'assurer que les conditions de base du bon fonctionnement de l'ordre juridique communautaire et de l'exercice effectif des nombreux droits accordés aux citoyens de l'Union sont garanties* ».

Je pense que cette approche devrait être étendue à d'autres domaines, en particulier aux problèmes démocratiques. Songez à l'exigence, inscrite à l'article 10 TUE, selon laquelle l'Union est fondée sur la démocratie représentative, et à celle énoncée à l'article 14 TUE, selon laquelle les membres du Parlement européen sont élus au suffrage universel direct, libre et secret. Or, la protection d'élections libres et équitables et d'un Parlement élu et fonctionnant démocratiquement présuppose la réunion de certaines conditions qui doivent être garanties au sein même de tous les États membres. Or, il est désormais impossible de distinguer les deux plans : le respect de ces conditions aux fins des élections et de la démocratie européennes et leur respect aux fins des élections et de la démocratie nationales. Il est évident que, tôt ou tard, la Cour de justice sera appelée à contrôler le respect desdites conditions dans un État membre dans le cadre d'une affaire mettant en cause le résultat des élections européennes dans cet État.

La conséquence en est que la Cour de justice de l'Union européenne sera progressivement appelée à participer à la protection de la démocratie au sein des États membres. Mais la manière dont la Cour répondra à ce défi sera définie par les particularités de sa jurisprudence, plutôt que par celles de la Cour européenne des droits de l'homme. Le contrôle des questions démocratiques nationales que la Cour de justice est appelée à mettre en place est nécessairement lié à la protection de la démocratie européenne et de l'ordre juridique de l'Union. Cela implique de développer une approche plus « systémique ». En d'autres termes, le problème de la Cour de justice est de savoir si le litige qui lui est soumis pose un problème systémique susceptible de concerner l'Union européenne dans son ensemble. Cela ouvre la voie à une possible convergence ainsi qu'à une complémentarité entre la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme. Afin de bien saisir ce point, il importe de clarifier les raisons d'être de ces deux cours dans l'espace européen.

Il y a trois raisons qui peuvent justifier qu'une cour transnationale se voie confier un rôle particulier dans la protection de la démocratie nationale (et des droits fondamentaux au sein de l'État).

La première raison est, paradoxalement, purement interne aux États eux-mêmes. Elle consiste à ajouter un niveau externe de contrôle constitutionnel « au-dessus » des constitutions nationales. Ce niveau supplémentaire de contrôle correspond à une forme d'auto-discipline collective que les États membres s'imposent à eux-mêmes au vu de leur expérience passée, qui montre que les mécanismes constitutionnels internes n'ont pas toujours prouvé leur effectivité dans la protection de la démocratie et des droits fondamentaux.

Une deuxième raison est tirée des externalités politiques et morales que les violations de la démocratie et des droits de l'homme dans un État peuvent générer dans les autres États. Assurément, le concept d'« externalités politiques et morales » est controversé, en particulier dans la mesure où il n'existe pas de consensus au sujet de ce concept dans la communauté internationale. Cependant, lorsque les États membres s'engagent d'eux-mêmes à partager un même espace économique et politique (qui peut s'incarner dans un traité tel que la Convention européenne ou les Traités de l'UE), il me paraît juste de soutenir qu'un tel engagement repose sur le principe qu'ils partagent un certain nombre de valeurs fondamentales communes et que la violation de ces valeurs remet en cause l'entreprise commune.

Il existe une troisième raison, qui concerne en particulier le cas de l'Union européenne. Les États membres de l'Union sont entrés dans une forme d'intégration générant une interdépendance entre eux d'une telle intensité que les violations de l'État de droit, de la démocratie et des droits fondamentaux commises par l'un d'entre eux sont susceptibles d'avoir des répercussions dans tous les autres États membres. Il en est ainsi soit que ces autres États membres soient appelés, du fait des mécanismes de coopération propres à l'intégration, à donner effet aux décisions d'un État membre prises en violation de ces valeurs, soit que des atteintes à ces valeurs par l'un ou plusieurs États membres aient pour effet de contaminer les actions de l'Union européenne elles-mêmes, dès lors grevées de ces atteintes. En d'autres termes, les problèmes posés au regard du respect des droits fondamentaux et des principes démocratiques dans un État membre deviennent des problèmes posés à l'Union européenne elle-même en termes de respect des droits fondamentaux et de la démocratie.

C'est cela, à mon avis, qui explique les développements les plus récents de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Tandis que le rôle joué par la Cour européenne des droits de l'homme à cet égard repose essentiellement sur les deux premières raisons mentionnées, le rôle pris par la Cour de justice relève essentiellement de la troisième raison. Cela explique les différences qui existent dans le champ de la compétence ainsi que dans les angles d'analyse choisis par les deux cours, et en particulier le caractère plus systémique (et moins casuel) du contrôle opéré par la Cour de justice. Au demeurant, ces deux rôles ne se contredisent pas. Il n'y a pas de différence majeure, en substance, dans l'analyse des problèmes posés. De plus, la compétence plus étendue de la Cour européenne des droits de l'homme et sa jurisprudence seront extrêmement utiles

⁴ Le Bill of Rights correspond aux dix premiers amendements de la Constitution américaine.

⁵ Voir l'affaire *Wachauf c. Allemagne*, C-5/88, 13 juillet 1988, ECR 2609, et l'affaire *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE c. Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas*, C-260/89, 18 juin 1991, ECR I-2925.

à la Cour de justice à mesure que celle-ci sera appelée à opérer un contrôle systémique des problèmes démocratiques dans les États membres de l'Union. Les deux juridictions doivent se considérer comme étant complémentaires l'une de l'autre, et non pas du tout en concurrence.

C'est que les problèmes auxquels elles sont confrontées sont communs aux deux cours. Mais si les remises en cause actuelles de la démocratie sont si difficiles à traiter, c'est aussi qu'elles comportent une remise en cause du rôle même des juges (et en particulier des juges transnationaux) en démocratie.

Ces remises en cause ont à voir avec l'insatisfaction croissante qu'expriment les citoyens envers le régime démocratique partout en Europe, à en croire les enquêtes d'opinion. Cette insatisfaction est liée, en fait, à deux facteurs : 1) le fait que les gens ne se sentent plus représentés par la classe politique ; 2) le fait que la corrélation entre démocratie et amélioration économique et sociale a été démentie par les taux de croissance des régimes autoritaires alors que, corrélativement, de nombreux régimes démocratiques ont connu la stagnation économique et une croissance des inégalités sociales.

Ces deux facteurs peuvent eux-mêmes être mis en relation avec trois transformations qui sont en cours dans le domaine politique.

En premier lieu, une asymétrie qui s'accroît entre l'espace des politiques publiques (de plus en plus immergé dans les interdépendances transnationales) et l'espace de la vie politique (lequel demeure profondément national).

En second lieu, une transformation dans les moyens et les modalités de la vie politique résultant de la révolution numérique. Cela change la manière dont l'information est construite et disséminée, la façon dont les préférences politiques se forment, et celle selon laquelle la délibération a lieu dans l'espace public.

En troisième lieu, une transformation dans la temporalité de la vie politique, qui est de plus en plus court-termiste.

Je n'ai pas le temps ici d'entrer dans les détails de cette transformation politique, mais il est certain qu'elle affecte profondément les fondations délibératives, épistémologiques et cognitives de la démocratie.

Cette transformation crée de nouveaux défis démocratiques auxquels doivent répondre les cours mais, en même temps, elle a pour effet de menacer les conditions dans lesquelles les cours sont en mesure d'y répondre.

Le défi le plus évident vient des forces populistes et de leur conception proto-autoritaire du pouvoir. Ce défi n'implique pas uniquement une multiplication de litiges concernant des violations alléguées des droits de l'homme. Dans de nombreux cas, ces litiges sont liés à une dégradation de la culture démocratique dominante et à une « capture » systémique des institutions démocratiques par le pouvoir. Or, les cours sont mal équipées pour traiter les questions institutionnelles de cadre démocratique. Elles sont probablement aussi moins efficaces dans la mesure où les solutions qu'elles peuvent apporter sont rarement de nature systémique. En outre, ainsi que l'actualité récente de l'Europe l'a montré, les cours sont susceptibles d'être elles-mêmes les cibles de cette « capture » et de ce recul démocratique. En même temps, dans un tel contexte, l'intervention des cours devient d'autant plus nécessaire et, dans de nombreux cas, c'est la seule alternative possible. Cela concerne tout particulièrement les cours transnationales qui peuvent apparaître comme un dernier recours, à mesure que les défis démocratiques s'ancrent dans une culture politique qui s'éloigne de la démocratie. Il faut ajouter que les cours se trouvent dans une situation d'autant plus difficile que les populistes présentent les juges comme faisant partie d'une élite séparée et opposée à la volonté démocratique du peuple souverain. Il s'ensuit que les cours doivent se montrer capables à la fois de développer des moyens juridictionnels qui incitent à un changement démocratique et de développer une forme d'argumentation juridique qui convainc au-delà de la communauté juridique, au sein de la communauté politique au sens large.

Un second défi apparaît, indépendamment de la montée en puissance du populisme. La démocratie est de plus en plus fragmentée et polarisée. Cela crée une difficulté particulière pour la démocratie : il lui devient difficile de remplir, d'une manière acceptée par tous, sa fonction de réconciliation et d'arbitrage

des intérêts des groupes sociaux et des citoyens. À mesure que la démocratie échoue, le rôle des cours en tant que force de rationalisation de la politique devient prééminent. Ce qui est parfois désigné comme une « juridictionnalisation de la politique » ou un « gouvernement des juges » est, en fait, la conséquence d'une délégation implicite de la sphère politique vers les juges, transformant certains désaccords politiques en arguments juridiques soumis à l'arbitrage des juges qui raisonnent sur le fondement de principes universellement admis.

Ce rôle donné aux juges est lié à une conception du constitutionnalisme démocratique qui ne limite pas leur rôle au contrôle de la politique ni à la consécration de certaines valeurs qui seraient immunisées du cours de la politique ordinaire. Leur rôle est plutôt, en fait, de rendre la politique possible et productive. Il ne s'agit pas seulement de contenir le désaccord ; il s'agit également d'autoriser, de réguler et de concilier le désaccord. Cette conception du constitutionnalisme démocratique emporte des conséquences importantes quant au rôle des juges. Leur fonction est, dès lors, de façonner et d'encadrer la recherche de sens dans la communauté politique bien plutôt que de révéler le sens déposé dans des règles précédemment adoptées.

Le troisième défi a à voir avec la nature nouvelle de la sphère publique. Alors que la sphère publique virtuelle s'étend et devient hégémonique, les juges seront de plus en plus appelés à garantir la liberté d'expression et le pluralisme, contribuant ainsi à protéger l'intégrité et la qualité de la sphère et de l'expression publiques. Ce n'est pas là un rôle nouveau, comme votre Cour le sait bien depuis des affaires telles que *Delfi*, *Høiness* ou *Magyar Jeti*. Mais son importance va assurément s'accroître et, plus fondamentalement encore, ce rôle sera de plus en plus lié aux formes de pouvoir transnationales qui échappent au contrôle des démocraties nationales mais qui exercent une influence décisive sur la forme de la vie politique et des politiques publiques. Je fais ici référence aux réseaux sociaux mais aussi aux formes de pouvoirs privés transnationaux, par exemple la place centrale occupée depuis longtemps par les fédérations sportives.

Leur caractère transnational les rend immunes à tout contrôle démocratique et juridictionnel exercé au niveau national. La Cour européenne des droits de l'homme aussi bien que la Cour de justice de l'Union européenne ont justement démontré que les limites apparentes concernant l'applicabilité aux pouvoirs privés de la Convention ou de certaines règles de droit de l'Union n'étaient pas un obstacle décisif à une intervention juridictionnelle à leur égard. Cependant, ces cours n'ont pas encore pleinement pris la mesure des problèmes démocratiques que l'existence et l'action des pouvoirs privés soulèvent aujourd'hui. Je pense qu'il y a là une opportunité pour ces cours, car c'est dans ce domaine qu'elles peuvent compenser le rôle que les démocraties nationales ne sont plus à même de remplir.

Ces trois défis ont deux séries de conséquences pour les juges. En premier lieu, ils auront nécessairement à prendre part à la configuration et à la conception de l'espace politique. En second lieu, qu'ils le veuillent ou non, ils seront placés au centre de nombreux conflits de nature politique. Et tout cela crée un paradoxe. Ainsi que je l'ai fait remarquer, la centralité politique des cours est un produit de la politique et non le résultat de l'action des cours elles-mêmes. Mais – voilà le paradoxe – ce phénomène de centralité est de nature à soumettre les décisions juridictionnelles à une plus forte contestation. La seule façon de sortir de ce paradoxe est de réviser notre conception du rôle des juges dans une communauté politique démocratique. Les cours elles-mêmes doivent changer la nature de leur raisonnement juridique et la compréhension de leur rôle dans l'exercice du contrôle juridictionnel.



Susanne Baer

Juge,
Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne

Que la Cour européenne des droits de l'homme ouvre l'année judiciaire 2023 par une discussion autour du thème « En protégeant les droits de l'homme les juges préservent la démocratie », voilà qui est sage, mais aussi nécessaire. C'est également un honneur pour ceux d'entre nous qui sommes appelés à fournir un point de départ à cette discussion, et je tiens à remercier la juge Jelić et ses collègues de m'avoir invitée.

De manière plus générale, il s'agit d'une occasion qui vient à point nommé pour réexaminer les bases de ce qui nous occupe : la protection des droits fondamentaux de l'être humain par les cours et tribunaux en tant qu'ingrédient indispensable de la démocratie. En effet, il existe dans le monde des défis que nous devons prendre en compte, et ces défis influencent, de manière souvent subtile mais parfois ouverte, l'intensité du contrôle auquel procède la Cour – et de celui auquel procèdent les autres juridictions chargées de préserver la démocratie par la protection des droits de l'homme – ainsi que la manière dont nous concevons la subsidiarité, les marges d'appréciation et la retenue.

En conséquence, je vais vous parler de plusieurs des défis qui portent sur la liberté d'expression en tant que droit fondamental spécifique – mais non unique – de l'être humain. Je vous suggérerai aussi de vous pencher de nouveau sur la mission qui a été confiée à cette Cour, pour répondre à l'appel des personnes qui ont besoin d'aide, parce que c'est pour elles que nous travaillons. Et je vous dirai que l'heure n'est pas à la retenue, mais au courage face aux pressions, aux attaques et à la destruction auxquelles nous sommes confrontés, qui visent de manière sous-jacente à détruire dans les faits toute démocratie digne de ce nom. D'abord, donc, quels sont les défis qui se posent pour la liberté d'expression, pour les cours et tribunaux, et pour la démocratie ? Ensuite, et j'illustrerai ce point par un exemple d'affaire, comment devons-nous y réagir ?

LES DÉFIS POUR LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

La liberté d'expression est un droit fondamental de l'être humain qui est classique mais complexe. La situation classique est celle de la censure par les autorités de contributions privées à un débat public : c'est par exemple le cas lorsqu'un État censure les propos tenus par une vedette populaire au sujet de la Bible (*Rabczewska [Doda] c. Pologne*¹). Ce problème ne relève pas du passé : au contraire, il se complexifie de minute en minute. S'il y a un droit qui nécessite plus que tout autre une interprétation évolutive, c'est très certainement celui-ci, et ce pour plusieurs raisons.

D'abord, l'expression dépend en grande partie des moyens de communication, qui consistent de nos jours en du matériel et des logiciels qui changent rapidement. Par le passé, on a pu classer dans la catégorie de l'expression le fait de crier « au feu » dans un théâtre bondé, ou d'arborer sur son pare-chocs un autocollant reprenant la phrase d'un auteur célèbre selon laquelle « les soldats sont des

meurtriers »². Cependant, aujourd'hui, l'expression est numérique, mondiale, rapide. En outre, il existe de terrifiantes possibilités de manipulation, de falsification, de mensonge et de représentation trompeuse. Et – ce qui est peut-être la chose la plus dangereuse qui soit pour la démocratie – le contexte a changé. Nous avons perdu un espace public partagé au profit de fractions et de bulles, où il y a de moins en moins de médias de qualité. Partout, des défis se posent.

Ensuite, nous voyons, intensifié par la technologie, un discours de haine : rapide, mondial, généralisé. Tantôt il est dirigé contre les musulmans par un ancien journaliste devenu un politicien en vue (*Zemmour c. France*³), tantôt il vise les homosexuels (*Valaitis c. Lituanie*⁴), tantôt il se sert de conflits au sujet de l'histoire, par exemple de la question bien connue des Allemands qu'est la négation du génocide. Il s'agit d'un point particulièrement complexe, et qui fait controverse à juste titre (*Perinçek c. Suisse*⁵). Voilà qui, de fait, constitue déjà un défi.

