



DIALOGUE ENTRE JUGES 2011

« Quelles sont les limites à l'interprétation évolutive de la Convention ? »



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



COUNCIL OF EUROPE
CONSEIL DE L'EUROPE

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, 2011 »

© Cour européenne des droits de l'homme, 2011
© Photos : Conseil de l'Europe

Dialogue entre juges

« Quelles sont les limites à l'interprétation évolutive de la Convention ? »

Strasbourg, janvier 2011

Sommaire

Séminaire « Quelles sont les limites à l'interprétation évolutive de la Convention ? »

Jean-Paul Costa	5
Président de la Cour européenne des droits de l'homme	
Françoise Tulkens	6
Présidente de section à la Cour européenne des droits de l'homme	
The Rt. Hon. The Baroness Hale of Richmond, DBE, PC	11
Juge de la Cour suprême du Royaume-Uni	
Jan Erik Helgesen	20
Premier Vice-Président de la Commission de Venise, Professeur, Université d'Oslo	
Antoine Garapon	29
Secrétaire général de l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice - Paris	

Audience solennelle à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire

Jean-Paul Costa	39
Président de la Cour européenne des droits de l'homme	
António Guterres	47
Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés	

Jean-Paul Costa

Président de la Cour européenne des droits de l'homme

Mesdames et Messieurs, chers amis,

Depuis six ans maintenant la Cour fait précéder sa rentrée solennelle d'un séminaire, qui, chaque année, obtient un succès accru.

Je laisserai dans quelques instants ma collègue Françoise Tulkens, qui a été à l'origine de cette excellente initiative, introduire le sujet de cette année. Je me bornerai à quelques remarques liminaires, mais permettez-moi auparavant de remercier les trois orateurs de cet après-midi. Tous les trois offrent une double caractéristique : chacun est un juriste très respecté dans son pays ; chacun connaît bien la Convention européenne des droits de l'homme.

Baroness Hale, vous êtes juge à la Cour suprême du Royaume-Uni, la première femme à siéger sur les bancs de cette prestigieuse juridiction qui a repris les fonctions judiciaires de la Chambre des lords.

M. Helgesen, vous êtes un spécialiste renommé du droit international en Norvège. Vous avez été membre et président de la Commission de Venise, vous en êtes actuellement le vice-président.

M. Antoine Garapon, vous êtes magistrat, secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la justice ; vous avez écrit de très nombreux livres sur la justice interne et internationale et sur la démocratie.

Un grand merci donc à vous trois d'avoir accepté d'intervenir lors de notre séminaire.

Le sujet, cette année, est « quelles sont les limites à l'interprétation évolutive de la Convention ? »

Il y a là une question et un fait. Le fait est que, dès les débuts ou presque, les organes de la Convention – la Commission et la Cour – ont considéré que son texte devait être interprété, et appliqué, en l'adaptant aux changements dans le temps, aux changements de la société, des mœurs, des mentalités, des législations, mais aussi aux innovations technologiques et au progrès scientifique. La Convention a soixante ans ; durant ce laps de temps, l'Histoire a avancé très vite, et cette évolution contextuelle a été considérable. Les interprètes de la Convention ont délibérément refusé une analyse statique ou fixiste. Je suis convaincu qu'ils ont eu raison.

Mais le séminaire va se poser aussi une question : quelles sont les limites au caractère dynamique de cette interprétation ? Cela présuppose qu'il y en a, au moins peut-on le présumer. En tout cas, s'il y en a, quelles sont-elles ? Se trouvent-elles dans le consensus européen ou une absence de consensus ? Se heurtent-elles à la volonté des Etats, les maîtres des traités, qui ont adopté plusieurs protocoles *additionnels* à la Convention ? Cette volonté s'exprime-t-elle toujours de façon explicite ? Ou bien le consentement à l'évolution dans l'interprétation peut-il être tacite ?

Ces questions sont d'une grande importance. Elles rappellent *mutatis mutandis* le débat entre la loi et la jurisprudence, étant observé qu'il est plus facile de modifier la loi dans un pays que de changer un traité international qui engage quarante-sept Etats. Bref, plusieurs problèmes peuvent se poser. J'en ai simplement esquissé quelques-uns. Je vais céder la parole à Françoise Tulkens, pour qu'elle introduise le séminaire de façon un peu plus détaillée.

Encore merci à vous tous et toutes d'être venus en nombre. Je suis sûr que vous ne serez pas déçus.

Françoise Tulkens

Présidente de section à la Cour européenne des droits de l'homme

Introduction

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les hauts magistrats, Mesdames, Messieurs, chers collègues, chers amis,

Dans l'esprit du dialogue entre juges qui est celui de nos rencontres, nous avons choisi cette année un thème sans doute assez classique mais qui suscite aujourd'hui de nouvelles questions et aussi – soyons clairs – de nouvelles critiques. D'où la nécessité d'avoir entre nous un échange à la fois sur la nature de l'interprétation évolutive de la Convention par la Cour et ses limites : non pas une conversation de salon, mais un échange d'idées et d'arguments, une communication au sens substantiel du terme, comme le rappelle à juste titre M. Villiger dans sa contribution sur « The dialogue of judges » dans la *Festschrift für Renate Jaeger*, notre ancienne collègue¹.

Selon notre méthode habituelle, nous avons donné à nos trois intervenants, que je remercie très vivement pour leur présence, un document d'orientation (*background paper*) que vous trouverez dans votre dossier.

Un constat d'évidence

Nous sommes partis d'un constat d'évidence. Aux termes de l'article 32 § 1 de la Convention, la compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses Protocoles. L'« interprétation » est donc au cœur du processus de jugement de la Cour. Au demeurant, les droits fondamentaux, par nature, ne peuvent être appliqués que par l'intermédiaire d'un processus d'interprétation car ces droits ont une texture ouverte. Ils sont aussi abstraits et ils ne prennent un sens concret que dans le contexte particulier où ils sont invoqués². Quant à la Convention européenne des droits de l'homme, elle protège de manière prédominante les droits civils et politiques, ceux qui dérivent de la philosophie des droits naturels de la fin du XVIII^e siècle en Europe. Comme l'observent très justement M. Harris et M. O'Boyle, il s'agissait pour les rédacteurs de la Convention d'une question de priorité et de tactique : « to have a short, non-controversial text which the governments could accept at once, while the tide for human rights was strong »³. Mais les organes chargés de l'interprétation et de l'application de ces droits ne les ont jamais considérés comme statiques⁴.

La Cour a donc dû élaborer des « méthodes d'interprétation ». A cet égard, elle s'est toujours fondée sur la Convention de Vienne sur le droit des traités (articles 31 et 32). L'article 31 § 1 de cette convention consacre la méthode d'interprétation *finaliste/téléologique*, qui donne priorité à l'objet et au but des

1. M.E. Villiger, « The Dialogue of Judges », in C. Hohmann-Dennhardt et al. (éds.), *Festschrift für Renate Jaeger – Grundrechte und Solidarität. Durchsetzung und Verfahren*, Kehl am Rhein, N.P. Engel Verlag, 2011, p. 196.

2. L. Bégin, « L'internationalisation des droits de l'homme et le défi de la « contextualisation », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2004, n° 53, pp. 63 et suiv.

3. D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates et C.M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2^e édition, Oxford University Press, 2009, p. 3. Voir aussi F. Tulkens et S. Van Drooghenbroeck, « La place des droits sociaux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La question de la pauvreté », in Commission nationale consultative des droits de l'homme, *La déclaration universelle des droits de l'homme (1948-2008). Réalité d'un idéal commun ? Les droits économiques, sociaux et culturels en question*, Paris, La documentation française, 2009, pp. 105 et suiv.

4. R.C.A. White et C. Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 5^e édition, Oxford University Press, 2010, p. 4.

traités⁵. En outre, en vertu de l'article 31 § 2, le *préambule* d'un traité forme partie intégrante du contexte à prendre en compte pour son interprétation.

Or le préambule de notre Convention évoque non seulement la « sauvegarde » mais aussi le « développement » des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La « sauvegarde » implique que la Cour veille notamment à ce que les droits et libertés énoncés dans la Convention demeurent effectifs lorsque les circonstances évoluent. Cette recherche de l'effectivité est la principale force qui a inspiré les méthodes d'interprétation élaborées par la Cour. Quant au « développement », il autorise un degré d'innovation et de créativité qui enrichit la portée des garanties de la Convention notamment lorsqu'il s'agit de protéger la substance des droits et libertés.

Telles sont les deux notions qui forment le socle sur lequel s'appuie l'« interprétation évolutive ».

Les arrêts fondateurs

Pardonnez-moi de revenir aux arrêts fondateurs – les « ancêtres » – mais ils sont lumineux.

Dans l'arrêt *Wemhoff c. Allemagne* en 1968, l'un de ses premiers arrêts, la Cour a clairement écarté la thèse selon laquelle la Convention devait être interprétée de manière « restrictive » : « [s]’agissant d’un traité normatif, il y a lieu (...) de rechercher quelle est l’interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l’objet [du] traité et non celle qui donnerait l’étendue la plus limitée aux engagements des Parties »⁶.

Dans l'affaire *Golder c. Royaume-Uni* en 1975, la Cour a rappelé, à propos de son interprétation de l'article 6 § 1 de la Convention, qu'il « ne s'agit pas là d'une interprétation extensive de nature à imposer aux États contractants de nouvelles obligations : elle se fonde sur les termes mêmes de la première phrase de l'article 6 § 1, lue dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de ce traité normatif qu'est la Convention »⁷. La Cour y conclut que le droit d'accès à un tribunal constitue un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 6 de la Convention après avoir observé : « [a]ux yeux de la Cour, on ne comprendrait pas que l'article 6 § 1 décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties (...) et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge. Équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès »⁸.

Dans l'affaire *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* en 1981, la Cour a admis que l'aspect négatif de la liberté d'association relevait du champ d'application de l'article 11 et a rejeté l'idée que contraindre à s'inscrire à un syndicat déterminé cadrait avec l'esprit de cette disposition : « [à] interpréter l'article 11 comme autorisant n'importe quelle sorte de coercition en matière d'appartenance syndicale, on toucherait à la substance même de la liberté qu'il entend garantir »⁹.

Un instrument vivant

La forme d'expression donnée à l'approche évolutive qui est la mieux connue est sans doute la théorie de l'« instrument vivant ». Comme la Cour l'a dit dans de nombreux arrêts, « les traités relatifs aux droits de l'homme sont des instruments vivants, dont l'interprétation doit être conforme à l'évolution dans le temps

5. G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2007, p. 59.

6. 27 juin 1968, p. 23, § 8, série A n° 7.

