

Dialogue entre juges



Cour
européenne
des droits
de l'homme

Dialogue entre judges

Actes du séminaire
25 janvier 2008

Strasbourg, 2008

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, 2008* »

© Cour européenne des droits de l'homme, 2008

© Photos : Conseil de l'Europe

TABLE DES MATIÈRES

Actes du séminaire

Jean-Paul Costa	5
Président de la Cour européenne des droits de l'homme	
Anatoly Kovler	6
Juge à la Cour européenne des droits de l'homme	
Le rôle du consensus dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme	9
Note préparée par le Comité d'organisation composé de Anatoly Kovler, Vladimiro Zagrebelsky, Lech Garlicki, Dean Spielmann, Renate Jaegger et Roderick Liddell	
Renate Jaeger	16
Juge à la Cour européenne des droits de l'homme	
John L. Murray	17
Chief Justice d'Irlande	
Dean Spielmann	33
Juge à la Cour européenne des droits de l'homme	
Paul Martens	34
Juge à la Cour constitutionnelle de Belgique	
Lech Garlicki	43
Juge à la Cour européenne des droits de l'homme	
Péter Paczolay	44
Vice-Président de la Cour constitutionnelle de Hongrie	

Audience solennelle à l'occasion de l'ouverture de l'Année judiciaire 2008

Jean-Paul Costa	53
Président de la Cour européenne des droits de l'homme	
Louise Arbour	61
Haut Commissaire aux droits de l'homme	
Photos	68



Jean-Paul Costa

Président de la Cour européenne des droits de l'homme

DISCOURS INTRODUCTIF

Je suis heureux de vous accueillir pour participer à ce séminaire sur le rôle du consensus dans le système de la Convention.

En fait, vous avez répondu très nombreux à notre invitation, encore plus nombreux que l'an dernier : nous avons dû changer de salle pour pouvoir accueillir tous et toutes.

Cela montre le succès de cette formule, lancée il y a quelques années par certains de mes collègues, notamment Françoise Tulkens. Je suis persuadé que le thème choisi cette fois-ci, celui du consensus, suscitera des interventions et des discussions passionnantes. J'espère d'ailleurs que ce thème ne sera pas trop consensuel, car cela nuirait à la vivacité et à l'intérêt des échanges ! Mais je n'ai pas trop d'inquiétude...

Mon collègue Anatoly Kovler a repris le flambeau, assisté dans l'organisation de cette réunion par Roderick Liddell, directeur des Services communs.

Avant de laisser le juge Kovler introduire le séminaire, permettez-moi de saluer les orateurs, John Murray, Chief Justice de la Cour suprême d'Irlande, Paul Martens, juge à la Cour constitutionnelle de Belgique, enfin Péter Paczolay, vice-président de la Cour constitutionnelle de Hongrie. Ils vous seront présentés tout à l'heure par mes collègues Renate Jaeger, Dean Spielmann et Lech Garlicki, respectivement, mais je voudrais au nom de la Cour les remercier d'avoir bien voulu, en quelque sorte, susciter des débats par leurs présentations. Merci donc de tout cœur.

Et je cède le micro à mon ami Anatoly Kovler.



Anatoly Kovler

Juge à la Cour européenne des droits de l'homme

Le sujet proposé au débat, « Le rôle du consensus dans le système de la Convention », est un sujet piège.

En effet, on peut être tenté de définir le consensus comme un accord général (tacite ou manifeste) parmi les membres d'un groupe, comme nous le faisons dans la note de réflexion distribuée aux participants à notre débat. Peut-être faut-il distinguer trois groupes ou trois niveaux de consensus pour ne pas tout mélanger :

- les quarante-six juges de la Cour européenne ;
- la communauté juridique ;
- l'opinion publique au sens large (la société civile).

Appliquée concrètement à la jurisprudence de la Cour, cette notion aurait pu signifier que les juges ayant prononcé un arrêt s'accordent sur l'essentiel si l'arrêt est adopté à l'unanimité, mais peuvent aussi avoir des approches nuancées, d'où les opinions concordantes. Mais qu'en est-il lorsque les juges votent par quatre voix contre trois (dans une chambre) ou par neuf voix contre huit (dans la Grande Chambre) ? Est-ce que cela signifie que le consensus n'est pas atteint et que la Cour européenne offre au monde l'image de ses déchirements internes, à la grande joie de ses détracteurs ? Quelle est la différence entre consensus et unanimité, ou entre consensus et conformisme ? C'est avec une grande impatience que nous attendons l'intervention de John Murray, « Consensus : concordance ou hégémonie de la majorité ? »

La Cour, comme d'ailleurs le reste du monde, fait face à de nouveaux problèmes : procréation artificielle, mariage de couples homosexuels, adoption d'enfants par des célibataires, droit à l'euthanasie, etc. Bien souvent, le droit national est en retard sur la réalité et ne donne pas de réponse à ce genre de questions, ce qui incite les citoyens à aller frapper à la porte de la Cour européenne. Les juges de Strasbourg sont appelés à s'entendre entre eux pour donner des réponses à ces aspirations, car bien souvent la Cour de Strasbourg est perçue dans l'opinion publique comme l'ultime recours. Est-ce qu'il sera toujours possible de s'abriter derrière des conclusions de ce genre : « (...) lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge

d'appréciation [des Etats] est plus large » (*Evans c. Royaume-Uni*¹) ? J'espère que notre collègue hongrois Péter Paczolay nous donnera sa vision approfondie sur le sujet dans son intervention « Consensus et discrétion : évolution ou érosion de la protection des droits de l'homme ? »

On exprime souvent l'espoir que la Cour dépasse la « réserve jurisprudentielle » (*judicial restraint*) au profit d'un certain « activisme judiciaire » (*judicial activism*), pour reprendre les termes de la note de réflexion. Mais y a-t-il des limites à cet activisme ? J'accentue volontairement le problème en posant une autre question : le consensus est-il possible lorsqu'il s'agit de renverser une tendance qui règne dans le droit international depuis toujours – par exemple la vénération de la souveraineté des Etats – en affirmant un jour la suprématie du jus cogens sur la souveraineté de l'Etat (ce qu'une minorité assez impressionnante a tenté d'entreprendre dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*²) ? Je modifie la question et demande : est-ce que l'opinion publique, surtout l'opinion de la communauté juridique, est prête à suivre ce genre d'innovation ? Car il ne suffit pas d'obtenir un consensus au sein de la Cour, encore faut-il le faire accepter par le monde extérieur... C'est donc Paul Martens qui nous apportera quelques réponses dans son intervention « Les désarrois du juge national face aux caprices du consensus européen ».

Un certain nombre d'autres questions peuvent être posées, au risque de nous conduire à l'impasse. Mais comme l'enseigne la philosophie zen : « Si la situation est dans l'impasse c'est qu'il y a une solution. »

Une des solutions possibles, à mon humble avis, consiste à repenser la notion de consensus dans le système de la Convention en considérant qu'elle recouvre un accord sur l'essentiel, sur les normes et principes européens modernes (et je le souligne) de la protection des droits de l'homme, ce qui n'exclut pas des différences sur les détails, sur les modalités d'application de ces principes et normes, donc sans imposer une unanimité mécanique.

Les pères fondateurs de la Convention nous ont donné l'exemple de ce consensus : ils se sont entendus sur un catalogue restreint mais réalisable de droits garantis par la Convention sans prétendre guérir dans un seul document tous les malheurs du monde. Cinquante ans de jurisprudence de la Commission et de la Cour montrent bien qu'il est possible d'élargir progressivement le champ d'application de la Convention en en donnant une interprétation dite évolutive, principe consacré par l'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni*³. Mais ce processus n'est possible qu'avec, d'un côté, une réception plus active des arrêts de la Cour au niveau national, surtout par les instances judiciaires et, de l'autre, une étude plus approfondie de la pratique juridique novatrice dans les Etats membres (sur ce dernier point je me permets de rappeler que, ces dernières années, la Cour prend de plus en plus souvent en compte dans ses décisions et arrêts la jurisprudence des juridictions nationales). Il s'agit donc d'un processus à double sens.

1 [GC], n° 6339/05, § 77, à paraître dans CEDH 2007.

2 [GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI.

3 Arrêt du 25 avril 1978, série A n° 26.

Espérons aussi que ce consensus soit partagé non seulement par les spécialistes et les élites européennes mais aussi, dans l'idéal, par l'ensemble des citoyens. Car le consentement universel sur les valeurs essentielles du système de la Convention est le meilleur remède contre sa vulnérabilité.

Le rôle du consensus dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme¹

¹ Note préparée par le Comité d'organisation composé de Anatoly Kovler, Vladimiro Zagrebelsky, Lech Garlicki, Dean Spielmann, Renate Jaegger et Roderick Liddell.

1. INTRODUCTION

Le consensus se définit parfois comme un accord général (tacite ou formel) entre les membres d'un groupe.

Le consensus a toujours joué un rôle en droit international, que ce soit comme facteur d'évolution du droit coutumier ou comme technique décisionnelle utilisée au sein des organisations internationales et des conférences diplomatiques. Il constitue évidemment aussi un élément important dans l'élaboration du droit conventionnel.

En soi, le consensus peut être une force de progrès au plan international, mais aussi une cause d'impasse. Cela s'est vérifié pour le développement de la protection internationale des droits de l'homme comme pour d'autres domaines. Ainsi, les droits fondamentaux peuvent se développer à la faveur d'un consensus, ou au contraire se figer lorsqu'il fait défaut. Par contre, on ne saurait invoquer l'existence d'un consensus pour justifier l'érosion des droits fondamentaux.

Le consensus dans le contexte de la Convention européenne des droits de l'homme est généralement compris comme désignant la base qui permet l'évolution des normes de la Convention au travers de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette notion a été articulée pour la première fois dans le cadre de l'affaire *Tyler c. Royaume-Uni*, où la Cour a jugé qu'une peine judiciaire corporelle s'analysait en une peine dégradante au sens de l'article 3 de la Convention et indiqué qu'elle ne pouvait pas ne pas être influencée par l'évolution et les normes communément acceptées de la politique pénale des Etats membres du Conseil de l'Europe dans ce domaine. Pour exprimer le dynamisme inhérent à la Convention, la Cour, dans ledit arrêt, a qualifié celle-ci d'« instrument vivant à interpréter (...) à la lumière des conditions de vie actuelles »¹. Le préambule à la Convention précise qu'elle a été adoptée en vue, notamment, du développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il est donc clair que le contenu matériel des droits et libertés énumérés par la Convention n'est pas gravé dans le marbre et qu'il doit évoluer au rythme des progrès juridiques, sociaux et scientifiques. Une interprétation évolutive de la Convention permet l'adaptation des normes qu'elle contient aux nouveaux défis engendrés par le développement complexe des sociétés européennes².

Le consensus reflète également l'équilibre délicat qui doit être ménagé dans les relations entre le système de Strasbourg et les systèmes nationaux, le premier et les seconds devant progresser « de pair », pour reprendre, mutatis mutandis, la célèbre formule de l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*³.

Il confère légitimité aux évolutions et facilite leur réception dans les ordres juridiques internes. Il incite la Cour à se montrer audacieuse ou au contraire circonspecte dans l'interprétation qu'elle donne de la Convention. En d'autres termes, la marge d'appréciation reconnue aux gouvernements est d'autant plus étroite que le consensus existant autour d'une question est large⁴.

S'il est avéré que la Cour est encline à la retenue en l'absence de consensus⁵, l'adoption de solutions novatrices sur des questions ne faisant pas l'objet d'un consensus peut au contraire être perçue comme un signe d'activisme judiciaire.

2. EXEMPLES TIRÉS DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

La jurisprudence regorge d'exemples où la Cour s'est fondée sur l'existence d'un consensus pour justifier une interprétation dynamique de la Convention.

Après avoir admis, dans l'arrêt *Marckx c. Belgique*, que « distinguer (...) entre famille « naturelle » et famille « légitime » passait pour licite et normal dans beaucoup de pays européens à l'époque où fut rédigée la Convention (...) », la Cour s'est toutefois déclarée « frappée par un phénomène : le droit interne de la grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe a évolué et continue d'évoluer, corrélativement avec les instruments internationaux pertinents, vers la consécration juridique intégrale de l'adage « mater semper certa est »⁶.

Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni*, elle a émis l'avis suivant : « on comprend mieux aujourd'hui le comportement homosexuel qu'à l'époque de l'adoption de ces lois et l'on témoigne donc de plus de tolérance envers lui : dans la grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe, on a cessé de croire que les pratiques du genre examiné ici appellent par elles-mêmes une répression pénale »⁷.

Reprenant les termes d'observations soumises par Amnesty International, la Cour s'est appuyée, dans son arrêt *Soering c. Royaume-Uni*, sur l'idée, « virtuellement commune aux systèmes juridiques d'Europe occidentale, que dans les circonstances actuelles la peine capitale ne cadre plus avec les normes régionales de justice »⁸.

Dans l'arrêt *L. et V. c. Autriche*, elle s'est exprimée ainsi : « En l'espèce, les requérants soulignent qu'il existe un consensus de plus en plus large au niveau européen pour appliquer le même âge de consentement aux relations hétérosexuelles ou homosexuelles masculines et féminines, ce dont le Gouvernement ne disconvient pas. »⁹

1 Arrêt du 25 avril 1978, série A n° 26, p. 15, § 31.

2 D. Popović, « Le droit comparé dans l'accomplissement des tâches de la Cour européenne des droits de l'homme », *Liber amicorum Luzius Wildhaber*, 2007, pp. 371 et suiv. Pour une affaire récente concernant la non-reconnaissance d'une décision étrangère prononçant une adoption, voir *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, n° 76240/01, à paraître dans CEDH 2007 ; voir aussi, infra, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 85, CEDH 2002-VI.

3 Arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 24, p. 23, § 49.

4 L. Wildhaber, « La place et l'avenir de la Convention européenne des droits de l'homme », discours prononcé à Istanbul le 19 mai 2004.

5 Par exemple, dans l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, § 77, à paraître dans CEDH 2007, la Cour s'est exprimée ainsi : « Par contre, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est plus large (...) »

6 Arrêt du 13 juin 1979, série A n° 31, p. 19, § 41.

7 Arrêt du 22 octobre 1981, série A n° 45, pp. 23-24, § 60.

8 Arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 161, p. 40, § 102.

9 *Christine Goodwin*, précité, § 85.

Dans certains cas, l'absence d'approche juridique commune n'a pas empêché la Cour de constater l'existence de tendances générales.

Après s'être référée, dans l'affaire *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, à un arrêt antérieur dans lequel elle avait conclu qu'un consensus était en train de se faire jour au sein des Etats contractants du Conseil de l'Europe quant à la reconnaissance juridique de la conversion sexuelle, la Cour a poursuivi ainsi : « Dans l'affaire *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*¹⁰, (...) [la Cour] mit l'accent sur l'absence d'une démarche européenne commune quant à la manière de traiter les répercussions que la reconnaissance juridique des changements de sexe pouvait avoir dans d'autres domaines du droit tels que le mariage, la filiation ou la protection de la vie privée ou des données. Si cela semble demeurer le cas, l'absence de pareille démarche commune entre les quarante-trois Etats contractants n'est guère surprenante, eu égard à la diversité des systèmes et traditions juridiques. Conformément au principe de subsidiarité, il appartient en effet avant tout aux Etats contractants de décider des mesures nécessaires pour assurer la reconnaissance des droits garantis par la Convention à toute personne relevant de leur juridiction et, pour résoudre dans leurs ordres juridiques internes les problèmes concrets posés par la reconnaissance juridique de la condition sexuelle des transsexuels opérés, les Etats contractants doivent jouir d'une ample marge d'appréciation. Aussi la Cour attache-t-elle moins d'importance à l'absence d'éléments indiquant un consensus européen relativement à la manière de résoudre les problèmes juridiques et pratiques qu'à l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés. »¹¹

Dans l'arrêt *Hirst c. Royaume-Uni*, la Cour s'est exprimée ainsi :

« Pour ce qui est de l'existence ou non d'un consensus au sein des Etats contractants, la Cour note que, bien qu'il y ait un certain désaccord au sujet de la situation légale dans quelques Etats, le Royaume-Uni n'est incontestablement pas le seul à priver tous les détenus condamnés du droit de vote. On peut également dire que la loi britannique a une portée moins grande que celle d'autres Etats. En effet, non seulement des exceptions sont prévues pour les personnes condamnées à une peine d'emprisonnement pour atteinte à l'autorité de la justice ou pour défaut de paiement d'une amende mais en outre, à la différence de ce qui se passe dans certains pays, l'incapacité légale de voter est levée dès que la personne sort de prison. Néanmoins, il demeure que seule une minorité d'Etats contractants retirent totalement le droit de vote aux détenus condamnés ou ne prévoient aucune disposition pour permettre aux détenus de voter. Même selon les propres chiffres du Gouvernement, le nombre d'Etats dans ce cas ne dépasse pas treize. Quoi qu'il en soit, le fait qu'on ne puisse discerner aucune approche européenne commune en la matière ne saurait être déterminant pour la question à trancher. »¹²

La Cour a parfois considéré que, en l'absence de démarche européenne commune, il lui était impossible d'imposer une solution déterminée à l'Etat défendeur.

Ce fut le cas dans l'arrêt *T. c. Royaume-Uni* : « (...) il n'existe pas encore en Europe d'assentiment général sur l'âge minimum de la responsabilité pénale. (...) En outre, l'examen des textes et instruments internationaux pertinents ne révèle aucune tendance manifeste (...) La Cour estime qu'il n'existe à ce jour aucune norme commune précise au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe sur l'âge minimum de la responsabilité pénale. (...) La Cour conclut que l'imputation de la responsabilité pénale au requérant n'emporte pas en soi violation de l'article 3 de la Convention »¹³.

Dans l'arrêt *Fretté c. France*, elle s'est exprimée ainsi : « Force est de constater qu'il n'existe pas un tel dénominateur commun dans ce domaine. Même si la majorité des Etats contractants ne prévoient pas explicitement l'exclusion des homosexuels de l'adoption lorsque celle-ci est ouverte aux célibataires, on chercherait en vain dans l'ordre juridique et social des Etats contractants des principes uniformes sur ces questions de société sur lesquelles de profondes divergences d'opinions peuvent raisonnablement régner dans un Etat démocratique. La Cour estime normal que les autorités nationales, qui se doivent aussi de prendre en considération dans les limites de leurs compétences les intérêts de la société dans son ensemble, disposent d'une grande latitude lorsqu'elles sont appelées à se prononcer dans ces domaines. Etant en prise directe et permanente avec les forces vitales de leur pays, les autorités nationales sont en principe mieux placées qu'une juridiction internationale pour évaluer les sensibilités et le contexte locaux. Dès lors que les questions délicates soulevées en l'espèce touchent à des domaines où il n'y a guère de communauté de vues entre les Etats membres du Conseil de l'Europe et où, de manière générale, le droit paraît traverser une phase de transition, il faut donc laisser une large marge d'appréciation aux autorités de chaque Etat (...). Pareille marge d'appréciation ne saurait cependant se transformer en reconnaissance d'un pouvoir arbitraire à l'Etat et la décision des autorités reste soumise au contrôle de la Cour, qui en vérifiera la conformité avec les exigences de l'article 14 de la Convention. »¹⁴

Elle a suivi un raisonnement analogue dans l'arrêt *Odièvre c. France* : « les Etats contractants ne connaissent pas, pour la plupart d'entre eux, de législations comparables à celle de la France, au moins sur l'impossibilité à jamais d'établir un lien de filiation à l'égard de sa mère biologique, dans le cas où celle-ci persiste à maintenir le secret de son identité vis-à-vis de l'enfant qu'elle a mis au monde. (...) [C]ependant (...) certains pays ne prévoient pas l'obligation de déclarer le nom des parents biologiques lors de la naissance et (...) des pratiques d'abandon sont avérées dans plusieurs autres engendrant de nouveaux débats sur l'accouchement anonyme. [La Cour] en déduit que face à la diversité des systèmes et traditions juridiques, ainsi d'ailleurs que des pratiques d'abandon, les Etats doivent jouir d'une certaine marge d'appréciation pour décider des mesures propres à assurer la reconnaissance des droits garantis par la Convention à toute personne relevant de leur juridiction. »¹⁵

10 N°s 39392/98 et 39829/98, § 50, CEDH 2003-I.

11 Arrêt du 30 juillet 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-V, p. 2021, § 35.

12 [GC], n° 24724/94, §§ 71-72, 16 décembre 1999.

13 (n° 2) [GC], n° 74025/01, § 81, CEDH 2005-IX.

14 N° 36515/97, § 41, CEDH 2002-I.

15 [GC], n° 42326/98, § 47, CEDH 2003-III.

Dans l'arrêt *Vo c. France*, elle s'est exprimée ainsi : « Au plan européen, (...) la question de la nature et du statut de l'embryon et/ou du fœtus ne fait pas l'objet d'un consensus (...) même si on voit apparaître des éléments de protection de ce/ces dernier(s), au regard des progrès scientifiques et des conséquences futures de la recherche sur les manipulations génétiques, les procréations médicalement assistées ou les expérimentations sur l'embryon. Tout au plus peut-on trouver comme dénominateur commun aux Etats l'appartenance à l'espèce humaine ; c'est la potentialité de cet être et sa capacité à devenir une personne, laquelle est d'ailleurs protégée par le droit civil dans bon nombre d'Etats comme en France, en matière de succession ou de libéralités, mais aussi au Royaume-Uni (...), qui doivent être protégées au nom de la dignité humaine sans pour autant en faire une « personne » qui aurait un « droit à la vie » au sens de l'article 2. »¹⁶

Enfin, elle a estimé, dans l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni* – qui concernait la question de la destruction d'embryons congelés consécutive au retrait du consentement d'un donneur de gamètes à la poursuite d'une opération de procréation médicalement assistée – que, « eu égard à l'absence de consensus européen, au fait que les dispositions du droit interne étaient dépourvues d'ambiguïté, qu'elles avaient été portées à la connaissance de la requérante et qu'elles ménageaient un juste équilibre entre les intérêts en conflit, (...) il n'y a[vait] pas eu violation de l'article 8 de la Convention »¹⁷.