Il est clair que chaque décision rendue dans de telles affaires contribue à notre capacité à vivre ensemble paisiblement et dans un climat de respect mutuel. En ce sens, les décisions judiciaires portant sur la liberté d'expression sont des décisions qui portent sur la démocratie en elle-même. C'est là la fonction républicaine de la liberté d'expression, qu'elle soit exercée par la parole, dans la presse ou dans les médias. Elle a été soulignée par bon nombre de cours et tribunaux dans le monde entier, et elle est aujourd'hui largement reconnue. La liberté d'expression et la démocratie sont inextricablement liées l'une à l'autre.

Mais la situation ne se limite pas à cela. Dans les années judiciaires à venir, je crains qu'il ne nous faille accomplir encore davantage d'efforts pour faire face convenablement à ces défis, ainsi que pour indiquer clairement la portée et les limites de la liberté de parole et des autres droits fondamentaux de l'être humain, pour renforcer et défendre la démocratie. En effet, il existe d'autres défis, qui sont peut-être encore plus fondamentaux.

LES DÉFIS POUR LES COURS ET TRIBUNAUX

En 2023, un défi plus fondamental pour les droits de l'homme, mais aussi pour la démocratie, est celui que constituent les pressions, les attaques et la destruction qui frappent les cours et tribunaux en tant qu'institutions, les juges en tant qu'individus, et, en conséquence, la protection efficace des droits de l'homme elle-même. Ce phénomène n'a rien de nouveau, mais il s'intensifie : à présent, il a des soutiens qui sont puissants, par leur argent, leur organisation et leur influence, et il repose sur une stratégie. Nous devons donc réagir maintenant. Par ailleurs, ces pressions se manifestent de différentes manières, qui ont des effets variables. De fait, elles commencent souvent par des détails formels et plutôt ennuyeux ; mais elles finissent par saper tout l'édifice. Cela constitue à présent l'une des principales inquiétudes de la Commission de Venise. Et c'est la mission originelle de cette Cour.

En 1949, Pierre-Henri Teitgen, s'adressant à l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, a dit : « Les démocraties ne deviennent pas des pays nazis en un jour (...) Il est nécessaire d'intervenir avant qu'il ne soit trop tard. »

Lors de la cérémonie d'ouverture de l'année judiciaire 2022, la Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Dunja Mijatović, a déclaré : « Il n'est certainement pas exagéré de dire que ce système est aussi nécessaire aujourd'hui qu'il l'était lors de sa création, il y a plus de soixante-dix ans ».

2 Ces deux exemples font référence à des décisions canoniques rendues respectivement aux États-Unis (*Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 <1919>) et en Allemagne, en 1995, concernant la formule prononcée par Kurt Tucholsky en 1931 (BVerfGE 93, 266).
3 CEDH, 20 décembre 2022, *Zemmour c. France*, 63539/19.
4 CEDH, 17 janvier 2023, *Valaitis c. Lituanie*, 39375/19, à la suite de CEDH, 14 janvier 2020, *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, 41288/15, sur le droit des victimes de discrimination à des recours effectifs.
5 Il s'agit d'un politicien turc qui, en Suisse, a nié le génocide arménien ; voir CEDH [GC], 15 octobre 2015, *Perinçek c. Suisse*, 27510/08.

1 CEDH, 15 septembre 2022, *Rabczewska [Doda] c. Pologne*, 8257/13.

Et l’ancienne ministre des Affaires étrangères des États-Unis Madeleine Albright, née à Prague, qui a fui les nazis mais dont les grands-parents ont été victimes de l’Holocauste, nous a rappelé que Mussolini avait pour stratégie politique de plumer un poulet plume par plume, pour que l’on entende chaque caquètement séparément des autres « et que l’ensemble du processus soit mené le plus silencieusement possible »⁶.

Pour les cours et tribunaux, une plume correspond au financement, une autre à la procédure, une autre à la discipline, et ainsi de suite pour les salaires, la composition, l’autorité du président ou de la présidente, la charge de travail, les règles en matière de saisine, la compétence, etc. Pour détruire les cours et tribunaux indépendants dotés d’un pouvoir réel, les autocrates leur arrachent ainsi la plume qu’est le financement, en réduisant ou en supprimant les fonds qui leur sont alloués. Ou alors ils ignorent d’abord une décision, puis davantage, ils dénoncent des décisions, ils discréditent des juges, ou ils modifient l’âge de départ à la retraite⁷, la procédure ou les critères de sélection, les salaires, ou encore le soutien et la protection dont bénéficient les magistrats⁸. Ou bien ils changent les règles de procédure. Ils modifient la doctrine, procédurale ou matérielle, ou encore la déontologie. Les caquètements sont certes peu bruyants, mais les dégâts, eux, sont graves.

À Strasbourg, vous connaissez des exemples de ce phénomène. Au Royaume-Uni, il a contribué à une forte opposition à l’« Europe »⁹, et il continue d’alimenter des initiatives politiques. En Hongrie, en Pologne et en Turquie, les gens savent ce qu’il se passe lorsque des cours et tribunaux sont « réformés » et transformés en des « instances » qui ne sont plus dignes du nom de cours et de tribunaux. En Israël, les avocats et la population descendent dans la rue ces jours-ci pour empêcher une telle réforme et protéger leur juridiction suprême¹⁰. Alors, comment devons-nous faire face à ces défis ? Comment devons-nous réagir aux tentatives plus ou moins subtiles de nous écarter du chemin ?

Pour les cours et tribunaux, il s’agit en vérité d’un défi très particulier.

Il est important de noter, pour commencer, que les pressions et les attaques qui visent les cours et tribunaux en tant qu’institutions sont en réalité des attaques contre la démocratie. Mais ce qui complique la situation de nos jours, c’est que les auteurs de ces attaques s’en prennent à des démocraties dignes de ce nom au nom de la démocratie elle-même, qu’ils s’en prennent à la prééminence du droit au nom de la prééminence du droit, et qu’ils s’en prennent à la liberté d’expression au nom des droits fondamentaux – simplement, c’est de leur propre version de ces notions qu’il s’agit, et elle est vide de tout contenu.

Certes, la démocratie se présente sous différentes formes, avec des systèmes variés en matière d’élections, de répartition des pouvoirs et de mécanismes d’équilibre des pouvoirs. Cependant, à de trop nombreux endroits, on qualifie aujourd’hui de « démocratie » ou de démocratiques, de liberté d’expression, ou de médias libres, des choses qui ne le sont pas. Il est de nos jours urgent de dire clairement que la démocratie n’est pas une domination sans limites de la part de la majorité¹¹, mais qu’elle produit des majorités élues de manière équitable et alternant de manière pacifique dans le cadre de systèmes

6 Fascism: A warning, avec Bill Woodward, 2018.

7 CEDH, *Baka c. Hongrie*, 23 juin 2016, 20261/12. Dans cette affaire, le calendrier a joué un rôle crucial, le délai avant qu’une décision judiciaire ne fût rendue ayant mis les personnes concernées devant le fait accompli.

8 Il est urgent que le Conseil de l’Europe mette en place des mécanismes de protection solides en faveur des juges de la CEDH ; il n’en existe actuellement pas.

9 La campagne en faveur de la sortie du Royaume-Uni de l’Union européenne (Brexit) reposait en partie sur des critiques dirigées contre la CEDH, ce qui pourrait signifier que l’un de ses objectifs était l’élimination du contrôle juridictionnel en matière de droits de l’homme et non seulement celle de la compétence de la CJUE.

10 Le ministre de la Justice Yariv Levin a proposé une réforme législative qui autoriserait les membres du Parlement à décider, à la majorité, de passer outre aux décisions de la Cour suprême, ce qui reviendrait en réalité à permettre au gouvernement de choisir librement d’accepter ou non un contrôle juridictionnel. Voir Gross, Aeyal, « The Populist Constitutional Revolution in Israel : Towards a Constitutional Crisis », VerfBlog, 19/01/2023, <https://verfassungsblog.de>.

11 Pour approfondir, voir Sajó, András, et Renáta Uitz. *The Constitution of Freedom : an introduction to legal constitutionalism*. OUP 2017.

d’équilibre des pouvoirs. De même, la démocratie n’est pas un « illibéralisme » autocratique¹², mais un pouvoir limité qui, comme l’ont dit les Nations unies, est destiné à respecter, à protéger et à réaliser les droits fondamentaux des êtres humains¹³. En outre, la démocratie ne donne jamais au seul parlement la totalité des pouvoirs : au contraire, elle met en place des cours et tribunaux indépendants dotés de la compétence très précise qu’est le contrôle juridictionnel, et elle reconnaît le « mobile » (selon le terme de l’ancienne juge Renate Jaeger) que constituent les institutions nationales, transnationales et internationales. Et la liberté d’expression n’est pas un permis de manipuler, de répandre la haine, d’inciter à l’intolérance ou à la violence, ou encore de privilégier les paroles les plus fortes, mais un droit de l’homme, qui consiste à ce que les gens puissent faire entendre leur voix.

Ainsi, une démocratie digne de ce nom a donc besoin de la liberté d’expression, comme droit également attribué à tous, dans le respect de la dignité de chacun. Et elle a besoin de cours et de tribunaux pour protéger cela. C’est pour cette raison que, pour les autocrates, les cours et tribunaux ne sont pas une bonne idée. Pour les partisans d’une domination sans limites de la part de la majorité, le respect des minorités, c’est bien joli, mais ce n’est pas nécessaire. Pour les partisans de l’illibéralisme, certains peuvent s’exprimer, mais tous n’ont pas un droit égal de le faire. Et, dans les simulacres de démocraties, les cours et tribunaux indépendants sont tout simplement un obstacle. Notre tâche est alors de distinguer le vrai du faux, et de défendre la vérité. Mais le défi qui se pose est de lutter contre les pressions, les attaques et la destruction.

UN PARADOXE

Or cette situation est paradoxale. D’une part, il y a vraiment beaucoup d’affaires, elles sont très complexes, et il peut être sage de la part des cours et tribunaux de se mettre en retrait, d’attendre, de s’abstenir d’intervenir. À plus forte raison, les cours et tribunaux qui sont sous pression, en particulier les juridictions de protection des droits de l’homme, peuvent juger envisageable de céder du terrain, de laisser de plus amples marges d’appréciation, de souligner que leur compétence de contrôle est limitée, de mettre en avant la subsidiarité, de faire preuve de retenue par principe. Et lorsque les conflits relatifs à la démocratie accroissent le risque que les cours et tribunaux perdent leur statut, il peut aussi sembler sage de rester en retrait.

D’autre part, cependant, c’est exactement maintenant, exactement dans la situation actuelle, que les cours et tribunaux sont nécessaires. Ils sont nécessaires parce que le monde se complexifie de minute en minute, en particulier la sphère publique, la parole et l’expression. Les cours et tribunaux sont nécessaires précisément parce qu’ils sont sous pression et parce qu’ils font face à des attaques. Et les cours et tribunaux sont nécessaires parce qu’il existe un plan pour leur destruction – on est en train de les plumer. Ce sont les cours et tribunaux indépendants dotés d’une compétence de contrôle juridictionnel qui sont les seuls à avoir pour mission formelle d’arrêter les autocrates, de donner le pouvoir à l’opposition, de sauver les personnes, d’ouvrir l’espace public, et ainsi de sauver la démocratie. En conséquence, les cours et tribunaux doivent prendre position – comme l’a dit M. Teitgen, comme l’a dit M^{me} Albright – avant qu’il ne soit trop tard. Les cours et tribunaux sont, en particulier en ce qui concerne la liberté d’expression, le mécanisme institutionnel qui garantit le bon fonctionnement de la démocratie. Et, oui, c’est un paradoxe : il est tentant de faire preuve de retenue, mais il est grand temps d’intervenir, d’agir. Mais je suis certaine que cette Cour est tout à fait à même de faire face à ce paradoxe.

12 La proposition d’une « démocratie illibérale » est attribuée au président hongrois Orban. Ce concept est un oxymore, comme le montre le travail de la Commission européenne pour la démocratie par le droit [Commission de Venise], qui repose sur une définition matérielle de la prééminence du droit, y compris la protection des droits fondamentaux de l’être humain.

13 Le cadre est conçu pour étendre la portée des droits de l’homme aux entités privées, en ce que les États sont non seulement eux-mêmes contraints de respecter les droits de l’homme, mais aussi tenus de veiller à ce que les acteurs privés fassent de même.

UNE AFFAIRE À TITRE D’EXEMPLE

De nombreuses affaires pourraient servir d'exemple ici. J'ai choisi une affaire allemande récente¹⁴. D'aucuns pourront penser qu'elle porte sur le droit à la vie privée, ou encore sur l'intérêt d'une personne au respect de sa réputation. Mais, en réalité, c'est une affaire qui porte sur la démocratie, par l'intermédiaire des droits de l'homme, tels que la liberté d'expression. Cependant, elle est quelque peu exceptionnelle, car les cours et tribunaux allemands tiennent régulièrement compte de l'importance de la liberté de parole pour le bon fonctionnement de la démocratie, ainsi que de l'intérêt des personnes au respect de leur vie privée et de leur réputation. Par ailleurs, elle illustre certaines des questions nouvelles qui se posent dans ce domaine.

Cette affaire a commencé en 2016, lorsqu'un blog a publié une photo et une citation d'une politicienne en vue sous le titre : « K pense qu'il est acceptable d'avoir des relations sexuelles avec des enfants, tant qu'aucune violence n'est commise ». En réalité, elle n'a jamais dit ça. Mais quelques mots ont été extraits d'un débat au Parlement dans lequel elle insistait sur le fait que la violence était le facteur essentiel des abus. Et il s'agit d'un membre de premier plan d'un parti engagé en faveur des droits fondamentaux de l'être humain. La politicienne a intenté un procès pour omission et pour dommage moral. Le propriétaire du blog a publié cette information, accompagnée d'une nouvelle publication de la citation initiale, et il a obtenu encore plus d'attention – or, dans la blogosphère, c'est tout ce qui compte. Les billets sont plus susceptibles d'avoir du succès s'ils sont agressifs – et encore plus s'ils sexualisent des femmes. C'est ce qui s'est produit ici.

Alors, la politicienne a aussi attaqué en justice le fournisseur d'accès pour obtenir les données associées à l'abonné – sans succès, parce que la juridiction civile a rejeté son affaire, en disant que certes, le billet était polémique, exagéré et sexiste, mais qu'elle l'avait provoqué par ses déclarations au Parlement, et que les commentaires portaient tous sur ce sujet. La juridiction saisie a sous-entendu qu'une personne qui montait sur la scène publique savait ce qu'elle faisait. Alors, la politicienne a interjeté appel, une nouvelle fois sans grand succès. La juridiction supérieure a jugé que les commentaires en cause étaient certes diffamatoires, mais qu'il ne s'agissait pas d'insultes, plutôt d'une discussion. L'arrêt sous-entendait une nouvelle fois qu'elle avait pris part au débat public et qu'après tout, elle était politicienne.

Elle a formé un recours concernant ses droits fondamentaux.

Il s'agit d'une affaire introduite par une politicienne – ce n'est pas une affaire classique opposant un particulier à l'État. Pour commencer, l'intéressée a-t-elle qualité pour agir ? La procédure en cause a été engagée contre une société privée – ce n'est pas une affaire classique de censure par l'État. S'agit-il seulement d'une affaire de droits de l'homme ? Il est question d'un monde de discussions vives et clivantes sur l'annulation, le « politiquement correct » et ainsi de suite. N'est-il pas sage, alors, pour une cour ou un tribunal, de ne pas s'en mêler, de laisser de larges marges d'appréciation et de la latitude à différents niveaux de proportionnalité, si tout va bien sur le plan doctrinal ? Enfin, et c'est peut-être le plus important, notre mission, en tant que juridictions de protection des droits de l'homme et des droits fondamentaux, n'est qu'une mission de contrôle. Il existe des décisions, rendues par des juridictions civiles très au fait de ces questions, qui traitent des droits fondamentaux. Pourquoi intervenir ? Sommes-nous plus compétents que ces juridictions ? Ou bien, comme le suggèrent les critiques actuelles reprochant aux cours et tribunaux de se mêler de politique, d'aller trop loin, d'être trop militants, d'agir peut-être ultra vires, devrions-nous laisser faire les institutions locales, les juridictions en question ?

Mais alors, que faire ?

Face à une telle affaire, il semble exister de nombreuses raisons justifiant pour une cour ou un tribunal de ne pas intervenir. Mais, si nous prenons notre mission au sérieux, et si nous tenons compte des défis auxquels sont confrontées la liberté d'expression et la démocratie, il existe des raisons meilleures et plus nombreuses d'agir.