7. 21 février 1975, § 36, série A n° 18.

8. *Ibidem*, § 35 *in fine*.

9. 13 août 1981, § 52, série A n° 44.

et, particulièrement, aux conditions de vie actuelles »¹⁰. En d'autres termes, les concepts dont se sert la Convention sont à entendre dans le sens qui leur est donné par les sociétés démocratiques aujourd'hui¹¹. En fait, si le principe d'effectivité est le fondement de l'interprétation évolutive¹², la théorie de l'« instrument vivant » constitue la dimension temporelle de ce principe¹³.

L'arrêt rendu par la Grande Chambre dans l'affaire *Scoppola c. Italie* (n° 2) de 2009, concernant la rétroactivité des lois pénales plus favorables (*in mitius*), résume l'essence de cette approche : « (...) la Convention étant avant tout un mécanisme de protection des droits de l'homme, la Cour doit tenir compte de l'évolution de la situation dans l'Etat défendeur et dans les Etats contractants en général (...) Il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusoire. »¹⁴

Des objections et critiques

Ainsi brièvement rappelée, l'interprétation évolutive suscite des « objections et critiques », jusque dans les rangs de la Cour elle-même ainsi qu'en témoigne le sens de l'opinion en partie dissidente du juge Nicolaou (auquel se sont joints les juges Bratza, Lorenzen, Villiger, Jočienė et Sajò) sous l'arrêt *Scoppola* (n° 2) de 2009 que je viens d'évoquer.

Ainsi, certaines objections proviennent du « texte » même de la Convention, en dépit de son caractère dynamique. La Convention et ses Protocoles doivent certes s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui, mais la Cour ne saurait en dégager, au moyen d'une interprétation évolutive, un droit qui n'y a pas été inséré au départ. Il en va particulièrement ainsi quand il s'agit d'une omission délibérée¹⁵.

Parfois, la critique de l'interprétation évolutive est liée à des préoccupations tenant à la « légitimité démocratique ». Les traités internationaux peuvent-ils être interprétés de manière à imposer aux Etats plus d'obligations qu'ils ne sont prêts à en accepter ? Pour être plus précis, dans quelle mesure le principe de souveraineté s'accommode-t-il d'une interprétation qui va au-delà de l'intention initiale du traité et modifie les « obligations » que les Etats se sont à l'origine engagés à respecter ?¹⁶

Enfin, certains voient dans l'interprétation évolutive le symbole de l'« activisme », sinon de l'impérialisme judiciaire, même si celle-ci peut aussi, dans certains cas, avoir pour effet de restreindre la portée des

10. *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 31, série A n° 26 ; *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, § 71, série A n° 310 ; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 75, CEDH 2002 VI ; *Ocalan c. Turquie*, n° 46221/99, § 193, 12 mars 2003 ; *E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, § 92, 22 janvier 2008 ; *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, § 62, 29 janvier 2008. Cette expression a été utilisée dans une trentaine d'affaires. Voir L. Wildhaber, « The European Court of Human Rights in action », *Ritsumeikan Law Review*, vol. 21, 2004, p. 83 ; voir aussi S. C. Prebensen, « Evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights », in P. Mahoney et al. (éds.), *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 1123-1137.

11. F. Matscher, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis-Bruylant, coll. « Droit et justice », n° 21, Bruxelles, 1998, p. 23.

12. R.C.A. White et C. Ovey, *The European Convention on Human Rights*, op. cit., p. 73.

13. S. C. Prebensen, « Evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights », op. cit., p. 1125 ; E. Dubout, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2008, pp. 383 et suiv., spéc. pp. 392-393.

14. [GC], n° 10249/03, § 104, 17 septembre 2009.

15. Voir par exemple *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, § 53, série A n° 112 ; *Emonet et autres c. Suisse*, n° 39051/03, § 66, 13 décembre 2007.

16. Voir par exemple M. Bossuyt, « Should the Strasbourg Court exercise more self-restraint? On the extension of the jurisdiction of the European Court of Human Rights to social security regulations », *Human Rights Law Journal*, 2007, vol. 28, n° 9-12, pp. 321 et suiv.

droits que la Convention protège¹⁷. L'arrêt *Mangouras c. Espagne*¹⁸ où la Cour justifie, au regard de l'article 5 § 3 de la Convention, le montant élevé d'une caution dans une affaire d'environnement (le désastre écologique provoqué par le pétrolier *Prestige* coulé en Galicie en 2002), en est un exemple récent. La question néanmoins se pose de savoir si la Cour ne devrait pas, dans certains cas, faire preuve de plus de « retenue » (*judicial self-restraint*).

Des limites

L'interprétation évolutive n'est donc pas et ne peut être illimitée, nous en sommes bien d'accord. Quelles sont ces limites ? J'évoquerai certaines pistes.

La notion de « consensus européen » joue depuis longtemps un rôle important pour régler le rythme de développement de la Convention¹⁹. Face à certains concepts utilisés dans la Convention, la Cour détermine le sens qu'ils ont acquis au fil du temps mais pareille évolution n'est toutefois acceptée que si un nombre suffisant d'Etats parties à la Convention l'ont adoptée. Il s'agit en effet, dans de nombreuses affaires, de dégager le « dénominateur commun » aux Etats. Pour le dire autrement, un aspect décisif de l'interprétation évolutive découle de la convergence entre les droits internes des Etats parties à la Convention.

Sur le plan méthodologique, dans la pratique récente de la Cour, la détermination du consensus passe moins systématiquement par des études de droit national comparé que par l'analyse des « indications » fournies par divers instruments (même relevant du *soft law*) élaborés dans les sphères européennes et internationales. Ainsi, dans l'affaire *Demir et Baykara c. Turquie*, portant sur la négociation collective, la Cour a déclaré : « [l]e consensus émergeant des instruments internationaux spécialisés (...) peut constituer un élément pertinent lorsque la Cour interprète les dispositions de la Convention dans des cas spécifiques »²⁰. Dans cette affaire, la Cour s'est appuyée sur des instruments autres que la Convention, qui ont joué le rôle d'élément ou de facteur d'« objectivation » en vue d'une interprétation évolutive ou consensuelle²¹.

Outre le rôle régulateur du consensus, la Cour a rappelé à maintes reprises que « [s]ans être formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, (...) il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable des *précédents* »²². D'où l'approche que la Cour suit le plus fidèlement possible, à savoir ne procéder à des « changements de cap »²³, à des revirements de jurisprudence que lorsqu'il y a de « bonnes raisons » de le faire²⁴, les expliquer clairement et en confier la tâche à la Grande Chambre.

Enfin, dans certaines circonstances, la Cour a eu recours, dans l'intérêt de la sécurité juridique, à ce que l'on peut appeler des « mesures compensatoires ». Ainsi, dans l'arrêt *Marckx c. Belgique*, la Cour a

17. *Bacchini c. Suisse* (déc.), n° 62915/00, 21 juin 2005, où la Cour a conclu que la publication d'une décision de justice sur Internet peut dans certains cas satisfaire à l'exigence selon laquelle le jugement doit être rendu publiquement, conformément à l'article 6 § 1 de la Convention. L'affaire *Pretty c. Royaume-Uni* (n° 2346/02, CEDH 2002-III), en fournit un autre exemple : la Cour – après s'y être référée – a refusé d'appliquer la théorie de l'« instrument vivant » pour reconnaître qu'il pesait sur les Etats, au titre de l'article 3 de la Convention, l'obligation positive de cautionner le suicide assisté d'une personne en phase terminale (§§ 54-55).

18. [GC], n° 12050/04, 28 septembre 2010.

19. *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 41, série A n° 31 ; *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, § 60, série A n° 45 ; *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 102, série A n° 161 ; *L. et V. c. Autriche*, nos 39392/98 et 39829/98, § 50, CEDH 2003-I, et *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 85, CEDH 2002-VI.

20. [GC], n° 34503/97, § 85, 12 novembre 2008.

21. F. Tulkens et S. Van Drooghenbroeck, « Le *soft law* des droits de l'homme est-il vraiment si *soft* ? Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 505 et suiv.

22. *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], n° 27238/95, § 70, CEDH 2001 I.

23. Pour reprendre l'expression de L. Burgorgue-Larsen, « De l'art de changer de cap. Libres propos sur les « nouveaux » revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. I, pp. 335 et suiv.

24. *Chapman*, précité, § 70.

expressément dispensé l'Etat belge « de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé [de l']arrêt »²⁵. Réfléchissant sur les moyens pouvant contribuer à optimiser les relations entre les juridictions suprêmes nationales et les tribunaux européens, *Lady Justice Arden*, qui est intervenue au séminaire l'année dernière, invitait la Cour à imposer de manière plus systématique des « limitations temporelles » aux effets de ses arrêts : « il peut se trouver des affaires où, conformément à la justice et au principe de subsidiarité, il y a lieu d'imposer une limite temporelle »²⁶.

Entre flexibilité et sécurité

Je voudrais conclure en suggérant une approche dialectique.

En définitive, je pense qu'un juste équilibre doit être trouvé entre sécurité juridique et flexibilité. D'un côté, la Cour doit reconnaître l'importance de la « sécurité juridique », ce que Fuller appelle la moralité interne du droit, notamment pour cerner la nature des obligations pesant sur les Etats. D'un autre côté, une interprétation flexible de la Convention, attentive à l'évolution des faits et des idées, est aussi une nécessité pour atteindre les objectifs fondamentaux de celle-ci, en particulier la sauvegarde et le développement des droits de l'homme.

Voici donc quelques questions que notre Cour voudrait discuter avec vous tous.

Avant de donner la parole à nos trois orateurs qui vont nous aider dans la réflexion, je voudrais remercier tous ceux qui au sein du comité de pilotage ont contribué à la mise en place de ce séminaire : mes collègues Egbert Myjer, Sverre Erik Jebens et Isabelle Berro-Lefèvre ; les membres du greffe : Patrick Titiun, Leif Berg, Stéphanie Klein, Delphine De Angelis, sous la direction éclairée et intelligente de Roderick Liddell auquel je voudrais rendre un hommage particulier et avec l'aide calme, souriante et efficace de Valérie Schwartz. A Sylvie Ruffenach, qui est mon assistante depuis 1998, je voudrais exprimer ma profonde reconnaissance. Enfin, last but very far from least, je tiens aussi dès à présent à remercier les interprètes qui nous assistent cet après-midi (Sally Bailey-Ravet, Robert Szymanski et Julia Tanner). Sans vous, nous serions perdus dans notre tour de Babel.