3. LES CAUSES DE L'ÉMERGENCE OU DE L'ABSENCE D'UN CONSENSUS

Pour répondre à la question de savoir si un consensus existe ou non, il faut nécessairement se livrer à une étude de droit comparé¹⁸.

Il peut être relativement simple d'établir l'existence d'un consensus à la lumière des législations, jurisprudences ou pratiques administratives des Etats contractants. Par contre, l'absence de consensus peut avoir des causes très diverses, tels l'absence d'une pratique uniforme, l'existence d'approches divergentes ou encore le fait qu'une position claire n'a pas encore été adoptée relativement à telle ou telle question nouvelle. En d'autres termes, l'absence de consensus n'est pas toujours le signe d'une résistance active à un changement d'attitude.

4. LE CONSENSUS ET LA RÉCEPTION DES ARRÊTS DE LA COUR

Enfin, les arrêts et décisions de la Cour ont une portée qui dépasse celle des cas qu'ils tranchent. Aussi la question se pose-t-elle de savoir comment la jurisprudence de la Cour peut être une source d'inspiration ou un modèle pour les autres juridictions, qu'elles se situent au niveau international ou au niveau des Etats contractants. En d'autres termes, dans quelle mesure la Cour peut-elle, au travers de sa jurisprudence, jeter des fondations capables de susciter ultérieurement l'émergence d'un consensus ? Cette question revêt une importance particulière

lorsque la Cour adopte une approche nouvelle sans pouvoir s'appuyer sur un consensus existant. Par contraste, il est d'autres affaires où la jurisprudence de la Cour peut parfois être considérée comme illustrant simplement un consensus international sur une question donnée plutôt que comme faisant œuvre pionnière relativement au niveau de protection des droits de l'homme en Europe.

5. CONCLUSION

Il est clair que le consensus au sens de la Convention ne se confond pas avec l'unanimité sans laquelle un traité ne peut être modifié. Il est davantage l'expression de la communauté de vues que nécessitent l'approche collective sous-jacente au mécanisme de la Convention et l'interaction entre le système européen et les systèmes internes. Cela étant, son absence n'exclut pas toute interprétation progressive. A l'inverse, on l'a dit ci-dessus, l'existence d'une communauté de vues ne saurait servir de justification à un affaiblissement des garanties de la Convention. Ces questions offrent en tout cas un sujet de débat parfaitement approprié dans le cadre du « Dialogue entre juges ».

¹⁶ [GC], n° 53924/00, § 84, CEDH 2004-VIII.

¹⁷ Arrêt précité, § 92.

¹⁸ Sur cette question, voir C.L. Rozakis, « *The European Judge as a Comparatist* », in B. Markesinis et J. Fedke, *Judicial Recourse to Foreign Law. A new source of inspiration*, UCL Press, 2006, pp. 338 et suiv.



Renate Jaeger

Juge à la Cour européenne
des droits de l'homme

C'est pour moi un plaisir d'avoir été choisie pour présenter John Murray à ceux d'entre vous qui ne le connaissent pas. John Murray est le *Chief Justice* de la Cour suprême d'Irlande depuis trois ans et demi. Il a été juge à la Cour de justice des Communautés européennes à Luxembourg dans les années 1990 après avoir été *Attorney General* d'Irlande pendant cinq ans. Il a été reçu au barreau en 1967 (il y a quarante ans) et a agi comme avocat et comme conseil du gouvernement irlandais dans quelques-unes des grandes affaires examinées par notre Cour. John Murray est un juriste jouissant d'une très grande expérience aussi bien dans le champ national que dans le domaine international.

Lorsque l'université de Limerick l'a nommé docteur *honoris causa*, il a été expressément mentionné qu'il avait toujours été fier de sa ville natale – Limerick – mais aussi qu'il était un acteur expérimenté et engagé du processus d'intégration européenne, lequel repose sur le consensus. Qui d'autre serait donc mieux que lui à même de nous entretenir du thème « Consensus : concordance ou hégémonie de la majorité ? »

Permettez-moi d'ajouter une chose qui vous aidera à comprendre pourquoi je suis si heureuse que John Murray soit parmi nous aujourd'hui. Lorsqu'il était juge indépendant en Irlande, il se montrait parfois plus attiré par son sport favori – le rugby – que par une audience se tenant un jour idéal pour la pratique de ce sport. Il lui est arrivé de quitter le tribunal pour s'adonner à sa passion sportive et de confier ses affaires à l'un de ses éminents collègues. D'ailleurs, il défendait cette pratique auprès de ses collègues juges à Luxembourg. Mon confrère allemand, Günter Hirsch, qui est maintenant président de la Cour fédérale de justice et était à l'époque juge à la Cour de Luxembourg comme lui, a été très impressionné par cette attitude et n'oublie jamais de s'en faire l'écho.

Dieu merci, John Murray est parmi nous aujourd'hui et n'a pas donné son invitation à quelqu'un d'autre. Car il le sait aussi bien que nous : les juges ne sont pas irremplaçables, contrairement aux excellents orateurs.

Écoutons maintenant le juge Murray.



John L. Murray

Chief Justice d'Irlande

CONSENSUS : CONCORDANCE OU HÉGÉMONIE DE LA MAJORITÉ ?

D'aucuns ont pu dire du principe du consensus, tel qu'intégré au système de la Convention, qu'il constitue « l'un des moyens d'interprétation préférés de la Cour, fût-il contesté »¹. Voilà une description fort à propos, la Cour s'étant abondamment fondée sur ce principe pendant une bonne partie des trois dernières décennies, période pendant laquelle ce principe a parfois fait l'objet de controverses tant au sein de la Cour que hors de son enceinte.

Il va sans dire que la réponse à la question de savoir quel rôle joue le consensus dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme n'est ni brève ni simple. Le recours au consensus en tant que moyen d'interprétation est problématique par nature, non seulement en raison des incohérences qui pourraient être relevées lorsque la Cour l'applique, mais surtout parce que le recours même au consensus par une juridiction appelée à se prononcer sur des droits fondamentaux soulève d'importantes questions de légitimité.

Au nom de quoi la volonté de la majorité ainsi invoquée peut-elle dicter ses décisions à une juridiction qui a pour mission d'interpréter des droits fondamentaux de nature universelle et indivisible, notamment ceux des minorités ? Le recours au consensus respecte-t-il la diversité entre les Hautes Parties contractantes à la Convention, qui sont des Etats démocratiques et souverains ? Ou s'agit-il d'un renvoi peu souhaitable à des systèmes nationaux dont les dispositifs de protection des droits de l'homme sont peut-être insuffisants ? Est-ce par ailleurs le seul point de repère valable permettant d'analyser l'état de la société dans ces pays ? Voilà des questions qui vont au cœur même du système de la Convention et amènent à réfléchir sur son histoire, son but et son rôle essentiel en matière de protection des droits de l'homme.

¹ George Letsas, « The Truth in Autonomous Concepts : How to Interpret the ECHR », *European Journal of International Law*, vol. 15, n° 2, 2004, p. 296.

Même s'il fallait reconnaître en principe la légitimité du consensus en tant que moyen d'interprétation, le recours à ce principe demeurerait controversé. Comment constate-t-on le consensus ? Sur la base de quels critères peut-on dire qu'un consensus existe ? Un consensus doit-il être solidement établi ou les contours diffus d'une tendance qui se dégagent suffisent-ils ?

Tout en ne prétendant pas répondre à toutes les questions que soulève la notion de consensus en tant que moyen d'interprétation, j'espère apporter une contribution utile au débat ainsi ouvert.

Dans le cadre des discussions d'aujourd'hui, nul ne conteste l'importance que revêt aux yeux du juge national le recours par la Cour au principe du consensus, celui-ci constituant souvent l'élément essentiel permettant de dire si un droit est protégé par la Convention et de déterminer l'étendue de la marge d'appréciation à accorder à l'Etat partie à un litige dont la Cour a été saisie. Le principe du consensus est donc un important moyen de circonscrire l'autonomie et l'indépendance des Etats contractants. Peut-on dire que le consensus permet toujours au système de la Convention et aux ordres juridiques nationaux d'avancer « la main dans la main » ou la Cour a-t-elle tendance à s'échapper pour faire la course en tête dès qu'elle le souhaite ?

Bien évidemment, le rôle du consensus est contesté dans tous les systèmes où les tribunaux statuant sur les droits fondamentaux ont recours à ce principe. Nul n'ignore ainsi que le consensus est une source particulièrement abondante de controverses dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique, certains de ses arrêts récents ayant mis en avant le rôle joué par ce principe, notamment dans les affaires de peine capitale, qui se sont révélées être le champ des plus âpres batailles. Dans les affaires relativement récentes *Atkins v. Virginia* et *Roper v. Simmons*, respectivement tranchées en 2002 et en 2005, le juge Scalia, auquel s'étaient associés d'autres juges, émit de retentissantes opinions dissidentes fustigeant la majorité non seulement pour avoir fondé ses décisions sur ce qu'il tenait pour un consensus national insuffisant, mais aussi en raison des éléments sur la base desquels la Cour suprême avait constaté l'existence de ce consensus, et surtout du jugement moral auquel elle s'était elle-même livrée lorsqu'elle a statué.

Aux Etats-Unis, la jurisprudence sur la peine capitale peut être considérée comme le terrain d'une lutte acharnée et constante entre deux doctrines jurisprudentielles qui ont un certain écho dans le système de la Convention. La doctrine prônée par l'un des camps accorde une marge d'appréciation étendue au législateur fédéré, préconise au juge de faire preuve d'une grande retenue, requiert un accord quasi unanime, fondé sur des éléments propres au pays, pour que le consensus puisse être constaté, et exige que celui-ci soit bien établi plutôt que récent. Selon cette doctrine, dès lors qu'il est reconnu, un large consensus sur l'imposition de la peine de mort dans un cas donné n'apportera pas seulement des éclaircissements à la Cour suprême : il lui dictera sa décision.

L'autre doctrine, qui veut que la Cour suprême tienne le rôle d'un arbitre moral qui s'en remet à son propre jugement indépendant, atténue la latitude accordée au législateur fédéré. En outre, elle entend moins strictement la notion de consensus en ce qu'elle permet de se reposer sur un consensus moins large pour étayer une décision motivée et de constater plus facilement l'existence d'un

consensus, qui peut être alors établie notamment à l'aide d'éléments récents ou d'origine étrangère. Qui plus est, elle donne à la Cour suprême la possibilité de s'écarter d'un consensus national lorsque celle-ci estime en toute indépendance qu'il y a lieu de le faire.

Si des divergences quant au principe du consensus peuvent naturellement être constatées dans la jurisprudence de la Cour européenne, elles se manifestent de manière moins claire, moins systématique et moins ouverte. C'est pourquoi, bien que la démarche paraisse a priori paradoxale, une brève analyse de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis sur la peine capitale permettra peut-être de mettre en lumière les questions qui se posent devant toute juridiction qui recourt au consensus pour motiver sa décision et de nourrir le débat sur l'approche retenue par la Cour européenne en la matière.

I. LE CONSENSUS DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUPRÊME DES ETATS-UNIS

Si le consensus occupe une place importante dans les affaires de peine capitale aux Etats-Unis, c'est parce que dans celles-ci se pose nécessairement la question de savoir ce qui, selon l'interprétation donnée par la Cour suprême, constitue un « châtiment cruel ou inhabituel » au sens du Huitième Amendement à la Constitution des Etats-Unis. Si on peut aisément dire quels châtiments étaient jugés

« cruels et inhabituels » au moment de l'adoption du Huitième Amendement, on peut se demander lesquels sont aujourd'hui considérés comme tels au regard des « critères évolutifs de la décence qui jalonnent la marche d'une société en voie de maturité ».

Aussi le consensus a-t-il joué un rôle déterminant dans une série de décisions qui ont suivi l'arrêt *Coker v. Georgia*, rendu en 1977. Dans plusieurs affaires importantes de peine capitale, un très large consensus national contre la peine en cause avait été constaté, aboutissant à l'invalidation de celle-ci. Ainsi, dans l'affaire *Coker*, ayant relevé qu'un seul Etat, en l'occurrence la Géorgie, autorisait la peine de mort pour le viol d'une femme majeure, la Cour suprême annula cette peine. Dans l'arrêt *Ford v. Wainwright* de 1986, qui avait pour objet la condamnation à mort d'un criminel ayant manifesté des signes de démence après sa condamnation, la Cour suprême confirma que la common law interdisait l'exécution des retardés mentaux, aucun Etat n'admettant cette peine². Enfin, dans l'arrêt *Enmund v. Florida* de 1982, ayant constaté que seul huit Etats prévoyaient l'imposition d'un tel châtiment, la Cour suprême annula la peine de mort infligée au requérant, qui avait seulement participé à un vol à main armée au cours duquel un complice de celui-ci avait tué quelqu'un.

Toutefois, les décisions rendues dans ces affaires ne furent pas exemptes de controverses. On relevait même, dans l'arrêt *Coker*, certaines divergences au sein des juges qui s'étaient ralliés à l'opinion de la Cour suprême à la pluralité

2 Dans cette affaire, le condamné, qui n'était aucunement incapable au moment des faits, du procès ou du prononcé de la peine, avait manifesté des signes de démence desquels deux psychiatres avaient conclu qu'il n'avait pas la capacité requise pour être exécuté.

des voix, lesquelles annonçaient les opinions dissidentes plus acerbes des affaires récentes. Dans la seule opinion dissidente qui fut exprimée, le président Burger contesta non seulement les critères *objectifs* sur la base desquels la Cour suprême avait constaté le consensus national sur ce point, mais aussi l'interprétation par celle-ci de sa fonction dans les affaires de ce type, notamment le rôle joué par son jugement moral *subjectif*. La constatation par la Cour suprême d'un consensus dans cette affaire était certes contestable mais surtout, selon le président Burger, ce consensus se fondait sur des éléments trop récents pour confirmer son existence. « C'est faire preuve de myopie », dit-il, « que de fonder des principes constitutionnels d'une portée considérable sur la seule expérience des cinq dernières années. »

Toutefois, le président Burger déplorait surtout que la Cour suprême se soit fondée en partie sur son propre jugement *subjectif* pour conclure que, le viol n'ayant pas entraîné directement ou indirectement le décès de la victime, la mort était une peine trop lourde pour ce crime. Les juges qui s'étaient ralliés à l'opinion de la Cour suprême à la pluralité des voix, ainsi que le président Burger, avaient cité des précédents précisant qu'une décision devait « être éclairée autant que possible par des éléments objectifs », mais la Cour suprême estima que le consensus ne permettait pas de « trancher complètement » la question qui se posait et qu'elle pouvait s'en remettre à son jugement moral indépendant. Pour le président Burger, les lois des Etats ayant été adoptées à l'issue de choix pénibles et difficiles, le juge devait légitimement faire preuve d'une grande retenue à l'égard du législateur fédéré. Citant le juge Powell dans l'arrêt *Furman v. Georgia*, pour qui « il n'est que trop facile d'imposer notre vision subjective en matière de choix politiques sous le couvert des critères de la décence acceptés plus ou moins universellement », il conclut pour finir que, en « substituant son jugement politique à celui du législateur fédéré », la Cour suprême avait outrepassé ses attributions constitutionnelles.

Douze ans plus tard, dans l'affaire *Stanford v. Kentucky*, une majorité différente de juges revint sur l'arrêt *Coker*, insufflant une nouvelle vie à l'opinion dissidente du président Burger. Dans la décision adoptée par les juges à la majorité des voix, le juge Scalia rejeta d'emblée l'idée que la Cour suprême doive s'en remettre à son propre jugement indépendant pour se prononcer sur la constitutionnalité de l'imposition de la peine capitale à des délinquants juvéniles âgés de seize et dix-sept ans au moment où ils avaient commis des infractions passibles de cette peine. La Cour suprême, souligna-t-il, avait pour seule tâche de « définir les « critères évolutifs de la décence » pour dire non pas ce qu'ils *devraient être* mais ce qu'ils *sont* »³.

Dans cette affaire, le juge Scalia écarta l'argument tiré par le juge Brennan dans son opinion dissidente de ce que le renvoi au consensus aurait laissé aux Etats le soin de définir la portée des dispositions du Huitième Amendement qui est censé circonscrire leurs actions. Il souligna que les « critères évolutifs de la décence » ne pouvaient être définis que par le biais des éléments objectifs que constituent les lois des Etats ou les verdicts de jurys dans des affaires de même nature montrant l'absence de tout consensus social à l'encontre d'une peine donnée. Si elle pouvait jouer un rôle sur le terrain du Huitième Amendement, l'analyse d'une question sous l'angle de la proportionnalité ne pouvait se fonder que sur des normes sociales,

3 Les italiques sont de nous.

pas sur les préférences des juges. Selon le juge Scalia, statuer autrement aurait « fait de juges du droit un aréopage de rois-philosophes ». Ayant constaté qu'aucun consensus national ne s'était dégagé contre la peine en cause, la Cour suprême confirma sa constitutionnalité.

En 2002, en l'affaire *Atkins v. Virginia*, qui avait pour objet l'exécution des criminels retardés mentaux, la Cour suprême réexamina cette question⁴. Opérant expressément un revirement de la jurisprudence *Stanford*, la Cour suprême revint sur le raisonnement qu'elle avait précédemment adopté dans l'arrêt *Coker* en l'étroffant davantage. Une nouvelle fois, s'il revêt une grande importance, le consensus constaté sur la base de critères objectifs n'est pas automatiquement l'élément déterminant pour trancher la question qui se pose. Lorsque des éléments objectifs établissant l'existence d'un consensus national contre la peine de mort peuvent être relevés, la Cour suprême peut s'en remettre à son propre jugement pour dire s'il y a lieu de s'écarter de ce consensus qui se dégage des choix politiques du législateur fédéré.

Il est encore plus important de noter que la Cour suprême, étendant sa mission pour *définir* et non plus seulement *constater* les critères contemporains de la décence, réaffirma l'idée que la notion de châtiment cruel et inhabituel était susceptible de réinterprétation⁵. Se fondant sur ces considérations, sur un mince « consensus » constaté entre trente Etats et, ce qui était extrêmement osé dans le contexte des Etats-Unis, sur des éléments de droit international, la Cour suprême invalida l'exécution des criminels retardés mentaux, jugeant ce châtiment « cruel et inhabituel ». Dans *Roper v. Simmons*, un arrêt ultérieur rendu en 2005, la Cour suprême revint sur la question de l'exécution des personnes âgées de seize et dix-sept ans, déjà examinée dans l'arrêt *Stanford*, et confirma la jurisprudence *Atkins* en retenant un raisonnement similaire.

Ce sont ces dernières décisions qui suscitèrent la fureur du juge Scalia et d'autres juges, à laquelle j'ai déjà fait allusion. Les juges dissidents contestèrent, en des termes tout sauf modérés, chacun des points de la décision rendue par la majorité dans ces affaires. Ainsi, au sujet de l'affaire *Atkins*, le juge Scalia se plaignait que la décision « ne s'appu[yait] même pas sur ce que pens[ait alors] la société des conditions dans lesquelles la peine capitale doit être écartée alors qu'elle est par ailleurs juste. Rarement une opinion de la cour de céans ne se sera fondée avec davantage d'éclat sur autre chose que les vues personnelles de ses membres ».

Ces opinions dissidentes visaient surtout les critères d'établissement du consensus adopté par la majorité des juges, qui étaient aussi ceux retenus dans l'arrêt *Roper*. Sans vouloir m'étendre sur ce point, je me contenterai de signaler que l'examen particulièrement poussé dont ces critères ont fait l'objet dans ces opinions dissidentes est un point particulièrement important, qui est quasiment absent des exposés des opinions dissidentes joints aux arrêts de la Cour européenne. Le juge

4 Signalons que la Cour suprême employa elle-même l'expression « retardés mentaux ».

5 Steven J. Wernick, « Constitutional Law : Elimination of the Juvenile Death Penalty – Substituting Moral Judgment for a True National Consensus », *Florida Law Review*, vol. 58, 2006, p. 475.

Scalia conclut de son analyse que, dans l'affaire *Atkins*, le seuil de consensus à l'encontre de la peine en cause était de 47 % au lieu de 60 %, ce qui dénotait plus une absence de consensus qu'autre chose.

Le consensus était considéré non seulement comme insuffisant, mais aussi comme fondé sur des éléments trop récents pour être légitimement susceptibles de l'établir. Relevant que, dans les affaires précédentes, il fallait « une opposition écrasante, manifestée en général depuis longtemps, contre la pratique contestée », le juge Scalia dit que le consensus devait « être du même type que celui qui a[vait] permis l'adoption du Huitième Amendement ». Reprenant l'opinion dissidente du président Burger dans l'affaire *Coker*, il ajouta que « se fier aux tendances, fussent-elles bien plus anciennes que celles existant depuis quatorze ans, est une base bien peu solide lorsque l'on statue sur des droits constitutionnels ».