IL FAUT RÉGLEMENTER LES MARCHÉS DES IDÉES

Premièrement, il existe une théorie importante selon laquelle il faut accorder la priorité à la retenue. Ce n'est pas la seule théorie qui existe, mais elle est importante et influente ; elle est associée à John Milton, à John Stuart Mill, à Thomas Jefferson, à une célèbre opinion dissidente du juge Holmes dans la décision *Abrams*, rendue par la Cour suprême des États-Unis en 1919¹⁵ ; et c'est à cette théorie qu'a souscrit la majorité dans l'affaire *Brandenburg v. Ohio* en 1969¹⁶. Or, en réalité, cette théorie combine une image spécifique de la personne privée avec une analogie liée à la notion économique de marché libre, pour créer la notion de marché des idées. Cependant, nous savons à présent que la réalité est bien différente.

Nous savons que l'individu n'est pas purement rationnel ou intéressé par le profit, et qu'en conséquence il évolue dans bien d'autres sphères que les seuls marchés. Nous savons que les gens jouent alternativement des rôles privés et des rôles publics. Nous savons aussi que seuls quelques radicaux continuent de changer les louanges d'un marché « libre » totalement dépourvu de règles, et qu'il fait aujourd'hui consensus que l'existence de règles est nécessaire au bon fonctionnement des marchés. De plus, il n'existe pas un marché unique, mais de nombreux forums, sphères, niveaux, moyens, formes et effets de communication. Et les acteurs présents sur le marché ne sont manifestement pas égaux, et le droit est nécessaire pour tenir compte comme il convient du pouvoir. Mais alors, qu'est-ce que cela veut dire ?

Dans l'affaire liée à la blogosphère, la décision explique que la liberté d'expression avait à l'origine pour objectif la protection des critiques visant les personnes au pouvoir, et que cet objectif revêt toujours de l'importance. Mais elle souligne aussi que le monde a changé. En conséquence, on ne saurait accepter les insultes ni le discours de haine, que ce soit à l'égard de particuliers ou à l'égard d'agents publics ou de politiciens. Ainsi, les limites à la liberté d'expression s'appliquent également aux déclarations qui portent sur des personnalités publiques et des agents publics. Si ce n'était pas le cas, la démocratie en pâtirait. La Cour constitutionnelle a donc ajouté : « En particulier lorsqu'il est question d'informations diffusées par le biais des médias sociaux, la protection effective des droits de la personnalité des politiciens et des agents publics relève également de l'intérêt public, ce qui peut renforcer le poids que l'on doit accorder à ces droits dans le cadre de la mise en balance des intérêts. Les gens ne souhaiteront participer à la vie publique et jouer un rôle dans l'État et dans la société que s'il leur est garanti que leurs droits de la personnalité seront suffisamment protégés ».

Dans cette affaire, les décisions des juridictions civiles ont été corrigées et une réparation a été accordée. Et ce n'est qu'une affaire ; la jurisprudence de Strasbourg en compte bien d'autres, par exemple *000 Memo c. Russie*¹⁷. Malgré quelques contestations dans la doctrine, elle montre pourquoi, le plus souvent, il n'y a aucune raison de faire preuve de retenue et au contraire de bonnes raisons d'intervenir.

15 *Abrams v. US*, 50 U.S. 616, 630 (1919).
16 395 U.S. 444 (1969). *Brandenburg* était l'un des dirigeants du Ku Klux Klan, et il s'était livré dans les années 1960 à des actes de terrorisme raciste et antisémite, qui est à présent protégé par une loi limitant la possibilité d'appliquer des sanctions aux seuls « actes illégaux imminents ».
17 Cette affaire (2840/10) tranchée en 2022 est importante car elle porte sur un cas de poursuites stratégiques contre la mobilisation publique (*Strategic Litigation Against Public Participation*, ou « SLAPP »), qui consiste en un abus de droits, sous la forme de poursuites visant à faire taire les critiques, dans le but de détruire des droits.

14 Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, ordonnance de la deuxième chambre du premier sénat, 19 décembre 2021 – 1 BvR 1073/20 – (décision *Künast*). La chambre applique des normes établies qui ont été définies par le premier sénat de la Cour.

LES COURS ET TRIBUNAUX ET LA COMPLEXITÉ

Deuxièmement, il existe un argument général, quoique de peu de poids, qui est parfois invoqué pour inciter les cours et tribunaux à faire preuve de retenue par principe : il consiste à dire que les choses sont tout simplement trop complexes. C’est en particulier le cas pour le droit relatif à la liberté d’expression, qui a été affiné sur une longue période, aboutissant au droit des médias complexe que nous connaissons de nos jours, et à une foule de distinctions délicates – tout cela est très difficile et demande beaucoup de travail.

Mais, une fois encore, ce n’est pas une raison de ne rien faire.

Le droit est l’outil qui permet de traiter la complexité en la réduisant. Les juges, ainsi que les chambres et greffes des cours et tribunaux, sont des professionnels formés au traitement des affaires compliquées. Surtout, ils ont été élus et ont prêté serment d’accomplir leur mission, dans le cadre de règles garantissant leur indépendance, en raison de l’importance des pouvoirs qui leur sont confiés. Quand on a cela en tête, la fonction consiste non pas à faire preuve de retenue, mais à agir.

LES DÉRIVES DANGEREUSES

Troisièmement, il existe un autre argument, plus dangereux encore, qui consiste à dire que les droits de l’homme sont déjà très exigeants et qu’il ne faut donc pas aller trop loin. Tous les problèmes ne concernent pas des droits de l’homme, vous savez ! Ne vous engagez pas dans une dérive dangereuse, et n’alimentez pas une inflation des droits ! Et cet avertissement se présente sous de nombreuses formes. L’opposition aux « militants » qui vont trop loin a joué un rôle dans les critiques britanniques adressées à la CEDH, mais aussi dans le cadre du retrait de la Russie, et elle sert de base aux gouvernements qui contestent des décisions dans des domaines qu’ils disent « propres à leur culture », « traditionnels » ou « identitaires », généralement au détriment des femmes, ainsi que de tous les tiers sexualisés ou racisés.

Cet argument revient essentiellement à suggérer que les décisions courageuses – surtout les décisions fondées sur l’approche évolutive qui consiste à considérer la Convention comme un instrument vivant¹⁸ – mettent en danger les droits de l’homme en tant que tels, ainsi que cette Cour.

Il est fondé sur l’hypothèse que si les juridictions de protection des droits de l’homme en demandent trop aux gouvernements, aux parlements, ou aux cours et tribunaux ordinaires, ceux-ci sont susceptibles de ne pas s’exécuter. Et cette inquiétude est de fait une inquiétude classique, car elles n’ont « ni la bourse ni l’épée ». Mais une inquiétude est une raison d’agir sagement, et non une raison de s’effacer. Les mots sont pouvoir. Même sans exécution formelle, ils ont un effet significatif sur le terrain. Le rapport récemment publié sur les décisions visant la Russie le montre de manière remarquable : ils importent, et ils importent aux gens.

Se pose alors la question de la distinction entre le droit des livres et le droit en pratique (pour reprendre la distinction faite par les réalistes Roscoe Pound en 1910 et Karl Llewellyn en 1930). Dans les livres, de fait, figurent de nos jours un grand nombre de droits fondamentaux de l’être humain. Mais s’agit-il d’une inflation des droits ? Certainement pas. Ce qui importe réellement, c’est la différence entre la promesse et sa réalisation, entre l’idée morale, voire l’engagement politique, et la réalité jugée. À Strasbourg, c’est la différence entre 1950, année où la Convention a été adoptée, c’est-à-dire le livre, et 1959 et 1998, années où la Cour a été établie et où le droit de recours a été accordé, c’est-à-dire la pratique.

Protéger les droits de l’homme dans les démocraties, c’est ce qu’on appelle le constitutionnalisme. Il n’est pas l’apanage des États-nations : dans le cadre des mécanismes post-westphaliens de pluralisme juridique, c’est un nom que l’on peut donner à la protection institutionnalisée des droits fondamentaux

18 Depuis CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 5856/72.

de l’être humain¹⁹. Ses institutions principales sont les cours et tribunaux. Ce sont les cours et tribunaux qui font la différence entre le livre et la pratique. Compte tenu de cette fonction centrale, il n’existe pas de raison générale de faire preuve de retenue. De fait, au vu des défis actuels, c’est tout le contraire. Pour faire des droits de l’homme une réalité sur le terrain, pour les personnes qui en ont besoin, les cours et tribunaux doivent intervenir. Et c’est précisément là que la Cour de Strasbourg, en particulier, a été et doit demeurer, en tant que juridiction internationale de protection des droits de l’homme.

Pour le dire autrement, les droits de l’homme n’ont aucune réalité en l’absence de cours et tribunaux courageux. Dans les livres, les droits de l’homme font joli, ce sont des déclarations de valeurs, des concessions rhétoriques, de grandes aspirations. Mais toute personne au pouvoir, qui y est arrivée par des moyens plus ou moins démocratiques et qui se prête à un simulacre de démocratie, où la prééminence du droit est vide de sens et où les cours et tribunaux sont captifs, peut en faire ce qu’elle veut. Ce n’est que lorsqu’il existe des cours et tribunaux indépendants que les droits de l’homme deviennent une réalité pour les personnes qui ne sont pas au pouvoir, sous la forme du droit. Lorsque les cours et tribunaux font preuve de retenue, par principe s’ils sont dans le doute, il y a donc trop à perdre.

AGIR SAGEMENT

Quatrièmement, il existe un autre argument général qui est souvent avancé pour pousser les cours et tribunaux à faire preuve de retenue. Il consiste à dire : « Faites preuve de sagesse : ne provoquez pas plus ceux qui vous critiquent ! »²⁰ Et, de fait, lorsque les cours et tribunaux sont confrontés à des pressions, à des attaques et à différentes méthodes de destruction, n’est-ce pas faire preuve de sagesse que de se mettre un peu en retrait ? Ou, lorsqu’il est question de politiciens, du discours politique, de la blogosphère, comme ce sont des sujets délicats, et que les cours et tribunaux ont de fait déjà des problèmes, ne vaudrait-il pas mieux qu’ils ne s’en mêlent pas ? Ou, dans les affaires relatives à la réglementation des médias : faut-il accorder de larges marges d’appréciation pour tenir compte du pluralisme ?

Je vous encourage vivement à répondre par la négative. Car nous en revenons au même paradoxe : plus les cours et tribunaux subissent de pressions et plus ils sont nécessaires aux gens. Les attaques – puissantes, planifiées de manière stratégique²¹, une plume à la fois – visent à affaiblir, à ronger et à détruire. Pour les êtres humains, dans cette situation, il est sage de prendre la fuite. Mais, pour les cours et tribunaux, c’est un appel à l’action. Souvenez-vous de M. Teitgen : agissez avant qu’il ne soit trop tard, souvenez-vous de M^{me} Albright : on plume le poulet de telle sorte qu’il ne caquette pas trop fort, mais sa fin, elle, est désastreuse.

De fait, les pressions et les attaques visent précisément à vous pousser, en tant que juges, à céder du terrain, à rester en retrait, à laisser de la latitude. Or cette latitude est un espace où le pouvoir s’exerce sans limites, sans contrôle juridictionnel. Et, de nos jours, en Europe, ce pouvoir est trop souvent un pouvoir autocratique entre les mains de quelques populistes cupides²² qui se font passer pour « nous », pour « le peuple », mais excluent, sont élitistes, inégaux, injustes. Vous êtes dans leur chemin. Et les gens souffriront quand vous en sortirez. À chaque fois que nous faisons preuve de retenue, les personnes qui ont réellement besoin des droits de l’homme risquent de perdre l’interlocuteur vers lequel elles peuvent se tourner.

19 Pour des analyses comparatives et des affaires, voir Norman Dorsen et al. *Comparative constitutionalism: cases and materials*. 4^e éd. West 2021.
20 Soulignons que certains droits de l’homme font eux-mêmes l’objet de contestations, de refus ou de changements, notamment l’égalité matérielle, en particulier en ce qui concerne les femmes et les personnes homosexuelles, transsexuelles et intersexes, ainsi que les minorités religieuses et les minorités racisées, ou encore les droits fondamentaux des individus qui sont étrangers, en particulier les réfugiés, ainsi que, dans certains contextes, ceux des détenus.
21 En Europe, la Hongrie est l’exemple de cette transition vers l’autocratie. Voir Sajó, András. *Ruling by Cheating: Governance in Illiberal Democracy*. CUP 2021.
22 Scheppele, Kim Lane. « The opportunism of populists and the defense of constitutional liberalism ». *German Law Journal* 20.3 (2019) 314.

Ce sont des personnes qui se retrouvent sans protection²³. Autrement dit, selon les termes de la Commissaire Mijatović, la Convention est, bien souvent, un « instrument qui sauve des vies ». D'où le paradoxe : c'est lorsque vous êtes sous pression qu'on a le plus besoin de vous.

LE PROBLÈME DE L'OPPOSITION À L'AUTORITARISME

Enfin, que dire du « problème de l'opposition à la majorité » (conceptualisé par le théoricien américain Alexander Bickel) ? Par le passé, c'était un problème qui se posait lorsque les cours et tribunaux étaient en désaccord avec la majorité démocratique. Et, de fait, c'est un défi. Mais le contexte a évolué.

Dans les démocraties fonctionnelles, lorsque les cours et tribunaux contrôlent et, à terme, font cesser les actes de majorités qui sont élues de manière libre et équitable et donc pleinement légitimes, ils doivent pratiquer leur contrôle avec la plus grande prudence. Les critiques doivent être prises au sérieux. Cependant, lorsque les démocraties vont mal, ou qu'elles sont déjà devenues des autocraties légalistes dont les dirigeants se font passer pour la majorité, falsifient les procédures démocratiques et manipulent habilement le public, il n'y a pas de problème de l'opposition à la majorité, mais une mission d'opposition à l'autoritarisme. Dans de tels simulacres de démocraties, le parlement et les cours et tribunaux ordinaires mentionnent de fait les droits de l'homme, dans leur rhétorique, mais ils en bafouent l'idée même. C'est précisément à ce moment-là que les cours et tribunaux indépendants, et souvent les juridictions de protection des droits de l'homme, sont le dernier recours pour faire barrage à ces autorités qui veulent se débarrasser par tous les moyens de quiconque se trouve sur leur chemin. Et il y a besoin des cours et des tribunaux, très tôt.

C'est là la mission qui a été confiée aux cours et tribunaux, celle de réaliser dans la pratique les promesses qui figurent dans les livres, sous la forme des actes dont les personnes ont besoin dans une démocratie. Dans une affaire complexe de liberté d'expression, cela revient à appliquer la doctrine établie, à reconnaître aux acteurs compétents des marges d'appréciation et une certaine latitude, si celles-ci sont réellement légitimes. Mais ce n'est pas le moment de ne rien faire. Certes, de telles affaires soulèvent des questions complexes, qui sont chargées d'émotions intenses, qui sont très significatives sur le plan symbolique, et qui sont extrêmement liées au contexte. Mais cela ne justifie pas de faire preuve de retenue : il faut plutôt donner des conseils. Et, certes, bon nombre de cours et tribunaux ordinaires, de parlements et de gouvernements savent qu'il existe un droit à la liberté d'expression et le prennent effectivement en considération. Mais cela ne suffit pas. Ce n'est pas la rhétorique, et encore moins la comédie, qui comptent, c'est la substance qui importe.

Dans l'affaire liée à la blogosphère, la Cour constitutionnelle a indiqué clairement que les politiciens avaient qualité pour agir, et qu'ils pouvaient revendiquer à titre individuel les droits fondamentaux de l'être humain même lorsqu'ils agissaient dans un contexte politique. Elle a déclaré que les droits fondamentaux de l'être humain ont un effet sur les entreprises privées, étant donné que les cours et tribunaux autorisent ou limitent leurs actes – c'est ce qu'on appelle en allemand « Drittwirkung ». Et l'on sait bien, à Strasbourg, que les droits garantis face au pouvoir des États ont un effet sur les acteurs privés également²⁴. Et il ne fait aucun doute que les juridictions civiles connaissent bien ces questions ; néanmoins, le contrôle en matière de droits de l'homme implique que leurs décisions doivent tout de même être examinées sur le fond. Car ce qu'une cour constitutionnelle ou une juridiction de protection des droits de l'homme connaît le mieux, ce sont les droits fondamentaux de l'être humain. Ainsi, il faut faire davantage qu'un contrôle procédural : il faut faire plutôt un contrôle matériel. Parce que les gens ont besoin de vous.

De nos jours, l'exercice des droits peut virer à l'abus, et les simulacres de démocratie peuvent en réalité détruire la démocratie. Cela signifie qu'une réduction du champ d'application de la protection risque d'abolir la protection, et qu'une tolérance croissante pour les restrictions laisse le pouvoir libre de s'exercer sans contrepoids. En conséquence, il faut examiner attentivement les propos tenus par les gouvernements ; de plus, les médias publics à financement étatique peuvent créer des espaces de débat éclairé, ou réduire ces espaces de telle sorte qu'on ne puisse entendre qu'une seule voix. Comme le note la Commission de Venise avec une inquiétude croissante, dans certains pays, même les cours et tribunaux ont été changés en instruments pour présenter un gouvernement autocratique sous un jour légitimant²⁵, de telle sorte qu'un contrôle purement procédural constitue en fait un acte de complicité de cette négation du débat. Ainsi, c'est aux cours et tribunaux qu'il revient de donner des conseils, et de définir les points qu'il faut prendre en compte et ceux qui n'importent pas. C'est vers cette Cour que se tournent les gens, c'est à elle qu'ils demandent de l'aide, même dans les pays où l'on n'a aucune perspective d'exécution des arrêts²⁶. C'est cette institution qui doit donner ces conseils, de manière à ce que les cours et tribunaux ordinaires puissent faire leur travail, et que les parlements puissent faire de leurs engagements en matière de droits de l'homme des réalités. Les gens ont besoin de vous. Et la démocratie aussi.