25. *Marckx*, précité, § 58.

26. « Peaceful or problematic? The relationship between national supreme courts and supranational courts in Europe », www.judiciary.gov.uk. Voir aussi *Lady Justice Arden*, « La Convention nous appartient-elle vraiment ? », in *Dialogue entre juges. La Convention vous appartient*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2010.

The Rt. Hon. The Baroness Hale of Richmond, DBE, PC

Juge de la Cour suprême du Royaume-Uni

Je traiterai cette question en qualité de juge à la Cour suprême de l'un des Etats membres, un Etat qui a choisi d'appliquer la Convention en transposant dans son ordre juridique interne les droits qu'elle consacre et qui nous a confié, à nous les magistrats, la tâche d'en préciser le sens. A cet effet, il nous incombe de « tenir compte » de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et d'autres institutions¹, mais non de nous y conformer aveuglément. Toutefois, nous suivons les principes « clairs et constants » qui se dégagent de la jurisprudence de Strasbourg, sauf lorsque nous avons une excellente raison de nous en écarter. En particulier parce que nous escomptons que la Cour suive sa propre jurisprudence² (ce qui nous cause des difficultés lorsqu'elle ne le fait pas). Notre devoir, selon le très regretté Lord Bingham, consiste à « nous adapter aux évolutions de la jurisprudence de Strasbourg : pas davantage, mais sûrement pas moins »³. « Pas davantage » ? Cela est discutable. Mais il ne s'agit pas ici de débattre de ce que notre loi sur les droits de l'homme nous impose, sinon de savoir si, et de quelle manière, nous pouvons rationnellement prévoir ce que la Cour exigera de nous.

L'interprétation évolutive dans la *common law*

C'est aussi en qualité de juge d'un pays de *common law* que je suis appelée à me pencher sur la notion d'interprétation évolutive. Cette notion – appliquée à la jurisprudence passée et à la législation – n'est pas inconnue de la *common law*. Nous sommes accoutumés à faire évoluer notre droit prétorien pour répondre à des questions nouvelles, à des situations factuelles inédites, même si, en théorie, nous nous bornons à dire ce que le droit a toujours été et à rectifier des erreurs passées. Je rappellerai ici la formule fameuse et ironique prononcée en 1971 par le grand *Law Lord* écossais qu'était Lord Reid⁴ :

« Les amateurs de contes de fées semblaient croire que la *common law* gisait dans toute sa splendeur dans quelque caverne d'Aladin, que la formule magique – « sésame ouvre-toi » – se révélait aux juges au moment de leur nomination et que des décisions erronées étaient prises lorsqu'ils se trompaient de mot de passe et que s'ouvrait la mauvaise porte. »

Cela dit, notre travail est encadré par d'importantes limites. En premier lieu, nous nous efforçons d'identifier et d'appliquer les principes juridiques existants, d'en étendre la portée et de les adapter pour répondre à des situations nouvelles, sans pour autant les subvertir. En deuxième lieu, il ne nous appartient pas de légiférer. Non point tant par déférence envers le législateur, et encore moins parce que la légitimité démocratique de celui-ci serait supérieure à la nôtre – car les tribunaux ne sont pas moins essentiels à une démocratie fondée sur l'état de droit que le Parlement – mais plutôt parce que nous n'avons pas la compétence institutionnelle nécessaire. Les tribunaux peuvent faire évoluer le droit, procéder à des adaptations dans le cadre des notions et des principes existants, mais ils ne peuvent élaborer des pans entiers de la législation, ce qui leur pose un certain nombre de difficultés pour la mise en œuvre des arrêts de la Cour, comme nous le verrons. Par ailleurs, certaines questions *doivent* être tranchées par le Parlement démocratiquement élu plutôt que par la justice. En troisième lieu, nous sommes bien conscients de l'effet

1. Loi de 1998 sur les droits de l'homme, article 2 § 1.

2. *R (Alconbury Developments Ltd) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] UKHL 23, [2003] 2 AC 295, § 26.

3. *R (Ullah) v. Special Adjudicator* [2004] UKHL 26, [2004] 2 AC 323, § 20.

4. « The Judge as Lawmaker » (1972) 12 JSPTL 22.

rétroactif des évolutions jurisprudentielles, raison pour laquelle nous devons à tout le moins nous garder de franchir les limites de la prévisibilité. L'importance de la sécurité juridique ne nous est pas étrangère⁵.

Lorsque nous sommes appelés à interpréter la loi, nous sommes en principe tenus de rechercher l'« intention du législateur », sauf lorsque la loi sur les droits de l'homme nous impose une autre ligne de conduite. Mais il s'agit là d'une fiction, car la plupart des questions dont nous sommes saisis n'ont jamais été envisagées par le législateur. Nous devons déduire cette intention du texte de la loi à la lumière de l'objectif qu'elle poursuit. Mais il est rare qu'une loi émanant du Parlement puisse être interprétée et appliquée exactement comme elle aurait dû l'être au moment de son adoption. Les lois étant réputées avoir « vocation permanente », il nous incombe de faire en sorte que leur libellé puisse s'appliquer à des situations auxquelles nul n'avait songé lors de leur adoption. C'est ainsi que nous avons jugé, en 2001, que l'expression « membre de la famille » utilisée pour la première fois en 1920 devait s'appliquer aux partenaires de même sexe⁶. Et que les « violences corporelles » mentionnées dans une loi de 1861 englobent depuis 1998 les violences psychologiques⁷ ou que, depuis 2011, le terme « violence » n'est plus limité à la violence physique mais s'étend à d'autres types de comportements préjudiciables et abusifs⁸.

A travers ces exemples, j'ai voulu montrer que les tribunaux s'efforcent de contribuer à la réalisation du but poursuivi par la loi dans la société telle qu'elle est et non telle qu'elle était, mais que leurs interventions s'appuient sur des principes et présentent un caractère prévisible, de sorte qu'elles ne portent pas atteinte à l'intention du législateur ou à la sécurité juridique.

L'interprétation évolutive de la Convention

Sur quels points la « caverne d'Aladin » de la *common law* et le principe de la « vocation permanente » se distinguent-ils de l'interprétation évolutive utilisée dans le système de la Convention ? Si ces notions diffèrent du point de vue théorique, les limites qu'elles imposent sont à mes yeux tout à fait similaires. En tout état de cause, il est certain que notre ordre juridique et celui de la Convention ne laissent aucune place aux versions les plus extrêmes de la doctrine américaine de l'originalisme, qu'elles soient fondées sur l'intentionnalisme (la recherche du sens réel que les rédacteurs de la norme ont voulu lui attribuer) ou le textualisme (la recherche du sens que les lecteurs initiaux ont attribué à la volonté exprimée par les rédacteurs de la norme). Je crois pouvoir discerner trois idées directrices sous-jacentes à l'approche évolutive adoptée par la Cour dans quatre de ses arrêts de principe⁹, à savoir *Golder c. Royaume-Uni*,¹⁰ *Tyler c. Royaume-Uni*¹¹, *Marckx c. Belgique*¹² et *Airey c. Irlande*¹³. Ces arrêts ont conduit à d'« autres développements » des droits conventionnels, selon au moins quatre voies distinctes.

La première – et peut-être la plus importante – de ces idées directrices est la prééminence de l'interprétation téléologique sur l'interprétation littérale des termes conventionnels. Dans l'affaire *Golder*, la Cour s'est appuyée sur l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (pourtant non encore entrée en vigueur) pour donner la priorité à l'« objet et au but » de la Convention. Comme l'indique le préambule de

5. La suppression de l'immunité conjugale en cas de viol par l'arrêt *R v. R (Rape: Marital Exemption)* ([1992] 1 AC 599), approuvée par la Cour dans l'affaire *S.W. c. Royaume-Uni* (22 novembre 1995, § 36, série A n° 335-B) au motif que cette décision était « cohérent[e] avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible » en constitue un bon exemple.

6. *Fitzpatrick v. Sterling Housing Association Ltd* ([2001] 1 AC 27).

7. *R v. Ireland* ([1998] AC 147).

8. *Yemshaw v. Hounslow London Borough Council* ([2011] UKSC 3).

9. A cet égard, je ne crois pas que le fait que trois de ces quatre arrêts aient été rendus contre des pays de *common law* soit une coïncidence. Ce sont des juristes de *common law* qui ont convaincu la Cour d'adopter cette démarche, alors même que le juge élu au titre du Royaume-Uni s'y était opposé dans une opinion séparée solidement motivée.

10. 21 février 1975, série A n° 18.

11. 25 avril 1978, série A n° 26.

12. 13 juin 1979, série A n° 31.

13. 9 octobre 1979, série A n° 32.

cet instrument, ses signataires se sont donné pour objectif « en tant que gouvernements d'Etats européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, [de] prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration Universelle ». La Cour a considéré l'accès aux tribunaux comme une condition nécessaire à l'état de droit et en a déduit que le droit d'accès à la justice était « inhérent » au droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 de la Convention.

La deuxième idée fondamentale, énoncée dans l'arrêt *Tyrer*, est que la Convention est un « instrument vivant »¹⁴. Cette expression fait écho – volontairement ou non, je l'ignore – à la formule énoncée par Lord Sankey dans l'arrêt *Edwards v. Attorney General for Canada*¹⁵, selon laquelle la Constitution canadienne doit être considérée comme un « arbre vivant pouvant croître et se développer dans ses limites naturelles ». La troisième idée, formulée pour la première fois dans l'arrêt *Airey*, consiste à dire que les droits protégés doivent être « concrets et effectifs » et non « théoriques ou illusoire ».