Citant l'arrêt *Gregg v. Georgia*, le juge Scalia souligna que « dans une société démocratique, ce sont les législatures, non les tribunaux, qui sont établies pour répondre à la volonté et par conséquent aux valeurs morales du peuple » et que, en s'abstenant de se fonder sur le seul consensus pour retenir un raisonnement procédant avant tout de son propre jugement moral, la Cour suprême était sortie de son rôle de juge constitutionnel sans que cela fût justifié. Il ajouta : « si l'on suppose que les critères évoluent, la seule fonction légitime de la cour de céans est de constater l'existence d'un consensus moral au sein du peuple américain. Comment peut-on imaginer que neuf juristes puissent se poser comme la conscience morale de la nation ? »

Le juge Scalia traita avec un mépris particulier le renvoi par la Cour suprême aux sources internationales et aux sondages d'opinion. Ainsi, il accusa la majorité des juges dans l'affaire *Roper* de trier sur le volet les études sociologiques confortant leur position. Selon lui, la Cour suprême s'était contentée de « jeter un coup d'œil aux gens dans la foule pour ne prendre que ses amis ». Il contesta en ces termes les critères d'établissement du consensus national et le recours aux sources étrangères dans l'arrêt *Roper* : « alors que les vues de nos concitoyens n'ont pour l'essentiel aucun poids dans la décision rendue ce jour par la Cour, celles d'autres pays et de ce qu'il est convenu d'appeler la communauté internationale se retrouvent au premier plan (...) Invoquer le droit étranger quand il va dans le sens de ce que l'on dit et en faire abstraction dans les autres cas est non pas une démarche rationnelle mais un sophisme. »

Dans l'affaire *Roper*, le juge Kennedy, au nom de la majorité des juges, évoqua le fait que « les États-Unis [étaient] le seul pays au monde qui continu[ait] d'imposer la peine capitale aux mineurs ». Il conclut ainsi : « ce n'est pas atténuer notre foi en notre Constitution ni amoindrir notre fierté pour nos origines que de reconnaître que l'affirmation de certains droits fondamentaux par d'autres nations et d'autres peuples ne fait que ressortir l'importance de ces mêmes droits au sein du patrimoine et dans le cadre des libertés qui sont les nôtres. » Et le juge Scalia de riposter : « parce que je ne pense pas que le sens du Huitième Amendement de notre Constitution, pas plus que celui de ses autres dispositions, doive être défini par les vues subjectives de cinq membres de la cour de céans et par des étrangers partageant leurs vues, j'exprime mon dissentiment. »

L'opinion des juges majoritaires, qui avaient conclu à l'inconstitutionnalité de la peine capitale pour les mineurs, était pourtant ancrée selon eux dans le texte et les principes de la Constitution des États-Unis. Lorsqu'ils ont cité des sources de droit

étranger, et parfois des arrêts de la Cour européenne, ces juges cherchaient à démontrer que leur interprétation du texte de la Constitution n'était pas excessive et confirmait, plutôt que de les constater, les valeurs morales inhérentes, selon eux, à la Constitution. Ils ont en effet rejeté l'accusation du juge Scalia, selon qui la Cour suprême s'était manifestement fondée sur des sources de droit étranger pour en transposer les notions et les valeurs dans le droit constitutionnel national. Il était évidemment nécessaire de préciser ce point, car sinon la Cour suprême risquait de saper sa légitimité en attribuant à la Constitution un sens et des valeurs qui n'étaient pas tirés de son texte lui-même. La majorité semble avoir en outre rejeté l'idée qu'une convergence de vues à l'échelon international se suffise à elle-même pour imposer l'uniformité aux fins de la protection des droits de l'homme.

II. LE CONSENSUS DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Quelle est alors, peut-on se demander, l'importance de ces joutes verbales pour l'objet de nos discussions d'aujourd'hui ? Quel intérêt revêt la jurisprudence d'une juridiction opérant dans un contexte qui diffère à bien des égards du système de la Convention ? Bien que des comparaisons utiles puissent être établies entre le système de la Convention et le système fédéral aux États-Unis, la Cour suprême de ce pays statue en définitive dans un cadre national, représentant un seul *demos*, aussi hétérogène que sa population puisse être, par exemple sur le plan religieux ou ethnique. Elle a également pour mission d'interpréter la Constitution fédérale, laquelle, en vertu de ses propres dispositions, est la loi suprême du pays.

On ne peut pas en dire de même de la Cour européenne des droits de l'homme, qui est intégrée à l'ordre juridique international, avec quarante-sept États parties à la Convention, soit quarante-sept nations souveraines qui ont leur propre cadre historique, social et politique, donc quarante-sept *demos* bien distincts. L'interprétation de la Convention repose sur le principe selon lequel les États n'entendent renoncer à leur souveraineté que pour autant que cet instrument le prévoit expressément. C'est pourquoi le rôle essentiel joué par le consensus dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis est sans doute plus facile à justifier que dans le cadre du système de la Convention.

Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence aux États-Unis soulève un certain nombre de questions qui intéressent nos discussions d'aujourd'hui, et notamment :

- Jusqu'à quel point la Cour doit-elle faire preuve de retenue vis-à-vis des États souverains ?
- Quel est le rôle de la Cour ? Doit-elle se contenter de constater objectivement l'existence d'un consensus et de ne se prononcer sur la base de celui-ci que lorsqu'il est clairement établi, ou peut-elle dégager, au vu de certaines tendances, un consensus « qui se dessine » ?
- L'analyse et le jugement indépendants de la Cour entrent-ils en ligne de compte ? Dans quelle mesure ? La Cour peut-elle s'écarter d'un consensus qui règne en se fondant sur son propre examen circonstancié d'une question donnée ?

En ce qui concerne la *constatation* du consensus, la jurisprudence des Etats-Unis soulève notamment les questions suivantes :

- Comment constate-t-on le consensus ? Autrement dit, quels critères objectifs peuvent-ils être légitimement retenus ?
- Quel seuil de consensus suffit ? Doit-il être écrasant ?
- Le consensus doit-il être bien établi ou peut-on se fonder sur les tendances qui se dessinent ?

Les différentes réponses apportées à ces questions par la jurisprudence des Etats-Unis font ressortir des divergences de vues, non seulement sur l'application du principe du consensus dans les cas d'espèce, mais aussi sur la question fondamentale de la place que la Cour suprême doit occuper au sein du système constitutionnel. La vision plus conciliante du consensus, manifestée dans les décisions plus récentes de la Cour suprême, traduit l'idée, fût-ce implicitement, que le consensus n'est peut-être pas le fondement le plus légitime sur lequel des questions se rapportant à des droits fondamentaux doivent être tranchées. Il s'agit d'une approche sceptique qui accorde un certain poids au consensus sans pour autant reconnaître une quelconque obligation d'être lié par celui-ci.

L'approche suivie par la Cour européenne dans sa jurisprudence en matière de consensus est plus difficile à cerner. Bien que de manière moins évidente ou précise que les deux doctrines retenues dans les décisions de la Cour suprême des Etats-Unis, la jurisprudence de la Cour européenne, selon certains auteurs, connaît une tension permanente entre ce que l'on considère comme ses deux axes d'interprétation principaux : le consensus et la « vérité morale »⁶. Toutefois, cette tension entre ces deux axes est quelque peu occultée par les incohérences apparentes dans l'application du principe du consensus, à cause desquelles il est difficile de définir précisément la doctrine de la Cour en la matière. Parfois, celle-ci semble retenir une approche sceptique qui rappelle celle de la Cour suprême dans l'arrêt *Roper*, cette dernière accordant une certaine importance au consensus tout en se fiant aussi à son jugement indépendant. Mais, à d'autres occasions, il arrive que le consensus soit toujours considéré comme l'élément déterminant pour trancher certaines questions, par exemple lorsqu'une marge d'appréciation étendue est accordée à l'Etat du fait de la seule absence de consensus sur un point précis.

Il y a également une autre approche, plus souple (voire un peu trop), quant à la définition des critères objectifs permettant d'établir l'existence du consensus. En effet, depuis qu'elle a affirmé le principe du consensus, la Cour fait preuve d'une certaine souplesse, s'appuyant non seulement sur telle ou telle loi de l'ordre juridique des parties contractantes, mais aussi sur d'autres sources telles que les conventions internationales. Elle n'exige pas non plus que le consensus soit écrasant ou établi depuis longtemps : il arrive même souvent qu'une décision renvoie à des tendances vers une certaine direction plutôt qu'à un véritable consensus fondé sur une analyse des systèmes nationaux.

6 George Letsas, *op. cit.*, p. 281.

Cette ambiguïté quant au rôle du consensus ressort à l'évidence de la toute première affaire dans laquelle ce principe a été consacré. A l'instar du Huitième Amendement à la Constitution des Etats-Unis, l'importance accordée au consensus dans le système de la Convention procède de l'idée, énoncée en 1978 dans l'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni*⁷, que la Convention est un « instrument vivant » appelant une interprétation évolutive « à la lumière des conditions de vie actuelles ». Dans cette affaire, qui avait pour objet le recours à la fustigation dans l'île de Man, la Cour jugea qu'elle ne pouvait qu'être « influencée par l'évolution et les normes communément acceptées de la législation des Etats membres du Conseil de l'Europe, plutôt qu'ailleurs »⁸.

Cependant, il est curieux de noter que, dans l'arrêt *Tyrer*, la Cour n'a pas cherché à analyser la législation nationale ni un quelconque autre élément objectif afin d'établir l'existence d'un consensus européen contre le recours aux châtimements corporels. Elle a plutôt mis en avant la *nature* du châtiment pour en conclure que, constituant une atteinte institutionnalisée à l'intégrité physique et à la dignité d'une personne, la fustigation violait l'article 3 de la Convention. En se prononçant ainsi, elle semble donc s'être surtout fondée sur son analyse de la nature intrinsèque du châtiment en cause et de la protection offerte par l'article 3. Autrement dit, le critère retenu rappelle donc plus celui de la « vérité morale », appelant un examen circonstancié de la teneur du droit en question, que celui du consensus.

Dans l'arrêt *Marckx c. Belgique*⁹, qui fut rendu l'année suivante et avait pour objet les droits des enfants naturels, le renvoi par la Cour non seulement aux législations nationales mais aussi à deux conventions internationales qui n'avaient pas été signées par la majorité des Etats contractants a bien montré que le critère de l'« instrument vivant » devait s'apprécier sur la base non pas de telle ou telle législation adoptée dans une majorité d'Etats contractants, mais d'éléments pouvant provenir de toute origine établissant un consensus qui se dessine.

En effet, le manque de précision du critère retenu dans l'arrêt *Marckx* confirme la souplesse du principe du consensus, une malléabilité qui, on peut le dire, est encore plus prononcée dans la jurisprudence de la Cour des trois décennies ayant suivi cette décision. Si, dans certains arrêts, par exemple *Dudgeon c. Royaume-Uni*¹⁰ et *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*¹¹, la Cour a analysé les régimes juridiques des Etats contractants, elle s'en est abstenue dans d'autres. Ainsi, dans l'arrêt *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)*¹², elle n'a évoqué que brièvement la législation des Etats.

Dans l'arrêt *Hirst* (2005), qui avait pour objet l'interdiction absolue de voter imposée aux prisonniers au Royaume-Uni, les éléments sur la base desquels le consensus a été établi firent l'objet de vifs désaccords. Les juges Wildhaber, Costa, Lorenzen, Kovler et Jebens, dans l'exposé de leur opinion dissidente, contestèrent le passage de l'arrêt qui citait en détail deux arrêts récents de la Cour suprême canadienne et de la Cour constitutionnelle sud-africaine alors, pourtant, que l'arrêt

7 Arrêt du 25 avril 1978, série A n° 26.

8 George Letsas, *op. cit.*, p. 299.

9 Arrêt du 13 juin 1979, série A n° 31.

10 Arrêt du 22 octobre 1981, série A n° 45.

11 Nos 31417/96 et 32377/96, 27 septembre 1999.

12 [GC], n° 53924/00, CEDH 2004-VIII.

« ne décri[vai]t malheureusement que de manière succincte la législation sur le droit de vote des détenus dans les Etats contractants ». La Cour s'est-elle tout bonnement contentée, pour citer le juge Scalia, de jeter un coup d'œil aux gens dans la foule pour ne prendre que ses amis ?

L'arrêt *Hirst* illustre également les divergences dans les solutions retenues par la Cour lorsqu'aucun consensus ne peut être constaté. En effet, la Cour a dit dans cet arrêt : « le fait qu'on ne puisse discerner aucune approche européenne commune en la matière ne saurait être déterminant pour la question à trancher », pour conclure en définitive que l'interdiction en cause constituait une atteinte disproportionnée au droit énoncé à l'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention.

Une comparaison peut être établie avec l'arrêt *Vo c. France*¹³, rendu une année auparavant, dans lequel la Grande Chambre avait dit : « [faute d'un] consensus européen (...) sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie », « le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des Etats dont la Cour tend à considérer qu'elle doit leur être reconnue dans ce domaine ».

Cependant, dans l'arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*¹⁴ rendu en 2002, qui concernait le droit des transsexuels au mariage, la Cour avait conclu que ce droit existait malgré l'absence de consensus européen sur ce point, du fait de l'existence d'« une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés ». Ajoutons que l'on peut également trouver assez étrange le parallèle établi dans l'affaire *Christine Goodwin* entre le droit aux prestations sociales accordé aux transsexuels au Royaume-Uni et l'existence d'un droit au mariage fondé sur le texte de la Convention.

Enfin, dans l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni*¹⁵, rendu en avril 2007, les juges Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann et Ziemele, exposant leur opinion dissidente, critiquèrent vivement l'absence de consensus européen évoquée par la Cour lorsque celle-ci avait conclu que le droit à la vie privée conféré au requérant par l'article 8 de la Convention n'avait pas été violé par la législation nationale imposant la destruction des embryons créés par fécondation *in vitro*, ou FIV, dès lors que le compagnon de la requérante avait retiré son consentement. Selon eux, « [u]ne affaire aussi sensible que celle-ci ne peut être tranchée sur une base simpliste et mécanique consistant à dire qu'il n'y a aucun consensus en Europe et que, dès lors, l'Etat défendeur bénéficie d'une ample marge d'appréciation » et « [l]a Cour ne devrait pas utiliser le principe de la marge d'appréciation comme un simple substitut pragmatique à une approche réfléchie du problème de la portée adéquate de son contrôle »¹⁶.

Ces divergences dans la jurisprudence de la Cour quant à la valeur déterminante du consensus et le manque de rigueur des critères retenus pour constater objectivement le consensus, dont j'ai déjà fait mention, soulèvent un certain nombre de questions.

¹³ [GC], n° 28957/95, CEDH 2002-VI.

¹⁴ [GC], n° 74025/01, CEDH 2005-IX.

¹⁵ *Evans*, précité, paragraphe 12 de l'opinion dissidente.

¹⁶ [GC], n° 6339/05, à paraître dans CEDH 2007.

Premièrement, le consensus est-il pour la Cour un élément déterminant dans bon nombre de ses décisions ou simplement un moyen occulte lui permettant de procéder à une analyse au fond de la question litigieuse ?

S'il faut répondre par l'affirmative à cette dernière question, pourquoi alors se fonder sur le principe du consensus ? D'aucuns ont pu dire que la jurisprudence de la Cour « au lieu d'évoluer vers une sorte de norme généralement acceptée, quelle qu'en soit la teneur, est avant tout axée vers la vérité morale des droits tirés de la Convention »¹⁷.

L'approche principalement suivie par la Cour, qui est que le consensus n'est pas toujours déterminant, peut être regardée comme un effort visant non pas à imposer la volonté de la majorité des Etats contractants aux Etats minoritaires, qui ne partagent peut-être pas la même vision, en appliquant systématiquement les normes les plus communes, mais à revenir au texte même de la Convention pour déterminer quels droits sont protégés et jusqu'à quel point, la Cour s'en remettant alors à son propre jugement. Cette approche est clairement confirmée, a-t-on pu affirmer, par le fait que, dans ce type d'affaires, au lieu de procéder à une analyse approfondie des systèmes nationaux pour en dégager les tendances communes aux Etats, la Cour fonde généralement ses décisions sur un examen au fond du droit en question.

Cela dit, on pourrait légitimement se demander, du moins à la lecture d'une bonne partie des décisions de la Cour dans lesquelles celle-ci a exposé les choix qu'elle avait opérés, si le consensus a servi à fonder ses conclusions plutôt qu'à trancher le litige au moyen d'une analyse au fond de la valeur et de la portée du droit invoqué.

En effet, pour déterminer le sens et la portée véritables de certains des droits protégés par la Convention, il faut inévitablement en dégager les valeurs, sinon la vérité morale.

L'univers dans lequel nous vivons est moral. Le droit, notamment jurisprudentiel, n'est pas détaché des valeurs morales qui guident la société. Il n'est pas un corps de règles analogues à celles qui régiraient un système ferroviaire. Aussi, lorsque se pose devant lui des problèmes moraux ou sociaux auxquels la société est confrontée, le juge doit-il tirer des solutions du contexte social qui est le sien afin que celles-ci soient conformes aux valeurs et à la philosophie de la société.

Or régler des questions sociales de ce type dans un cadre juridictionnel est une tâche difficile pour tout juge. Où peut-il dégager ces valeurs morales ou ces vérités ? Le juge n'est pas plus qualifié ni mieux formé que le boucher, le boulanger ou le cordonnier pour dire quels principes moraux abstraits doivent régir la société et dans quelles circonstances. Comme l'a dit le juge Scalia, « dans une société démocratique ouverte, le peuple peut débattre de ces questions, chaque camp s'efforçant de persuader l'autre. Et, contrairement aux juges, il peut même faire des compromis, par exemple en laissant les subdivisions d'un Etat fédéral réglementer différemment la question de l'avortement, en n'interdisant que l'avortement pratiqué d'une manière particulièrement brutale, ou en autorisant l'avortement en cas de viol ou d'inceste ».

¹⁷ George Letsas, *op. cit.*, p. 302.

En outre, les juridictions nationales ont en général l'avantage de disposer de constitutions et de lois écrites dans lesquelles les droits, valeurs et opinions peuvent être énoncés comme le fruit du processus démocratique au sein de la société en question. Aussi l'évolution de la jurisprudence nationale, et notamment celle des cours constitutionnelles, est-elle étroitement liée à l'évolution de la société.

La Cour européenne, quant à elle, pâtit de l'absence d'un contexte social unique. En outre, à l'inverse des juridictions constitutionnelles, elle n'a pas à ses côtés de législateur ni de gouvernement et ne dispose pas des points de repère des juges au sein de la structure de l'Etat-nation.

En principe, lorsqu'il interprète une loi, le juge part du texte de cette loi lui-même. Dans le cadre des travaux de la Cour, les seuls textes faisant foi sont la Convention et ses Protocoles. Les problèmes d'interprétation peuvent être aisément résolus si le sens ordinaire ou généralement accepté du texte est clair. Or, comme nous le savons, la plupart des dispositions de la Convention sont générales, vagues et parfois de portée incertaine. Que signifie le mot « respect » employé à l'article 8 ? Ou l'expression « vie privée » ? Qui le sait ? Et quel juge ?

Une juridiction appelée à interpréter et appliquer des dispositions conventionnelles aussi générales ou vagues peut s'estimer tenue de s'en remettre à des sources extérieures au texte pour en déterminer le sens et la portée véritables.

C'est à cette fin que peut intervenir le consensus, bien que le recours à cette notion risque de saper la légitimité de décisions obligatoires ne reposant pas sur le texte de la Convention lui-même.

Le consensus, je suppose, présente au moins l'avantage que les conclusions qu'il permet de tirer n'ont pas toujours à se préoccuper de la vérité. Comme le souligne le professeur et juge Posner, « assimiler la vérité au consensus revient à dire que la Terre était jadis plate (...) »¹⁸. Il ajoute : « c'est [par consensus] et par nul autre moyen que la plupart de nos connaissances relevant du bon sens et de nos croyances morales élémentaires sont confirmées »¹⁹. Toutefois, selon lui, « le passage du consensus d'une génération à l'autre le rend plus solide » et « plus une croyance répandue subsiste, malgré les bouleversements socioculturels et les progrès du savoir, plus elle a de chances d'être fondée ».

Si aucun consensus ne peut être constaté, quels que soient ses critères d'établissement, cela veut peut-être dire que la Convention n'entend pas protéger au niveau européen le droit ou la matière que vise la requête. Il se peut aussi que la Cour ne veuille pas accorder une protection aussi étendue que celle souhaitée par le requérant, laissant à l'Etat contractant la liberté de décider du régime en la matière ou, comme le dit habituellement la Cour, conférant à celui-ci une marge d'appréciation suffisante ou étendue. A moins bien sûr que la Cour n'assume le rôle de conscience morale de l'Europe, insistant pour que la quasi-totalité des questions rattachées, fût-ce indirectement ou théoriquement, à des droits découlant de la Convention soient réglées par les juges.

18 Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, p. 113.

19 *Ibidem*, p. 112.