25 La Commission de Venise a publié des rapports sur le Kirghizistan (CDL-AD(2007)045), sur l'Ukraine (CDL-AD(2010)044, (2020)038 et (2021)028), sur la Moldavie (CDL-AD(2019)012) et sur la Roumanie (CDL-AD(2018)017 et 021).

26 En effet, des milliers de Russes ont cherché à obtenir justice : il y avait encore 17 000 affaires pendantes lorsque la Russie a été expulsée du système de Strasbourg/l'a quitté. Même en l'absence d'exécution formelle, les citoyens considèrent les arrêts de la CEDH comme un soutien symbolique, ce qui leur confère un effet significatif sur le terrain. Voir OSCE, *Report on Russia's Legal and Administrative Practice in Light of its OSCE Human Dimension Commitments*, 22 septembre 2022, ODIHR.GAL/58/22 Rev.1.

23 Baer, Susanne. « Who cares? A defence of judicial review ». *Journal of the British Academy* 8 (2020) : 75-104.

24 CEDH, *X et Y c. Pays-Bas*, 8978/80, 1985.



Mirjana Lazarova Trajkovska

Juge,
Cour suprême de Macédoine du Nord

Le droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association est l'une des forces motrices non seulement des sociétés démocratiques modernes, mais aussi – et peut-être de manière plus fondamentale – de la vie en société avec des personnes qui nous ressemblent ou qui sont différentes de nous. À cet égard, je suis d'accord avec le célèbre diplomate et sociologue français Alexis de Tocqueville, selon lequel l'esprit humain et l'art de l'association sont fondamentaux non seulement pour la démocratie mais aussi pour le progrès dans tous les autres domaines de la vie humaine¹. De ce fait, nous devons contribuer non seulement à la protection de la liberté d'association mais aussi au perfectionnement des aspects juridiques de l'art de l'association et de la réunion.

Cela est d'autant plus pertinent à une époque telle que celle que nous avons connue ces dernières années, où la pandémie de COVID-19 a provoqué l'adoption d'un certain nombre de mesures de protection qui, d'une manière ou d'une autre, menaçaient cette condition préalable fondamentale de l'existence humaine au sein des sociétés démocratiques et civilisées. Nous avons subi différentes formes de restrictions, notamment des fermetures ou encore l'application de restrictions aux réunions publiques et privées. Diverses politiques de distanciation sociale ont empêché les rassemblements, non seulement ceux qui visaient à exprimer un message, mais aussi ceux à caractère privé et intime. Les rassemblements sociaux ont été soit complètement interdits soit limités à un nombre donné de participants. En Europe et dans le reste du monde, de nombreuses manifestations politiques, sportives, culturelles, religieuses ou d'une autre nature ont été annulées. Nous avons accepté et adopté d'autres formes de communication, d'expression et d'association, principalement par l'intermédiaire de réunions en ligne. Cependant, les êtres humains sont des êtres sociaux, qui doivent se réunir, de manière publique comme de manière privée, pour des raisons qui peuvent être sociales, politiques, culturelles, humanitaires ou d'une autre nature.

À cet égard, je voudrais mettre en lumière ici certaines des contributions majeures de la Cour au perfectionnement de l'art de l'association et de la réunion, qui est l'un des droits fondamentaux protégés par la Convention, en reconnaissant que la participation au processus démocratique passe en grande partie par l'appartenance à des associations au sein desquelles les citoyens peuvent se rassembler et atteindre ensemble des objectifs communs².

La Cour a établi que le droit à la liberté d'association et de réunion ne couvre toutefois pas les manifestations et rassemblements organisés dans des intentions violentes. Elle a par exemple conclu à l'absence de violation dans l'affaire *Ayoub et autres c. France*, qui portait sur la dissolution d'une association à caractère paramilitaire d'extrême-droite à la suite de violences et de troubles à l'ordre public commis par ses membres³.

Le droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association avec autrui vise notamment à protéger la liberté de former et d'exprimer des opinions ainsi qu'à donner toute sa place au débat public et à laisser la contestation s'exprimer ouvertement⁴. La Cour a attaché de l'importance au fait que les participants à un rassemblement cherchent non seulement à exprimer leurs opinions, mais encore à le faire en compagnie d'autres personnes qui partagent leurs idées⁵.

Dans l'affaire *Ekrem Can et autres c. Turquie*, une manifestation dans un tribunal – au cours de laquelle les requérants avaient déployé une bannière, clamé des slogans et lancé des brochures, en perturbant de ce fait le service public essentiel qu'est l'administration régulière de la justice – a été examinée sur le terrain de l'article 11 lu à la lumière de l'article 10. La Cour a noté que le grief des requérants portait non seulement sur le fait qu'on les avait empêchés de faire une déclaration, mais aussi – et surtout – sur l'intervention de la police qui avait abouti à leur expulsion forcée des locaux⁶. Le droit d'exprimer ses opinions garanti par l'article 11 comprend la faculté d'exprimer lesdites opinions de manière collective. Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire *Primov et autres c. Russie*, la Cour a attaché de l'importance au fait que les personnes participant à une réunion cherchaient non seulement à exprimer leurs opinions, mais encore à le faire avec d'autres⁷.

Le droit à la liberté de réunion pacifique comporte des obligations négatives et positives pour l'État contractant⁸. Les obligations positives inhérentes à un respect effectif de la liberté de réunion revêtent une importance toute particulière pour les personnes qui appartiennent à des minorités, du fait qu'elles sont plus exposées aux brimades⁹. La Cour a affirmé qu'outre les partis politiques, les rassemblements et associations qui cherchent à protéger le patrimoine culturel ou spirituel, qui cherchent à atteindre des buts sociaux ou économiques, qui proclament ou enseignent une religion, qui recherchent une identité ethnique ou qui affirment une conscience minoritaire sont également importants pour le bon fonctionnement de la démocratie¹⁰.

Dans l'affaire *Navalnyy c. Russie*, qui portait sur le fait qu'un militant politique avait à de nombreuses reprises été arrêté et poursuivi pour des infractions administratives liées au caractère illégal de rassemblements publics, la Cour a conclu à la violation de l'article 11 et, en vertu du paragraphe 2 de l'article 46, elle a demandé à l'État défendeur de prendre des mesures générales visant à ce que le cadre juridique qui régit l'exercice du droit à la liberté de réunion pacifique ne constitue pas une entrave dissimulée à cette liberté¹¹. Dans une affaire présentant des différences par rapport à celle-ci, à savoir l'affaire *Makarashvili et autres c. Géorgie*, la Cour a adopté une approche plus restrictive, soulignant que les organisateurs de manifestations et les participants à celles-ci devaient, en tant qu'acteurs du processus démocratique, respecter les règles qui régissent ce processus en se conformant à la réglementation en vigueur¹².

Il se pose alors la question suivante : où placer la limite en matière d'ingérences autorisées dans l'exercice du droit à la liberté d'association et de réunion, lorsqu'il est question des mesures adoptées par les États ? Devant la chambre saisie de l'affaire *Communauté genevoise d'action syndicale c. Suisse*, aucune des parties n'a contesté l'idée que l'interdiction des réunions publiques s'analysait en une ingérence

4 Éva Molnár c. Hongrie, arrêt du 7 octobre 2008, requête n° 10346/05, § 42.
5 Novikova et autres c. Russie, arrêt du 26 avril 2016, requêtes n°s 25501/07, 57569/11, 80153/12, 5790/13 et 35015/13.
6 Ekrem Can et autres c. Turquie, arrêt du 8 mars 2022, requête n° 10613/10, §§ 68-91.
7 Primov et autres c. Russie, arrêt du 12 juin 2014, requête n° 17391/06, § 91.
8 Djavit An c. Turquie, arrêt du 20 février 2003, requête n° 20652/92, § 57.
9 Bączkowski et autres c. Pologne, arrêt du 3 mai 2007, requête n° 1543/06, § 64.
10 Centre des sociétés pour la conscience de Krishna en Russie, arrêt du 23 novembre 2021, requête n° 37477/11, § 46, et Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et autres c. Géorgie, arrêt du 3 mai 2007, requête n° 71156/01, §§ 143-144.
11 Navalnyy c. Russie, arrêt du 15 novembre 2018, requêtes n°s 29580/12 et 4 autres.
12 Makarashvili et autres c. Géorgie, arrêt du 1^{er} septembre 2022, requêtes n°s 23158/20, 31365/20 et 32525/20. Cette affaire a fait l'objet d'une demande de renvoi devant la Grande Chambre, qui n'a pas encore été tranchée.

1 Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique* (édité et traduit par Harvey C. Mansfield et Delba Winthrop, avec une introduction de Harvey C. Mansfield et Delba Winthrop), © 2000.
2 Kudrevičius et autres c. Lituanie, arrêt de Grande Chambre du 15 octobre 2015, n° 37553/05, § 91.
3 Ayoub et autres c. France, arrêt du 8 octobre 2020, requêtes n°s 77400/14, 34532/15 et 34550/15.

dans l'exercice du droit à la liberté d'association¹³. La Cour a déjà approuvé des restrictions considérables apportées aux rassemblements publics lorsqu'elles avaient pour but la protection de la sûreté publique ou la défense de l'ordre public, et elle a conclu à l'absence de violation de l'article 11 relativement à la dispersion d'un rassemblement pour protéger la santé et la sécurité des participants¹⁴. Néanmoins, ces restrictions n'étaient pas liées à une interdiction générale des rassemblements : elles visaient à faire face au risque spécifique que posaient les manifestations en cause¹⁵.

Tout au long de la pandémie, les citoyens se sont montrés hautement créatifs, et ils ont adopté d'autres modes de réunion et de manifestation. S'il est rare qu'il faille interdire une manifestation en raison de la teneur du message que les participants entendent exprimer, l'objectif d'une manifestation peut lui aussi être un facteur pertinent pour déterminer la proportionnalité d'une ingérence. Les manifestations du mouvement *Black Lives Matter* pendant la pandémie en sont un exemple, les obligations positives de l'État inhérentes à un respect effectif de la liberté de réunion revêtant une importance toute particulière pour les personnes membres de minorités, qui sont plus exposées aux brimades¹⁶. Ces manifestations avaient pour but de faire entendre la voix des minorités ethniques, dont le statut de minorités accroît le risque de subir des discriminations. Par ailleurs, lorsqu'il est question d'appliquer des restrictions à une manifestation, l'État doit évaluer le préjudice que causerait l'interdiction de cette manifestation et déterminer si les conséquences positives des restrictions en question sont supérieures à ce préjudice.

La gravité des mesures répressives ainsi que la nature et la sévérité des sanctions imposées en cas de participation à un rassemblement ou à une manifestation font elles aussi partie des facteurs qui doivent être pris en compte dans le cadre de l'appréciation de la proportionnalité¹⁷. Dans plusieurs affaires où des manifestants avaient commis des actes de violence, la Cour a conclu que, même si les manifestations en question relevaient du champ d'application de l'article 11, les ingérences étaient justifiées car elles visaient la défense de l'ordre et la prévention du crime ou la protection des droits d'autrui¹⁸. Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire *Parti populaire démocrate-chrétien c. Moldova*, la Cour a souligné que c'est aux autorités qu'il incombe de prouver la réalité des intentions violentes prêtées aux organisateurs d'une manifestation¹⁹.

Au-delà de ces remarques plutôt générales sur le droit à la liberté d'association et de réunion, je voudrais mettre en avant certains aspects particuliers que revêt ce droit universel lorsqu'il s'applique à la liberté d'association et de réunion des juges. Dans le cadre de leur catégorie professionnelle mais également en leur qualité de fonctionnaires, les juges sont eux aussi membres d'associations, et ils jouissent du droit essentiel de se réunir et de manifester. Une recommandation de 2012 du Conseil de l'Europe sur l'indépendance, l'efficacité et les responsabilités des juges prévoit que « les juges peuvent exercer des activités extérieures à leurs fonctions officielles » et que les juges devraient être libres de créer des organisations professionnelles ayant pour objectifs non seulement de garantir leur indépendance et de promouvoir l'état de droit mais aussi de protéger et de développer leurs intérêts en tant que citoyens et êtres humains²⁰.

Dans le même ordre d'idées, la Cour a conclu dans l'affaire *Maestri c. Italie* à la violation de l'article 11 à raison de l'imposition à un juge d'une sanction disciplinaire au motif qu'il était franc-maçon²¹. Elle a jugé que cette ingérence n'était pas prévisible et qu'elle n'était en conséquence pas « prévue par la loi ».

Dans l'affaire *Miroslava Todorova c. Bulgarie*²², la requérante, qui était juge, a fait l'objet d'une procédure disciplinaire relativement à des allégations d'inefficacité et de mauvaises performances après avoir fait des déclarations publiques en sa qualité de dirigeante d'une association de juges. L'objectif principal de la procédure disciplinaire dirigée contre la requérante et des sanctions qui lui ont été imposées n'était pas de garantir le respect des délais prévus pour le règlement des affaires, mais plutôt de pénaliser l'intéressée pour ses critiques et de l'intimider²³. Ces mesures ont eu un « effet dissuasif » sur l'exercice de la liberté d'expression par d'autres juges désireux de participer au débat public sur des questions liées à l'administration de la justice. Cet effet, « (...) qui nuit à la société dans son ensemble, est aussi un facteur à prendre en compte pour apprécier la proportionnalité de la sanction ou de la mesure répressive imposées (...) »²⁴.

Ainsi, dans le peu de temps qui m'est imparti, j'ai essayé de montrer certains des nombreux aspects et domaines dans lesquels la Cour a élaboré le droit à la liberté d'association. De fait, dans l'ensemble de sa jurisprudence, la Cour a défini et modelé le droit à la liberté d'association et de manifestation, et elle a soigneusement délimité la portée des ingérences que les États contractants sont autorisés à pratiquer dans l'exercice de ce droit, en cherchant un équilibre entre ce dernier et les droits d'autrui. Dans ce cadre, la Cour tient compte de manière systématique des circonstances, du contexte et des objectifs dans lesquels la liberté d'association et de réunion est exercée, notamment de la question de savoir s'il s'agit d'un contexte extraordinaire, tel que la pandémie, ou d'actes ordinaires du processus démocratique, et si ces actes sont accomplis par des acteurs ordinaires de la démocratie ou par des catégories professionnelles spécifiques, par exemple celle des juges.

Mes chers collègues,

Permettez-moi de conclure en soulignant que le droit à la liberté d'association et de réunion est un élément crucial pour toute société démocratique. Le droit à la liberté d'association touche à toutes les activités humaines, qu'il s'agisse des partis politiques, des syndicats, des organisations non gouvernementales, des associations culturelles ou de toute autre association. Il couvre les organisations, groupes et entités bénévoles, qu'ils soient ou non dotés de la personnalité juridique. Les États ont l'obligation positive de garantir à chacun la possibilité de fonder et de rejoindre une association quelle que soit sa nature et d'exercer de manière indépendante toute activité légale et licite.

Nous vivons actuellement à une époque marquée non seulement par les retombées de la pandémie, mais aussi par la guerre, où la paix est attaquée en Europe ainsi que dans le reste du monde, une époque touchée par une grave crise économique et énergétique qui menace les fondements mêmes de nos sociétés civilisées. Nos réussites en matière de protection et de développement du droit à la liberté d'association et de réunion empêchent nos sociétés, qui sont de plus en plus polarisées – et nos nations, qui sont de plus en plus en conflit – de sombrer dans une nouvelle barbarie.

13 *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse*, arrêt du 15 mars 2022, requête n° 21881/20, § 42 (résumé dans la présente publication). Cette affaire a toutefois été renvoyée devant la Grande Chambre le 5 septembre 2022, ce qui signifie que cet arrêt rendu par la troisième section de la Cour n'est pas définitif et que la Grande Chambre rendra un nouvel arrêt relativement à l'affaire.

14 *Cisse c. France*, arrêt du 9 avril 2022, requête n° 51346/99.

15 *Christians against Racism and Fascism c. Royaume-Uni*, décision du 16 juillet 1980 sur la recevabilité, requête n° 8440/78.

16 *Bączkowski et autres c. Pologne*, arrêt du 3 mai 2007, requête n° 1543/06, § 64.

17 *Kudrevičius et autres c. Lituanie* [GC], 2015, § 92.