Faut-il y voir une bonne ou une mauvaise chose ? Les avis peuvent diverger sur ce point. On se rappellera que, dans l'arrêt *Golder*, Sir Gerald Fitzmaurice a énergiquement défendu l'idée selon laquelle la création prétorienne de normes peut se comprendre dans le cadre de l'activité juridictionnelle interne, mais non dans celle des juridictions internationales, qui dépend de l'accord des Etats. Bien que fervent partisan de la Convention et des valeurs qu'elle véhicule, Lord Bingham a dit en substance la même chose dans des affaires récentes, notamment dans l'affaire *Brown v. Stott*¹⁶ :

« Lorsque l'on interprète la Convention ou tout autre traité, l'on doit en principe supposer que les parties ont utilisé des termes qu'ils souhaitaient y voir figurer et sur lesquels ils pouvaient s'entendre, omettant d'autres termes qu'ils ne souhaitaient pas y voir figurer ou sur lesquels ils ne pouvaient pas s'entendre. »

Dans l'affaire *R (Gentle) v. Prime Minister*¹⁷, il a déclaré :

« Je ne peux pas concevoir que les fiers Etats souverains de l'Europe aient envisagé à un moment quelconque de s'obliger juridiquement à ouvrir une enquête indépendante sur le processus décisionnel ayant conduit à l'engagement de leurs forces armées dans une guerre. »

Mais comment définir ces « limites naturelles », comment savoir quelle taille l'arbre vivant pourra atteindre ? Il me semble que le lien entre la croissance et les limites naturelles peut s'établir de manière différente dans chacun des quatre (au moins) domaines distincts dans lesquels le développement de la jurisprudence de la Convention a dépassé les prévisions des parties fondatrices. Ces quatre domaines sont a) l'interprétation des « notions autonomes » de la Convention, b) les droits implicites, c) le développement des obligations positives et d) le rétrécissement de la marge d'appréciation.

a) Les notions autonomes

L'idée de notion autonome remonte au tout début, à l'affaire *Engel et autres c. Pays-Bas*¹⁸, où la Cour a conclu que le droit interne pouvait incriminer un comportement dans le cadre de la notion d'accusation en matière pénale au sens de l'article 6, mais non *en dehors du cadre de cette disposition*. Il va de soi que, dès lors qu'un Etat a pris l'engagement de respecter certaines normes minimales, il ne peut s'y soustraire en imposant sa propre définition des termes utilisés. Certains termes-clés doivent avoir le même sens dans l'espace juridique. Il va également de soi que le sens de ces termes peut évoluer au fil du temps, de la même manière que la compréhension de notions telles que la « famille » ou la « violence » a évolué en droit interne.

14. *Tyrer*, précité, § 31.

15. [1930] AC 124, p. 136.

16. [2003] 1 AC 686, at p. 703.

17. [2008] UKHL 20, [2008] 1 AC 1386, § 9.

18. 8 juin 1976, série A n° 22.

Nous en connaissons maints exemples incontestables, tels que la qualification de la fustigation judiciaire en un « traitement inhumain ou dégradant » catégoriquement interdit par l'article 3¹⁹, la reconnaissance du droit des pères non mariés de jouir avec leurs enfants d'une vie familiale méritant le respect au titre de l'article 8²⁰, ou du fait que les homosexuels ont autant le droit que les autres au respect des aspects privés de leur sexualité²¹, ou encore l'idée selon laquelle l'article 14 prohibe non seulement la discrimination directe mais aussi la discrimination indirecte opérée par des critères scolaires excluant *de facto* les enfants d'origine rom²². On peut même se demander pourquoi la Cour a mis si longtemps à reconnaître que des conjoints de même sexe pouvaient jouir ensemble d'une vie familiale avec leurs enfants²³.

Dans tous ces exemples, le texte de la Convention a été appliqué à des situations que ses rédacteurs n'avaient sans doute pas envisagées, mais auxquelles les termes conventionnels sont parfaitement capables de répondre de manière cohérente avec les principes et les objectifs qui sous-tendent cet instrument. Mais cette approche peut aussi avoir ses propres limites. Dans les affaires britanniques où était en cause la loi cynégétique adoptée en 2004²⁴, il a été soutenu que l'interdiction de la chasse à courre imposée par celle-ci s'analysait en une ingérence dans le droit au respect de la vie privée. Deux des *Law Lords* ayant connu de ces affaires ont estimé que la notion de « vie privée » au sens de l'article 8 de la Convention pouvait très bien englober des activités – telles que la chasse – que certains considèrent comme essentielles à leur personnalité et à leur capacité à nouer des relations avec autrui. Ils ont cependant conclu à l'inapplicabilité de cette disposition pour la seule raison que la chasse revêt par essence un caractère public. Pour conclure à l'irrecevabilité de la requête introduite devant elle²⁵, la Cour a considéré que la vie privée ne s'étendait pas aux activités publiques. Peut-on y voir une limite naturelle à la croissance de l'arbre vivant ?

D'un autre côté, il est incontestable que certaines notions se sont développées bien au-delà de leur sens initial, et qu'elles n'ont peut-être pas encore atteint leurs limites naturelles. A cet égard, nous ignorons quelle est la signification précise de l'expression « droits civils » figurant dans l'article 6 § 1, et notamment quels types de griefs ressortissant au droit public relèvent désormais de la catégorie des « droits civils » aux fins de l'article 6 ? Nous éprouvons de réelles difficultés à prévoir quelle approche la Cour adoptera sur cette question. Jusqu'ici, nous avons constaté que, pour la Cour, certaines prestations à caractère pécuniaire – telles que des allocations de logement²⁶ – peuvent relever de la notion de « droit civil », mais nous avons jugé que les demandes tendant à l'obtention d'avantages sociaux tels que les prestations de santé, de couverture sociale ou de logement pour les sans-abris devaient en être exclues²⁷. Pour ce qu'il vaut, notre avis est que cette évolution a aujourd'hui atteint ses limites naturelles : les demandes de prestations pour lesquelles les autorités disposent d'un pouvoir discrétionnaire étendu ne se prêtent guère à une décision de type juridictionnel. Mais comment savoir si nous sommes dans le vrai ?

b) Les droits implicites

Le développement de certains droits implicites n'est guère difficile à comprendre. L'article 2 de la Convention en fournit l'exemple le plus important : l'obligation de s'abstenir de donner la mort n'a guère de sens lorsque l'on ne sait pas pourquoi et comment un décès est survenu. C'est pourquoi nous comprenons tous la nécessité du devoir d'enquête découlant de l'article 2 et consacré par la Cour dans l'affaire dite « de

19. *Tyrer*, précité.

20. *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, série A n° 290.

21. *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A n° 45.

22. *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, à paraître dans CEDH 2007-IV.

23. *J. M. c. Royaume-Uni*, n° 37060/06, 28 septembre 2010.

24. *R (CountrySide Alliance) v. Attorney General* [2007] UKHL 52, [2008] 1 AC 719.

25. *Friend et autres c. Royaume-Uni* (déc.), nos 16072/06 et 27809/08, 24 novembre 2009.

26. *Salesi c. Italie*, 26 février 1993, série A n° 257-E ; *Tsfayo c. Royaume-Uni*, n° 60860/00, 14 novembre 2006.

27. *Ali v. Birmingham City Council* [2010] UKSC 8, [2010] 2 AC 39 ; et *Runa Begum v. Tower Hamlets London Borough Council* [2003] 2 AC 433, *R (A) v. Croydon London Borough Council* [2009] 1 WLR 2557.

la mort sur le Rocher »²⁸. Mais jusqu'à une date récente, nous pensions que ce devoir était secondaire par rapport à l'obligation principale, raison pour laquelle la Chambre des lords a jugé en 2004²⁹ que, aux fins de la mise en œuvre des droits conventionnels en droit interne, l'obligation d'enquêter ne s'appliquait pas aux décès survenus avant l'entrée en vigueur de la loi sur les droits de l'homme. Ce faisant, elle a suivi l'approche adoptée par la Cour dans de précédents arrêts selon laquelle les Etats ne sont pas liés par les obligations découlant de la Convention à raison de violations prétendument survenues avant la ratification ou l'acceptation du droit de recours individuel. Il va de soi que nous avons reconnu que le Royaume-Uni avait pu néanmoins avoir manqué à ses obligations, mais cette question n'était pas de notre ressort.

Toutefois, nous examinerons la semaine prochaine une affaire où nous sommes invités à nous écarter de la jurisprudence antérieure et à ordonner l'ouverture d'une enquête conforme à l'article 2 sur des décès survenus en Irlande du Nord bien avant l'entrée en vigueur de la loi sur les droits de l'homme. Cette demande s'appuie bien entendu sur la décision rendue par la Grande Chambre en l'affaire *Šilih c. Slovénie*³⁰, où elle a confirmé le « principe d'ingérence » adopté dans l'affaire *Blečić c. Croatie*³¹ en l'érigant en principal critère d'appréciation de sa compétence *ratione temporis*. L'obligation d'enquêter consacrée par l'article 2 étant devenue une « obligation distincte et indépendante », elle peut s'imposer aux Etats membres même lorsque le décès est survenu avant la date critique (§ 159). En conséquence, il peut y avoir une ingérence dans le droit à la vie si la violation persiste après l'entrée en vigueur de la Convention. Un passage antérieur de la décision en question se réfère aux obligations s'imposant aux Etats « pendant toute la période où l'on peut raisonnablement attendre des autorités qu'elles prennent des mesures pour élucider les circonstances du décès et établir les responsabilités éventuelles » (§ 157³²). En conséquence, une part importante des mesures requises doivent avoir été mises en œuvre après la date critique ou auraient dû l'être (§ 163).

Des opinions différentes ont été exprimées. Celle du juge Lorenzen par exemple qui, tout en souscrivant aux conclusions de la Cour, a considéré que le critère du « lien véritable » entre le décès et l'entrée en vigueur de la Convention utilisé par les juges majoritaires était trop vague et large pour être compatible avec leur intention déclarée de respecter le principe de sécurité juridique. Les juges Bratza et Türmen n'ont pas souscrit à l'opinion de la majorité de la Cour selon laquelle l'obligation procédurale était « détachable » du décès dont elle découlait. A leurs yeux, pareille interprétation revenait à donner un effet rétroactif à la Convention et créait une incohérence entre l'approche appliquée sur le terrain de l'article 2 et celle applicable à l'article 13, incohérence contraire à la doctrine de l'interprétation harmonieuse de la Convention. Qui plus est, cette interprétation soulève de sérieuses questions de sécurité juridique, en particulier si le lien peut reposer seulement sur « la nécessité de vérifier que les garanties offertes par la Convention et les valeurs qui la sous-tendent sont protégées de manière réelle et effective » (renvoyant au paragraphe 163 de l'arrêt).

Pour certains commentateurs, l'arrêt *Varnava et autres c. Turquie*³³ a malheureusement confirmé ces hypothèses. Dans cet arrêt, qui concernait le devoir d'enquêter sur des disparitions – et non sur des décès – suspects, la Cour a jugé que l'exigence d'une proximité entre le décès et l'enquête et la date d'entrée en vigueur de la Convention ne s'appliquait pas à l'obligation d'enquêter sur une disparition. Pour la Cour, cette obligation demeure tant que le sort de la personne disparue n'est pas élucidé, même dans le cas où la mort peut en définitive être présumée, comme dans cette affaire où les disparitions remontaient à plus de trente ans.

28. *McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, série A n° 324.

29. *Re McKerr* [2004] UKHL 12, [2004] 1 WLR 807.

30. [GC], n° 71463/01, 9 avril 2009.