Dans un article publié dans la *Tulane Law Review*, le juge Rozakis²⁰ a récemment examiné la question de la place occupée par le jugement indépendant de la Cour dans le fonctionnement du système de la Convention. Selon lui, le rôle de la Cour « ne se limite pas au règlement des litiges entre les individus et l'Etat : la Cour doit aussi interpréter la Convention de manière que celle-ci puisse s'appliquer à l'échelon européen. Autrement dit, la Cour joue un rôle « intégrateur » en ce que, dans ses décisions, elle cherche à créer un corps de règles cohérent en matière de droits de l'homme s'appliquant également et sans discrimination dans la sphère des relations juridiques de l'ensemble des Etats parties à la Convention ».

Le juge Rozakis soutient que retenir un « dénominateur commun » en procédant à une analyse comparée des systèmes juridiques nationaux est l'une des activités de la Cour qui « est d'une certaine manière créatrice de droit, surtout si l'on tient compte du fait que le juge européen conserve, en dernier ressort, la faculté de dire en quoi consiste ce dénominateur commun et, partant, d'opter pour telle ou telle solution en conséquence ».

Lorsque le rôle « intégrateur » de la Cour est ainsi mis en avant, s'ajoutant la faculté dont celle-ci jouit non seulement de constater mais aussi de *définir* le consensus, ne lui attribue-t-on pas en quelque sorte le pouvoir d'harmoniser les systèmes de droit des Etats contractants ? En outre, en ce qu'il renvoie à un « dénominateur commun » étranger au texte de la Convention, le raisonnement de la Cour fait partiellement écho à la mission incombant à la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) d'harmoniser la législation interne des Etats membres de l'Union européenne. Précisons toutefois que la mission de celle-ci trouve expressément sa source dans le texte des traités fondateurs des Communautés européennes et s'impose compte tenu de la nature et des objectifs de l'Union européenne qui sont eux-mêmes exprimés dans ces instruments, à savoir établir les fondements d'une union politique sans cesse plus étroite entre les peuples dans un cadre constitutionnel fondé sur un ordre juridique autonome et intégré. A l'inverse, aucune disposition de la Convention ne confère pareil rôle à la Cour. Le système de la Convention n'est manifestement pas de la même nature que celui de l'Union européenne : malgré toutes ses qualités, il s'agit d'un système fondé sur le droit international qui est impérativement soumis, comme il est censé l'être, aux contraintes y afférentes. En outre, lorsqu'elle est appelée à statuer sur des droits et obligations touchant aussi bien les individus que les Etats, la CJCE prend bien soin de limiter ces droits et obligations à ceux relevant des traités de l'Union européenne. Elle ne cherche pas à être une panacée à tous les problèmes qui peuvent se poser au sein de la société. Par ailleurs, pour des raisons bien distinctes de celles qui semblent avoir motivé la Cour et exposées de manière convaincante dans la jurisprudence de la CJCE, lorsque celle-ci cherche, y compris dans le domaine des droits de l'homme, à s'inspirer des principes généraux du droit autres que ceux expressément énoncés dans les traités eux-mêmes, elle se limite aux constitutions des Etats membres et aux conventions internationales auxquelles ceux-ci sont parties. Ces éléments, notamment le fait de privilégier les constitutions aux législations nationales, permettent de dégager un consensus bien plus fiable

20 Christos Rozakis, « The European Judge as Comparatist », *Tulane Law Review*, vol. 80, 2005, p. 272.

et bien mieux établi que lorsqu'il se fonde sur la législation des Etats membres, qui n'est parfois rien de plus que le fruit d'un compromis local adopté selon les tendances ou les nouveautés du moment.

Certes, le droit international peut bien sûr évoluer et son évolution suit les nouveaux consensus et usages, comme le souligne l'exposé préliminaire du présent séminaire organisé par la Cour. Mais une distinction doit être établie entre d'une part l'évolution du droit international public, lequel régit les relations entre Etats souverains et les obligations les liant les uns aux autres et résulte d'un consensus entre les Etats quant aux principes de droit international généralement reconnus, et d'autre part l'interprétation évolutive du texte de tel ou tel instrument international. Pour que l'intégrité de cet instrument puisse être maintenue et respectée, seules ses dispositions peuvent expressément restreindre voire éliminer la possibilité pour l'Etat d'agir. Les tendances qui se dessinent au niveau national ne permettent guère à la Cour de recourir au consensus dès lors que la même règle ne peut être constatée dans tous les pays européens. Cela vaut particulièrement pour les affaires dans lesquelles se posent des questions morales et éthiques importantes auxquelles chaque société est plus ou moins confrontée.

D'ailleurs, un auteur fait observer que les tenants du consensus décrivent celui-ci comme un « dispositif ingénieux incitant les nations à adapter peu à peu leurs politiques aux nouvelles normes qui apparaissent tout en respectant leur organisation interne (...) »²¹. Il relève que « les juges sont dépeints comme tenant fermement la barre de la moralité, guidant le navire social vers un modèle supérieur, tout en tenant compte des vents et des conditions maritimes du moment » et que, à cet égard, « le principe du consensus (...) n'est qu'un subterfuge commode permettant au juge de faire passer des décisions dont la motivation est occulte. Le processus assez vague à l'issue duquel le consensus est concrètement dégagé ne fait que conforter cette thèse. »²²

Un écrivain américain va jusqu'à affirmer que : « Historiquement, l'invocation du consensus est le premier refuge des scélérats. Elle permet de refuser le débat au motif que la question serait d'ores et déjà réglée. »²³

Voilà des jugements sévères à l'encontre du consensus, mais il est difficile de dissiper les doutes pesant en permanence sur sa légitimité en tant que moyen permettant au juge d'imposer des normes morales plus strictes à la société lorsque se posent au sein de celle-ci des questions morales et éthiques complexes. Ainsi que je l'ai déjà indiqué, M. Posner dit que le consensus qui est peut-être le seul digne de foi est celui qui passe d'une génération à l'autre, certains principes et certaines valeurs résistant aux vicissitudes et à l'épreuve du temps au fur et à mesure que les sociétés évoluent. Peut-on vraiment qualifier de consensus un consensus récent ou qui se dessine, ou de simples tendances ? Ne sont-ce là que les vues de la majorité ? Et seulement depuis une date récente ? Si les sociétés évoluent, n'ont-elles pas le droit et la liberté de le faire comme elles l'entendent dans certains domaines en fonction des mœurs, du patrimoine et de

21 Eyal Benvenisti, « Margin of Appreciation, Consensus and International Standards », *New York University Journal of International Law and Politics*, 1999, p. 851.

22 *Ibidem*, p. 852.

23 Michael Crichton, Conférence annuelle James Michelin, California Institute of Technology, 17 janvier 2003.

la culture qui les caractérisent, et à leur propre rythme, tout en respectant les valeurs essentielles des droits de l'homme ? Ou doivent-elles être privées de cette liberté du seul fait qu'une majorité d'autres sociétés en Europe ont procédé à leurs propres choix et sont parvenues à leurs propres compromis sur ces questions en toute indépendance ? Il est reconnu que, pour autant qu'ils respectent les dispositions de la Convention, les Etats contractants peuvent accorder à un droit fondamental une protection plus étendue que celle prévue par la Convention elle-même. Il y a donc un hiatus entre les effets de la Convention quant à la protection des valeurs fondamentales et l'étendue que doit avoir cette protection. Cette possibilité laissée à l'Etat semble également écarter l'harmonisation en tant qu'objectif intrinsèque de la Convention. Pour pleinement saisir la teneur de ce consensus de la majorité et comprendre la nature de ces jugements de valeur, avec leurs inévitables compromis et leurs éventuelles exceptions, n'est-il pas nécessaire de procéder à une analyse objective de toutes les mesures nationales pertinentes pour dire jusqu'où le consensus peut aller ? Du reste, la notion de consensus de la majorité n'est-elle pas contradictoire par nature ?

La Cour doit-elle partir tout d'abord d'un examen au fond de la nature et de la teneur des droits énoncés dans le texte de la Convention avant d'en venir à une analyse objective du droit des Etats contractants pour faciliter l'interprétation de la Convention, sans pour autant que cette analyse soit le seul élément déterminant qui étendrait le sens et la portée de la Convention au-delà de ce qui était précédemment et généralement accepté ou entendu, fût-ce par la Cour ?

Si, en raison du système démocratique, il est difficile pour l'Etat de faire des choix éthiques et moraux concernant des problèmes profondément enracinés dans le tissu social, incombe-t-il aux instances judiciaires internationales (voire nationales) de revenir sur ces choix difficiles sous le masque du consensus ? La Convention vise-t-elle à protéger les droits de l'homme qui sont essentiels et nécessaires dans une société démocratique fondée sur l'Etat de droit ou simplement n'importe quel droit qu'une majorité de législatures nationales auraient énoncé de manière distincte et séparée sur une question relevant, fût-ce seulement sur le plan procédural, à la Convention ?

S'il existe incontestablement des droits essentiels et fondamentaux qui font partie du patrimoine européen et revêtent même un caractère universel en ce qu'ils respectent la dignité humaine, découle-t-il de la Convention que toute règle touchant à ces droits et énoncée d'une manière ou d'une autre dans la législation d'une majorité des membres du Conseil de l'Europe, et pas seulement dans leur Constitution, doit s'imposer à tous les autres Etats ? Est-ce là ce que dit la Convention ? Souvent, les mesures législatives nationales sont le fruit de compromis politiques internes et prévoient des réserves, des exceptions et des restrictions qui, avec le temps, peuvent être modifiées, atténuées voire abandonnées. Si ces mesures peuvent constituer des éléments sur lesquels un consensus entre les Etats peut se fonder, faut-il constater celui-ci en évoquant de manière générale ces mesures ou analyser chacune d'elles en détail ?

A mes yeux, ces considérations ne font que ressortir les défauts intrinsèques du consensus en tant qu'outil permettant de donner d'autres interprétations au texte de la Convention.

Si le consensus est utilisé avec trop de latitude ou de souplesse, il y a un risque que des décisions comparables prises au sein de sociétés diverses parmi une majorité d'Etats parties à la Convention soient exploitées de manière à imposer à une minorité une sorte d'hégémonie de la majorité, jamais envisagée dans l'une quelconque de ces décisions. Si c'est cette voie qui est empruntée, que vaut l'idéal démocratique de la diversité ? Ainsi qu'il a déjà été indiqué, les droits fondamentaux dont la prééminence est universellement reconnue (le droit à la vie ou l'interdiction de la torture ou des traitements inhumains et dégradants pour n'en citer que quelques-uns) et expressément énoncés dans la Convention et dans d'autres instruments internationaux tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations unies peuvent être invoqués partout. Or tous les droits ne bénéficient pas de la même protection. De même, l'étendue et la portée de la protection accordée aux droits fondamentaux ne sont pas toujours absolues ni illimitées. Comme le dit l'auteur précité, le recours au consensus ne doit pas servir d'alibi à l'absence d'analyse et de raisonnement motivé sur le point de savoir où commence et prend fin la responsabilité de l'Etat en vertu de la Convention.

Pour finir, j'évoquerai brièvement la structure de la Cour. Celle-ci se compose, comme on le sait, d'un juge de chaque Etat membre du Conseil de l'Europe. Les juges sont donc nombreux, ce qui fait qu'il leur est impossible de statuer tous ensemble dans chaque affaire. Ce problème n'est pas propre à la Cour car il se pose aussi à la CJCE, quoique dans une moindre mesure. Le nombre de juges de la Cour s'explique bien sûr par la volonté de s'assurer que les travaux de celle-ci puissent bénéficier des connaissances et de l'expérience de juges de chaque pays et de chaque système juridique du Conseil de l'Europe. Cet objectif ne pouvant être atteint dans chacune des affaires, on peut penser qu'une juridiction fonctionnant dans ces conditions fera preuve de prudence et de mesure dès qu'elle reviendra sur sa jurisprudence ou bouleversera celle-ci sur la base d'un consensus ou d'une tendance qu'elle aura constaté. Nul doute que c'est ce que la Cour recherche, mais on peut se demander si, par exemple, une majorité de onze et une minorité de six juges constituent une base solide pour des décisions qui peuvent modifier considérablement l'application de la Convention. Au sein de la CJCE, il existait une règle tacite, peut-être toujours en vigueur, selon laquelle il ne peut y avoir de revirement d'une jurisprudence établie à une seule voix de majorité ou à une majorité étroite, même lorsque la CJCE siège en assemblée plénière.

La mission de la Cour n'est pas aisée. Je suis conscient d'avoir soulevé certaines questions sans y avoir apporté de véritables réponses mais j'espère que mon intervention aura contribué à alimenter le débat sur le rôle du consensus dans le cadre des hautes responsabilités incombant à la Cour lorsqu'elle interprète la Convention en vue de protéger les droits fondamentaux au sein des Etats contractants.

Dean Spielmann

Juge à la Cour européenne des droits de l'homme



C'est pour moi un grand plaisir et surtout un grand honneur de présenter notre prochain orateur : M. le Professeur Paul Martens, juge à la Cour constitutionnelle de Belgique.

Docteur en droit de l'université de Liège, éminent magistrat, M. Martens a été juge au tribunal de commerce de Liège, conseiller d'Etat et juge à la Cour d'arbitrage de Belgique, devenue maintenant la Cour constitutionnelle de Belgique.

Paul Martens n'est pas un inconnu de notre juridiction. Il a siégé comme juge ad hoc dans quelques affaires belges et a contribué en cette qualité aux arrêts *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique* du 12 octobre 2006¹ et *Riad et Idiab c. Belgique* du 24 janvier 2008².

Mais M. le juge Martens a combiné sa carrière de haut magistrat avec celle de professeur de renommée internationale. Professeur de sociologie juridique à l'université libre de Bruxelles et de théorie du droit et de la pensée juridique contemporaine, Paul Martens a également été professeur invité à l'université de Paris-XII (Théorie générale du droit) et titulaire de la chaire Francqui aux facultés universitaires Notre-Dame-de-la-Paix à Namur. Sa carrière académique a été couronnée par l'attribution d'un doctorat honoris causa de l'université de Limoges.

Sa liste de publications impressionnante, reproduite dans le *Liber amicorum* qui lui a été offert l'année dernière³, comprend plusieurs ouvrages qui ont fait date. Parmi ceux-ci je voudrais citer *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*⁴ et l'ouvrage récent issu des leçons données au titre de la chaire Francqui à l'université de Namur, intitulé « Le droit peut-il se passer de Dieu ? »⁵. La réponse à cette question n'est certainement pas fondée sur un « consensus » et ne saurait préoccuper trop le juge. Toujours est-il que le consensus européen sur des questions, peut-être moins fondamentales et moins existentielles, engendre parfois, à en croire M. Martens, les désarrois du juge national. Le « consensus européen » serait-il source de « confusion », de « désordre », de « trouble » voire d'« angoisse », de « détresse » ou d'« égarement », par opposition à l'« ordre », à l'« assurance » ou à la « fermeté » ?

Monsieur le juge Martens, vous avez la parole.

1 N° 13178/03, CEDH 2006-XI.

2 N°s 29787/03 et 29810/03, à paraître dans CEDH 2008.

3 *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, 1008 pages.

4 Paul Martens, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, collection de la faculté de droit de l'université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2003, 337 pages.

5 Paul Martens, *Le droit peut-il se passer de Dieu ? Six leçons sur le désenchantement du droit*, Namur, Presses universitaires de Namur, collection « Travaux de la faculté de droit de Namur », 2007, 169 pages.



Paul Martens

Juge à la Cour constitutionnelle
de Belgique

LES DÉSARROIS DU JUGE NATIONAL FACE AUX CAPRICES DU CONSENSUS EUROPÉEN

En demandant à des juges nationaux de parler du consensus européen, la Cour les invite à dissenter sur une des notions les plus énigmatiques de sa jurisprudence.

Tantôt la Cour constate que ce consensus existe et elle l'approuve, ce qui pourrait donner l'impression qu'elle ne serait qu'une chambre d'entérinement des choix étatiques.

Tantôt elle constate que ce consensus n'existe pas et elle respecte le droit à la différence des Etats, comme si elle renonçait à créer une société démocratique européenne.

Tantôt elle semble indifférente à l'absence ou à l'existence de ce consensus, attentive à créer un ordre public européen qui transcende les particularités nationales.

Voilà donc une notion tantôt positive, tantôt négative, tantôt descriptive, tantôt prescriptive, tantôt décisive, tantôt contingente.

Ce caractère erratique explique peut-être qu'on n'a pas trouvé d'étude qui traite spécifiquement de ce phénomène – même s'il y est fréquemment fait allusion à propos d'autres sujets – et que la notion n'est jamais mentionnée dans les glossaires des ouvrages classiques. Tenter de la définir est donc une entreprise périlleuse.

I. ESSAI DE DÉFINITION DU CONSENSUS EUROPÉEN

1. COMPARAISON AVEC DES NOTIONS DE DROIT INTERNE

Quand le juge national doit appliquer une règle sur laquelle la Cour a renoncé à exercer sa censure parce qu'elle a constaté l'absence ou la présence d'un consensus européen, il s'interroge sur la nature de cette notion.

Il cherche tout d'abord à la comparer à des notions connues de son droit interne : s'agirait-il d'une sorte de raison d'Etats – Etats s'écrivant au pluriel – qui ne tolère pas de contrôle supranational ? Cette notion est-elle une « question politique » qui

excède le domaine du droit ou s'apparente-t-elle à l'« acte de gouvernement » qui échapperait au contrôle des juges ?¹ Ces rapprochements ne sont pas féconds. Ils sont même déplacés dans un système qui proclame la prééminence du droit².

Le juge se demande alors si cette notion ne s'analyse pas en un déclinatoire de juridiction ou une cause d'irrecevabilité. C'est ce qu'on a pu déduire de rares décisions, telles que les décisions par lesquelles la Commission a déclaré irrecevables des requêtes mettant en cause la conventionnalité de l'avortement, ce qui lui évitait d'avoir à se prononcer sur des questions délicates³. Mais, la plupart du temps, l'absence de consensus européen amène la Cour à acquiescer au bénéfice du doute un Etat qui n'en obtient pas moins un brevet de conventionnalité.

2. NOTION JURIDIQUE OU SOCIOLOGIQUE ?

Le juge national se demande ensuite si c'est un concept juridique ou sociologique : ce qui arrête la Cour dans son contrôle, ce pourrait être l'impuissance du droit à tout régler, l'aveu de ce qu'il doit parfois s'effacer devant d'autres régulations pour laisser la place à d'autres normativités, essentiellement la morale qui a, elle aussi, ses codes, ses normes et ses sanctions, le droit ne devant exercer qu'une fonction subsidiaire, n'imposer qu'une normativité résiduelle.

L'explication n'est pas meilleure : c'est toujours sur un matériau juridique que la Cour exerce son contrôle. Elle ne peut renvoyer à d'autres magistrères puisque, par hypothèse, le droit étatique a déjà exercé le sien lorsque le conflit est porté devant elle. Si parfois la formule utilisée semble renvoyer à l'état des mœurs (la « communauté de vues », arrêts *Rees c. Royaume-Uni*⁴ et *Fretté c. France*⁵, la « démarche européenne commune », arrêt *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*⁶, une « acceptation sociale accrue », arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*⁷, l'« assentiment général », arrêt *T. c. Royaume-Uni*⁸ ou une « approche européenne commune », arrêt *Hirst c. Royaume-Uni (no 2)*⁹), c'est, semble-t-il, à l'état des mœurs tel qu'il est exprimé par une « étude de la législation des Etats » (arrêt *Rasmussen c. Danemark*¹⁰) qu'elle se réfère.

3. COMPARAISON AVEC DES NOTIONS DE DROIT EUROPÉEN

Le juge national pourrait-il alors se tourner vers les concepts du droit européen ?

1 Elias Kastanas, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1996, p. 114.

2 Arrêt *Markovic et autres c. Italie* [GC], n° 1398/03, § 97, CEDH 2006-XIV.

3 Elias Kastanas, *op. cit.*, p. 207.

4 Arrêt du 17 octobre 1986, série A n° 106.

5 N° 36515/97, CEDH 2002-I.

6 Arrêt du 30 juillet 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-V.

7 [GC], n° 28957/95, CEDH 2002-VI.

8 [GC], n° 24724/94, 16 décembre 1999.

9 [GC], n° 74025/01, CEDH 2005-IX.

10 Arrêt du 28 novembre 1984, série A n° 87.

Il semble difficile de ranger le consensus européen parmi les « notions autonomes » car si celles-ci ne sont pas en contradiction avec l'interprétation consensuelle¹¹, le consensus a pour caractéristique d'être hétéronome par rapport à la Convention.

On pourrait difficilement lui reconnaître la qualité de « standard » puisque, quand la Cour constate que le consensus n'existe pas, elle se fonde précisément sur l'absence de standard commun et ne s'incline que devant un modèle de comportement régressif, voire négatif.

Le consensus pourrait manifester le souci de respecter le « patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques » auquel se réfère le préambule de la Convention, mais cette notion n'est-elle pas un appel à développer les virtualités de ce patrimoine plutôt qu'une invitation à protéger un niveau historique de libertés acquises ?

Quant à la notion de « société démocratique », elle présente la même ambiguïté : tantôt elle privilégie une démocratie de proximité respectant le droit des Etats à la différence et s'interdisant de condamner les pratiques locales, spécialement en matière de respect des croyances ; tantôt, au contraire, elle impose, contre les traditions des Etats, une conception européenne de la démocratie qu'il s'agit de bâtir plutôt que d'entériner. Comment concilier une conception essentielle de la démocratie, qui se déduit de règles qui transcendent les pratiques existantes, avec une conception existentielle, qui entend respecter le pluralisme de ces pratiques divergentes ?