18 *Osmani et autres c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* (déc.), 11 octobre 2001, requête n° 50841/99.

19 *Parti populaire démocrate-chrétien c. Moldova* (n° 2), arrêt du 2 février 2010, requête n° 25196/04, § 23.

20 Conseil de l'Europe, Recommandation CM/Rec(2010)12 du Comité des Ministres aux États membres sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités, § 21.

21 *Maestri c. Italie*, arrêt de Grande Chambre du 17 février 2004, requête n° 39748/98.

22 *Miroslava Todorova c. Bulgarie*, requête n° 40072/13, arrêt du 19 octobre 2021.

23 Commission internationale de juristes et Fondation des juges pour les juges, *Judicial Independence and Accountability in Bulgaria : The Case of Judge Miroslava Todorova* (2017), pp. 2-3 et 16 ; « Bulgaria: ICJ raises concern at dismissal of Judge Todorova » (27 août 2012), <https://www.icj.org/bulgaria-icj-raises-concern-at-dismissal-of-judge-todorova/>

24 *Baka c. Hongrie*, arrêt du 23 juin 2016, requête n° 20261/12, §§ 162-167.



Pierre Nihoul

Président de la Cour constitutionnelle
de Belgique

INTRODUCTION

L'article 3 du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme garantit le droit aux élections libres. L'article 3 précité consacre ainsi un principe caractéristique du régime politique véritablement démocratique, sur lequel repose la Convention, en sorte que cette disposition revêt, dans le système de la Convention, une importance capitale (CEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 2 mars 1987). Il en va de même du système constitutionnel belge dans lequel le droit de vote est qualifié comme « le droit politique fondamental de la démocratie représentative » (C.C., n° 9/89 du 27 avril 1989)¹. Le droit aux élections libres peut donc être considéré comme *un élément fondamental de la démocratie*.

La Cour européenne des droits de l'homme et la Cour constitutionnelle en ont d'ailleurs déduit des garanties substantielles. Par ailleurs, le contrôle du respect de ce droit amène, logiquement, ces juridictions à devoir se positionner sur des choix démocratiques fondamentaux, alors que les juges qui les composent ne sont, en toute hypothèse, pas élus. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a eu à connaître de sujets d'importance politique fondamentale pour les États telles que les référendums d'indépendance d'Écosse² et de Catalogne³ ou encore la restriction des droits électoraux des personnes suspectées de faire partie de l'ETA⁴, de la mafia⁵ ou d'anciens membres du KGB⁶. Partant, les juridictions précitées prennent soin de ménager un subtil équilibre entre la reconnaissance de garanties substantielles et la marge d'appréciation qui doit être reconnue aux États. Le présent exposé propose de relever les grandes lignes de la jurisprudence relative au droit aux élections libres ainsi que la manière dont celle-ci participe à la préservation de la démocratie. Dans cette perspective, nous examinerons d'abord la manière dont ce droit est garanti dans le système de la Convention (I), pour ensuite se concentrer sur la Cour constitutionnelle belge qui, sur le plan interne, contribue à en assurer le respect (II).

1 La Cour constitutionnelle aura l'occasion de réitérer cette constatation à de nombreuses reprises. La banque de données dtSearch recense 22 arrêts reprenant cette affirmation. Voy. not. C. const., arrêts n°s 72/2014, 134/2013, 86/2012, 81/2012, 22/2012, 151/2007, 149/2007, 138/2007, 133/2006, 90/2006, 78/2005, 103/2004, 96/2004, 73/2003, 36/2003, 35/2003, 30/2003, 25/2002, 76/94, 26/90, 18/90 et 9/89.

2 CEDH, décision *Moohan et Gillon c. Royaume-Uni* du 13 juin 2017.

3 CEDH, décision *Forcadell I Lluís et autres c. Espagne* du 7 mai 2019.

4 CEDH, arrêt *Etxeberria et autres c. Espagne* du 30 juin 2009.

5 CEDH, arrêt *Labita c. Italie* [GC] du 6 avril 2000.

6 CEDH, arrêt *Adamsons c. Lettonie* du 24 juin 2008.

I. LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

L'article 3 du Premier Protocole additionnel dispose que les États « s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ».

La Cour européenne des droits de l'homme prend soin de préciser la portée de cette disposition, notamment les contours de la notion d'« élections » – qui n'englobe pas, en principe, les référendums (décision *Moohan et Gillon c. Royaume-Uni* du 13 juin 2017) – ainsi que le terme de « corps législatif », lequel vise un organe national qui, dans la structure constitutionnelle de l'État concerné, exerce une fonction législative. A priori, l'article 3 précité ne concerne donc pas les élections municipales, provinciales, régionales ou présidentielles, sauf dans le cas où les organes élus se voient investis d'une telle fonction, ne fût-ce qu'en partie (voy. not., au sujet des élections provinciales, décision *Repetto Visentini c. Italie* du 9 mars 2021 et, au sujet des élections présidentielles, décision *Boškosi c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, 2 septembre 2004)⁷.

Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme considère que les États jouissent « d'une ample marge d'appréciation quand il s'agit de déterminer le mode de scrutin au travers duquel la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif est assurée » et que l'article 3 du Premier Protocole additionnel « n'engendre aucune "obligation d'introduire un système déterminé" tel que la proportionnelle ou le vote majoritaire à un ou à deux tours » (CEDH, 8 juillet 2008, *Yumak et Sadak c. Turquie*, § 110).

Pour le surplus, il faut bien constater que, textuellement, l'article 3 du Premier Protocole additionnel diffère des autres dispositions conventionnelles dès lors qu'il ne consacre pas un droit mais impose une obligation formelle aux États membres. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme donne également une portée matérielle à cette disposition en considérant qu'elle emporte des droits subjectifs : le droit de voter, qui en constitue le volet « actif », et le droit de se porter candidat aux élections, qui en constitue le volet « passif ».

Comme la plupart des autres droits consacrés dans le système de la Convention, ceux-ci ne sont pas absolus : toujours dans un souci de ménager un savant équilibre entre la reconnaissance de garanties substantielles et la souveraineté nationale, la Cour admet l'existence de limitations implicites à ces droits (dont la consécration est elle-même implicite). À défaut de base textuelle, la Cour n'utilise pas les critères de nécessité et de besoin social impérieux qui innervent les articles 8 à 11 de la Convention : pour juger de l'admissibilité de la restriction aux droits de vote et d'éligibilité, elle vérifie s'il y a eu un traitement arbitraire, une violation du principe de proportionnalité ou une atteinte à la libre expression du peuple (arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique* du 2 mars 1987). Les États disposent donc d'une marge d'appréciation en la matière qui dépend notamment du contexte.

La Cour estime par ailleurs que le volet passif de l'article 3 du Premier Protocole additionnel peut être encadré de manière plus stricte que son volet actif. En cas de privation du droit d'éligibilité, il y a surtout lieu de vérifier l'absence d'arbitraire dans la procédure interne de déchéance (arrêt *Ždanoka c. Lettonie* [GC] du 16 mars 2006, arrêt *Melnitchenko c. Ukraine* du 19 octobre 2004). Elle admet que le souci de protéger l'ordre démocratique et d'assurer le bon fonctionnement des pouvoirs publics peut justifier une telle privation (arrêt *Miniscalco c. Italie* du 17 juin 2021). À l'inverse, la Cour procède à une analyse particulièrement minutieuse des cas dans lesquels une personne se voit déchoir du droit de vote, ce qui entraîne en règle un examen relativement complet de l'exigence de proportionnalité. Dans l'hypothèse d'une mise sous tutelle pour cause de handicap, dans le cadre d'une enquête pénale ou encore dans le cas des personnes détenues à la suite d'une condamnation pénale, elle a précisé qu'il convient

7 La Cour constitutionnelle juge également que « l'article 3 n'est pas d'application aux élections communales, dès lors que les élections communales ne concernent pas le « choix du corps législatif » au sens de cette disposition (n° 86/2012, B.8).

de ne pas prévoir la déchéance de manière automatique mais au contraire de prendre en considération la situation individuelle, le cas échéant par le recours à un juge, de la personne qui en fait l'objet (voy., pour l'enquête pénale, arrêt *Labita c. Italie* [GC] du 6 avril 2000; pour la tutelle, arrêt *Alajos Kiss c. Hongrie* du 20 mai 2010; pour les détenus, arrêt *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2) [GC] du 6 octobre 2005). La Cour estime également que l'article 3 du Premier Protocole additionnel n'autorise pas, en principe, de priver certains individus ou groupes du droit de participer à la vie politique du pays en ne pouvant pas être désignés comme membres du corps législatif (arrêt *Aziz c. Chypre* du 22 juin 2004). À l'inverse, une déchéance prévue pour certaines infractions bien déterminées, dont la durée est adaptée en fonction de la peine prononcée et ménageant la possibilité de recouvrer le droit de vote apparaît compatible avec l'article 3 précité (arrêt *Scoppola c. Italie* (n° 3) [GC] du 22 mai 2012).

La Cour a aussi été amenée à statuer sur des restrictions d'un degré d'ingérence moindre que la privation pure et simple des droits électoraux. Ici aussi, elle tend à reconnaître une plus grande marge de manœuvre aux États en ce qui concerne le droit d'éligibilité. Elle a par exemple validé l'exigence d'un cautionnement afin de garantir le sérieux des candidatures, pourvu que son montant demeure proportionné et qu'il ne constitue pas un obstacle pour les personnes souhaitant réellement participer aux élections ou pour l'émergence de nouvelles tendances politiques (voy. arrêt *Soukhovetski c. Ukraine* du 28 mars 2006). La Cour a également validé l'utilisation d'un seuil électoral de 5 % afin d'éviter un trop grand morcellement du paysage politique, en considérant que ce taux était proportionné (décision *Partija « Jaunie Demokrāti »* et *Partija « Mūsu Zeme » c. Lettonie* du 29 novembre 2007). Dans le cadre de l'examen de proportionnalité, il y a lieu de tenir compte du contexte propre à chaque État, ce qui l'a notamment amenée à ne pas censurer un seuil électoral de 10% bien qu'elle ait constaté que celui-ci apparaissait, de manière générale, incompatible au regard des exigences du Conseil de l'Europe (arrêt *Yumak et Sadak c. Turquie* [GC] du 8 juillet 2008).

Eu égard à l'importance de l'article 3 du Premier Protocole additionnel, les mesures de restriction au droit de se porter candidat aux élections doivent être accompagnées de garanties procédurales suffisantes et reposer sur une base légale prévisible (arrêt *Adamsons c. Lettonie* du 24 juin 2008 ; arrêt *Etxeberria et autres c. Espagne* du 30 juin 2009).

En ce qui concerne les restrictions apportées au droit de vote, la Cour prend particulièrement en compte les difficultés rencontrées par certaines personnes vulnérables. Ainsi, il appartient aux États de prendre les mesures appropriées pour permettre aux personnes porteuses de handicap moteur de pouvoir effectivement exercer leur droit de vote et accéder aux isoires (arrêt *Toplak et Mrak c. Slovaquie* du 26 octobre 2021). Sur la base de la marge d'appréciation reconnue aux États, la Cour tolère par ailleurs que l'exercice du droit de vote soit conditionné à une obligation de résidence en vue de maintenir un lien entre l'électeur et son pays d'origine (voy. not. arrêt *Shindler c. Royaume-Uni* du 7 mai 2013).

Comme les exemples qui viennent d'être mentionnés le laissent entrevoir, les garanties matérielles doivent aussi être examinées sous l'angle d'un facteur temporel. En effet, pour que les droits déduits de cette disposition soient effectifs, ils ne peuvent porter uniquement sur le moment du vote. En ce qui concerne, en particulier, le droit de se porter candidat aux élections, la protection de l'article 3 couvre la période allant de la campagne électorale jusqu'à l'exercice du mandat en passant par le contentieux électoral.

En amont des élections, la campagne électorale constitue d'ailleurs un terrain fécond pour la rencontre entre le droit aux élections libres et la liberté d'expression consacrée par l'article 10 de la Convention. La Cour considère en effet que ces droits sont interdépendants et se renforcent l'un l'autre, étant entendu que la liberté d'expression constitue une des conditions assurant la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif (arrêt *Bowman c. Royaume-Uni* du 18 février 1998). De nombreux litiges relatifs à la campagne électorale sont donc traités par la Cour par le prisme de l'article 10, notamment en matière de publicité télévisée de partis politiques (arrêt *TV Vest AS & Rogaland Pensjonistparti c. Norvège* du 11 décembre 2008) ou des insultes proférées lors de débats télévisés (arrêt *Vitrenko et autres c. Ukraine* du 16 décembre 2008). En ce qui concerne la répartition du temps d'antenne en période électorale,

la Cour a estimé qu'en règle, cette disposition ne confère pas de droit aux partis politiques de recevoir un temps d'antenne dans les médias (décision *Partija « Jaunie Demokrāti »* et *Partija « Mūsu Zeme » c. Lettonie* du 29 novembre 2007).

En aval des élections, la Cour européenne des droits de l'homme considère que la protection de l'article 3 s'étend au contentieux électoral, à savoir les litiges portant sur le décompte des voix et la validation du scrutin (voy. not. arrêt *Kovatch c. Ukraine* du 7 février 2008). Certaines obligations positives incombent aux États dans ce cadre, notamment la mise en place d'un système permettant l'examen effectif des plaintes et des recours individuels, ce qui permet de maintenir la confiance du public dans les autorités qui sont chargées d'organiser le scrutin (voy. not. arrêt *Namat Aliyev c. Azerbaïdjan* du 8 avril 2010). Ce volet de l'article 3 du Premier Protocole additionnel constitue une importante garantie démocratique, dès lors que la possibilité de recours effectif contre le résultat des élections est relative à un droit politique et que, partant, elle ne saurait être examinée sous l'angle de l'article 6 de la Convention (arrêt *Pierre Bloch c. France* du 21 octobre 1997). Ce contentieux relève donc exclusivement du régime de l'article 3 précité.

II. LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE DE BELGIQUE

Bien que les droits électoraux ne soient pas consacrés en soi par le Titre II de la Constitution belge qui a trait aux droits fondamentaux, les droits politiques visés par l'article 8 de la Constitution sont considérés comme « trouvant leur fondement dans le droit du citoyen de prendre part à l'exercice de la souveraineté. Ils concernent le droit de participer, comme électeur ou comme candidat, aux élections des assemblées délibérantes ». Par ailleurs, les articles 33, 42, 61 et 74 de la Constitution, figurant dans le Titre III, consacré aux « Pouvoirs », précisent les modalités des élections à la Chambre des représentants et au Sénat et « établissent le principe de la démocratie représentative, suivant lequel les pouvoirs émanent de la Nation et les membres des deux Chambres représentent celle-ci et non uniquement ceux qui les ont élus » (n° 130/2016, B.11.2. et 3).

Formellement, ces dernières dispositions échappent au contrôle de la Cour constitutionnelle qui, en matière de droits fondamentaux, n'est compétente qu'à l'égard des droits figurant dans le Titre II précité. Néanmoins, la Cour a, au fil du temps, étendu sa compétence aux droits électoraux en combinant les dispositions relevant de son contrôle, et singulièrement le principe d'égalité et de non-discrimination, avec les dispositions constitutionnelles les contenant en germe, mais aussi avec l'article 3 du Premier Protocole additionnel. Il est désormais acquis que les droits de vote et d'éligibilité font partie intégrante du bloc de constitutionnalité.

En ce qui concerne la recevabilité des recours en annulation, la Cour constitutionnelle considère que ces droits ont une portée fondamentale, de sorte qu'elle en vient à assouplir grandement la condition d'intérêt pour introduire un recours direct devant elle et à admettre pratiquement l'action populaire lorsque sa violation est alléguée. De manière constante en effet, elle juge que « tout électeur ou tout candidat justifie de l'intérêt requis pour demander l'annulation de dispositions qui sont de nature à affecter défavorablement son vote ou sa candidature »⁸.

Quant à leur contenu, dans le cadre de son rôle de gardienne des droits électoraux, la Cour constitutionnelle est logiquement amenée à se prononcer sur des choix politiques importants. De manière similaire à la Cour européenne des droits de l'homme, elle prend le soin dans ce cas de prendre en compte le contexte particulier de l'État belge en l'occurrence et de reconnaître une large marge de manœuvre au législateur. Deux types d'arguments sont retenus en la matière. Premièrement, la Cour a souligné que certaines dispositions attaquées devant elle en matière électorale « s'inscri[vent] dans le système institutionnel général de l'État belge qui vise à réaliser un équilibre entre les diverses communautés et régions du Royaume » (voy. not. arrêt n° 36/2003 du 27 mars 2003) et que, dans ce contexte, il ne

8 Voy. not. C. const., arrêts nos 72/2014, 134/2013, 131/2006, 85/2006, 103/2004, 96/2004, 73/2003, 36/2003, 35/2003, 30/2003 et 76/94.

lui revient pas de « substitu[er] son appréciation à celle du législateur » et « qu'elle n'a pas la maîtrise de l'ensemble des problèmes auxquels il [le législateur] doit faire face pour maintenir la paix communautaire » (arrêt n° 73/2003 du 26 mai 2003). Deuxièmement, la Cour a aussi souligné que le choix par le législateur de « certaines modalités spéciales » relatives au choix des électeurs ou à la dévolution des sièges dans des parties de la Belgique exposées à des difficultés linguistiques ou communautaires provenait ou découlait en réalité du choix du Constituant lui-même. Or, la Cour n'est pas compétente pour se prononcer sur une différence de traitement ou sur la limitation d'un droit fondamental qui résulte d'un choix que le Constituant a lui-même opéré (nos 72/2014, B.14; 81/2015, B.12; 161/2015, B.12).