31. [GC], n° 59532/00, CEDH 2006-III.

32. Renvoyant à *Brecknell c. Royaume-Uni*, n° 32457/04, 27 novembre 2007.

33. [GC], nos 16064/90 et autres, 18 septembre 2009.

Ces décisions sont critiquables en ce qu'elles vont à l'encontre de l'approche générale suivie en droit international et consacrée, notamment, par l'article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Toutefois, dans l'arrêt *Varnava et autres*, la Cour s'est alignée sur la démarche de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en matière de disparitions. Nombreux sont ceux à considérer que cette démarche constitue une réponse humaine à l'angoisse particulière éprouvée par ceux qui ignorent si un être cher a disparu ainsi que les circonstances et les raisons de sa disparition. Toutefois, cette évolution pose un véritable problème aux juridictions nationales. La Cour a certes reconnu que l'obligation d'enquêter n'était pas illimitée, mais jusqu'à quelle date faut-il la faire remonter ? Et quel sens faut-il donner à l'expression « lien véritable » ?

Aussi admirables puissent-elles paraître à certains égards, les évolutions de la jurisprudence de la Cour qui se font jour dans ces décisions risquent de dépasser les engagements initialement pris par les Etats. Elles soulèvent la question de savoir si l'on doit limiter par principe les obligations des Etats parties à ce qu'ils ont pu raisonnablement considérer comme étant leurs engagements à l'époque de la ratification d'un traité, même lorsque le traité qui les lie s'analyse en un « instrument vivant ». Après tout, quelle qu'ait pu être la position des dix premiers adhérents à la Convention, les suivants avaient une idée beaucoup plus claire de ce qui les attendait. Autrement dit, la prévisibilité est-elle la notion-clé ?

Un autre droit implicite cause d'énormes difficultés au Royaume-Uni, quoique ses institutions judiciaires ne soient pas concernées. Là encore, ce n'est pas le corollaire du droit lui-même qui pose problème. L'obligation imposée aux Etats par l'article 3 du Protocole n° 1 d'organiser « à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif » a pour corollaire la reconnaissance du droit de vote aux individus et, dans la société contemporaine, érige nécessairement le suffrage universel en principe fondamental³⁴. En revanche, il est évident que cette disposition ne comporte aucune exigence quant à l'adoption de tel ou tel mode de scrutin – majoritaire à un tour, vote unique transférable, ou toute autre méthode de représentation proportionnelle. La question qui nous préoccupe est celle de savoir quelle est l'étendue des obligations imposées par cette disposition en matière de composition du corps électoral.

Je me permets ici une digression : la question du vote est un sujet qui irrite l'un au moins de mes collègues. Avant la mise en place de la Cour suprême du Royaume-Uni en octobre 2009, la juridiction suprême de ce pays était composée de membres de la Chambre des lords, lesquels ne disposaient pas du droit de vote aux élections législatives. L'éviction de la plupart des pairs héréditaires de la Chambre des lords leur a permis de recouvrer le droit de vote. Mais nous-mêmes n'avons pas perdu la qualité de membres de la Chambre : nous nous sommes simplement vu interdire de siéger et de voter lors des travaux de la Chambre³⁵, et nous ne pouvons toujours pas voter aux élections législatives. Lord Brown y voit une ingérence disproportionnée dans ses droits démocratiques. Il est donc possible que vous soyez un jour saisis d'une affaire *Brown c. Royaume-Uni*, mais je me demande bien comment mon éminent collègue pourrait épuiser les recours internes en ce moment, car le collège de la Cour suprême qui aurait à connaître de son recours serait en tout état de cause majoritairement composé de membres se trouvant dans la même situation que lui.

Cela dit, ce problème n'est pas celui qui cause le plus de difficultés à la Cour suprême à l'heure actuelle. La question qui ne cesse de la tourmenter est celle de savoir comment elle doit s'y prendre pour donner effet à l'arrêt rendu par la Cour de Strasbourg en l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)*³⁶. Le gouvernement, qui a apparemment consulté des conseillers juridiques, a proposé d'interdire le droit de vote aux détenus

34. *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 2 mars 1987, série A n° 113.

35. Loi de 2005 portant réforme constitutionnelle, article 137 § 3.

36. [GC], n° 74025/01, CEDH 2005-IX.

condamnés à une peine d'au moins quatre ans d'emprisonnement, ce que ses propres députés ont refusé. Une solution de compromis qui consisterait à étendre l'interdiction aux condamnés à une peine d'au moins un an d'emprisonnement se heurte à l'opposition de ceux qui pensent qu'il est temps de se mobiliser pour défendre le droit du corps démocratiquement élu de déterminer la composition du corps électoral. Toutefois, présenter les choses de cette manière revient à éluder toute la question. La raison d'être de la Convention consiste à protéger certaines valeurs indépendamment de la volonté de la majorité : la démocratie accorde une valeur égale à tout individu, quand bien même la majorité ne l'entendrait pas ainsi³⁷. Et, en tout état de cause, qui forme la majorité ?

c) Les obligations positives

Le troisième domaine dans lequel l'évolution de la jurisprudence de la Cour peut se révéler à la fois bénéfique et problématique est celui du développement des obligations positives. Il va sans dire que nous savons qu'il n'existe pas de ligne de démarcation claire en la matière. Mais l'arrêt *Marckx c. Belgique* ne requiert pas seulement de l'Etat qu'il s'abstienne de s'ingérer dans la vie familiale d'une mère et de son enfant, il exige que la loi reconnaisse l'existence d'une vie familiale et crée les conditions de son développement. Là encore, Sir Gerald Fitzmaurice a vivement critiqué la solution retenue par la Cour, mais rares seraient ceux à estimer aujourd'hui que cet arrêt prête à controverse. Il en va de même en ce qui concerne l'évolution des obligations procédurales positives découlant de l'article 8 de la Convention. Elles constituent un rouage du processus visant à rendre concret et effectif le droit matériel au respect de la vie privée et familiale et à la non-ingérence, et un droit au respect de la vie familiale qui ne serait pas sanctionné par la possibilité de contester une ingérence des autorités n'aurait guère de sens³⁸.

La question la plus controversée est celle du développement des obligations positives matérielles, qui imposent aux Etats la fourniture de prestations qu'ils ne seraient pas autrement tenus ou désireux de fournir. Assistons-nous aux prémices d'une évolution des droits sociaux susceptibles de sanction judiciaire ? Cette question constitue un grave sujet de préoccupation au Royaume-Uni. Dans l'affaire *N*³⁹, c'est avec le cœur lourd que nous avons conclu que le principe énoncé dans l'arrêt *Soering* ne s'opposait pas au renvoi d'une déboutée du droit d'asile porteuse du VIH dans son pays d'origine, malgré les risques graves auxquels sa santé se trouvait exposée, faute pour nous d'avoir pu déduire de l'article 3 une obligation positive de continuer à fournir à cette personne – ainsi qu'à tout autre individu se trouvant dans sa triste situation – les soins dont elle avait besoin. La Cour de Strasbourg a approuvé cette décision⁴⁰. Toutefois, dans l'affaire *Limbuela*⁴¹, la Chambre des lords a jugé que le fait de plonger délibérément certaines catégories de demandeurs d'asile dans le dénuement le plus total en leur refusant toute assistance publique et en leur interdisant l'accès à un emploi rémunéré s'analysait en un traitement inhumain et dégradant. Bien que la Chambre des lords ait pris le soin de relever qu'il n'existait pas de séparation nette entre les obligations positives et les obligations négatives, cette décision revient *de facto* à imposer à l'Etat l'obligation positive de fournir une assistance à ceux qui ne disposent d'aucune autre ressource. Est-il possible que, contrairement à nos usages, nous soyons allés dans cette affaire au-delà de ce que la Cour aurait exigé de nous ?

Et en matière de droit au logement ? Il est constant que les Etats ne sont pas tenus de fournir un logement à quiconque⁴². Mais il se dégage progressivement de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg l'interdiction de priver une personne du logement où elle habite, même dans le cas où le droit interne n'impose pas de

37. *Ghaidan v. Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30, [2004] 2 AC 557, § 132.

38. Cette obligation découle bien entendu de la situation regrettable dans laquelle se trouvait le droit anglais avant l'adoption de la loi de 1989 sur l'enfance, situation qui se caractérisait par le fait que les pouvoirs publics pouvaient s'opposer à tout contact entre un enfant et sa famille sans que celle-ci ne puisse saisir un tribunal pour s'en plaindre. A l'époque, les juristes anglais avaient accueilli à bras ouverts les évolutions opérées dans des arrêts tels que *W. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, série A n° 121.

39. *N v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 31, [2005] 2 AC 296.

40. *N. c. Royaume-Uni* [GC], n° 26565/05, 27 mai 2008.

41. *R (Limbuela) v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 66, [2006] 1 AC 396.

42. *Chapman c. Royaume-Uni*, n° 27238/95, CEDH 2001-I.

continuer à lui fournir un logement⁴³. Je comprends très bien qu'il soit tentant de transposer à la privation de domicile la même analyse de proportionnalité que celle applicable en matière d'ingérence dans la vie familiale. Mais dans le cas de la vie familiale, cette analyse ne débouche pas sur une obligation positive de prestation – la vie familiale existe du seul fait des relations personnelles entre les individus concernés – alors que, en matière de logement, elle impose le maintien de la fourniture d'un bien matériel qui pourrait être libéré au profit d'une personne qui en serait beaucoup plus digne. Il est en pratique très difficile à un juge de ménager un juste équilibre entre le cas dont il est saisi et celui d'un tiers non identifié mais tout aussi méritant.

d) Le rétrécissement de la marge d'appréciation

J'en arrive à la dernière question susceptible de créer des difficultés, celle de savoir dans quelles situations nous devrions tous nous accorder à reconnaître que le Parlement est mieux placé que n'importe quelle juridiction – qu'elle siège à Strasbourg ou à Londres – pour prendre certaines décisions. S'agissant de droits non absolus, la Cour de Strasbourg accorde d'ordinaire une ample latitude aux autorités nationales pour apprécier ce qui est « nécessaire dans une société démocratique ». C'est sur ce terrain que le conflit potentiel entre les valeurs démocratiques telles que consacrées par la Convention et les décisions démocratiques prises par des institutions démocratiquement élues et responsables est le plus aigu. L'interprétation évolutive de la Convention a tendance à déboucher sur un rétrécissement de la marge d'appréciation. Tant que les tribunaux en sont les seules victimes, nous ne devrions peut-être pas nous en préoccuper outre mesure. Mais quel poids la Cour de Strasbourg et les autres juridictions doivent-elles accorder à l'avis mûrement réfléchi du législateur ?