La notion dont celle de société démocratique est la plus proche est la notion de marge d'appréciation, mais cette constatation n'est pas de nature à nous éclairer : la marge d'appréciation est la conclusion qui peut être tirée de l'absence d'atteinte à la Convention. Elle n'est pas un instrument du contrôle mais le résultat de son exercice négatif. En outre, c'est probablement, de toutes les notions jurisprudentielles dégagées par la Cour, celle qui se prête aux critiques les plus acerbes : on a pu la qualifier de « tic d'écriture »¹², de « rengaine », de « circonlocution inutile », de « phraséologie, aussi fautive sur le plan des principes que vaine dans la pratique »¹³. Et même dans le domaine de la liberté d'expression, où elle a été le plus souvent utilisée, c'est « vers une réduction croissante de la marge nationale d'appréciation »¹⁴ que la Cour semble évoluer, ce qu'indique

11 Frédéric Sudre, « Le recours aux « notions autonomes », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 121.

12 Pierre Lambert, « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in Frédéric Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 76.

13 Opinion partiellement dissidente du juge De Meyer dans l'arrêt *Z c. Finlande* du 25 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I.

14 Patrick Wachsmann, « Une certaine marge d'appréciation. Considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 1042.

un arrêt récent¹⁵ qui dénie à l'Autriche une marge d'appréciation, en matière de limitation de la liberté artistique, qu'elle lui avait généreusement accordée dans un de ses arrêts les plus mal reçus par la doctrine¹⁶.

II. FAIBLESSE DU CONSENSUS EUROPÉEN

Ce qui fait la faiblesse de la « logique consensualiste », aux yeux du juge national, c'est qu'elle semble préférer le *statu quo* au progrès, qu'elle risque de mettre la construction d'un ordre juridique commun à la remorque des Etats, de préférer leur plus petit dénominateur, à la seule condition qu'il soit commun, sans s'interroger sur les causes du consensus, qui peuvent être le conformisme, l'égoïsme ou l'avarice des Etats, c'est-à-dire des travers qu'il ne suffit pas d'additionner pour les rendre légitimes.

En s'inclinant devant un consensus dont l'absence ou l'existence repose sur la volonté ou le refus d'une majorité, le juge ne donne-t-il pas à celle-ci une puissance normative induite, son rôle étant précisément, en matière de droits de l'homme, de protéger les minoritaires contre l'intolérance de la majorité¹⁷ ? La Cour elle-même répète dans plusieurs arrêts (notamment *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*¹⁸) que la démocratie « commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante ». Elle se trouve alors en présence de cette aporie : les normes de moralité sont celles promues par la majorité, mais celle-ci est suspectée d'être abusive¹⁹ !

Enfin, c'est une notion incertaine et mutante : l'existence de ce consensus, dans une même affaire, est niée par la majorité de la Cour et affirmée par sa minorité dissidente (arrêt *Fretté*, précité) puis disparaît dans un revirement ultérieur (arrêt *E.B. c. France*²⁰) ; le sens même de ce consensus peut s'inverser en quelques années, à propos d'une même question (affaires concernant des transsexuels) ; il est parfois exigé que le consensus soit « suffisamment concret », ce qui amène également à des appréciations divergentes de la majorité et de la minorité (arrêt *Chapman c. Royaume-Uni*²¹) ; la doctrine se demande s'il suffit d'un consensus sur les principes ou s'il doit s'étendre à toutes les applications²² et s'il doit être quantitatif ou qualitatif, c'est-à-dire s'il se réfère à la majorité des Etats membres ou à « une norme idéale illustrée par la législation ou la pratique de quelques Etats les plus

15 *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, n° 68354/01, à paraître dans CEDH 2007.

16 *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, arrêt du 20 septembre 1994, série A n° 295-A.

17 François Rigaux, *La liberté d'expression et ses limites*, RTDH, 1995, p. 411.

18 Arrêt du 13 août 1981, série A n° 44.

19 Pascal Mbongo, *La Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle une philosophie morale ?*, Dalloz, 2008, Chron. p. 100.

20 [GC], n° 43546/02, à paraître dans CEDH 2008.

21 [GC], n° 27238/95, CEDH 2001-I.

22 Sébastien Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, FUSL, Bruxelles, 2001, p. 60, n° 58.

avancés du Conseil de l'Europe »²³. Enfin, faute de disposer d'outils scientifiques d'identification et d'interprétation des valeurs, la Cour ne risque-t-elle pas de se référer davantage à des stéréotypes qu'à l'état réel du corps social ?²⁴

A se fier uniquement à la source des droits nationaux, la Cour se maintiendrait inévitablement dans « la seule attraction gravitationnelle de leur champ normatif »²⁵, alors que ce que la Convention a institué, c'est un « ordre juridique spécifique doté d'organes appropriés », auxquels les Etats « ont délégué des pouvoirs étendus »²⁶.

C'est probablement une erreur de vouloir rechercher une définition a priori du consensus européen et de prétendre en déduire une fonction immuable.

Quel doit être le statut de ce consensus ? Mérite-t-il d'acquiescer une puissance normative ? Doit-on le tenir pour un test d'acceptabilité d'une solution déjà adoptée ? Ou bien s'agit-il d'un obiter dictum ajoutant à la solution juridique une considération sociologique, intéressante mais surabondante ? Le juge national ne peut émettre à ce sujet qu'une opinion modeste et des souhaits prudents.

III. L'AVENIR DU CONSENSUS EUROPÉEN

1. LA DIFFICILE CONSTRUCTION D'UN ORDRE PUBLIC EUROPÉEN SUBSTANTIEL DANS LES MATIÈRES ÉTHIQUES ET PHILOSOPHIQUES

Là où le consensus européen – et plus particulièrement la constatation de son inexistence – joue, semble-t-il, un rôle prépondérant, c'est dans les matières qui touchent au plus profond des convictions et des croyances, des matières où les droits internes sont « insuffisamment sécularisés » et où une notion uniforme de la morale européenne reste introuvable²⁷.

Pour tout ce qui concerne la vie, son début et sa fin, c'est-à-dire la conception, la naissance et la mort, comment des juges, soucieux de respecter le pluralisme éthique, auraient-ils la légitimité d'imposer une préférence sur laquelle la société européenne reste divisée (arrêts *Vo c. France*²⁸ et *Odièvre c. France*²⁹) ? N'en est-il pas de même pour ce qui concerne d'autres questions éthiques telles que les questions de l'identité et de l'orientation sexuelles (transsexualité, homosexualité) ? Comment arbitrer cette rencontre entre des règles qui s'enracinent dans des convictions collectives et des droits qui se nourrissent de libertés individuelles ? Et le même conflit apparaît chaque fois que la liberté individuelle d'expression se heurte à d'autres droits individuels (vie privée, réputation).

23 François Ost, « Les directives d'interprétation adoptées par la CEDH : l'esprit plutôt que la lettre ? », in François Ost et Michel van de Kerchove, *Entre la lettre et l'esprit : les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, 1989, p. 322.

24 Pascal Mbongo, *op.cit.*, Chron. p. 101.

25 Petr Muzny, « Standards jurisprudentiels de la Cour européenne des droits de l'homme et droit comparé : une question de rationalité », *Annales de droit de Louvain*, 2003, p. 38.

26 François Rigaux, « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », in Frédéric Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1998, p. 42.

27 François Rigaux, « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », in Frédéric Sudre (dir.), *op. cit.*, p. 46.

28 [GC], n° 53924/00, CEDH 2004-VIII.

29 [GC], n° 42326/98, CEDH 2003-III.

Le juge national est heureux de trouver dans certains arrêts des allusions à la « substance » d'un droit ou à son « noyau dur », ce qui pourra l'aider lui-même à pondérer les valeurs ou les intérêts en présence. Mais il pourra aussi redouter de voir cette substance dure altérée par un consensus aléatoire. Ainsi, il pourra s'étonner de lire, dans la même affaire, que ce consensus existe ou n'existe pas, selon qu'il lit l'arrêt ou l'opinion dissidente (arrêt *Odièvre*, précité). Il pourra aussi être déconcerté de voir ce consensus s'inverser au fil des ans (affaires concernant des transsexuels). Mais il peut lire aussi ces variations comme une invitation à admettre que, dans une société pluraliste, les vérités ne sont pas immuables et que la fonction du juge aujourd'hui n'est pas de se reposer sur des lois claires ou sur des précédents intangibles, mais de s'interroger, dans une inquiétude permanente, sur la justesse et l'actualité de ses appréciations. La Cour tient sa légitimité de ce qu'elle entend et énonce, en son sein, des divergences internes qui font partie de sa culture en raison de son mode de fonctionnement³⁰. Le juge national ne peut que lui envier cette capacité de s'exprimer à plusieurs voix et de pratiquer le repentir actif. C'est une belle leçon de relativité pour les juges continentaux, qui appartiennent à des ordres juridiques dans lesquels les cours suprêmes enseignaient naguère qu'il est préférable, au nom de la sécurité juridique, d'opter pour le maintien d'une jurisprudence obsolète plutôt que de tenter l'aventure d'un revirement, fût-il juste.

Et quand le juge national n'est pas convaincu par l'arrêt de la Cour – par exemple lorsque celle-ci écrit qu'en l'absence d'une norme commune on ne saurait considérer que le seuil de la majorité pénale fixé à dix ans est bas au point d'être disproportionné (arrêt *T. c. Royaume-Uni*³¹) –, il peut lire dans les opinions dissidentes « les signes avant-coureurs attestant de la relative prévisibilité de revirements », sachant que le revirement européen « ne saurait être systématiquement perçu comme un événement traumatique »³². Il a d'ailleurs cette liberté de pouvoir préférer à ce qu'a jugé la Cour une solution qu'il juge lui-même plus protectrice des droits de l'homme, conformément à ce que lui permet de faire l'article 53 de la Convention³³. Il peut ainsi aider à détruire ou à construire un consensus européen, voire inspirer un revirement de la Cour, tant il est vrai que le droit se construit aujourd'hui dans ce dialogue entre les juges que nous pratiquons en ce moment.

2. LA CONSTRUCTION D'UN ORDRE PUBLIC PROCÉDURAL EUROPÉEN

Le consensus européen ne paraît pas avoir joué un rôle aussi important dans la mise en place de l'ordre public procédural que la Cour a bâti sur la base des articles 5, 6 et 7 de la Convention³⁴. Nos règles de procédure étaient souvent empreintes de rigidité et de formalisme. Le droit d'être équitablement jugé inspirait déjà nos règles de procédure, mais le droit à un juge n'était pas explicitement

30 Katia Lucas-Alberni, « La possible contribution du revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à la sécurité juridique », *Cahiers de droit européen*, 2007, p. 479.

31 [GC], n° 24724/94, 16 décembre 1999.

32 Katia Lucas-Alberni, *op. cit.*, p. 485.

33 La Cour constitutionnelle belge s'est fondée explicitement sur cet article 53 pour faire prévaloir une solution plus protectrice ou plus libérale dans ses arrêts n° 159/2004 et 202/2004.

34 Sur la distinction entre l'ordre public européen substantiel et l'ordre public européen procédural, voir Marina Eudes, *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme*, Pédone, Paris, 2005, pp. 465-469.

affirmé. Ces règles étaient d'ailleurs souvent interprétées comme permettant au juge d'éconduire le plaideur qui n'en respectait pas la lettre. C'est la jurisprudence de la Cour qui va nous contraindre à inverser la téléologie de nos interprétations.

Les arrêts *Golder c. Royaume-Uni*³⁵ et *Airey c. Irlande*³⁶ ont appris aux juges nationaux que le droit à un procès équitable est d'abord celui d'avoir accès à un juge. Même si la Cour rappelle que, en cette matière aussi, les Etats disposent d'« une certaine marge d'appréciation »³⁷, c'est un nouveau droit processuel qu'elle invite les juges et les législateurs à construire pour arriver au niveau des exigences européennes, au-delà des traditions qui leur étaient communes et bien souvent contre celles-ci. Et quand elle constate, concernant l'applicabilité de l'article 6 au droit aux prestations sociales, qu'il existe « entre les Etats membres du Conseil de l'Europe une grande diversité », cette absence de consensus ne l'empêchera pas de faire basculer les droits sociaux dans le champ d'application de cet article³⁸. Et elle prolongera cette audace féconde en les faisant entrer dans l'ordre public substantiel par le biais du Protocole n° 1 à la Convention. On n'imagine pas qu'un consensus, qui n'a pas porté ce progrès, puisse le défaire et renier des principes qui s'incorporent désormais à la déontologie du juge national.

3. CONSENSUS EUROPÉEN ET DROITS INTANGIBLES

Mais c'est à propos des droits intangibles que le consensus européen est le plus suspect.

Il existe dans la jurisprudence de la Cour des notions centrifuges qui, appliquées aux droits intangibles, permettraient d'en ruiner l'effectivité : c'est le cas du principe de subsidiarité, qui fonde la marge d'appréciation des Etats, qui confère à ceux-ci un pouvoir discrétionnaire et qui freine le contrôle européen au nom de la « retenue judiciaire »³⁹.

Si ces modes d'interprétation sont appliqués même au « noyau dur » des droits de l'homme, c'en est fini des droits intangibles.

La technique de la marge d'appréciation est née dans les affaires où était invoquée l'application de l'article 15 de la Convention, dans un contexte d'attentats terroristes⁴⁰. Or les Etats européens menacés par le terrorisme risquent de se trouver dans un cas de « danger public menaçant la vie de la nation », qui justifierait que soient prises des mesures dérogeant à la Convention en application de cet article 15.

35 Arrêt du 21 février 1975, série A n° 18.

36 Arrêt du 9 octobre 1979, série A n° 32.

37 Arrêt *Ashingdane c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, série A n° 93, pp. 24-25, § 57.

38 Arrêt *Feldbrugge c. Pays-Bas* du 29 mai 1986, série A n° 99, p. 13, § 29.

39 Frédéric Sudre, *Droit international et droit européen des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2003, p. 211.

40 Pierre Lambert, « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in Frédéric Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, pp. 63 et suiv.

Si le consensus européen devenait l'instrument du contrôle de ces mesures, on pourrait redouter de voir l'essentiel des droits fondamentaux s'effondrer pour une double raison.

La première, c'est que, par application d'une sorte de parallélisme des formes, le consensus européen pourrait défaire les droits et libertés qu'il a construits. La Convention perdrait la puissance normative qui a permis d'édifier une démocratie juridictionnelle européenne. Or la jurisprudence de la Cour est le seul rempart que les juges internes peuvent opposer aux autorités de leur Etat sans craindre qu'une modification législative ne les désavoue. Ainsi, alors même que des dérogations aux règles du procès équitable étaient adoptées pour lutter contre le terrorisme et la criminalité organisée, c'est en se fondant sur la jurisprudence européenne que la Cour constitutionnelle à laquelle j'appartiens a pu les annuler. Sans cela, il n'est pas sûr qu'elle eût osé le faire et il est même douteux que la majorité de la Cour ait eu cette audace (arrêt n° 202/2004).

On voudrait pouvoir dire que, quand la Cour européenne s'est référée au consensus européen lorsqu'elle a condamné les châtiments corporels (arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni*⁴¹) ou la peine de mort (arrêt *Soering c. Royaume-Uni*⁴²), il ne s'agissait que d'un argument surabondant. Car, si c'est sur la base de ce consensus que les condamnations ont été prononcées, il serait loisible aux Etats de rétablir par consensus ces atteintes à des droits intangibles tout comme de réinstaurer la torture ou les ordalies. On aimerait voir réaffirmer que, en ce qui concerne la torture et les traitements inhumains ou dégradants, « il n'y a pas place pour une « marge d'appréciation » du genre de celle que la Cour accorde aux autorités nationales » quand elles font application des articles 8 ou 10 de la Convention⁴³.

La seconde raison, c'est que, au fur et à mesure de l'intégration communautaire, ces questions seront de plus en plus traitées par des normes européennes. Les cours constitutionnelles d'Europe ont dû faire face récemment à un phénomène nouveau : on a attaqué devant elles des dispositions, en matière de terrorisme, de mandat d'arrêt européen et de blanchiment d'argent, qui n'étaient que la transposition de directives ou de décisions-cadres de l'Union européenne⁴⁴. Or c'est le propre des normes communautaires d'être présumées provenir d'un consensus européen, même s'il ne s'agit pas de la même Europe. Si celui-ci devait acquérir une puissance normative, cela reviendrait à abdiquer tout contrôle de la conformité aux droits fondamentaux de règles issues de normes communautaires. La question de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme deviendrait académique puisque le consensus qui a présidé à l'adoption de ces normes les ferait présumer conformes à la Convention.



41 Arrêt du 25 avril 1978, série A n° 26.

42 Arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 161.

43 Johan Callewaert, « L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme : une norme relativement absolue ou absolument relative ? », in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant et LGDJ, Bruxelles-Paris, 1995, p. 13.

44 En matière de blanchiment d'argent, la Cour constitutionnelle belge a rendu ce 23 janvier un arrêt qui révèle que la réponse donnée par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) à la question préjudicielle qu'elle lui avait posée n'épuise pas le contrôle au regard des droits fondamentaux : arrêt n° 126/2005, interrogeant la CJCE, arrêt de réponse de celle-ci du 26 juin 2007, et arrêt n° 10/2008 de la Cour constitutionnelle, prolongeant son contrôle au-delà de ce qu'a jugé la CJCE.

Ce qu'un juge national peut souhaiter à l'issue de son examen du consensus européen, c'est que celui-ci conserve sa valeur actuelle, c'est-à-dire qu'il soit un instrument de mesure parmi d'autres dans les matières qui relèvent des conceptions éthiques ou philosophiques ou dans celles qui mettent en présence des libertés de niveau équivalent, pour autant que l'argument tiré du consensus ne serve pas à légitimer une atteinte discriminatoire à un droit garanti par la Convention ou une atteinte à la substance d'un tel droit.

Mais il souhaite que, en ce qui concerne les règles du procès équitable, la Cour continue de donner aux Etats l'impulsion d'une démocratie juridictionnelle qu'elle a bâtie en marge de leur consensus et souvent contre leurs traditions et leurs routines.

Enfin, en ce qui concerne les droits intangibles, la présence ou l'absence d'un consensus peut être un argument surabondant, un test d'acceptabilité ou un facteur de légitimation d'une solution déjà justifiée par sa conformité à la Convention, mais non une norme primaire du contrôle de la Cour. Car, dans cette matière, la règle de la majorité, et même celle de l'unanimité, ne peut devenir un motif décisive, sous peine de faire de la statistique la seule transcendance des temps désenchantés. Au-delà du consensualisme, une disposition ou une pratique qui toucherait à la substance même des droits intangibles ne pourrait se justifier par la constatation d'une acceptation commune des Etats européens. En ce qui concerne des atteintes au respect de la vie, à l'interdiction de la torture ou de l'esclavage, à la non-rétroactivité de la loi pénale, à la règle non bis in idem en matière pénale, nous ne pouvons nous contenter de les légitimer par la constatation d'une « communauté de ressemblance »⁴⁵. Si, dans ces matières, au nom du consensus européen, la Cour revenait sur les acquis de ses décisions, ce ne serait pas seulement un changement de jurisprudence mais un changement de civilisation.

⁴⁵ Petr Muzny, *op. cit.*, p. 44.



Lech Garlicki

Juge à la Cour européenne
des droits de l'homme

Mesdames, Messieurs,

Ce m'est un plaisir et un honneur particuliers que de présenter le prochain orateur, le Professeur Péter Paczolay. Je l'ai rencontré pour la première fois il y a très longtemps, alors que nous étions tous deux encore actifs dans le monde académique et que nous partagions les premières expériences du processus de transformation que traversaient nos pays respectifs. M. Paczolay est à la Cour constitutionnelle de Hongrie depuis la création de celle-ci. D'abord conseiller principal puis secrétaire général de cette haute juridiction, il a commencé à y siéger comme juge en 2006 puis en est devenu vice- président en 2007. Les dix-huit ans qu'il a passés au sein de cet organe en font un connaisseur hors pair de sa jurisprudence et de son *modus operandi*.

Il convient également de signaler que la Cour constitutionnelle de Hongrie a toujours été l'une des juridictions constitutionnelles les plus en pointe de la région. Il me suffit de rappeler à cet égard la décision concernant l'inconstitutionnalité de la peine capitale rendue par elle au tout début de son existence, de même que certaines décisions intéressantes – même si elles ont parfois fait l'objet de controverse – sur des réformes économiques et sociales. Bref, il s'agit d'une juridiction qui peut se prévaloir d'une expérience particulière dans le domaine discuté aujourd'hui, et M. Paczolay est une personne particulièrement qualifiée pour nous présenter cet organe.

Cher ami et collègue, vous avez la parole.



Péter Paczolay

Vice-président de la Cour
constitutionnelle de Hongrie

CONSENSUS ET DISCRÉTION : ÉVOLUTION OU ÉROSION DE LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME ?