Même s'ils constituent un droit politique fondamental de la démocratie représentative et de l'État de droit et sont d'une importance cruciale pour l'établissement et le maintien des fondements de la démocratie, les droits électoraux ne sont toutefois pas absolus et peuvent faire l'objet de restrictions à la condition que ces restrictions poursuivent un but légitime et soient proportionnées à ce but (nos 169/2015 et 134/2013). La Cour s'est prononcée sur certaines restrictions du droit de vote ou d'éligibilité.

La fixation d'un seuil électoral a fait l'objet d'une jurisprudence quantitativement importante. De manière relativement constante, la Cour constitutionnelle affirme que « pour satisfaire aux exigences de l'article 3 du Premier Protocole additionnel [...], les élections peuvent être organisées aussi bien selon le système de la représentation proportionnelle que selon un système majoritaire. Même si les élections ont lieu suivant un système de représentation strictement proportionnelle, on ne saurait éviter le phénomène des « voix perdues ». De même que l'article 3 n'implique pas que la dévolution des sièges doive être le reflet exact du nombre des suffrages, il ne fait pas obstacle en principe à ce qu'un seuil électoral soit instauré en vue de limiter la fragmentation de l'organe représentatif » (voy. not. arrêt n° 78/2005 du 27 avril 2005; arrêt n° 73/2003 du 26 mai 2003; arrêt n° 30/2003 du 26 février 2003). La Cour semble octroyer une certaine liberté au législateur en la matière. Elle estime en effet qu'un seuil électoral, fût-il élevé, ne constitue qu'une modalité ou un critère de modulation du système de représentation proportionnelle. Un seuil électoral participe ainsi au souci légitime d'éviter la fragmentation du paysage politique en favorisant la formation de groupes politiques suffisamment cohérents au sein des organes représentatifs [...]. Un seuil électoral rend certes l'obtention d'un siège plus difficile pour les petits partis. Les grands partis peuvent éventuellement obtenir un plus grand nombre de sièges que s'il n'existait pas de seuil électoral. Cette différence de traitement entre petits et grands partis ne constitue cependant pas une discrimination résultant de l'instauration d'un seuil électoral légal, mais une conséquence du choix des électeurs » (arrêt n° 96/2004 du 26 mai 2004).

Autre restriction : le droit de voter n'implique pas le droit de voter nul. Pour qu'il soit question d'élections libres et démocratiques, il suffit en effet que l'électeur puisse émettre son vote sans contrainte, de sorte qu'il puisse voter comme il l'entend. L'électeur est toutefois tenu de respecter strictement la procédure électorale (cf. CEDH, 11 janvier 2007, *Parti conservateur russe des entrepreneurs et autres c. Russie*, § 73). La nullité d'un bulletin de vote n'est que la sanction applicable à un vote irrégulier (n° 134/2013, B.12.3 et 4).

Dans d'autres matières, le contrôle de la Cour constitutionnelle est plus approfondi et la liberté du législateur moindre. Ainsi, la Cour a déclaré inconstitutionnelle une disposition du Code électoral qui frappait de suspension du droit de vote la plupart des condamnés à une peine d'emprisonnement de plus de quatre mois. Le caractère automatique de la suspension, l'absence d'une décision spécifique du tribunal et la possibilité que la suspension soit d'une durée bien supérieure à celle de l'exécution de la peine démontraient le caractère disproportionné de la mesure et emportaient une atteinte non justifiée au droit d'élire et d'être élu découlant de l'article 3 du Premier Protocole additionnel (arrêt n° 187/2005 du 14 décembre 2005). Le législateur a ensuite revu sa copie en remplaçant le système par un mécanisme selon lequel la suspension devenait facultative en permettant au juge d'éventuellement assortir la

condamnation d'une telle mesure. Saisie d'un recours intenté contre la disposition transitoire accompagnant cette réforme, la Cour a intégré les enseignements de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière, pour in fine valider la loi qui lui était soumise (arrêt n° 80/2010 du 1^{er} juillet 2010).

L'article 3 du Premier Protocole additionnel n'est toutefois pas la seule norme de référence en la matière pour la Cour constitutionnelle. Nous évoquons trois cas de figure.

Premier cas : Il arrive que la Cour constitutionnelle juge l'article 3 du Premier Protocole additionnel inapplicable, tout particulièrement en matière d'élections locales – à savoir, les élections communales et provinciales en Belgique –, dès lors que celles-ci ne concernent pas le « choix du corps législatif » au sens du Premier Protocole précité (voy. not. arrêt n° 149/2007 du 5 décembre 2007; arrêt n° 22/2012 du 16 février 2012). Dans cette hypothèse, la Cour examine parfois tout de même la proportionnalité de la mesure cette fois sous l'angle du principe d'égalité et de non-discrimination (arrêt n° 138/2007 du 14 novembre 2007 ; arrêt n° 35/2003 du 25 mars 2003). Sur cette base, la Cour a ainsi annulé la disposition légale organisant les élections locales (arrêt n° 149/2007 du 5 décembre 2007), ce qui constitue une garantie démocratique fondamentale permettant d'aller au-delà du prescrit de l'article 3 précité. À l'inverse, il arrive aussi que la Cour n'aille pas jusque-là et interrompe son contrôle après le constat d'inapplicabilité de l'article 3, sans accepter d'examiner le grief sous le seul angle de l'égalité et de la non-discrimination (arrêt n° 86/2012 du 28 juin 2012 ; arrêt n° 22/2012 du 16 février 2012).

Deuxième cas : indépendamment de l'applicabilité ou non de l'article 3 précité, les droits d'élire et d'être élu doivent en toute hypothèse, en vertu de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et des articles 10 et 11 de la Constitution, être garantis sans discrimination. Ainsi, la Cour constitutionnelle a examiné à deux reprises à l'aune de ce principe la répartition des sièges entre les circonscriptions électorales dans le cadre du système électoral belge de représentation proportionnelle (n° 149/2007 du 5 décembre 2007 ; n° 169/2015 du 26 novembre 2015). Après avoir relevé que chaque répartition en circonscriptions électorales mène à des différences quant au seuil électoral naturel, dont la hauteur est inversement proportionnelle au nombre de sièges à pourvoir et donc aussi au chiffre de la population de la circonscription électorale, la Cour souligne que ces différences doivent rester dans des limites raisonnables. S'il peut être admis qu'une circonscription électorale où quatre mandats sont à répartir est compatible avec le système de la représentation proportionnelle, tel n'est pas le cas pour les circonscriptions où seuls deux ou trois mandats sont à répartir et où le seuil électoral est, pour cette raison, déraisonnablement élevé.

Troisième cas : la Cour constitutionnelle examine certaines questions directement liées au droit aux élections libres en recourant non pas à l'article 3 du Premier Protocole additionnel mais à d'autres droits fondamentaux. Ainsi, elle a annulé une disposition législative interdisant toute forme de publicité au profit des partis politiques dans les médias organisés par la Communauté française, au motif que cette interdiction avait une portée absolue et ne ménageait pas d'exception en période de campagne électorale, ce qui emportait une violation de la liberté d'expression consacrée par l'article 19 de la Constitution belge et par l'article 10 de la Convention (arrêt n° 161/2010 du 22 décembre 2010). Autre sujet abordé : la question épineuse des partis liberticides. La Cour a jugé qu'une disposition législative permettant de priver un parti politique de dotation publique en cas d'hostilité envers les droits et libertés ne violait pas le principe d'égalité et de non-discrimination ainsi que la liberté d'expression en monopolisant notamment l'article 17 de la Convention, qui permet d'exclure de la sphère de protection conventionnelle les abus de la liberté d'expression commis par des individus et des groupes (arrêt n° 10/2001 du 7 février 2001).

CONCLUSION

Il ressort de l'analyse qui précède que la Cour constitutionnelle belge est soucieuse d'intégrer les garanties tirées de l'article 3 du Premier Protocole additionnel dans sa propre jurisprudence. Il est, néanmoins, un obstacle à cette intégration : dans l'arrêt *Mugemangango c. Belgique* [GC] du 10 juillet 2020, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que le système belge de vérification des pouvoirs à la suite des élections législatives, qui est confiée aux assemblées législatives elles-mêmes, viole l'article 3, au motif que cette procédure ne comporte pas les garanties procédurales suffisantes contre l'arbitraire, tout en précisant que l'autonomie parlementaire ne peut valablement s'exercer que dans le respect de la prééminence du droit. La procédure de vérification des pouvoirs des membres des assemblées législatives constitue sans aucun doute le point noir du système électoral belge à l'aune du système de la Convention. La difficulté, sur le plan interne, réside dans le fait que ce mécanisme est consacré par la Constitution elle-même en ce qui concerne l'élection des Chambres législatives. Dès lors qu'il n'appartient pas à la Cour constitutionnelle de contrôler les dispositions constitutionnelles, son apport sur ce point au système démocratique induit de la Convention apparaît limité. Plusieurs propositions de modification de la Constitution ont néanmoins été déposées en vue d'instaurer un contrôle juridictionnel indépendant de la validité des élections. Une des solutions envisagées serait de confier cette compétence, précisément, à la Cour constitutionnelle (voy. not. Doc. parl., Chambre, 2021-2022, n° 55-2708/001).

AUDIENCE SOLENNELLE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME À L'OCCASION DE L'OUVERTURE DE L'ANNÉE JUDICIAIRE



Síofra O'Leary

**Présidente de la Cour européenne
des droits de l'homme**

ALLOCUTION D'OUVERTURE

Mesdames et Messieurs les Présidents des Cours constitutionnelles et des Cours suprêmes, Madame la Présidente des Délégués des Ministres, Monsieur le Secrétaire Général adjoint du Conseil de l'Europe, Madame la Secrétaire Générale de l'Assemblée parlementaire, Madame la Commissaire aux droits de l'homme, Excellences, Mesdames, Messieurs,

Je vous remercie en mon nom et en celui de tous mes collègues d'avoir bien voulu honorer de votre présence cette audience solennelle de la Cour européenne des droits de l'homme.

Vous marquez ainsi non seulement votre attachement à notre Cour mais également, dans la période tragique que l'Europe traverse, votre attachement au mécanisme européen de protection des droits de l'homme. Dès lors que c'est ensemble et collectivement que nous cherchons à sauvegarder la démocratie et l'état de droit et à protéger les droits de l'homme, votre présence chaque année à cet événement va bien au-delà du cérémonial.

Aujourd'hui je prends la parole en cette circonstance pour la première fois. Si je mesure l'honneur qui m'est fait, je ressens surtout la lourde responsabilité qui résulte de cette fonction, à savoir celle de léguer intact l'édifice de la Convention aux générations futures.

C'est, heureusement, une responsabilité que je partage avec des juges de grande qualité et d'un profond dévouement et je saisis cette occasion pour remercier tant mes collègues que les membres du greffe, qui nous accompagne dans l'exercice de notre travail judiciaire.

Les historiens qui se pencheront sur l'année 2022 auront à leur disposition une panoplie de phrases pour caractériser les temps que nous vivons. La notion de « *Zeitenwende* » utilisée par le Chancelier allemand me semblerait un choix très apte – un changement d'époque ; the end of an era.

En 2022 nous avons vécu des répliques de la pandémie, une dégradation environnementale discutée mais visible, une crise énergétique et un retour de l'inflation, sans oublier les craintes toujours suscitées par des phénomènes migratoires et le développement souvent anarchique des réseaux sociaux.

Mais, l'évènement majeur et tragique de 2022 aura été le retour de ce qui nous paraissait impensable : de nouveau une guerre sur le continent européen entre deux États membres du Conseil de l'Europe et l'expulsion de la Fédération de Russie.

Compte tenu des origines de la Convention et des objectifs qu'elle poursuit, la Cour européenne des droits de l'homme ne pouvait pas être épargnée par ce cataclysme.

Comme vous le savez, la Russie a été expulsée du Conseil de l'Europe le 16 mars 2022¹.

La Cour, statuant en formation plénière, a aussitôt adopté une résolution en vertu de laquelle elle reste compétente pour traiter les requêtes dirigées contre la Fédération de Russie en relation avec des actes et omissions susceptibles de constituer une violation de la Convention, à condition qu'ils se soient produits jusqu'au 16 septembre 2022².

Cette compétence dite « résiduelle » de la Cour découle de l'article 58 de la Convention.

Il y a actuellement 16 800 affaires portées contre la Fédération de Russie pendantes devant la Cour.

Depuis l'expulsion de la Russie, différentes formations judiciaires de la Cour ont poursuivi le traitement des affaires russes et plusieurs arrêts importants ont été rendus. Je pense, par exemple, à l'arrêt de Grande Chambre dans *Fedotova et autres*, prononcé il y a une semaine, constatant une violation de l'article 8 compte tenu de l'absence de toute possibilité en droit russe de faire officialiser une relation entre personnes de même sexe³.

Au cours des prochains mois, la Cour continuera de traiter les requêtes russes. Conformément à la stratégie impact, le traitement sera différencié, en tenant compte de l'importance respective des questions juridiques en jeu et de l'existence d'une jurisprudence bien établie applicable en la matière.

Je tiens à souligner qu'il y a actuellement huit affaires interétatiques pendantes qui concernent la Russie. Le traitement de ces affaires demeure une priorité absolue pour la Cour, comme en témoigne la décision sur la recevabilité prononcée il y a deux jours dans l'affaire *Ukraine et Pays Bas c. Russie*. Rappelant le caractère essentiel de la Convention en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen, la Grande Chambre a souligné que : « les États contractants n'ont pas voulu se concéder des droits et obligations réciproques utiles à la poursuite de leurs intérêts nationaux respectifs, mais réaliser les objectifs et idéaux du Conseil de l'Europe, tels que les énonce le Statut, et « instaurer un ordre public communautaire des libres démocraties d'Europe afin de sauvegarder leur patrimoine commun de traditions politiques, d'idéaux, de liberté et de prééminence du droit » »⁴.

L'exercice par la Cour de sa juridiction résiduelle reflète surtout le fait qu'un État ne peut pas profiter de son expulsion du Conseil de l'Europe pour se soustraire à sa responsabilité pour des violations de la Convention. Ceci est d'autant plus essentiel que certaines affaires revêtent une forte importance pour la responsabilité de la Russie en droit international.

Malgré les défis posés en 2022, la Cour a cherché à exercer sans faillir sa mission, en statuant sur 39 570 requêtes, dont 4 168 ont donné lieu à un arrêt.

74 650 requêtes sont désormais pendantes devant la Cour, contre environ 70 000 il y a un an. Environ 10 000 requêtes sont liées à des conflits en cours, une situation qui se reflète également dans les 19 requêtes interétatiques dont la Cour est désormais saisie.

Comme les années précédentes, les trois quarts des affaires pendantes concernent cinq États. Tout d'abord, la Türkiye, avec 20 300 requêtes, suivie par la Fédération de Russie, l'Ukraine (10 600), la Roumanie (5 900) et l'Italie (3 700).

Plusieurs de mes prédécesseurs ont souligné la nécessité d'une plus grande prise de conscience par les autorités du déficit de ressources de la Cour. Compte tenu du rôle que nous sommes appelés à jouer et de la situation que je viens de décrire, il me revient d'en faire de même.

Tout au long du processus de réforme d'Interlaken et même après, la Cour a cherché sans relâche à améliorer son efficacité. Elle continuera à le faire sous ma présidence.

² Résolution de la Cour européenne des droits de l'homme sur les conséquences de la cessation de la qualité de membre du Conseil de l'Europe de la Fédération de Russie à la lumière de l'article 58 de la Convention européenne des droits de l'homme.

³ *Fedotova et autres c. Russie*, n° 40792/10 et 2 autres, 13 juillet 2021.

⁴ *Ukraine et Pays Bas c. Russie*, n° 8019/16, 43800/14 et 28525/20, § 385, 25 janvier 2023.

¹ Résolution CM/Res(2022)2 sur la cessation de la qualité de membre de la Fédération de Russie du Conseil de l'Europe (adoptée par le Comité des Ministres le 16 mars 2022 lors de la réunion 1428^{ter} des Délégués des Ministres).