Je me réfère de nouveau à Lord Bingham qui, dans l'affaire portant sur la loi cynégétique⁴⁴, a insisté sur « le respect dû aux décisions solidement étayées prises par une assemblée démocratique ». Concédant que l'importance de pareilles décisions « variait en fonction du domaine considéré et des circonstances », il a estimé que l'affaire en question « était précisément de celles où il convenait de respecter la décision prise par la Chambre des communes », ajoutant que « si les opposants à la loi pouvaient obtenir auprès des tribunaux ce qu'ils n'ont pu obtenir au Parlement sur une question d'ordre moral et politique, il y aurait un risque de dévoiement du processus démocratique ». De la même manière, pour conclure au rejet des griefs formulés par les chasseurs sur le terrain de l'article 11, la Cour de Strasbourg a observé que « les interdictions avaient été imposées après un débat approfondi des élus du peuple sur les questions sociales et éthiques soulevées par ce type de chasse ».⁴⁵

Mais il serait vain de prétendre qu'il ne nous arrive pas d'être profondément troublés par certaines affaires laissant apparaître un rétrécissement de la marge d'appréciation. L'affaire *Hirst* – celle concernant le droit de vote des détenus – en fournit un exemple. L'affaire *S. et Marper c. Royaume-Uni*⁴⁶ en constitue un autre. Dans cette dernière affaire, la Cour a placé le Royaume-Uni dans une position délicate en lui reprochant d'avoir dépassé sa marge d'appréciation pour avoir instauré un pouvoir « général et indifférencié » de conserver des empreintes digitales, des échantillons biologiques et des profils ADN et l'avoir appliqué au requérant. Cela étant, abstraction faite du constat d'excès de pouvoir du Royaume-Uni opéré dans cette affaire, la décision de la Cour est laconique en ce qui concerne les règles qui lui auraient paru

43. *Connors c. Royaume-Uni*, n° 66746/01, 27 mai 2004 ; *McCann c. Royaume-Uni*, n° 19009/04, 13 mai 2008 ; *Kay et autres c. Royaume-Uni*, n° 37341/06, 29 septembre 2010.

44. *R (Countrywide Alliance) v. Attorney General* [2007] UKHL 52, [2008] 1 AC 719. On en trouve un autre exemple dans l'affaire *R (Animal Defenders International) v. Secretary of State for Culture, Media and Sport* ([2008] UKHL 15, [2008] 1 AC 1312), où étaient en cause nos règles très strictes contre la publicité à caractère politique. Dans cette affaire, il s'agissait de trouver un équilibre entre la liberté d'expression – en particulier l'expression politique – et la préservation de l'intégrité du processus électoral contre les atteintes des riches et des puissants. Ici encore, nous avons attaché une grande importance à l'opinion que les élus du peuple avaient exprimé peu de temps auparavant.

45. *Friend et autres*, décision précitée.

46. [GC], n°s 30562/04 et 30566/04, 4 décembre 2008.

proportionnées au but assurément légitime et important que constitue la détection des infractions (et j'y ajouterais un objectif tout aussi important, à savoir la mise hors de cause des innocents à un stade précoce de l'enquête). Ce qui compte le plus à mes yeux est que l'obligation positive de protéger le droit au respect de l'intégrité corporelle⁴⁷ des personnes vulnérables contre le viol et les autres formes d'agression ne soit pas entravée ou réduite à néant par une approche exagérément restrictive. Il n'est guère surprenant que le Parlement éprouve lui aussi des difficultés à déterminer où se situe le juste équilibre. La loi adoptée l'année dernière⁴⁸ n'est pas entrée en vigueur et l'adoption d'une législation différente, plus restrictive, est préconisée. En attendant, la Cour suprême est appelée à se prononcer sur la légalité de la conservation des données dans le cadre du régime anciennement applicable. Dans son programme de travail pour la semaine prochaine figurent deux affaires où la Cour de Strasbourg a rendu des décisions qui la placent devant un dilemme.

Conclusion

Où se trouvent les limites naturelles à la croissance de l'arbre vivant ? Elles ne sont pas à rechercher dans le sens littéral des termes employés dans la Convention, ni dans les intentions – avérées ou présumées – de ses rédacteurs, ni même dans ce qu'ils n'ont assurément pas voulu⁴⁹. Pourtant, elles existent forcément. J'ai évoqué certaines difficultés particulières auxquelles peuvent se heurter les efforts déployés par les juridictions internes pour suivre fidèlement l'évolution de la jurisprudence de la Cour et essayer de temps en temps de prévoir raisonnablement dans quelle direction la Cour s'orientera. En définitive, la communauté de vue des Etats européens est le critère le plus souvent cité dans la jurisprudence de la Cour. Mais la Cour recherche parfois cette communauté de vues dans les dispositions de la législation interne des Etats membres – comme dans l'affaire *S. et Marper* – alors que, dans d'autres cas, elle a égard à l'évolution des comportements et des conceptions des pays européens – comme dans l'affaire *Marckx c. Belgique* –, et il lui arrive même d'anticiper sur les évolutions normatives et conceptuelles à venir, comme dans l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni*.

Il est possible que la Convention ne connaisse pas réellement de limites, qu'elle soit un haricot magique plutôt qu'un arbre vivant. La Cour de Strasbourg est peut-être semblable aux « chevaliers errants de notre *Lady la common law* lancés dans une quête perpétuelle et lointaine dans laquelle les aventures se succèdent sans discontinuer ou naissent d'une aventure qui s'achève » décrits par Sir Frederick Pollock⁵⁰. Toutefois, parce que je soutiens la Convention et le travail de la Cour de Strasbourg, je vous invite à ne pas fournir trop d'armes à vos détracteurs, sans quoi – je le crains – vos décisions et les nôtres se heurteront à une résistance croissante des gouvernements et des parlements. Jusqu'ici, cela n'est arrivé que très rarement. Pourvu que cela dure.

47. *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, série A n° 91.

48. Loi de 2010 sur la criminalité et la sécurité, articles 2 à 23.

49. *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, série A n° 44.

50. Sir Frederick Pollock, *The Genius of the Common Law* (Columbia University Press, 1912), pp. 112-113.

Jan Erik Helgesen

Premier Vice-Président de la Commission de Venise, Professeur, Université d'Oslo

Introduction

Monsieur le Président Costa, Madame la Juge Tulkens, Mesdames et Messieurs,

Je suis très honoré d'avoir été invité à cet important séminaire.

Bien entendu, je ne suis pas ici en tant que représentant de la Commission de Venise, je ne représente que moi-même. En même temps, j'essaierai également de présenter une vision qui n'est pas strictement norvégienne, mais plus largement nordique, concernant les questions dont nous discutons aujourd'hui.

1. L'affaire *Golder c. Royaume-Uni*¹

Comme la baronne Hale, je vais commencer sur une note très personnelle, en évoquant le long chemin qui sépare mon intervention d'aujourd'hui de ma première venue à Strasbourg, il y a plus de trente-cinq ans.

J'aimerais en premier lieu évoquer l'affaire *Golder*. La juge Tulkens a déjà souligné l'importance de cette affaire. En soi cela aurait pu être une raison plausible de commencer précisément avec cet arrêt, qui marque les débuts de l'interprétation évolutive. D'autres affaires importantes ont immédiatement suivi : les trois affaires de syndicats (*Syndicat national de la police belge c. Belgique*², *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède*³, *Schmidt et Dahlström c. Suède*⁴), les affaires de l'éducation sexuelle au Danemark (*Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*⁵), *Irlande c. Royaume-Uni*⁶, *Tyrer c. Royaume-Uni*⁷ ainsi que d'autres affaires ultérieures.

C'est entre 1975 et 1980 que l'interprétation par la Cour a progressé et évolué de la manière la plus spectaculaire.

La raison pour laquelle je souhaite évoquer l'affaire *Golder* est cependant plus personnelle. C'est à l'occasion de cette affaire que je me suis pour la première fois sérieusement intéressé à la Convention européenne des droits de l'homme. C'est pour elle que mon professeur, Torkel Opsahl, m'a emmené pour la première fois à Strasbourg. Pour rester sur une note personnelle, je suis très heureux de voir qu'il y a parmi le public aujourd'hui des amis que j'ai rencontrés à cette époque.

La thèse que j'ai présentée à la faculté de droit de l'université d'Oslo consistait en une analyse de l'affaire *Golder*. J'ai publié ma thèse en 1974, six mois avant le prononcé de l'arrêt. J'avais prévu l'issue de l'affaire, c'est-à-dire que la Cour interpréterait l'article 6 de manière à imposer un droit substantiel d'accès aux tribunaux. Toutefois, je dois ajouter que le jury d'appréciation de la faculté de droit a considéré mes

1. 21 février 1975, série A n° 18.
2. 27 octobre 1975, série A n° 19.
3. 6 février 1976, série A n° 20.
4. 6 février 1976, série A n° 21.
5. 7 décembre 1976, série A n° 23.
6. 18 janvier 1978, série A n° 25.
7. 25 avril 1978, série A n° 26.

travaux avec un grand scepticisme. Jamais, pendant toutes mes études à la faculté de droit, je n'ai reçu une si mauvaise note. Cela est intéressant, eu égard à la perspective dans laquelle je suis censé me situer aujourd'hui. Parmi les membres du jury se trouvait l'un des pères fondateurs de la Convention en 1950. Il déclara au jeune étudiant en droit que j'étais que l'article 6 n'avait jamais été conçu pour être interprété de cette façon !

Je mentionne cette expérience personnelle pour témoigner que, depuis plus de trente ans, j'ai été un ami très proche de la Cour. Je l'ai constamment et vigoureusement défendue. Aujourd'hui je vais présenter également certaines considérations qui pourront paraître critiques. J'espère sincèrement que vous ne prendrez pas cela comme une critique pure et simple mais plutôt comme une critique constructive. Je suis convaincu que l'Europe aura besoin de la Cour pendant de nombreuses années encore et c'est pourquoi nous, les amis de la Cour, devons trouver des voies différentes pour l'aider à évoluer de manière satisfaisante.

1.1. Je n'ai pas été invité pour analyser ou justifier la théorie de « l'interprétation évolutive »

Je n'ai pas été invité pour analyser ou justifier la théorie de l'interprétation évolutive. Bien que cela sorte de mon mandat, permettez-moi cependant de rappeler que c'est précisément à partir de l'arrêt *Golder* que la Cour a établi sa fameuse théorie de l'interprétation. Les principes qu'elle applique toujours à l'heure actuelle sont les suivants : la référence à la Convention de Vienne sur le droit des traités ; le fait que la Convention européenne des droits de l'homme est un instrument vivant, celui-ci doit être interprété de manière dynamique et évolutive, à la lumière des conditions actuelles et conformément à ses buts, et de façon à donner aux droits un contenu concret et effectif ; enfin, la Cour doit clarifier, préserver et développer les règles instituées par la Convention.