1. INTRODUCTION

La Cour européenne des droits de l'homme exerce un contrôle juridictionnel sur les Etats parties à la Convention. En vertu de l'article 46 de celle-ci, les décisions de la Cour s'imposent aux Etats. La Convention et ses Protocoles sont des accords de droit international public ; le respect de ces textes et la protection des droits fondamentaux sont d'abord l'affaire des mécanismes juridiques et systèmes juridictionnels nationaux. C'est ce que l'on veut dire lorsque l'on parle du caractère « subsidiaire » des textes en cause (même si la notion de subsidiarité n'est peut-être pas entièrement appropriée) : la Cour européenne des droits de l'homme exerce son pouvoir de contrôle seulement après l'épuisement des voies de recours internes. L'efficacité de la Cour est tributaire de la mesure dans laquelle les Etats contractants sont disposés à suivre sa jurisprudence. Aussi prend-elle en considération la diversité des traditions politiques, sociales, culturelles et juridiques des Etats. La Convention régit une multitude d'Etats-nations (pas moins de quarante-sept aujourd'hui). Il est indubitable que tout le cadre juridique de la protection des droits de l'homme assurée au niveau de l'Europe « repose sur les fondations fragiles du consentement des Parties contractantes », pour reprendre la formule de R.St.J. Macdonald, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme¹.

Le texte de la Convention repose sur le consentement des Etats contractants, mais les principes et standards appliqués par la Cour de Strasbourg sont également le résultat d'une doctrine jurisprudentielle, celle du consensus. Cette doctrine signifie que là où il y a consensus entre les Etats, ceux-ci disposent individuellement d'une marge d'appréciation moins ample ; ou, si l'on retourne le propos, moins il y a de consensus et plus importante est la marge d'appréciation laissée aux Etats.

2. CONSENSUS VERSUS MARGE D'APPRÉCIATION NATIONALE

Par marge d'appréciation on entend pouvoir d'appréciation, discrétion, latitude. Les domaines dans lesquels les Etats disposent d'une certaine latitude en vertu de la doctrine de la marge d'appréciation peuvent être classés en deux groupes principaux, en fonction de leurs justifications :

Premièrement, des circonstances locales particulières peuvent justifier pareille latitude. C'est dans son arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* que la Cour s'est pour la première fois étendue sur la doctrine de la marge d'appréciation. Le principal argument avancé était que « les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence [d'un danger public pour la vie de la nation] comme sur la nature et l'étendue de dérogations nécessaires pour le conjurer »². Les affaires de sécurité nationale, de protection de l'enfance, d'urbanisme et d'aménagement du territoire relèvent de cette catégorie.

Deuxièmement, une absence de consensus européen, spécialement sur les questions de morale, de sexe et de blasphème, élargit la liberté de manœuvre des Etats. Dans l'affaire *Handyside c. Royaume-Uni*, la Cour a fait observer qu'« on ne peut dégager du droit interne des divers Etats contractants une notion européenne uniforme de la morale »³. Elle a de même déclaré, dans l'affaire *Müller et autres c. Suisse* : « on chercherait en vain dans l'ordre juridique et social des divers Etats contractants une notion uniforme de [la morale]. L'idée qu'ils se font de ses exigences varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une évolution profonde des opinions en la matière. »⁴

C'est devenu une doctrine fréquemment utilisée dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg que la Convention laisse un pouvoir d'appréciation aux Etats contractants.

Cette doctrine a une portée territoriale et une portée temporelle. L'une et l'autre sont bien illustrées par le raisonnement développé par la Cour dans l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni*.

En vertu de la portée « territoriale » de ladite doctrine, la Cour laisse place à une marge d'appréciation en raison de la relativité territoriale de la morale publique.

Dans l'affaire *Dudgeon*, le Gouvernement avait évoqué de profondes différences d'attitude et d'opinion politique entre l'Irlande du Nord et la Grande-Bretagne sur les questions de moralité. Il avait présenté l'Irlande du Nord comme étant plus conservatrice et comme plaçant un accent plus important sur les facteurs religieux, ce dont il voyait une illustration dans le fait que des lois plus restrictives y existaient dans le domaine des conduites hétérosexuelles. La Cour reconnut dans ladite affaire que pareilles différences existaient jusqu'à un certain point et qu'elles constituaient un facteur pertinent. Elle considéra que le fait que des mesures analogues n'étaient pas jugées nécessaires dans d'autres parties du Royaume-Uni ou dans d'autres Etats membres du Conseil de l'Europe ne signifiait pas qu'elles

¹ R.St.J. Macdonald, « The margin of appreciation », in Macdonald, Matscher, Petzold (eds.), *The European system for the protection of human rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, p. 123.

² Arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, série A n° 25, pp. 78-79, § 207.

³ Arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, série A n° 24, p. 22, § 48.

⁴ Arrêt *Müller et autres c. Suisse* du 24 mai 1988, série A n° 133, p. 22, § 35.

ne fussent pas nécessaires en Irlande du Nord. « Dans un Etat où vivent des communautés culturelles diverses, les autorités compétentes peuvent fort bien se trouver en face d'impératifs divers, tant moraux que sociaux. »⁵

En vertu de la portée « temporelle » de la doctrine, la Cour reconnaît l'importance de l'évolution législative au sein des Etats et, de manière analogue, du changement d'attitude des Etats envers les questions de morale. Dans son arrêt *Marckx c. Belgique*, la Cour a indiqué qu'« elle ne [pouvait] pas ne pas être frappée par un phénomène : le droit interne de la grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe a évolué et continue d'évoluer »⁶. Dans l'affaire *Dudgeon*, la Cour a pu observer que « la législation interne (...) [avait] subi sur ce point [dans la grande majorité des Etats membres] une nette évolution que la Cour ne [pouvait] négliger. »⁷

La marge d'appréciation est complémentaire par rapport au consensus. Ainsi, les frontières de l'une et de l'autre bougent de concert : l'étendue de la marge d'appréciation varie de « faible » et « certaine » à « ample ». De manière complémentaire, l'étendue du consensus pourrait évoluer jusqu'à devenir « large »⁸.

3. LE CONSENSUS – À QUEL PRIX ?

La reconnaissance de la portée territoriale et temporelle de la marge d'appréciation – et corrélativement de la doctrine du consensus – indique que la Convention et la jurisprudence de la Cour se fondent sur une approche relativiste. J'admets que la conceptualisation des droits de l'homme ne peut être indépendante des traditions culturelles et qu'elle est déterminée par le contexte historique donné. Même la notion d'être humain évolue avec le temps. Ainsi que l'a dit la Cour constitutionnelle de Hongrie dans sa décision relative à l'avortement : « Eu égard à la pluralité d'opinions morales également répandues dans la société, nous ne pouvons même pas discuter d'un concept moral généralement accepté d'être humain. »⁹

L'internationalisation des droits de l'homme telle qu'elle s'exprime dans des documents internationaux et dans la Convention elle-même est le résultat de compromis et d'une certaine mesure de consentement. L'importante et indispensable mission remplie par la Cour européenne des droits de l'homme au cours de ces cinq dernières décennies ou presque a consisté à contrôler les systèmes juridiques internes, y compris les décisions juridictionnelles, et la mise en œuvre effective des droits de l'homme. Afin de maintenir un équilibre entre le contrôle européen des violations des droits de l'homme commises au niveau national et le respect des souverainetés étatiques, la Cour de Strasbourg a développé la doctrine du consensus.

5 Arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, série A n° 45, p. 22, § 56.

6 Arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, série A n° 31, pp. 19-20, § 41.

7 Arrêt *Dudgeon* précité, pp. 23-24, § 60.

8 Arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, n° 76240/01, § 129, à paraître dans CEDH 2007.

9 Cour constitutionnelle de Hongrie, décision 64/1991. Reproduite en anglais dans László Sólyom et Georg Brunner, *Constitutional Judiciary in a New Democracy*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 2000, p. 186.

Une question de méthode se pose : comment la Cour peut-elle vérifier si un consensus existe ou non, et dans quelle mesure ? L'interprétation autonome que pratique la Cour européenne des droits de l'homme signifie que les notions de la Convention doivent être considérées comme des éléments d'un système juridique autonome qui doit être interprété indépendamment des systèmes juridiques des Etats parties. Par consensus il ne faut pas nécessairement entendre consentement de l'ensemble des parties concernées. Dans le contexte de la Convention, consensus signifie plutôt « convergence » ou « dénominateur commun ».

Le développement de standards internationaux uniformes comportant des dispositions en matière de droits de l'homme constitue une tendance claire dans l'évolution juridique actuelle. La Cour européenne des droits de l'homme rend possibles la rencontre et l'échange entre différentes cultures juridiques, les élevant à une normativité supérieure fondée sur la convergence juridique. Il existe désormais une interaction continue entre la Cour de Strasbourg et les systèmes juridiques nationaux et les tribunaux internes.

Bien au fait des différents aspects de la discussion sur les doctrines du consensus et de la marge d'appréciation et conscient des arguments s'y rapportant, je souhaiterais attirer l'attention sur deux dangers que me paraissent receler ces doctrines interdépendantes.

Danger n° 1 : le minimalisme. Le droit international et les organes juridictionnels internationaux basés sur le consentement des Etats contractants déterminent le niveau minimum de la protection des droits de l'homme. Tel est le cas également de la Cour européenne des droits de l'homme. L'absence d'un consensus européen et la doctrine de la marge d'appréciation qui en résulte ouvrent la voie à l'approche du niveau minimal. Or même les démocraties bien établies sont quelquefois jugées ne pas satisfaire à ces « standards minimums ». Le problème dont il convient de débattre ici est celui de savoir comment une jurisprudence de Strasbourg basée sur des « standards minimums » influence les juridictions nationales, y compris les juridictions constitutionnelles.

Danger n° 2 : le relativisme. Par-delà l'équilibre à trouver entre les standards européens et les particularités internes, la question qui se pose est celle de savoir si la protection des droits de l'homme peut, comme la morale publique, varier d'un pays à l'autre. Dans quelle mesure le relativisme culturel et la nature changeante de ce que nous appelons les valeurs contemporaines se voient-ils reconnaître un poids prépondérant ?

Dans son arrêt *Rasmussen c. Danemark*, la Cour a démontré sa flexibilité dans l'usage de la doctrine : « L'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte ; la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard. »¹⁰ Bien que les standards appliqués par les juridictions varient nécessairement lorsqu'il s'agit de prendre des décisions sur la base de circonstances qui diffèrent, une flexibilité excessive de ces standards nuit à la crédibilité des décisions de justice. Cela peut

10 Arrêt *Rasmussen c. Danemark* du 28 novembre 1984, série A n° 87, p. 15, § 40.

être le cas, par exemple, si dans le jeu réciproque du consensus et de la marge d'appréciation, les critères de la convergence et ceux de la marge d'appréciation sont flexibles et variables respectivement.

4. LES EFFETS NON DÉSIRÉS DES DÉCISIONS DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME : LES LEÇONS DE L'AFFAIRE REKVÉNYI C. HONGRIE

Il y a manifestement une interaction entre la protection des droits de l'homme assurée au niveau national et celle assurée au niveau international. Même si les juridictions internationales ne contrôlent pas les juridictions nationales, leur jurisprudence sert de source d'inspiration aux juges nationaux. Par ailleurs, le haut niveau de protection assuré par les Etats (« patrimoine constitutionnel commun ») fixe un standard international élevé.

Pour le dire en d'autres termes : le consensus entre les Etats sur la protection des droits de l'homme garantit un standard élevé, tandis que l'absence de consensus ouvre un champ plus important d'appréciation discrétionnaire ou, pour employer les termes utilisés par la Cour européenne des droits de l'homme, de marge d'appréciation. La doctrine de la marge d'appréciation balance entre l'application uniforme de la Convention et l'application interne des droits de l'homme. En d'autres termes, le contrôle européen se combine avec la marge d'appréciation nationale. Lorsque la Cour respecte le pouvoir d'appréciation des Etats, elle fait preuve de retenue judiciaire, dans la mesure où elle n'utilise pas dans leur plénitude ses pouvoirs de contrôle.

Ainsi, l'influence d'une juridiction internationale chargée de surveiller le respect des droits de l'homme constitue fondamentalement une source d'inspiration pour les juridictions nationales. L'impact qu'a eu la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour constitutionnelle hongroise alors nouvellement créée illustre parfaitement ce point.

La Convention a influencé le contrôle constitutionnel et l'interprétation de la Constitution en Hongrie. La Cour constitutionnelle se référait à la Convention avant même la ratification de celle-ci par la Hongrie. « Avant la période initiale, d'élaboration, de la juridiction constitutionnelle en Hongrie, toutefois, la référence à une disposition donnée de la Convention était en réalité surtout un témoignage de la prise en compte et de la recherche de « standards européens », elle visait davantage à rattacher la pensée juridique hongroise à des « normes européennes » qu'à utiliser la Convention européenne des droits de l'homme dans son véritable rôle dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. »¹¹

¹¹ László Sólyom, « The interaction between the case-law of the European Court of Human Rights and the protection of freedom of speech in Hungary », in *Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag GmbH, Cologne, 2000, p. 1317f.

Pour illustrer l'effet contraire que peuvent avoir des décisions permissives de la Cour, on peut renvoyer, par exemple, à l'affaire *Rekvényi c. Hongrie*¹². Dans son arrêt *Rekvényi*, en effet, la Cour « a fait preuve de compréhension lorsqu'elle a été confrontée à des situations où une démocratie cherchait à se consolider dans une période de transition »¹³, pour reprendre les mots utilisés par le président Wildhaber dans un commentaire sur l'arrêt. Malheureusement, l'affaire n'a pas eu pour effet de faire progresser la jurisprudence de la Cour constitutionnelle hongroise en matière de protection des droits de l'homme, mais elle a produit sur celle-ci un effet d'érosion. Dans les années qui ont suivi l'arrêt *Rekvényi*, en effet, la Cour constitutionnelle, se référant audit arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, a, dans une série de décisions, véritablement assoupli les standards constitutionnels internes.

Pareille attitude était pourtant contraire à la philosophie initiale de la Cour constitutionnelle hongroise concernant la question de la transition. La Cour constitutionnelle hongroise avait en effet fermement déclaré que les circonstances historiques uniques de la transition et la situation historique donnée pouvaient certes être prises en considération, mais que les garanties fondamentales de l'Etat de droit ne pouvaient être écartées par référence aux situations historiques et que l'on ne pouvait pas créer un Etat de droit en bafouant l'état de droit.¹⁴

La Cour constitutionnelle hongroise, s'écartant de son interprétation antérieure, fixa ainsi en 2000 et en 2001 les limites de la liberté d'expression¹⁵ et de la liberté de réunion sur la base de ce que la Cour avait dit dans l'affaire *Rekvényi*¹⁶. « La Cour a déterminé les causes sociales justifiant la restriction en prenant en considération les particularités de l'histoire de la Hongrie, comme la Cour européenne l'a fait dans l'affaire *Rekvényi c. Hongrie*. »¹⁷

Dans ses décisions antérieures, la Cour constitutionnelle avait toujours apprécié les circonstances historiques (la plupart du temps le changement de régime politique considéré comme un fait) en reconnaissant que pareilles circonstances pouvaient rendre nécessaire une certaine limitation de droits fondamentaux, mais elle n'avait jamais admis la moindre dérogation aux exigences de constitutionnalité basée sur le simple fait que le régime politique avait changé. Les lois justifiées par le changement de régime politique comme les restrictions contenues dans ces lois devaient selon elle rester dans les limites de la Constitution en vigueur. Dans sa décision concernant les limites de la liberté d'expression, la Cour constitutionnelle, reproduisant ce que la Cour européenne avait dit dans son arrêt *Rekvényi*, s'exprima comme suit : « Compte tenu de la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales en la matière, la Cour estime que, dans ce contexte historique précis,

¹² Arrêt *Rekvényi c. Hongrie* [GC], no 25390/94, CEDH 1999-III.

¹³ « Discours prononcé par M. Luzius Wildhaber à l'occasion de la cérémonie d'ouverture de l'année judiciaire, le 20 janvier 2006 », *Dialogue entre juges* 2006, p. 101.

¹⁴ Cour constitutionnelle de Hongrie, décision 11/1992. Reproduite en anglais dans László Sólyom et Georg Brunner, *Constitutional Judiciary in a New Democracy*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 2000, p. 221.

¹⁵ Cour constitutionnelle de Hongrie, décisions 13/2000 et 14/2000 (la seconde décision citant une bonne partie de l'arrêt *Rekvényi*).

¹⁶ Cour constitutionnelle de Hongrie, décision 55/2001.

¹⁷ Cour constitutionnelle de Hongrie, décision 13/2000.

les mesures pertinentes prises en Hongrie pour protéger les forces de police de l'influence directe des partis peuvent passer pour répondre à un « besoin social impérieux » dans une société démocratique. »¹⁸

Ainsi, la décision de la Cour européenne des droits de l'homme a produit l'effet imprévu d'abaisser les standards qui étaient auparavant utilisés par la Cour constitutionnelle.

Dans l'affaire *Bukta et autres c. Hongrie*, la Cour de Strasbourg a estimé à juste titre que « la dispersion de la réunion pacifique des requérants ne [pouvait] être considérée comme une mesure nécessaire dans une société démocratique pour atteindre les buts poursuivis. »¹⁹ De manière paradoxale, la Cour, par ledit arrêt, censura la décision du tribunal régional de Budapest qui faisait référence à la jurisprudence de Strasbourg et à une décision de la Cour constitutionnelle qui citait l'arrêt *Rekvényi*.

5. CONCLUSIONS

Dans ces conditions, je formulerai une mise en garde concernant l'utilisation des standards internationaux : si le respect par une juridiction européenne de traditions juridiques nationales ou communautaires distinctes doit passer pour relever d'une retenue judiciaire louable, la réduction du niveau de protection assuré par des juridictions internes au prétexte que les standards minimums basés sur le consensus se situent à un niveau inférieur n'est pas acceptable.

Il convient d'évoquer un autre danger de la notion de consensus, qui est à double tranchant. On peut se demander si la notion de consensus est synonyme d'unanimité ou de pratique acceptée par une large majorité d'Etats. Comme on l'a dit ci-dessus, dans le contexte de la Convention elle signifie plutôt « convergence » ou « commun dénominateur ». Même si l'application de la Convention n'exige pas l'acceptation du caractère universel des droits de l'homme qui s'y trouvent protégés, un certain « noyau dur » des droits de l'homme doit être défendu, y compris contre la majorité ou le consensus – à l'image des droits fondamentaux inaliénables (*unabdingbarer Grundrechtsstandard*) en Allemagne. Comme l'a fort justement dit le juge Jackson de la Cour suprême des Etats-Unis : « Le but même d'une déclaration des droits était de soustraire certains domaines des vicissitudes de la controverse politique, de les placer hors de portée des majorités et des personnes au pouvoir et de les ériger en principes juridiques devant être appliqués par les tribunaux. Les droits de chacun à la vie, à la liberté, au respect de la propriété, à la liberté d'expression, à la liberté de la presse, à la liberté des cultes et à la liberté de réunion ne peuvent être mis au vote ; ils ne sont pas suspendus au résultat d'une élection. »²⁰

La liberté d'expression (même en matière commerciale) fut également considérée comme une valeur supérieure par les neuf juges minoritaires de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *markt intern Verlag GmbH et Klaus*

Beermann c. Allemagne, qui se solda par un arrêt acquis à une majorité de dix voix contre neuf : « Les considérations qui s'y trouvent développées au sujet de la « marge d'appréciation » des Etats nous inquiètent sérieusement. Comme le démontre le résultat auquel elles aboutissent en l'espèce, elles ont pour effet de réduire à peu de chose la liberté d'expression en matière commerciale. »²¹

Dans certaines affaires, la Cour n'a pas jugé décisive l'absence d'un consensus européen. Dans l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2), par exemple, elle a déclaré que « pour ce qui est de l'existence ou non d'un consensus au sein des Etats contractants (...) le fait qu'on ne puisse discerner aucune approche européenne commune en la matière ne saurait être déterminant pour la question à trancher. »²² La Cour constitutionnelle allemande a offert dans ses affaires *Solange II*, *Maastricht*, et *Görgülü*, une solution viable au rapport entre standards internationaux et standards internes. Dans le dernier arrêt cité, elle s'est exprimée comme suit au sujet de la relation entre la Convention et la Loi fondamentale : « Le texte de la Convention et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme servent, au niveau du droit constitutionnel, de guide d'interprétation dans la détermination du contenu et de la portée des droits fondamentaux et des principes constitutionnels de la Loi fondamentale, pourvu que cela n'aboutisse pas à une restriction ou à une réduction de la protection des droits individuels fondamentaux garantis par la Loi fondamentale – résultat non recherché par la Convention. »²³

La prééminence du droit au niveau transnational ne doit laisser aucune marge d'appréciation dans les affaires concernant le « noyau dur » des droits de l'homme, et elle exige une certaine précaution dans les autres affaires. Il s'agit, en effet, d'éviter la tyrannie de la majorité et de protéger les communautés qui sont les plus vulnérables : les minorités au sein des Etats.

¹⁸ Cour constitutionnelle de Hongrie, décision 14/2000. Le passage cité de l'arrêt *Rekvényi* est le paragraphe 48.

¹⁹ *Bukta et autres c. Hongrie*, no 25691/04, § 38, à paraître dans CEDH 2007.

²⁰ *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 US (1943) 624, 638.

²¹ Opinion dissidente commune aux juges Gölcüklü, Pettiti, Russo, Spielmann, De Meyer, Carrillo Salcedo et Valticos dans l'arrêt *markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne* du 20 novembre 1989, série A no 165, qui critiquait la doctrine de la marge d'appréciation telle que la majorité l'avait exposée aux paragraphes 33 et 37 de son arrêt.

²² Arrêt *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2) [GC], n° 74025/01, § 81, CEDH 2005-IX.

²³ BVerfGE 111, 307 (2004), HRLJ 25 (2004) p. 103.