Toutefois, en termes d’organisation, il n’y a plus de marge de progression. Nous sommes une juridiction désormais saisie d’affaires interétatiques multiples et complexes et qui, dans le même temps, traite des dizaines de milliers de requêtes individuelles déposées dans une quarantaine de langues. La gestion des dossiers dépend non seulement des juges, mais de la disponibilité de juristes expérimentés, capables de maîtriser ces langues et de connaître les systèmes juridiques de 46 États membres.

Le soutien politique aux valeurs du Conseil de l’Europe et au système de la Convention lui-même sera sans doute au cœur du 4^e Sommet de Reykjavik au mois de mai.

Toutefois, ce soutien doit impérativement se traduire par la mise à disposition de moyens matériels appropriés et un financement plus pérenne pour soutenir la mise en œuvre d’une Convention qui, depuis plus de 70 ans, contribue à la stabilité, à la sécurité et à la paix en Europe.

Mesdames et Messieurs,

Compte tenu du thème retenu pour le séminaire judiciaire de cet après-midi, il est tout naturel que mon intervention de ce soir aborde des questions relatives à la consolidation de la démocratie et envisage des moyens pour parer au recul démocratique.

Au cours des dernières années, on a beaucoup écrit, et à juste titre, sur les garanties de l’état de droit que protège la Convention européenne et sur les remises en cause frontales de l’indépendance de la justice auxquelles l’Europe a nouvellement assisté. À l’inverse, certains États ont vu s’installer au cours des dernières décennies un satisfaction inappropriée à l’égard du succès que rencontre la Convention dans la promotion et la préservation de la démocratie elle-même.

Mais notre Cour a récemment été le témoin direct de tentatives visant à démanteler la démocratie, unique modèle politique envisagé par la Convention. Le recul démocratique, judicieusement décrit comme une « mort à petit feu », prend des formes très diverses, de l’adoption de mesures visant à affaiblir le pouvoir judiciaire, à museler la presse, à étouffer le pluralisme politique ou à se débarrasser des contre-pouvoirs institutionnels, jusqu’à éliminer la concurrence politique et à fermer les yeux sur la corruption.

Aurait-on oublié que la sauvegarde et le développement des droits de l’homme et des libertés fondamentales ne sont jamais mieux garantis que par un régime politique véritablement démocratique, fondé sur la prééminence du droit, et par une conception commune et un respect commun des droits de l’homme ? Si nous l’avions perdu de vue, les événements tragiques qui se déroulent en Ukraine depuis février dernier, et les forces qui ont conduit à ces événements, nous aurons certainement rappelé l’importance de ce pour quoi nos prédécesseurs ont si durement lutté.

La démocratie, tout comme les droits de l’homme et l’état de droit, n’est jamais définitivement acquise. Nous devons nous battre chaque jour pour la défendre.

Parce qu’elle protège des droits civils et politiques essentiels, la Convention joue un rôle vital dans la préservation des éléments nécessaires à une société pacifique, à savoir la démocratie, la tolérance et le pluralisme. Une vigilance constante s’impose pour empêcher que ces éléments ne soient remis en cause. La Convention européenne est le produit d’un « réalisme idéaliste », selon l’expression de l’un de mes prédécesseurs, Luzius Wildhaber. Elle repose sur la conviction que les régimes démocratiques, respectueux des droits fondamentaux, ne se font pas la guerre entre eux, et qu’il ne dépend donc plus de la seule compétence des États que les démocraties reviennent à la dictature⁵. L’objet de la Convention, selon ceux qui l’ont rédigée, était de garantir que les États du Conseil de l’Europe soient démocratiques et le demeurent.

⁵ Luzius Wildhaber, “Rethinking the European Court of Human Rights” in Jonas Christoffersen et Mikael Rask Madsen (éd.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics* (Oxford University Press, Oxford, 2011), pp. 204-230.

Dans ses récentes décisions sur la liberté d’expression, qui a longtemps été regardée comme la sève de la démocratie, la Cour a été sensible à la forme, à la nature et à la qualité des informations fournies aux électeurs, actuels et futurs.

Je suis particulièrement frappée par le passage, tiré d’une récente affaire allemande concernant l’article 10, dans lequel la Cour a insisté sur :

« L’importance majeure qui s’attache, du point de vue des politiques publiques, à ce que les enfants bénéficient d’un enseignement et d’une éducation dignes de confiance sur les notions de liberté, de démocratie, de droits de l’homme et de l’état de droit⁶ »

En ces temps dangereux, où les valeurs qui jusqu’alors étaient tenues pour acquises dans l’Europe d’après-guerre sont chaque jour un peu plus menacées, il nous faut nous concentrer sur la jeune génération et son avenir.

Comme le veut la tradition, je tiens à évoquer quelques affaires de l’année passée qui sont emblématiques, à ce tournant de l’histoire, du rôle essentiel que joue la Convention.

Dans le premier de ces arrêts, *H.F. et autres c. France*, rendu par la Grande Chambre le 14 septembre 2022, les requérants avaient en vain demandé aux autorités nationales de procéder au rapatriement d’urgence de leurs filles et de leurs petits-enfants, retenus dans des camps du nord-est de la Syrie⁷.

La Cour a souligné que l’article 3 § 2 du Protocole n° 4 à la Convention ne garantissait pas un droit général au rapatriement.

Cependant, le droit d’entrer sur le territoire national peut faire naître une obligation positive à la charge de l’État lorsque le refus de cet État d’entreprendre une quelconque démarche conduirait le national concerné à se retrouver dans une situation comparable, de facto, à celle d’un exilé.

Le refus de rapatrier doit être entouré de garanties appropriées. Cela présuppose l’existence d’un mécanisme de contrôle par un organe indépendant, non nécessairement juridictionnel, qui permette de vérifier que les motifs de la décision contestée sont dépourvus d’arbitraire. Un tel contrôle doit mettre les requérants en mesure de prendre connaissance, même sommairement, des motifs qui fondent la décision et il doit également permettre de vérifier que les autorités compétentes ont pris en compte l’intérêt supérieur de tout enfant concerné par la décision.

Eu égard à l’absence de décision formalisée et au refus des juridictions internes de se reconnaître compétentes, la Cour a conclu à la violation de l’article 3 § 2 du Protocole n° 4 à la Convention.

Le deuxième arrêt que je souhaite évoquer est celui qui a été rendu par la Grande Chambre en avril 2022 dans l’affaire *NIT S.R.L. c. République de Moldova*⁸. Cette affaire concernait la liberté d’expression d’une chaîne de télévision qui, à la suite d’élections, était devenue une tribune pour les critiques dirigées contre le nouveau gouvernement. La chaîne avait été sanctionnée pour manquements graves et répétés à l’obligation légale de veiller à l’équilibre et au pluralisme politique. Sa licence de radiodiffusion avait finalement été révoquée. Devant la Cour, la société invoquait l’article 10 et l’article 1 du Protocole n° 1 à la Convention. La Cour a conclu à l’absence de violation de ces deux articles dans les circonstances particulières de l’espèce.

⁶ *Godenau c. Allemagne*, n° 80450/17, § 54, 29 novembre 2022.

⁷ *H.F. et autres c. France* [GC], n°s 24384/19 et 44234/20, 14 septembre 2022.

⁸ *NIT S.R.L. c. République de Moldova* [GC], n° 28470/12, 5 avril 2022.

L'affaire soulevait des questions nouvelles liées à la dimension interne du pluralisme des médias, à la transparence du discours dans les démocraties européennes et à la recherche d'un juste équilibre entre le pluralisme politique dans les médias et la liberté éditoriale.

Choisir, comme l'a fait la République de Moldova, un modèle de régulation imposant des obligations de pluralisme interne destinées à garantir un traitement équilibré des sujets politiques, relève de la marge d'appréciation des États et ce choix est souvent le reflet d'une culture politique et du développement historique du secteur audiovisuel national. L'article 10 n'impose pas un modèle particulier de pluralisme interne, pour autant que la diversité globale des programmes audiovisuels soit garantie à l'échelle nationale. Le rôle de la Cour est de veiller à ce que les effets du régime de régulation choisi par un État soient compatibles avec les garanties de l'article 10, et l'examen auquel elle se livre sera plus ou moins rigoureux selon le degré de restriction que le modèle instauré impose à la liberté éditoriale.

La Cour a considéré que l'existence de garanties procédurales revêtait une importance particulière en matière de révocation d'une licence de radiodiffusion, de même que le rôle de l'autorité de régulation, dont l'indépendance doit être assurée compte tenu du caractère complexe et délicat de cette mission.

L'arrêt NIT nous rappelle que la liberté et le pluralisme des médias sont des vecteurs de la primauté du droit et de la responsabilité démocratique. Il témoigne de l'importance du rôle joué par le Conseil de l'Europe, qui établit des normes en matière de journalisme responsable, de pluralisme des médias et d'indépendance des autorités de régulation, essentielle dans ce domaine.

En 2022, la Grande Chambre a adopté au total neuf arrêts, dont un dans le cadre d'un recours en manquement au titre de l'article 46 § 4 de la Convention⁹. Par ailleurs, trois avis consultatifs ont été rendus à la suite de demandes formulées par la Cour administrative suprême lituanienne¹⁰, la Cour de cassation arménienne¹¹ et le Conseil d'État français¹². Une septième demande d'avis consultatif, émanant cette fois de la Cour suprême finlandaise, est pendante¹³.

Si les arrêts rendus par la Grande Chambre sont généralement ceux qui attirent le plus d'attention, les arrêts prononcés par des chambres de sept juges portent de plus en plus sur des questions juridiques et sociétales importantes et complexes, comme le veut notre « stratégie impact ». Vous le savez, cette stratégie vise à permettre l'identification et le traitement rapides des affaires à impact.

C'est ce qu'illustre bien une série de quatre arrêts rendus en 2022 au sujet de la crise de l'état de droit en Pologne [Grzęda, Advance Pharma, Żurek et Juszczyszyn¹⁴], dont un seul a été adopté par la Grande Chambre.

Tant dans l'affaire *Grzęda* que dans l'affaire *Żurek*, il était question de la restriction injustifiable du droit d'accès à un tribunal ayant empêché les requérants, tous deux juges en exercice, de contester la cessation prématurée de leur mandat de membres du Conseil national de la magistrature (CNM). Concluant à l'applicabilité et à la violation de l'article 6 § 1, la Cour a souligné que, lorsqu'un conseil de la magistrature a été mis en place, les autorités de l'État sont tenues de veiller à son indépendance à l'égard des

pouvoirs législatif et exécutif pour préserver l'intégrité de la procédure de nomination des juges. Selon elle, par suite de l'effet combiné de la modification fondamentale du mode d'élection des membres juges du CNM et de la cessation prématurée du mandat des précédents membres juges, tels que les requérants, l'indépendance du CNM n'était plus garantie.

Dans l'affaire *Żurek*, la chambre a également conclu à la violation de l'article 10 de la Convention à raison d'une série de mesures appliquées à l'égard du requérant, qui était porte-parole du CNM et auteur de vives critiques contre les réformes judiciaires. Selon la Cour : « le droit général à la liberté d'expression qui permet aux juges d'aborder des questions concernant le fonctionnement de la justice peut se transformer en un devoir de prendre la parole pour défendre l'état de droit et l'indépendance de la justice lorsque ces valeurs fondamentales sont menacées »¹⁵.

Ces affaires méritent d'être signalées pour plusieurs raisons. Premièrement, la Cour a souligné que, à la lumière des principes de subsidiarité et de responsabilité partagée, l'obligation qu'ont les Parties contractantes de garantir l'indépendance de la justice revêt une importance cruciale pour le système de la Convention lui-même. Celui-ci ne peut fonctionner correctement en l'absence de juges indépendants. Deuxièmement, toutes les Parties contractantes doivent se conformer aux normes de prééminence du droit et respecter leurs obligations de droit international, dont celles qu'elles ont volontairement acceptées en ratifiant la Convention. Un État ne peut invoquer son droit interne, y compris sa constitution, pour justifier le non-respect de ces obligations. Enfin, ces arrêts, dans lesquels la Cour s'est amplement référée à la jurisprudence parallèle de la Cour de justice de l'Union européenne relative à la prééminence du droit, illustrent une fois encore la synergie entre les deux juridictions européennes dans la défense de l'indépendance de la justice et des valeurs qui sous-tendent la Convention.

Dans l'arrêt rendu dans l'affaire *Ecodefence et autres c. Russie* (devenu définitif), les requérantes étaient des organisations non gouvernementales de la société civile qui avaient été inscrites sur un registre des « agents étrangers » financés par des « sources étrangères »¹⁶. Il en avait résulté pour elles des amendes administratives, des dépenses financières et des restrictions importantes à leurs activités. L'une de ces organisations, Memorial, co-lauréate du prix Nobel de la paix en 2022, avait été mise en liquidation, déclarée illégale puis contrainte à la dissolution la même année.

Dans un arrêt rendu en juin 2022, la Cour a conclu à la violation de l'article 11, interprété à la lumière de l'article 10 de la Convention, à raison de deux notions clés de la loi sur les agents étrangers qui ne satisfaisaient pas à l'exigence de prévisibilité énoncée par la Convention. En outre, le contrôle juridictionnel n'offrait pas de garanties adéquates et effectives contre l'exercice arbitraire et discriminatoire du large pouvoir discrétionnaire laissé par la loi à l'exécutif.

Dans l'arrêt *Ecodefence*, la Cour a souligné que : le processus démocratique est un processus continu qui doit être soutenu en permanence par un débat public libre et pluraliste, et poursuivi par de nombreux acteurs de la société civile »¹⁷.

La réglementation russe litigieuse renvoyait l'idée qu'un contrôle externe des questions relatives aux droits de l'homme et à l'état de droit était suspect et constituait une menace potentielle pour les intérêts nationaux. La Cour a répondu en soulignant que les droits de toutes les personnes se trouvant dans l'espace juridique de la Convention concernent tous les États membres du Conseil de l'Europe.

9 *Kavala c. Türkiye* (recours en manquement) [GC], n° 28749/18, 11 juillet 2022.

10 Avis consultatif concernant l'appréciation de la proportionnalité, sous l'angle de l'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention, d'une interdiction générale pour une personne de se porter candidate à une élection après une destitution dans le cadre d'une procédure d'impeachment [GC], demande n° P16-2020-002, Cour administrative suprême lituanienne, 8 avril 2022.

11 Avis consultatif concernant l'applicabilité de la prescription aux poursuites, condamnations et sanctions pour des infractions constitutives, en substance, d'actes de torture [GC], demande n° P16-2021-001, Cour de cassation arménienne, 26 avril 2022.

12 Avis consultatif relatif à la différence de traitement entre les associations de propriétaires « ayant une existence reconnue à la date de la création d'une association communale de chasse agréée » et les associations de propriétaires créées ultérieurement [GC], demande no P16-2021-002, Conseil d'État français, 13 juillet 2022.

13 La Cour européenne des droits de l'homme a accueilli une demande d'avis consultatif au titre du Protocole n° 16 à la Convention que la Cour suprême de Finlande lui avait adressée le 10 octobre 2022. Dans sa demande (n° P16-2022-001), la Cour suprême finlandaise sollicite un avis consultatif sur les droits procéduraux d'une mère biologique dans une procédure concernant l'adoption de son enfant adulte.

14 *Grzęda c. Pologne* [GC], n° 43572/18, 15 mars 2022 ; *Advance Pharma sp. z o.o c. Pologne*, n° 1469/20, 3 février 2022 ; *Żurek c. Pologne*, n° 39650/18, 16 juin 2022 ; *Juszczyszyn c. Pologne*, n° 35599/20, 6 octobre 2022.

15 *Żurek c. Pologne*, n° 39650/18, § 222, 16 juin 2022.

16 *Ecodefence et autres c. Russie*, n°s 9988/13 et 60 autres, 14 juin 2022.

17 Ibidem, § 139.

Silvana Sciarra

Présidente de la Cour constitutionnelle
de l’Italie



Je suis très honorée de prendre la parole en cette occasion solennelle et formelle, devant cet auditoire distingué et après la présentation tout à fait captivante de la présidente O’Leary. Je suis honorée au nom de la Cour constitutionnelle italienne, que je représente, et j’espère que le message qui, par mon intermédiaire, sera communiqué à des juges exerçant des fonctions variées offrira des occasions de renforcer l’apprentissage mutuel et de pratiquer une coopération plus étroite.

De fait, la coopération est un mot clé.

La coopération engendre une communauté d’intérêts.

Dans ce contexte de coopération, je voudrais commencer par dire que les juridictions constitutionnelles occupent une position privilégiée en matière de soutien aux démocraties et de promotion de l’intégration de normes communes, partout où les droits de l’homme sont en jeu. Elles occupent cette position car elles ont la charge d’une responsabilité particulière, qui est inhérente au contrôle juridictionnel de constitutionnalité.

En particulier, ces derniers temps, des problèmes en matière d’indépendance de la justice ont ébranlé la symétrie de l’ordre juridique international, pris dans son ensemble, c’est-à-dire en tant que combinaison du droit constitutionnel et du droit de la Convention, qui sont souvent étroitement liés aux normes régionales, et surtout à celles de l’Union européenne.