Permettez-moi d'ajouter une autre observation théorique. La Convention est considérée comme une sorte d'accord tripartite, entre les Etats, la Cour et les justiciables. Il s'agit d'un genre tout à fait spécial de traité international, qui nécessite une théorie spéciale d'interprétation.

1.2. La distinction entre « interprétation dynamique » et « interprétation évolutive » ne recouvre pas forcément des notions rigides

1.2.1. Interprétation « évolutive » : la réponse de la Cour à des faits nouveaux

1.2.2. Interprétation « dynamique » : la nouvelle réponse de la Cour à des faits anciens

Le titre qui nous est donné contient le terme « évolutif », et non le terme « dynamique ».

Aucune de ces notions n'est extrêmement précise ou rigide. Elles sont soit utilisées comme synonymes, soit appliquées avec des connotations légèrement différentes.

Sur le plan doctrinal, ces deux notions font débat. Permettez-moi d'apporter ma petite pierre à cet édifice. Je préférerais utiliser le terme « évolutif » pour désigner la situation dans laquelle la Cour donne des réponses à des faits nouveaux, à des évolutions de société, à une question dont elle n'a jamais été saisie. En revanche, l'interprétation « dynamique » renvoie essentiellement à mon sens à la situation dans laquelle la Cour donne de nouvelles réponses à des faits déjà anciens.

1.3. « Limites »

1.3.1. Définition du *Encyclopedic Unabridged Dictionary of the English Language* : « terme ou point final ou extrême d'une étendue, quantité, durée, procédure, etc. »

Dans le titre qui nous est donné figure le mot « limite ». N'étant pas de langue anglaise, je me suis immédiatement jeté sur mon dictionnaire. Selon le *Webster's Dictionary*, une « limite » est le « terme ou point final ou extrême d'une étendue, quantité, durée, procédure, etc. ».

1.3.2. Nous n'y sommes pas encore. Mes observations se concentreront sur des voies/chemins qui pourraient amener la Cour à parvenir aux « limites »

Je ne pense pas que nous ayons atteint les limites. Je ne vais pas les définir. Je vais plutôt essayer de définir métaphoriquement six séries de problèmes, des sortes de voies. La Cour peut cheminer sur ces voies. Plus loin elle les suivra, plus elle s'approchera des limites.

2. Six séries de problèmes, six voies pouvant amener la Cour à s'approcher des « limites »

2.1. « Méthodologie juridique »

Mon premier problème ou première catégorie de problèmes tient à ce que j'appelle la « méthodologie juridique ». Bien qu'étant professeur de droit, je dois admettre que les problèmes que nous découvrons le long de cette voie sont les moins intéressants lorsqu'on analyse les limites posées à la Cour.

Essayons néanmoins de les approcher à deux niveaux.

2.1.1. Au niveau supérieur : la Cour fournit l'interprétation ultime de la Convention (article 32)

La question des limites juridiques n'est pas une question très intéressante à discuter aujourd'hui, car il découle clairement de l'article 32 de la Convention que c'est la Cour qui donne l'interprétation ultime de la Convention, bien qu'elle soit guidée par la doctrine de la méthodologie juridique dans le domaine du droit international public. A la fin, c'est la Cour qui décide de sa propre interprétation de la Convention, en gardant cependant toujours à l'esprit que la Convention est un type très spécial de traité.

2.1.2. Au niveau inférieur : la position de la Cour vis-à-vis de sa propre jurisprudence

On peut bien entendu analyser les limites juridiques en partant de la question de savoir dans quelle mesure la Cour est tenue par ses décisions précédentes. Jusqu'à présent, la Cour a toujours dit qu'il fallait attacher une importance considérable à ses précédents. La formule magique qu'elle utilise fréquemment est la suivante : « Sans que la Cour soit formellement tenue de suivre ses arrêts antérieurs, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable de ses propres précédents. » (*Christine Goodwin c. Royaume-Uni*⁸, *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie*⁹)

Bien entendu, cette thèse peut être débattue. Il existe probablement des raisons de croire qu'elle sera contestée à l'avenir. Toutefois, je ne recommanderais pas un changement de position à cet égard. Si la

8. [GC], n° 28957/95, § 74, CEDH 2002-VI.

9. [GC], n°s 46827/99 et 46951/99, CEDH 2005-I.

Cour souhaitait changer d'orientation et faire un pas en arrière, il faudrait examiner si elle se heurte pour ce faire à des limitations juridiques. Pour l'instant, elle est tenue par sa théorie des précédents.

2.2. « Souveraineté des Etats » : le principe du « consentement »

Ma deuxième série de problèmes tient à la question de la souveraineté des Etats et du principe du consentement. Il y a là aussi certainement une dimension juridique. La protection internationale des droits de l'homme représente bien une restriction à la souveraineté des Etats.

Torkel Opsahla rappelle cependant constamment qu'il faut voir les choses par l'autre bout et affirmer que, lorsqu'un Etat s'oblige à travers un traité, il ne restreint pas sa souveraineté mais exerce sa souveraineté.

Je ne vais pas poursuivre sur cette dimension juridique aujourd'hui. Je vais plutôt développer mon propos sur la dimension plus émotionnelle et politique de la souveraineté. Dans quelle mesure le peuple d'un Etat souhaite-t-il être régi par une institution internationale ? Dans mon propre pays, en Norvège, et également partiellement dans les pays nordiques, il s'agit là d'une question très importante. J'ai le regret de constater qu'en Norvège les gens ont tendance à confondre Strasbourg et Bruxelles. Lorsque j'ai publié un ouvrage sur la méthodologie juridique, j'ai reçu une lettre d'un collègue, qui disait ceci : « C'est un bon livre, mais vous dissertez beaucoup trop sur l'application en droit interne des dispositions internationales en matière de droits de l'homme. Vive la souveraineté nationale ! A bas Bruxelles, à bas Strasbourg ! » Il est bien triste que dans un pays nordique, au moins en Norvège, cela devienne une réaction courante. Le scepticisme à l'égard de l'Union européenne influence également l'attitude envers le Conseil de l'Europe et la Cour.

2.3. « Légitimité » des arrêts de la Cour, « propriété » de la Convention

La troisième série de problèmes tient à ce que j'appelle la légitimité des arrêts de la Cour, ce que l'on appelle souvent « la propriété de la Convention ». Cette dimension n'est certainement pas essentiellement une dimension émotionnelle. Elle nous emmène dans les théories de la démocratie et de l'état de droit.

On peut se demander ce qui rend un arrêt de la Cour légitime. Légitime pour qui ? Le Parlement, le gouvernement, les justiciables en général ? Manifestement un tel arrêt doit être légitime pour le Parlement et le gouvernement. Mais dans une société démocratique moderne et ouverte, un arrêt doit également être légitime pour n'importe quelle personne qui marche dans la rue.

Ces questions sont normalement, au niveau interne, discutées dans le cadre d'un paradigme souvent formulé dans les termes suivants : activisme judiciaire ou retenue judiciaire ? Le même paradigme s'applique souvent également aux discussions concernant la Cour. A mon sens, cela est légèrement trompeur. Il faut être prudent lorsqu'on transpose les notions et les problèmes du niveau interne au niveau international. Si l'on souhaite défendre la Cour, il faut se rappeler que, si elle se retenait d'être active et de créer de nouvelles normes, il n'y aurait pas du tout d'évolution normative. La Cour ne saurait, comme une juridiction suprême ou constitutionnelle nationale, laisser au législateur le défi du développement des normes. En matière législative, elle ne peut laisser la main aux Etats ; ceux-ci, certainement, s'empresseraient de ne rien faire. Là réside une différence très importante par rapport au débat parallèle au sein des systèmes politiques nationaux.

Toutefois, ceux qui critiqueraient la Cour, à l'instar de certaines voix qui s'élèvent dans les pays nordiques, souligneraient qu'il est particulièrement dangereux pour une juridiction internationale de créer de nouvelles

normes, puisqu'elle n'est soumise à aucun mécanisme politique de correction ou de contrôle. Il manque un Parlement à la société internationale.

Ce dilemme illustre les tensions qui existent aujourd'hui entre deux principes fondamentaux, qui sont à la base des Etats européens : le principe de la démocratie et celui de l'état de droit. Ces tensions sont perceptibles partout dans le monde.

En 2009, la Commission de Venise a organisé à Cape Town, en collaboration avec la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, une grande conférence sur le droit constitutionnel. Une centaine de juridictions suprêmes ou de juridictions administratives y étaient représentées. En ma qualité de président de la Commission de Venise, j'ai donné une conférence de presse avec le président de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud. Tous les journalistes se sont immédiatement précipités sur le président de la Cour constitutionnelle pour lui poser la question suivante : « Monsieur, pourquoi pensez-vous que votre juridiction a compétence pour intervenir dans les actes du Parlement ? » Dans le contexte sud-africain, nous savons tous que la vraie question était en réalité la suivante : pourquoi et comment la Cour constitutionnelle intervient-elle dans les décisions de l'ANC ? Après environ cinq minutes, je demandai patiemment si je pouvais ajouter quelque chose.

Je déclarai qu'il ne s'agissait pas essentiellement d'un débat sud-africain, mais d'une discussion globale, qui avait cours également dans les pays nordiques. Ce débat montre qu'il existe des tensions entre deux principes fondamentaux à la base de nos Etats européens : le principe de la démocratie et le principe de l'état de droit.

Il me faut à présent informer mon distingué public d'un débat qui a gagné en ampleur en Norvège pendant la dernière décennie. Depuis Venise, j'ai cependant observé le même conflit dans d'autres Etats, en Europe et ailleurs.

En Norvège, le gouvernement a nommé il y a à peu près dix ans une commission dont le mandat consistait à analyser la distribution des pouvoirs dans la société. Elle remit son rapport en 2003. A titre principal, elle conclut que, pendant les dernières décennies, le pouvoir avait été transféré de la classe politique aux juges, et du Parlement aux tribunaux. Pour la commission, cette évolution s'était accentuée depuis la ratification par la Norvège des traités internationaux en matière de droits de l'homme, le pouvoir politique ayant même été transféré aux juridictions internationales. La commission a interprété cette évolution comme une menace pour notre démocratie ; les hommes politiques répondent devant l'électorat, alors que les juges ne répondent à personne d'autre qu'eux-mêmes.