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



Jean-Paul Costa

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

En voyant le nombre et la qualité de l'auditoire venu, cette année encore, assister à l'audience solennelle de rentrée de notre Cour, je me sens l'agréable devoir de vous remercier, tous et toutes, pour votre présence dans cette salle. Et puisque, selon un usage qui n'est peut-être pas un principe général du droit mais qui est généralement reconnu, la période des vœux ne s'achève qu'à la fin du mois de janvier, permettez-moi, au nom de mes collègues et en mon nom, de vous souhaiter une heureuse année 2008, tant pour vous-mêmes que pour ceux qui vous sont chers.

Je suis également très heureux de pouvoir saluer M^{me} Louise Arbour, Haut Commissaire aux droits de l'homme des Nations unies, qui a bien voulu accepter notre invitation et à qui, dans quelques minutes, je céderai la parole. A la suite d'une très brillante carrière nationale et internationale, Louise Arbour occupe actuellement un poste qui symbolise l'universalité des droits de l'homme et leur prise en charge par la communauté mondiale dans son ensemble. Sa présence est particulièrement heureuse au début d'une année qui marquera le 60^e anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Sans la proclamation de la Déclaration universelle, sans la dynamique qu'elle a enclenchée, nous ne serions pas ici ce soir parce qu'il n'y aurait pas eu de conventions régionales telles que la Convention européenne, ou en tout cas pas si tôt et pas dans les mêmes conditions.

Mesdames et Messieurs, la rentrée judiciaire de 2007 avait coïncidé avec le départ de mon prédécesseur et ami, le Président Luzius Wildhaber, et avec ma prise de fonctions. Aussi est-il naturel que je dresse un bilan d'activité de notre Cour. Mais je voudrais d'abord revenir à cette notion de droits de l'homme, qui est au cœur même de notre action.

La situation des droits de l'homme dans le monde est fortement contrastée. En Europe, qui à certains égards est privilégiée par rapport à d'autres régions, cette situation est variable suivant les pays, mais soumise à des dangers communs. La globalisation ne touche pas que l'économie ; elle affecte tous les domaines de la vie internationale. Le terrorisme, par exemple, n'a pas épargné l'Europe au cours des dernières années, et il demeure une menace constante, qui oblige les Etats au difficile effort de concilier les impératifs de la sécurité avec la préservation des libertés fondamentales. De même, l'immigration est à la fois une chance et un défi pour notre continent, qui doit accueillir les victimes de persécutions et protéger la vie privée et familiale des immigrants, mais qui en même temps ne peut pas faire abstraction d'une inévitable régulation, pourvu qu'elle soit faite de

façon humaine et en respectant la dignité des personnes. La montée de la violence privée oblige la justice pénale à réprimer les actes illicites et à punir les coupables tout en rendant justice aux victimes ; mais cette obligation ne dispense pas les juges et l'administration pénitentiaire, les uns de respecter l'équité du procès et la proportionnalité des peines, l'autre de garantir les droits des détenus et de leur épargner des traitements inhumains ou dégradants.

Notre Cour se trouve placée au carrefour de ces tensions, voire de ces contradictions. Et que dire de l'évidente corrélation entre les conflits internes et internationaux et l'aggravation des risques pour les droits de l'homme, sinon que l'Europe n'est pas une île heureuse, à l'abri des guerres et des crises ? Certes, la *pax europæana* est globalement assurée, mais nombreux restent les foyers périlleux, dans les Balkans, dans le Caucase, aux marges du continent ; après tout, le conflit dans l'ex-Yougoslavie s'est achevé il n'y a guère plus de dix ans. Bref, notre Cour n'a pas à gérer que des situations tranquilles. En tout état de cause, la situation des droits de l'homme est partout fragile, elle peut s'aggraver sous la pression de circonstances particulières, les droits de l'homme sont toujours à reconquérir. Cette précarité des droits fondamentaux fut la raison de la création de notre Cour ; elle en reste la permanente justification. Il est vrai que les fondateurs du Conseil de l'Europe et les auteurs de la Convention ont parié sur une amélioration progressive, tout en liant étroitement les droits de l'homme, l'Etat de droit et la démocratie. Ces trois principes ne peuvent donc progresser qu'ensemble. Si on fait remonter le bilan aux années 1950, nul doute que, avec des hauts et des bas, tel a été le cas. Le système européen a sûrement contribué à consolider les droits fondamentaux, mais aussi à en étendre la liste, dans un mouvement à la fois créatif et ascendant.

Quant à l'année 2007, elle aura été pour nous celle de certaines désillusions, révélatrices d'une crise déjà ancienne, mais qui heureusement sont contrebalancées par des perspectives plus encourageantes. Les chiffres montrent que les tendances constatées depuis plusieurs années n'ont fait que s'accroître. En 2006, 39 000 requêtes nouvelles avaient été enregistrées en vue d'une décision judiciaire. En 2007, ce nombre dépasse 41 000, en augmentation de 5 %. Le nombre total d'arrêts et de décisions rendus, lui, a légèrement diminué (de 4 %) et se situe autour de 29 000. Logiquement le nombre total d'affaires en instance est passé de 90 000 à 103 000 (dont 80 000 attribuées à une formation judiciaire), en hausse de 15 % environ. Un peu plus de 1 500 arrêts ont été rendus sur le fond. Par ailleurs, la proportion des requêtes terminées à la suite d'une décision d'irrecevabilité ou de radiation du rôle demeure considérable : 94 %. Cette proportion est révélatrice d'une anomalie. Ce n'est pas la vocation d'une cour créée pour protéger le respect des droits et libertés que de rejeter l'immense majorité des plaintes, et le nombre excessif de celles-ci montre à tout le moins que la finalité de l'institution est mal comprise.

Ces éléments statistiques appellent deux compléments. D'une part, l'effort des juges et des membres du greffe ne s'est nullement relâché en 2007. Il s'est même accentué, et je tiens à leur en rendre hommage. Des tâches complémentaires, mais importantes, ont alourdi leur travail. Ainsi, il n'y a jamais eu autant de demandes d'application de mesures provisoires : en 2007, plus de 1 000 ont été présentées,

et 262 accordées, le plus souvent dans des affaires délicates touchant aux droits des étrangers et au droit d'asile, qui exigent de gros efforts, le plus souvent dans la précipitation.

En fait, l'écart entre les entrées et les sorties s'explique essentiellement par la hausse du nombre de requêtes nouvelles, mais aussi par le début d'une politique nouvelle. Nous avons en effet décidé d'axer davantage nos efforts sur les affaires fondées, notamment sur celles de caractère complexe. Cela explique la légère diminution des affaires rejetées, en particulier par les comités de trois juges. Nous réfléchissons aussi aux moyens de développer la méthode des arrêts pilotes (ce que recommande le Groupe des sages dont je reparlerai), et avons commencé à développer une définition plus systématique des affaires prioritaires. D'autre part, le retard accumulé est très inégalement réparti puisque les requêtes formées contre cinq Etats représentent près de 60 % du total des requêtes en instance ; la Fédération de Russie concentre à elle seule près du quart du « stock » total des requêtes devant la Cour.

Il me faut d'ailleurs indiquer que cette situation en effet alarmante n'a pas empêché la Cour de rendre d'importants arrêts, dont je donnerai quelques exemples dans un instant. Je peux en outre témoigner que l'autorité et le prestige de la Cour ne sont pas entamés. Je l'ai observé au cours des missions que j'ai effectuées dans les Etats et lors des rencontres à haut niveau qui se sont faites à Strasbourg. Les visites à la Cour sont d'ailleurs devenues une étape incontournable de tout voyage ici, et il arrive qu'elles proviennent d'autres continents que l'Europe, attentifs à notre juridiction et à son activité. Nos arrêts sont mieux connus et dans l'ensemble mieux exécutés, même si des efforts restent à faire – je tiens en passant à remercier le Comité des Ministres, chargé de veiller à cette exécution ; et les nombreuses rencontres avec les juridictions nationales et internationales, ainsi que la participation croissante de la Cour à des actions de formation de juges et de magistrats permettent de mieux faire connaître la Convention et notre jurisprudence. D'importants progrès ont été réalisés sur le plan informatique et des technologies modernes pour faciliter l'accès à l'information en provenance du greffe (y compris l'accès aux requêtes au stade de leur communication au Gouvernement) et même pour permettre d'assister, par notre site Internet, aux audiences de la Cour, à présent visibles dans le monde entier par tout internaute. Je remercie le gouvernement de l'Irlande de nous avoir fourni une aide précieuse dans ce domaine.

Je voudrais à présent donner quelques exemples de la jurisprudence récente de notre Cour, qui frappe par sa diversité.

Les requêtes *Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*¹ concernaient des événements au Kosovo. Je n'en parlerai pas en détail, Mme Louise Arbour étant mieux placée pour analyser ces décisions, rendues dans le contexte des opérations de maintien de la paix menées au Kosovo par les Nations unies, à travers la KFOR et la MINUK. Je me bornerai à dire que la Cour a estimé que les actions et omissions des Parties contractantes ne relevaient pas de son contrôle et a rejeté les requêtes comme irrecevables.

¹ (déc.) [GC], nos 71412/01 et 78166/01, 2 mai 2007.

La Cour a dû à nouveau constater des cas de torture à raison de traitements infligés à des personnes se trouvant en détention, et conclure à une double violation de l'article 3 de la Convention : sous l'angle matériel, pour l'existence des sévices eux-mêmes et, sous l'angle procédural, pour l'absence d'enquête effective au sujet des allégations de torture, malgré des constatations médicales. Ainsi, dans l'affaire *Mammadov c. Azerbaïdjan*², un dirigeant d'un parti d'opposition fut victime pendant sa garde à vue de la *falaka*, c'est-à-dire de coups sur la plante des pieds. Ainsi encore, dans l'affaire *Tchitaïev c. Russie*³, deux frères russes d'origine tchéchène endurèrent des souffrances particulièrement graves et cruelles.

Dans son arrêt *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France*⁴, la Cour s'est penchée sur la procédure dite de « l'asile à la frontière », lorsque le demandeur d'asile est placé dans une zone d'attente à l'aéroport et se heurte à une décision de refus d'admission sur le territoire. Si ce demandeur court un risque sérieux de torture ou de mauvais traitements dans son pays d'origine, l'article 13 de la Convention exige, selon la Cour, qu'il ait accès à un recours de plein droit suspensif. Or tel n'avait pas été le cas en l'espèce. Je signale qu'un tel recours a été introduit par le législateur quelques mois après notre arrêt et pour s'y conformer.

Les questions soulevées par l'affaire *Evans c. Royaume-Uni*⁵ revêtaient un caractère éthiquement délicat. Il s'agissait du prélèvement d'ovules en vue d'une fécondation *in vitro*. La requérante se plaignait que le droit interne autorisât son ex-compagnon à révoquer son consentement à la conservation et l'utilisation d'embryons, ce qui l'empêchait d'avoir un enfant avec lequel elle eût un lien génétique. La Cour admet que la notion de « vie privée » recouvre le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent. Elle ne juge donc pas contraire à l'article 8 de la Convention l'obligation légale d'obtenir le consentement du père pour conserver et implanter des ovules fécondés. En revanche, elle a considéré dans l'affaire *Dickson c. Royaume-Uni*⁶ que l'article 8 en question avait été violé en raison du refus opposé à une demande d'insémination artificielle présentée par un détenu dont l'épouse se trouvait en liberté, un juste équilibre n'ayant pas été ménagé entre les intérêts publics et privés en présence.

Enfin, la Cour a conclu dans deux affaires importantes à la violation du droit à l'instruction, garanti par l'article 2 du Protocole n° 1. La première, *Folgerø et autres c. Norvège*⁷, concernait le refus de dispenser totalement les élèves des écoles publiques du primaire et du premier cycle du secondaire du cours de christianisme, religion et philosophie. Très partagée dans son vote, la Cour a estimé que l'Etat défendeur n'avait pas assez veillé à ce que les informations et connaissances figurant au programme de ce cours soient diffusées de manière suffisamment objective, critique et pluraliste. Dans la seconde affaire, *D.H. et autres c. République tchèque*⁸, elle a jugé discriminatoire et contraire à l'article 14

2 N° 34445/04, 11 janvier 2007.

3 N° 59334/00, 18 janvier 2007.

4 N° 25389/05, 26 avril 2007.

5 [GC], n° 6339/05, 10 avril 2007.

6 [GC], n° 44362/04, 4 décembre 2007.

7 [GC], n° 15472/02, 29 juin 2007.

8 [GC], n° 57325/00, 13 novembre 2007.

de la Convention le placement d'enfants roms dans des écoles spéciales destinées aux enfants souffrant d'un handicap mental. Elle a considéré que les Roms, en tant que minorité défavorisée et vulnérable, ont besoin d'une protection spéciale qui s'étend également au domaine de l'éducation.

Comme vous le voyez, ces quelques affaires dénotent la variété, la difficulté et souvent la gravité des problèmes portés devant notre juridiction.

Venons-en à la situation présente et à l'avenir. La principale cause de déception, pour la Cour, et le mot est faible, tient à ce que le Protocole n° 14 n'est pas encore entré en vigueur. Lors du colloque de Saint-Marin, en mars dernier, j'avais solennellement appelé la Fédération de Russie à ratifier cet instrument, dont nul n'ignore que ses dispositions procédurales donnent à la Cour les moyens d'une efficacité nettement accrue. Cet appel, soutenu par les différentes composantes du Conseil de l'Europe, a trouvé un écho favorable, à plusieurs reprises, au sein des plus hautes juridictions de cet Etat. Mais il est un fait qu'il n'a toujours pas été suivi d'effet. Je le regrette profondément. En ce qui concerne les motifs de cette attitude, je ne sonderai pas les cœurs et les reins, car une part de mystère demeure. En revanche, j'ai lu certaines informations selon lesquelles la Cour serait devenue politique, ou rendrait parfois des décisions de caractère non juridique. Si de tels propos ont été tenus, ils sont inacceptables. Notre juridiction n'est pas plus infaillible qu'aucune autre, mais elle n'est guidée par aucune, je dis bien aucune, considération politique. Vous le savez tous ; il est bon que je le confirme. J'espère toujours que la raison et la bonne foi prévaudront et que, dans les semaines qui viennent, ce grand pays, le principal pourvoyeur d'affaires à Strasbourg, reviendra sur une décision ou sur une absence de décision qui nous affaiblit et discrédibilise le concert européen tout entier. Je conserve donc cet espoir mais, comme l'a écrit Albert Camus : « L'espoir, au contraire de ce qu'on croit, équivaut à la résignation. Et vivre, c'est ne pas se résigner. »

Ou bien le Protocole pourra être appliqué, et, au-delà de ses effets immédiatement bénéfiques, il sera possible d'envisager l'avenir de façon rationnelle en étudiant, sur la base du Protocole n° 14, le rapport du Groupe des sages, créé par le Conseil de l'Europe lors de son 3e Sommet à Varsovie en mai 2005, et en retenant certaines de ses propositions qui touchent à l'efficacité à long terme du contrôle de la Convention. Ou bien au contraire la ratification n'interviendra pas rapidement, et il est impossible de laisser le système s'enliser sous l'effet d'un afflux continu de recours dont la plupart n'ont aucune chance sérieuse de succès.

Le recours individuel est une caractéristique majeure du système européen, unique en son genre, conquise difficilement et finalement généralisée voici moins de dix ans. J'ai maintes fois répété qu'il n'était pas sérieusement envisageable d'y renoncer délibérément, et je note en passant que, pour l'abolir, il faudrait modifier la Convention par un Protocole, ce dont l'expérience montre la difficulté ! Mais aucune juridiction suprême, nationale ou internationale, ne me semble pouvoir faire l'économie de procédures de non-admission, ou de rejet sommaire, bref de filtrage. Il faudra bien que la Cour, approuvée en cela, j'en suis convaincu, par le Comité des Ministres, trouve en son sein des procédures qui, sans violer la Convention, lui permettent de renverser les proportions ; donc de juger plus rapidement et avec des moyens accrus les requêtes qui posent de vrais problèmes, et plus sommairement celles qui, même quand leurs auteurs agissent de bonne foi, sont objectivement

dénuées de mérite ou ne leur causent par elles-mêmes pas de réel préjudice. La politique de définition plus précise de priorités, déjà évoquée, s'inscrit dans le cadre de cette redistribution entre les requêtes, ou, pour le dire autrement, de traitement différencié, à la fois équitable et inévitable. Il s'agit en somme, si on ne peut pas appliquer immédiatement et à la lettre le Protocole n° 14, de s'inspirer au maximum de son esprit, en n'oubliant pas que ce sont les Etats qui l'ont élaboré et que tous l'ont signé. Nous n'irons pas dans le mur. Mais, si l'obstacle demeurerait, nous nous efforcerions de le contourner.

Il y a encore, cependant, des raisons d'être préoccupé. Pour différentes raisons, mais en particulier du fait de l'absence d'entrée en vigueur du Protocole n° 14 et de ses dispositions quant à la durée du mandat des juges, nombreux sont ceux qui vont quitter la Cour simultanément au cours du premier semestre de cette année. Un renouvellement aussi important ne manquera pas de poser des problèmes de continuité et d'expérience. Bien entendu, nous accueillons avec chaleur et confiance leurs successeurs, qui se fonderont dans notre juridiction et lui apporteront, elles et eux, leur énergie et leurs qualités. Mais je souhaite remercier les juges sortants de tout ce qu'ils ont apporté à la Cour. Et, sans vouloir m'immiscer dans les affaires des Etats, je souhaite avec insistance qu'ils soient employés au niveau requis par leur valeur et par l'expérience acquise au sein d'une haute juridiction internationale. Il y va de leur intérêt, de l'image de notre Cour, et des services que leurs qualités peuvent rendre à leur système national.

J'ajoute que les juges qui quittent Strasbourg ne bénéficient pas d'une pension, contrairement à ce qui se passe dans les autres juridictions internationales.

C'est pourquoi la Cour s'est battue et continue de se battre pour la mise en place d'un régime valable de protection sociale des juges, incluant un système de pension, mettant ainsi fin à une anomalie qui ne s'explique que pour des raisons historiques, liées à l'absence d'un véritable statut pour les juges. Le rapport du Groupe des sages indique qu'il considère comme impérative la mise en place d'un système de sécurité sociale et de bénéfice d'une pension. Nous en discutons actuellement avec le Secrétaire général du Conseil de l'Europe, et bientôt avec le Comité des Ministres.

Mesdames et Messieurs, j'indiquais que la situation comporte des perspectives encourageantes. Certaines sont internes à notre système institutionnel, d'autres lui sont extérieures.

Le Comité directeur pour les droits de l'homme a été mandaté par le Comité des Ministres pour examiner les recommandations du Groupe des sages. Il devra donc proposer en toute hypothèse, avec bien sûr l'avis de notre institution, les suites à donner à ces différentes recommandations.

Le Comité des Ministres lui-même devra se poser la question des moyens à mettre en œuvre, de caractère procédural et de caractère budgétaire, pour permettre au système de fonctionner et de survivre, même dans l'hypothèse de l'absence de ratification du Protocole n° 14.

Il y a donc des possibilités – s'il existe une volonté politique. Mieux vaudrait que celle-ci s'exprime à 47 plutôt qu'à 46, mais si elle ne peut s'exprimer qu'à 46, c'est déjà quelque chose.

Il y a aussi plusieurs raisons, extérieures au système proprement dit, de ne pas se décourager.

Tout d'abord, l'expérience montre que, de plus en plus, les juridictions nationales, et au premier chef les cours suprêmes et constitutionnelles, intègrent la Convention européenne dans leur droit interne, se l'approprient en quelque sorte par leur jurisprudence. Les législateurs nationaux vont dans le même sens, par exemple quand ils mettent sur pied des voies de recours interne à épuiser, sous peine d'irrecevabilité de la requête portée à Strasbourg, ou quand ils traduisent sans délai par des lois ou des règlements les effets à tirer des arrêts de notre Cour. La voie de la subsidiarité, je préférerais dire de la solidarité, entre systèmes nationaux et contrôle européen me semble fructueuse. A moyen terme, elle réduira le flux des entrées. Tous les contacts que j'ai pu avoir avec les autorités nationales me montrent qu'il y a une prise de conscience par les exécutifs, les Parlements, les juges, de la nécessité pour les Etats de prévenir les violations des droits de l'homme et d'y remédier lorsqu'elles n'ont pu être évitées.

Il ne faut pas sous-estimer non plus la collaboration de notre juridiction avec les organes et institutions du Conseil de l'Europe, et je me réjouis de l'intérêt qu'ils nous témoignent et de l'aide qu'ils s'efforcent de nous apporter.

Les recommandations et résolutions du Comité des Ministres et de l'Assemblée parlementaire, les rapports du Commissaire aux droits de l'homme, ainsi que de différents comités sous l'égide du Secrétariat général servent souvent de source d'inspiration à nos jugements. Mais ces textes peuvent aussi jouer un rôle préventif des violations, évitant des recours devant la Cour. Dans le même esprit, il est possible d'attendre, comme les sages dans leur rapport, une action bénéfique des *ombudsmen* et médiateurs nationaux.