L’indépendance repose sur différents critères, parmi lesquels figurent la cohérence et la transparence des arguments juridiques, dont le meilleur exemple est le choix des précédents.

Laissez-moi souligner un autre mot clé : la « symétrie ».

L’une des plus importantes responsabilités des juridictions constitutionnelles consiste à trouver le juste équilibre entre tous les paramètres qui doivent être pris en compte et à bâtir un équilibre global au sein des systèmes juridiques nationaux.

À la fin des années 1990, au siècle dernier, des propositions innovantes visant à favoriser l’intégration de normes juridiques ont été évoquées dans le monde académique, en réponse à l’avis 2/1994 sur l’adhésion des communautés européennes à la Convention européenne.

Les propositions qui circulaient à cette époque étaient fondées sur l’analyse des compétences existantes dans différents domaines ; elles avaient pour but de conférer à toutes les institutions européennes le pouvoir de faire appliquer les politiques en matière de droits de l’homme.

Une lacune alléguée dans ces politiques faisait du recours à la Convention européenne un instrument crucial dans le cadre d’un processus plus vaste d’élaboration d’une constitution. Dès lors, le recours à la Convention européenne aurait dû entraîner une extension des compétences.

Comme nous le savons tous, aucune constitution européenne n’a vu le jour à l’issue de tous ces efforts.

Mesdames et Messieurs,

L’arrêt *Ecodefence* nous rappelle également qu’en vertu de l’article 34 de la Convention, les États contractants s’engagent à s’abstenir d’entraver l’exercice effectif du droit de recours individuel. Ce droit est la pierre angulaire du système de la Convention. Dans l’affaire *Ecodefence* et dans trois autres affaires tranchées en 2022, la Cour a jugé que la méconnaissance par les États défendeurs des mesures provisoires qu’elle avait indiquées emportait violation des obligations que l’article 34 faisait peser sur eux.

Compte tenu du rôle crucial que jouent les mesures provisoires dans le système de la Convention, il serait très préoccupant que certains États contractants soient prêts à méconnaître ainsi les exigences internationales de la prééminence du droit.

Enfin, comme toute juridiction digne de ce nom, nous devons faire preuve d’ouverture et d’autocritique. La Cour a mis trop de temps à statuer dans l’affaire *Ecodefence*, et ce fait souligne la nécessité, évoquée précédemment, de consolider la stratégie impact et le traitement rapide des affaires phares, ainsi que la nécessité pour nous de disposer des ressources qui nous permettent de le faire.

Avant de donner la parole à notre invitée d’honneur, permettez-moi de vous rappeler qu’aujourd’hui est la journée internationale dédiée à la mémoire des victimes de l’Holocauste.

N’oublions pas pourquoi la Convention a été conçue.

N’oublions pas ce que la Convention a accompli grâce au travail de la Cour et à votre travail en tant que juges nationaux.

Et n’oublions pas ce qu’il reste à faire.

Mesdames et Messieurs,

C’est la première fois qu’une grande personnalité italienne nous fait l’honneur de venir prononcer le discours traditionnel de notre rentrée solennelle.

Une personnalité et non des moindres, puisque Silvana Sciarra est juge depuis 2014 à la Cour constitutionnelle italienne, juridiction qu’elle préside depuis le mois de septembre dernier.

Madame la Présidente de la Cour constitutionnelle,

Nos parcours professionnels, consacrés au droit européen et à la construction de l’Europe des droits et des libertés, se sont croisés à plusieurs reprises.

Vous êtes une spécialiste reconnue du droit du travail et vous avez formé à l’institut universitaire de Florence des générations d’étudiants qui ont salué avec enthousiasme votre récente élection en tant que Présidente.

Mais si les droits sociaux sont votre domaine de prédilection, les droits de l’homme vous passionnent depuis longtemps et vous avez beaucoup écrit sur l’État de droit et le pluralisme. Ces sujets qui sont au cœur de notre mission sont, plus que jamais, d’actualité.

Nous avons donc hâte de vous entendre et c’est avec grand plaisir que je vous invite à prendre la parole.

Néanmoins, des attentes plus importantes étaient nées. On pourrait dire que les cours et tribunaux ont acquis une visibilité encore plus importante dans le cadre de la transition vers un discours sur la Convention européenne.

Voilà le tour de passe-passe linguistique que je vous propose d'utiliser.

Dans ma présentation, je parle de « discours » sur la Convention européenne – dans le prolongement du « recours » à cette Convention – pour illustrer les progrès qu'il faut faire, en vue d'accroître la démocratisation des systèmes juridiques nationaux et de nous engager sur la voie d'une coopération plus étroite entre les organisations internationales, et donc entre les cours et tribunaux.

Par exemple – j'espère que vous considérerez cet exemple ainsi que je l'entends, comme une marque de fierté et non une référence personnelle – la Cour constitutionnelle italienne a rendu en 2007 les arrêts dits « jumeaux » sur le rôle de la Convention européenne en tant que « paramètre interposé » dans le cadre du contrôle juridictionnel de constitutionnalité. La Cour constitutionnelle a souligné que la Convention a une « nature spéciale » en ce que, contrairement à d'autres traités internationaux, elle a donné naissance à un « système destiné à la protection uniforme des droits fondamentaux ».

Le recours à la Convention européenne, dans ce système comme dans les autres systèmes juridiques nationaux, déclenche une coopération entre les cours et tribunaux, qui se développe ensuite en un discours sur la Convention européenne, c'est-à-dire en une interprétation moins fragmentée des normes internationales par les juridictions internes.

Les références au Protocole n° 16 et aux avis consultatifs sur des questions de principe confirment que le discours sur la Convention européenne peut être développé de différentes manières et dans différents domaines. Tous convergent vers une conception unitaire de la démocratie.

Il a été soutenu que, malgré leur caractère non contraignant, ces avis « diffusent » en substance des effets généraux.

Le texte du Protocole n° 16 indique clairement que seules les juridictions désignées comme les plus hautes par les Parties contractantes peuvent demander un avis consultatif (article 1 § 1) et que pareille demande ne peut être formulée que dans le cadre d'une affaire pendante (article 1 § 2).

Cela confirme une fois encore les responsabilités qui incombent aux cours et tribunaux, auxquels on demande de faire preuve de cohérence dans leur propre argumentation juridique.

La nouveauté réside dans une interprétation de la subsidiarité qui aboutit à l'idée de complémentarité et de partage des responsabilités, plutôt qu'à considérer la CEDH comme une juridiction de dernier ressort.

Le premier de ces avis consultatifs, qui a été rendu en réponse à une demande introduite par la Cour de cassation française, a donné lieu à des réponses intéressantes, en ce qui concerne son effet erga omnes, bien au-delà de l'État où il trouvait sa source.

Cet avis portait sur la reconnaissance en droit interne d'une relation juridique de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention.

La CEDH a conseillé à la juridiction nationale de considérer que « le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la « mère légale » », et que « le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, ne requiert pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur le registre de l'état civil (...) elle peut se faire par une autre voie, telle que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention (...) conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

La Cour constitutionnelle italienne a cité cet avis dans plusieurs arrêts, quoiqu'en mettant l'accent sur des points différents. Il convient de rappeler que l'Italie n'a pas ratifié ce Protocole.

La Cour de cassation italienne a fait référence au même avis d'une part dans une demande de contrôle de constitutionnalité et d'autre part, récemment, dans une décision marquante qu'elle a rendue en réponse à une décision d'irrecevabilité rendue par la Cour constitutionnelle dans une affaire portant sur l'enfant, né d'une gestation pour autrui, d'un couple homosexuel.

Dans la même décision, la Cour de cassation a cité, entre autres, l'arrêt rendu par la CEDH dans l'affaire *D.B. et autres c. Suisse* le 22 novembre 2022, qui n'était alors pas encore définitif, à l'appui de l'idée qu'indépendamment de la conduite des parents, l'intérêt supérieur de l'enfant devait être inclus parmi les éléments constitutifs de la notion d'ordre public international. Ce dernier, « traditionnellement considéré comme purement limitatif et oppositif », devrait plutôt viser à jouer un rôle positif : les nouvelles formes que prennent les relations parentales devraient entrer sur la scène internationale.

Ce progrès significatif a pour conséquence l'acquisition d'une « valeur uniforme », qui doit être appliquée en vue de la reconnaissance de l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'exemple cité ici – dans lequel tant la Cour constitutionnelle que la Cour de cassation ont eu recours à l'avis consultatif de la CEDH – ne fait que confirmer que le Protocole n° 16 est déjà interprété comme un instrument vivant dans le contexte du droit international des droits de l'homme. Et il l'est dans un domaine extrêmement délicat, celui de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Les avis entrent dans le discours juridique en tant que res interpretata et ils acquièrent une valeur juridique – et non simplement une valeur factuelle, persuasive ou morale – dans le cadre du spectre plus large qu'est la jurisprudence liée à la Convention.

Cette approche originale – que je qualifie d'exemple du droit en pratique – mérite d'être soulignée lorsque des cours et tribunaux, par exemple les juridictions italiennes que j'ai mentionnées, font référence à des avis consultatifs alors même qu'ils exercent leur activité dans un pays qui n'a pas ratifié le Protocole n° 16.

Il y a une raison profonde à cela : un discours sur la protection des droits de l'homme doit impliquer une vaste généralisation de l'ensemble des intérêts en jeu et une pertinence égale pour tous les États parties à la Convention. L'article 43 § 2 de la Convention, il faut le rappeler, traite des questions d'intérêt général, qu'il appartient à la Grande Chambre de trancher.

Prenons un autre exemple.

En ce qui concerne les problèmes liés au suicide assisté, qui ont des implications éthiques très délicates, la convergence entre les cours constitutionnelles italienne et autrichienne, quant aux références qu'elles font aux décisions de la CEDH, témoigne d'une cohérence de l'argumentation juridique qui renforce l'autorité du contrôle juridictionnel de constitutionnalité.

Parlons à présent de ce que je vous propose d'appeler une interconnexion entre la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et la CEDH, relativement aux affaires portant sur les mesures disciplinaires prises contre des juges, qui peuvent avoir des conséquences graves pour les personnes sanctionnées.

Les affaires polonaises – quoique ce ne soient pas les seules – se sont avérées cruciales dans la jurisprudence des deux cours.

Dans le cadre d'une action engagée par la Commission contre la Pologne, accusée d'avoir manqué aux obligations qui lui incombaient en vertu de l'article 258 du TFUE, la Grande Chambre précise que, pour les juges, même la « simple perspective » de subir des mesures disciplinaires décidées par un organe dont l'indépendance n'est pas garantie risque d'avoir des conséquences sur leur propre indépendance. À l'appui de sa thèse, la CJUE cite la jurisprudence de la CEDH (*Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal*, 6 novembre 2018, et *Eminağaoğlu c. Turquie*, 9 mars 2021).

La CJUE fait aussi référence à l'article 19 du TUE, qui, selon les termes de la Cour elle-même, concrétise l'état de droit, lequel est une valeur garantie par l'article 2 du TUE ainsi qu'une condition pour la jouissance des droits liés à l'appartenance à l'Union.

La CJUE va jusqu'à affirmer que la combinaison de différentes réformes adoptées par le Parlement polonais a provoqué une « rupture structurelle ne permettant plus de préserver l'apparence d'indépendance et d'impartialité de la justice ».

Cette décision a été rendue le 15 juillet 2021.

En mai 2021, la CEDH a dit, dans l'arrêt *Xero Flor c. Pologne*, que la présence d'un juge élu par le nouveau Parlement en 2015 – l'un des juges dits « juges doubleurs » – avait emporté violation de l'article 6 de la Convention, plus particulièrement du droit de voir sa cause entendue par un tribunal établi par la loi.

L'affaire a été tranchée après l'introduction d'une plainte devant la Cour constitutionnelle polonaise, que la plaignante considérait comme un organe dépourvu d'indépendance. La Cour constitutionnelle elle-même a publié un communiqué de presse qui attaquait la CEDH, affirmant qu'elle n'était pas compétente en matière d'organisation de la justice et l'accusant de devenir une menace pour la souveraineté de la Pologne.

Les décisions monumentales rendues par ces deux juridictions sont enrichies de références à des critères objectifs pour la mesure de l'indépendance de la justice. Ces critères sont l'aboutissement de réflexions et de recherches menées par des organes nationaux et internationaux, surtout par le Conseil de l'Europe et la Commission européenne, au moyen des évaluations attentives qui figurent dans leurs rapports de pays.

Ils prennent en considération différentes normes, par exemple le fonctionnement des organes indépendants d'autoadministration, et même les communications avec les médias.

La CJUE a contribué de manière importante au développement de la notion d'indépendance.

Son arrêt pilote dans ce domaine est l'arrêt Wilson, qui remonte à 2006. Dans cet arrêt, la CJUE a donné des exemples relativement à certains critères. L'objectivité dans le cadre de la procédure est liée à la composition de l'organe, à la nomination des juges, à la durée de leur mandat et aux motifs pour lesquels ils peuvent être révoqués. Tout « doute légitime, dans l'esprit des justiciables », doit être écarté. C'était le but visé par la CJUE dans cet arrêt, qui a été suivi par un flot continu de décisions plus récentes, lesquelles ont clarifié davantage le concept d'indépendance.

J'en viens à présent à quelques remarques conclusives.

J'ai dit que les juridictions internes, y compris les juridictions constitutionnelles, proposent une interprétation évolutive de la Convention européenne, ce que le fonctionnement du Protocole n° 16 a accéléré. Cela s'est produit même dans les domaines les plus délicats du droit, ceux qui touchent à des questions éthiques. Je me suis concentrée à titre d'exemple sur l'intérêt supérieur de l'enfant.

J'ai également avancé que dans toutes les affaires de cette sorte le recours à la Convention européenne se transforme en discours sur la Convention européenne.

Ce tour de passe-passe linguistique sert à avancer l'idée que les juridictions internes doivent jouer le rôle principal dans la consolidation d'une vision unitaire du droit des droits de l'homme.

C'est un atout pour les démocraties.

Pendant l'après-guerre, la recherche de la paix a inspiré les personnes qui ont pris la responsabilité de paver de normes le terrain que les armées avaient quitté. On utilise l'expression « corps constituant » pour décrire le rituel qui accompagne l'entrée du droit sur le terrain jusqu'alors dominé par les conflits.

La métaphore du « corps » apporte avec elle la notion de vie : c'est ce qu'il se produit lorsque les juridictions créent des normes communes, par une lecture cohérente des sources juridiques.

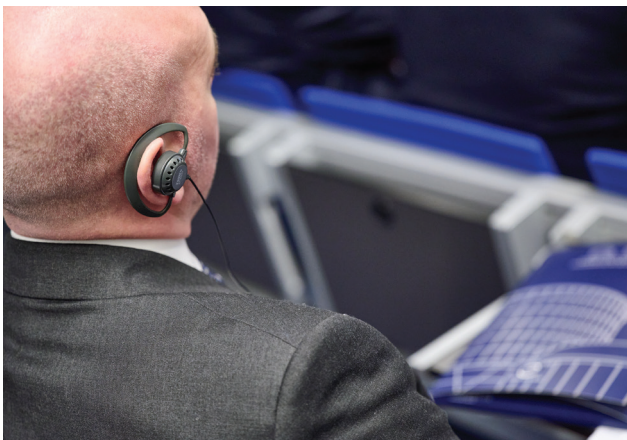
Ce processus d'interprétation devrait alimenter en permanence la culture produite par les corps constituants et élargir l'espace disponible pour constitutionnaliser les droits fondamentaux et faire naître la paix.

Tout discours sur la Convention européenne est renforcé – comme je l'ai indiqué – par une interaction fructueuse et un apprentissage mutuel entre les systèmes judiciaires.

Les cours constitutionnelles se parlent les unes aux autres en adoptant un langage commun : elles se rapprochent en partageant le langage des droits de l'homme et en adoptant des critères objectifs, ainsi que le suggèrent les enquêtes transfrontalières.

Lorsqu'elles défendent l'indépendance de la justice, elles agissent en qualité de défenseuses responsables de l'état de droit et elles adoptent une sémantique du pouvoir pour préserver la démocratie.

PHOTOS



ANCIENS DIALOGUES ENTRE JUGES

- Dialogue entre juges - 2022
- Dialogue entre juges - 2021
- Dialogue entre juges - 2020
- Dialogue entre juges - 2019
- Dialogue entre juges - 2018
- Dialogue entre juges - 2017
- Dialogue entre juges - 2016
- Dialogue entre juges - 2015
- Dialogue entre juges - 2014
- Dialogue entre juges - 2013
- Dialogue entre juges - 2012
- Dialogue entre juges - 2011
- Dialogue entre juges - 2010
- Dialogue entre juges - 2009
- Dialogue entre juges - 2008
- Dialogue entre juges - 2007
- Dialogue entre juges - 2006
- Dialogue entre juges - 2005