Je fonde enfin de grands espoirs sur l'adhésion à la Convention de l'Union européenne. Retardée par les vicissitudes que l'on sait, le Traité de Lisbonne la rend à nouveau possible, même s'il faudra du temps pour la rendre techniquement effective. Cette adhésion renforcera l'indispensable convergence entre la jurisprudence des deux grandes juridictions européennes, la Cour de justice des Communautés européennes et la nôtre – qui ne sont d'ailleurs nullement concurrentes mais fortement complémentaires et qui coopèrent déjà dans le meilleur esprit. Au-delà de ce bénéfice en quelque sorte technique, on peut attendre de cette adhésion une synergie, un renforcement des liens entre les deux Europe, la coopération de notre Cour à la construction d'un espace judiciaire européen unique des droits fondamentaux. Cela sera dans l'intérêt de tous les justiciables européens, en tout cas de ceux aux droits et libertés desquels il est porté atteinte.

Mesdames et Messieurs, il est temps pour moi de conclure, avant de céder la parole à M^{me} le Haut Commissaire Louise Arbour.

Au terme de ma première année de mandat, je ne peux cacher, et je ne vous l'ai pas caché, que notre Cour rencontre des difficultés. Peut-être peut-on dire sans exagération que la crise à laquelle elle est confrontée est sans précédent dans sa déjà longue histoire.

Mais l'autorité, le rayonnement, le prestige de notre juridiction sont intacts. Et surtout la cause des droits de l'homme est si noble qu'elle interdit tout découragement, qu'au contraire elle exige que nous continuions inlassablement de rouler le rocher de Sisyphe, en faveur de cette cause, objectif et raison d'être de notre Cour. Il y va des droits des requérants, de la justice à rendre à l'action de ceux qui les aident, avocats ou organisations non gouvernementales, mais aussi de l'intérêt des Etats. Ceux-ci ont librement consenti à un Pacte dont l'effet est de les juger, et ils ont tout à gagner à ce que sa mise en œuvre demeure efficace, sauf à renier ce qu'ils ont voulu.

Nous avons besoin dans notre tâche de l'aide de tous nos Etats membres. Permettez-moi de citer des personnages célèbres de deux d'entre eux. Il s'agit d'abord du Stathouder de Hollande, Guillaume le Taciturne, dont vous connaissez la fière devise : « Point n'est besoin d'espérer pour entreprendre, ni de réussir pour persévérer. » Je rappellerai ensuite ce que disait le grand Wolfgang von Goethe : « Quoi que tu rêves d'entreprendre, commence-le. L'audace a du génie, du pouvoir et de la magie. »

Ne pas se résigner, entreprendre. Il me semble que la Cour européenne des droits de l'homme, aujourd'hui, n'a pas d'autre choix.

Je vous remercie.

Louise Arbour

**Haut Commissaire aux droits
de l'homme des Nations Unies**



Monsieur le Président Costa, Membres de la Cour, Mesdames, Messieurs, chers amis et collègues,

C'est un immense honneur pour moi de participer à l'audience de rentrée de la Cour européenne des droits de l'homme. J'ai toujours porté un grand intérêt aux travaux de la Cour et au rôle institutionnel clé qu'elle joue dans l'interprétation et le développement du droit international ayant trait aux droits humains, non seulement dans le cadre de mes fonctions actuelles de Haut Commissaire aux droits de l'homme mais également quand j'étais juge à la Cour suprême du Canada.

Monsieur le Président, le système régional européen de protection des droits humains a souvent valeur de modèle pour le reste du monde. Assurément, le système de protection établi sous l'égide de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales fournit la preuve qu'un mécanisme régional peut, voire doit, être le garant de la protection des droits humains lorsque les systèmes nationaux – même les plus performants – manquent à leurs obligations. L'expérience européenne démontre qu'un système régional peut – avec le temps et un engagement soutenu – développer sa propre culture de protection, en s'inspirant de ce que les différents systèmes juridiques nationaux et les différentes cultures offrent de meilleur. Le bien-fondé de cette approche a été confirmé tant en Amérique par la Cour interaméricaine des droits de l'homme que sur le continent africain, avec la création encore plus ambitieuse d'un mécanisme de protection régional, comprenant maintenant une Cour et associant l'intégralité des Etats africains.

En tant que Haut Commissaire aux droits de l'homme, je déplore depuis longtemps le fait que l'Asie ne bénéficie d'aucun système similaire. Certains doutent de la viabilité d'un tel système au vu de la taille et de la diversité du continent asiatique. L'exemple africain servira peut-être à démontrer le contraire. Un premier engagement politique a récemment vu le jour au niveau sous-régional : les Etats de l'ASEAN ont convenu en novembre dernier de l'établissement – en vertu de la Charte fondatrice – d'un système régional des droits humains pour les Etats appartenant à l'ASEAN. Je suis persuadée qu'à mesure que ce système se mettra en place,

les leçons de l'histoire et les enseignements tirés des expériences européenne, américaine et africaine permettront de développer un système de protection régional efficace doté d'une architecture solide, qui saura gagner la confiance des principaux intéressés. J'espère qu'un jour toute personne, partout dans le monde, pourra avoir recours à un mécanisme régional de ce type en cas de défaillance de son propre système national. Les mécanismes régionaux étant plus proches des réalités locales, ils seront inévitablement sollicités en premier lieu, alors que la protection internationale offerte dans le cadre des Nations unies demeurera plus souvent un dernier recours.

Monsieur le Président, plusieurs prétendent que la Cour européenne des droits de l'homme est devenue victime de son propre succès, vu le nombre déjà important et toujours croissant de dossiers dont elle est saisie. Ses procédures élaborées, il y a plusieurs années, ne permettent pas à la Cour de traiter un tel volume d'affaires dans des délais raisonnables. Je regrette ainsi que le Protocole n° 14, qui prévoit des procédures plus efficaces en amendant le système de contrôle de la Cour, n'ait pas été ratifié par tous les Etats parties à la Convention. J'espère sincèrement que cet instrument additionnel entrera en vigueur rapidement afin de permettre à la Cour de gérer de façon plus efficace le volume de plaintes qui lui est présenté.

Il est même possible que ces réformes ne décongestionnent que temporairement la Cour et qu'au final celle-ci doive s'écarter du concept d'accès personnel universel pour créer plutôt un système d'appels sélectifs, ce qui est déjà bien sûr pratique courante devant les cours d'appel au niveau national. Cela permettrait d'utiliser les effectifs judiciaires limités de la Cour de façon plus opportune, pour cibler les dossiers qui concernent de vrais débats de droit international et de droits humains, et offrirait par là même la possibilité d'intensifier la réflexion sur les questions juridiques hautement complexes ayant des implications sociétales profondes.

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres de la Cour, à mes yeux, le contrôle réalisé par la Grande Chambre est un système qui a largement démontré son utilité depuis qu'il a été instauré. L'existence d'un second degré de juridiction exercé par une instance à composition élargie améliore de manière générale la précision des concepts juridiques et la rigueur doctrinale. Elle confère à l'abondante jurisprudence produite par les sections en première instance une cohérence qui serait difficile à obtenir par d'autres moyens. Les décisions rendues par la Grande Chambre l'année passée le confirment incontestablement. Tel est le cas de l'arrêt *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*¹, qui a apporté des précisions théoriques sur les questions que pose l'accès à la justice dans le secteur public sous l'angle de l'article 6 de la Convention.

D'autres affaires conduisent la Cour à analyser de manière très approfondie des questions sensibles pour les Etats membres du Conseil de l'Europe, sur lesquelles le consensus européen fait largement défaut. Des arrêts tels que celui rendu en l'affaire *Evans c. Royaume-Uni*² – qui concernait l'utilisation non consentie d'embryons – posent les jalons des débats que suscitent, dans les cercles politiques et la société

tout entière, des problèmes sociaux complexes et difficiles à résoudre. Les affaires *Ramsahai c. Pays-Bas*³ et *Lindon et autres c. France*⁴ – qui concernaient respectivement l'emploi de la force et la diffamation – figurent parmi celles où la Cour a été appelée à se prononcer sur des événements très controversés dans les pays où ils sont survenus et à rendre une décision contribuant grandement à apaiser la polémique. Ces affaires démontrent de manière éclatante l'influence positive que la fonction judiciaire internationale peut exercer à différents niveaux.

L'examen de la jurisprudence de Strasbourg dans la perspective onusienne des droits humains me conduit à m'arrêter sur une décision particulièrement remarquable prononcée l'année dernière, qui soulève des questions aussi complexes que stimulantes. Il s'agit de celle que la Grande Chambre a rendue dans les affaires connexes *Behrami c. France* et *Saramati c. France, Allemagne et Norvège*⁵, où elle était appelée à statuer sur la recevabilité de requêtes dirigées contre ces Etats membres de la Mission des Nations unies au Kosovo (la MINUK) et de la présence internationale de sécurité au Kosovo (la KFOR) à raison d'opérations que celles-ci menaient dans ce pays. Dans la première affaire, un enfant avait été tué et un autre gravement blessé par l'explosion d'une sous-munition dont le désamorçage incombait à la MINUK et à la KFOR selon les requérants. La seconde avait trait à l'arrestation et à la détention d'un individu par la MINUK et la KFOR.

Symptomatiques de l'étroite imbrication du droit international des droits humains et du droit international général que l'on observe aujourd'hui, ces affaires ont conduit la Cour à se pencher sur un écheveau particulièrement complexe d'instruments juridiques internationaux où se juxtaposaient notamment la Charte des Nations unies, les projets d'articles de la Commission du droit international portant respectivement sur la responsabilité des organisations internationales et sur la responsabilité des Etats, un accord militaire- technique, les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité des Nations unies, le règlement sur le statut, les privilèges et les immunités de la KFOR et de la MINUK ainsi que les principales procédures opérationnelles de la KFOR. Le Bureau des affaires juridiques des Nations unies, qui était intervenu dans la procédure, avait pour sa part soumis à la Cour des observations décrivant les éléments juridiques qui différenciaient la MINUK de la KFOR et concluant, à propos de l'accident causé par la sous-munition, que, « en l'absence des informations de terrain nécessaires de la part de la KFOR, l'inaction litigieuse ne saurait être attribuée à la MINUK ».

Ayant relevé que la KFOR était une entité exerçant des pouvoirs que le Conseil de sécurité lui avait légalement délégués en application du chapitre VII de la Charte et que la MINUK était un organe subsidiaire de l'ONU instauré en vertu du même texte, la Grande Chambre n'a pas suivi cette approche et a estimé, à l'unanimité, que « l'action et l'inaction litigieuses [étaient], en principe, attribuables à l'ONU ». Dans un autre passage de sa décision, elle a indiqué que les actes litigieux « [étaient] directement imputables à l'ONU ». Partant de ce principe, la Cour a recherché s'il y avait lieu de lever ce voile pour identifier les Etats membres

1 [GC], n° 63235/00, 19 avril 2007.

2 [GC], n° 6339/05, 10 avril 2007.

3 [GC], n° 52391/99, 15 mai 2007.

4 [GC], nos 21279/02 et 36448/02, 23 octobre 2007.

5 (déc.) [GC], nos 71412/01 et 78166/01, 2 mai 2007.

dont les forces avaient été effectivement impliquées dans les actes ou les omissions litigieux. Comme il fallait peut-être s'y attendre, la Cour s'est déclarée incompétente *ratione personae* pour examiner les griefs dirigés contre les États défendeurs et a conclu à l'irrecevabilité des requêtes en se fondant sur les objectifs des Nations unies et sur la nécessité de préserver l'efficacité des opérations de cette organisation.

Il va sans dire que pareille conclusion laisse de nombreuses questions sans réponses, notamment en ce qui concerne les conséquences qui pourraient – ou devraient – découler d'actions ou d'omissions « en principe attribuables à l'ONU ». Ne serait-ce que pour des raisons de principe, je souhaiterais que les Nations unies veillent à ce que leurs opérations et leurs pratiques respectent les garanties juridiques que les États doivent observer. A cet égard, il me semble que l'on pourrait tirer de l'expérience des spécialistes du droit et des responsables politiques – voire des solutions dégagées par la jurisprudence – des enseignements extrêmement précieux pour savoir comment parvenir à ce résultat et mettre en place des mesures de réparation en cas de manquement. La lutte contre le terrorisme, dont le système onusien des régimes de sanctions constitue un élément, pose des problèmes similaires qui ont été relevés notamment par la Cour de justice des Communautés européennes, qui a aussi indiqué dans ses décisions les moyens permettant d'y remédier. Je suivrai avec grand intérêt les réponses que la Cour apportera à ces questions, très délicates du point de vue jurisprudentiel mais d'une importance vitale.

Monsieur le Président, qu'il soit national ou régional, tout ordre juridique soumet ses acteurs à la tentation de s'en tenir aux fondements normatifs sur lesquels il repose. Ayant siégé dans des juridictions internes, je sais combien il est facile d'y succomber. Je sais aussi qu'elle peut grandir à mesure que la jurisprudence nationale s'enrichit et que le sentiment qu'il faut rechercher ailleurs des modèles et des sources d'inspiration décline. C'est pourquoi je souhaiterais souligner combien il est important d'observer que la Cour se réfère fréquemment et explicitement à des instruments juridiques qui lui sont extérieurs, et en particulier – de mon point de vue – aux traités relatifs aux droits humains élaborés par l'ONU ainsi qu'aux conclusions, aux observations générales et aux décisions sur des communications individuelles émanant des organes de contrôle des traités des Nations unies.

Pour ne citer qu'un exemple récent d'affaire où la Cour a fait appel à diverses sources externes, je mentionnerai l'arrêt *D.H. et autres c. République tchèque*⁶, où la Grande Chambre s'est amplement référée aux dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, à celles de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ainsi qu'à celles de la Convention relative aux droits de l'enfant, et où elle a renvoyé aux observations générales pertinentes du Comité des droits de l'homme des Nations unies ainsi qu'aux constatations opérées par celui-ci au sujet d'une communication individuelle dirigée contre l'État défendeur. La Cour s'est aussi appuyée sur des recommandations générales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale qui portaient respectivement sur la définition de la discrimination, sur la ségrégation raciale et l'apartheid ainsi que sur la discrimination à l'égard des Roms.

6 [GC], n° 57325/00, 13 novembre 2007.

Cette approche ouverte et généreuse me paraît exemplaire en ce qu'elle prend acte de l'universalité des problèmes juridiques ainsi que de l'imbrication des systèmes régional et international.

Le droit international est un domaine réellement menacé par une fragmentation inutile dans la mesure où les diverses instances chargées de l'interpréter risquent d'adopter des positions incohérentes – ou pire, carrément contradictoires – si elles ne tiennent pas suffisamment compte des diverses approches possibles et si elles ne motivent pas avec la rigueur qui s'impose le choix de la solution qui leur paraît la meilleure. Les conséquences en seraient particulièrement graves pour les droits humains, surtout dans l'hypothèse d'une divergence d'opinions quant à la portée des obligations d'un même État. Les garanties consacrées par la Convention européenne et par des instruments tels que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques se recoupant largement, l'exploitation par la Cour des sources normatives onusiennes limite les risques d'incohérence jurisprudentielle et accroît la probabilité que chacun des deux ordres juridiques concernés parvienne à des solutions plus satisfaisantes.

Il existe bien sûr des disparités dans le contenu de certaines dispositions des traités susmentionnés, et les différences que l'on observe dans les méthodes d'interprétation de tel ou tel point de droit selon que l'on se place dans l'un ou l'autre des deux systèmes sont parfois justifiées. J'ose cependant espérer que les divergences dans les solutions juridiques respectivement données par la Cour et un organe tel que l'ancien Comité des droits de l'homme à des problèmes essentiellement analogues sont rares, exceptionnelles. Indépendamment de toute considération tenant à la nécessité d'user avec circonspection des rares instances judiciaires internationales et de préserver la courtoisie entre les institutions juridiques internationales, il me semble plus conforme aux principes que les plaignants puissent débattre en détail d'une question de droit international des droits humains devant l'une des juridictions internationales plutôt que de déférer systématiquement à plusieurs de ces instances des problèmes juridiques essentiellement identiques. Il en résulte, à mon avis, qu'une instance internationale appelée à connaître d'un point de droit ayant déjà été soigneusement analysé par un organe du même type devrait se montrer particulièrement attentive à son raisonnement et exposer avec rigueur les arguments qui la conduiraient à s'écarter des positions initialement adoptées et à parvenir à une conclusion juridique différente. En définitive, les ordres juridiques sont complémentaires plutôt que concurrents, et il leur est parfaitement possible de cantonner leur action aux domaines qui leur sont propres tout en se renforçant mutuellement pour autant que leurs organes fassent preuve de circonspection dans leurs interprétations. Je me réjouis à l'idée que les juges de la Cour et les membres des institutions établies par les traités puissent se rencontrer et échanger des vues sur les questions que je viens d'évoquer.

Permettez-moi d'ajouter que j'ai relevé avec enthousiasme l'accroissement spectaculaire du nombre d'invitations à intervenir adressées par la Cour à des *amicus curiae*, dont les observations lui offrent des perspectives nouvelles et des approches juridiques différentes dont elle peut utilement s'inspirer afin de diversifier autant que possible les bases de ses interprétations de la Convention. Dans l'exercice de mes fonctions de Haut Commissaire aux droits de l'homme, j'ai recours depuis ces deux dernières années à cette pratique, qui m'a amenée à soumettre des observations au

Tribunal spécial pour la Sierra Leone, à la Cour pénale internationale, à la Haute Cour irakienne et à la Cour suprême des États-Unis lorsqu'il m'a semblé que mon opinion sur un aspect précis du droit international des droits humains pouvait être utile à ces juridictions. Je suis convaincue que des occasions comme celles-là se présenteront un jour devant votre Cour et j'espère être alors en mesure de contribuer utilement à votre travail de cette manière.

Monsieur le Président, le dernier point que je souhaite aborder est une entreprise qui me tient à cœur depuis longtemps et qui consiste à introduire les droits économiques, sociaux et culturels dans ce qui devrait être leur environnement naturel : les prétoires. Le clivage artificiel que l'on a créé il y a des décennies en scindant le bloc que formaient les droits interdépendants exhaustivement énumérés par la Déclaration universelle des droits de l'homme en deux catalogues prétendument distincts – regroupant, pour l'un, les droits civils et politiques et, pour l'autre, les droits économiques, sociaux et culturels – a eu des conséquences désastreuses car il a engendré des idées fausses sur la hiérarchie des droits. C'est surtout sur le terrain de la justiciabilité des droits qu'il est difficile de combattre le postulat selon lequel les droits économiques, sociaux et culturels relèveraient essentiellement du domaine de l'idéal, ce qui les distinguerait des droits civils et politiques, droits « opposables ». Au niveau interne, certaines juridictions ont été plus audacieuses que d'autres sur ce point. Au plan international, les discussions concernant l'élaboration d'un protocole facultatif qui permettrait aux individus de présenter des réclamations individuelles pour violations alléguées du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels progressent lentement.

Cela étant, la jurisprudence de la Cour contribue grandement à ouvrir la voie à une évolution dans ce domaine. Le fait que la plupart des garanties énumérées par la Convention revêtent un caractère civil et politique n'a pas empêché la Cour de se saisir de nombreuses questions économiques, sociales et culturelles à travers le prisme de droits théoriquement civils en se fondant sur l'idée que tous les droits sont interdépendants. C'est ainsi qu'elle a pris position sur des questions sanitaires par le biais du droit à la sécurité, faute de pouvoir s'appuyer sur un droit à la santé qui ne figure pas en tant que tel dans la Convention, démontrant de la sorte qu'il est possible de traiter efficacement des questions juridiques de diverses manières. Ce type d'approche est précieux pour les juridictions internes qui souhaitent aborder des questions d'ordre collectif dans une perspective juridique mais qui ne disposent souvent que de textes constitutionnels se limitant eux aussi à l'énoncé de droits civils et politiques.

Le tout premier Protocole additionnel à la Convention européenne garantit un droit social classique, le droit à l'éducation. Comme chacun le sait, l'article 2 de cet instrument énonce expressément que « nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction ». La jurisprudence que la Cour élabore pour délimiter de manière juridiquement rigoureuse le périmètre de ce droit est à mes yeux particulièrement importante en ce qu'elle définit les conditions dans lesquelles les droits de cette catégorie peuvent être soumis à un traitement judiciaire en tous points identique à celui que l'on applique aux divers droits civils et politiques, qui nous sont plus familiers. À cet égard, je me suis félicitée de l'arrêt rendu en novembre dernier en l'affaire D.H. et autres précitée, où la Grande Chambre de la Cour a jugé que le système de scolarisation des enfants roms en République tchèque violait le droit à

l'éducation combiné avec l'interdiction de la discrimination. La voie que la Cour a tracée dans cet arrêt de principe sera d'une grande importance pour les juridictions nationales et les cours régionales, qui sont de plus en plus souvent confrontées à des questions économiques, sociales et culturelles.

Monsieur le Président, permettez-moi de conclure mon allocution en félicitant la Cour pour la vitalité et l'énergie de sa jurisprudence, et de souligner l'importance que revêt son travail par rapport au système plus général de protection internationale des droits humains avec lequel le système européen a tant de similitudes. Aussi rigoureuses que soient les normes déjà établies, il me semble qu'il est encore possible de raffiner les approches et d'améliorer les complémentarités naturelles existantes.

Permettez-moi maintenant de vous remercier de m'avoir accordé le droit d'audience et de vous souhaiter une année judiciaire productive. Je vous assure que c'est avec beaucoup d'enthousiasme que je suivrai les résultats de vos délibérations cette année et bien au-delà.

Je vous remercie.

PHOTOS



ANCIENS DIALOGUES ENTRE JUGES

- Dialogue entre juges - 2007
- Dialogue entre juges - 2006
- Dialogue entre juges - 2005