Ce rapport a donné lieu à un débat animé. Deux positions extrêmes ont été exposées : le Parlement devrait avoir le pouvoir ultime d'interpréter sa propre compétence, ou la Cour suprême devrait être le gardien ultime et le protecteur des personnes.

Comme vous le savez, aucun des cinq pays nordiques n'a de juridiction constitutionnelle. La Cour suprême ordinaire est compétente pour vérifier la constitutionnalité des actes du Parlement, ce qui est également mis en œuvre à différents degrés.

En conséquence, la position nordique à l'égard de la Cour européenne des droits de l'homme doit être considérée avec cette perspective à l'esprit. Dans certains milieux sceptiques, le scepticisme ne tient pas nécessairement à la protection des droits de l'homme en soi mais plutôt à la question de savoir qui devrait contrôler la mise en œuvre de ces droits au niveau national. Ces discussions ont certainement une influence sur l'attitude envers la Cour.

Permettez-moi à présent de faire le lien entre les pays nordiques et Venise. Il y a quelque temps, le gouvernement finlandais soumit une demande à la Commission de Venise pour apprécier certains aspects de la Constitution finlandaise de 1999. La Commission aborda également cette question importante. Dans son avis¹⁰, elle exprima d'emblée sa position générale, à savoir que, normalement, un Etat devrait établir une juridiction constitutionnelle spéciale. La Commission ajouta cependant que, si le système finlandais existant protégeait et garantissait les mêmes valeurs et intérêts qu'une juridiction constitutionnelle de pleine compétence, elle était disposée à reconnaître que le principe de l'état de droit était satisfait. La Commission a également précisé explicitement que tout système de contrôle juridictionnel devait être replacé dans son contexte historique.

Aujourd'hui, nous pouvons tirer de cet avis que, selon la Commission de Venise, dans un Etat démocratique moderne régi par l'état de droit, les juridictions indépendantes doivent avoir la compétence de contrôler le Parlement.

Personnellement, je soutiens pleinement cette position.

Lorsqu'il était président du Parlement norvégien, Thorbjørn Jagland a été à l'origine de la création par le Parlement d'une commission constitutionnelle chargée d'examiner si des dispositions modernes en matière de droits de l'homme devaient être incluses dans la Constitution norvégienne, à l'occasion du 200^e anniversaire de celle-ci en 2014. L'une des questions dont elle doit discuter est le contrôle des dispositions en matière de droits de l'homme. J'ai le grand plaisir de participer aux travaux de cette commission.

Tout le monde s'accorde à dire que la Convention et la Cour ont énormément évolué pendant ces soixante dernières années. Cette évolution peut également être analysée à partir de la perspective que je vais maintenant développer.

Quiconque étudie l'élaboration de la Convention est frappé de voir à quel point la Seconde Guerre mondiale a marqué ce texte en 1950. Elle devait permettre d'éviter un nouveau désastre. Elle devait être le garde-fou contre le nazisme et le communisme soviétique. Elle devait garantir une Europe, ou plutôt une Europe occidentale, libre et démocratique.

Quarante ans plus tard, en 1990, le président de la Cour, Rolv Ryssdal, donna une conférence au King's College à Londres, dans laquelle il exprimait sa vision futuriste de la Cour : « Je crois fermement que, si la Cour continue dans la même voie qu'elle emprunte depuis le début, elle va s'affirmer de plus en plus comme une juridiction constitutionnelle européenne. » Quelle évolution incroyable que celle de cette juridiction, d'abord un rempart contre la guerre et l'oppression puis une juridiction constitutionnelle paneuropéenne !

En 1996, Rolv Ryssdal déclara que ce processus de transition était terminé. Il écrivit dans un article : « Il est à présent largement admis que la Cour constitue une juridiction quasi constitutionnelle pour l'ensemble de l'Europe ». Et il ajouta : « alors que nous approchons de la fin du siècle et du début du prochain, la communauté des Etats s'est engagée avec un certain courage dans une nouvelle ère. »

Je suis convaincu que M. Ryssdal avait raison, tant en 1990 qu'en 1996. Mais je doute qu'il exprimerait le même point de vue s'il était présent aujourd'hui. En réalité, peu avant sa mort, Rolv Ryssdal a exprimé sa profonde préoccupation quant à l'avenir de la Cour et de la Convention. Il se demanda si le système de la Convention, fondé sur le principe de subsidiarité et l'idée que les droits sont protégés au niveau national,

10. Avis n° 420/2007 sur la Constitution de la Finlande adopté par la Commission de Venise lors de sa 74^e session plénière (Venise, 14-15 mars 2008).

pouvait fonctionner avec plus de quarante Etats. Il soutint ensuite qu'il fallait repenser tout le système, et qu'il fallait revenir au « but fondamental de la Convention, et à ce qu'on peut raisonnablement attendre du système ».

Je m'éloigne ici des pensées et idées très sages de Rolv Ryssdal. Toutefois, cette dimension, à mon humble avis, fait partie des raisons ayant motivé les problèmes auxquels la Cour doit faire face aujourd'hui. Du point de vue de nombreux systèmes nationaux politiques et juridiques, la Cour n'a pas de légitimité en tant que juridiction constitutionnelle paneuropéenne.

Il reste cependant que des voix pourraient s'élever pour affirmer que, si la Cour à l'avenir ne veut pas être noyée sous des dizaines de milliers de requêtes futiles, elle doit acquérir la stature d'une juridiction de principes européens. A mon sens, pareille voie est de nature à aboutir à une impasse, pour les deux raisons que je viens juste d'exposer : le scepticisme dans de nombreux pays vis-à-vis du contrôle juridictionnel au niveau national ; et un scepticisme encore plus grand, au moins dans les pays nordiques, vis-à-vis d'un contrôle juridictionnel international.

2.4. « Efficacité » : les arrêts doivent être interprétés de manière à permettre aux Etats de les mettre en œuvre/exécuter

J'ai intitulé ma quatrième série de problèmes « efficacité ». Il est troublant d'observer que, de plus en plus, le combat pour le respect des droits de l'homme ne s'arrête pas au prononcé de l'arrêt par la Cour. Reste ensuite l'exécution effective de ce même arrêt. Le fait que la Cour doit pouvoir fournir des directives au gouvernement concerné sur la meilleure façon d'exécuter les arrêts est manifestement aussi une question relative aux limites de l'interprétation évolutive. On parle beaucoup au sein du Conseil de l'Europe de l'exécution des arrêts. C'est toujours un problème. L'examen de cet aspect des choses échappe à mon mandat d'aujourd'hui. Cependant, je dois signaler que, de temps en temps, j'entends les gouvernements se plaindre que les directives émanant de Strasbourg sont beaucoup trop détaillées et laissent trop peu de marge de manœuvre aux autorités nationales.

2.5. « Capacité » : les nouveaux domaines/droits protégés conduiront à encore plus de requêtes

Fort heureusement, on ne nous a pas demandé de fournir des idées quant à la manière dont la Cour devait effectivement traiter son énorme arriéré. Permettez-moi cependant de souligner un élément assez évident : si la Cour à l'avenir devait intervenir dans des domaines encore plus nombreux de la vie des Etats et des personnes, le nombre de requêtes s'en trouverait certainement augmenté.

2.6. « Effets pervers » : augmentation des préoccupations/du scepticisme des Etats vis-à-vis des nouveaux engagements en matière de droits de l'homme, en particulier les mécanismes de recours individuel

Je vais revenir à un plan personnel et à ma propre analyse de l'affaire *Golder* : il y a quelque trente-cinq ans, j'étais sincèrement convaincu que l'interprétation qui permettrait de manière optimale de promouvoir et protéger les droits de l'homme était exactement la conclusion à laquelle la Cour est finalement parvenue. Je me rappellerai également toujours ma rencontre avec des membres enthousiastes de la Commission et de la Cour à Strasbourg, qui étaient fiers de se trouver en première ligne de la protection des droits de l'homme. Nous avons tous fait cela avec les meilleures intentions du monde.

Mais par la suite quelque chose n'a pas fonctionné. Aujourd'hui, je suis incapable de dire ce qui n'allait pas. Probablement ceci : nous avons laissé les gouvernements derrière nous, nous les avons perdus. Il est perturbant de voir combien, aujourd'hui, les gouvernements rechignent à prendre de nouveaux engagements en matière de droits de l'homme.

J'ai vécu cela aux Nations unies : j'ai présidé pendant de nombreuses années la rédaction de la Déclaration sur les défenseurs des droits de l'homme. Cela a pris des années et des années. Les gouvernements savaient pertinemment qu'une formulation ouverte dans ce texte pourrait ultérieurement leur être opposée.

Pareil scepticisme ne s'applique pas uniquement lorsque de nouveaux engagements matériels sont négociés. Il est encore plus perturbant que de nombreux gouvernements rechignent à accepter les mécanismes de protocole optionnel prévoyant des recours individuels.

En conclusion, je dirais que cette dynamique d'expansion a créé une sorte d'effet boomerang. Les relations entre de nombreux gouvernements et les instances internationales de contrôle manquent de confiance. Il est urgent de restaurer cette confiance.

3. Quelques techniques que la Cour pourrait appliquer pour éviter d'approcher les « limites »

Je vais maintenant en venir à certaines techniques que la Cour pourrait appliquer pour éviter d'approcher les « limites ». Ces techniques donnent à la Cour un pouvoir discrétionnaire remarquable. Elle peut se mêler à outrance des affaires des gouvernements ; ou elle peut leur laisser une marge de manœuvre considérable.

3.1. Le principe de « subsidiarité » : un principe général déguisé

La notion de « subsidiarité » est devenue un mot incontournable dans le vocabulaire juridique ces dernières années. Je le vois comme un principe général déguisé. On donne à ce terme différentes connotations dans différents domaines.

Dans le contexte de Strasbourg, je dirais que les questions que j'ai énumérées sous le point 3.1. sont toutes des éléments qui se rattachent à la notion générale de « subsidiarité », au sens qui lui est donné dans la jurisprudence issue de la Convention.

Le temps me manque – et d'ailleurs ce n'est pas nécessaire devant un public aussi éclairé – pour approfondir les nombreux éléments que j'énumère ici. Il suffit de rappeler certains aspects généraux de ces questions.

3.1.1. La « subsidiarité » du point de vue des Etats

Ce principe doit être examiné à la fois du point de vue des Etats et du point de vue de la Cour. Voyons d'abord le point de vue des Etats : si un Etat se dit mieux placé pour mettre en œuvre les droits de l'homme que la Cour de Strasbourg, il faut qu'il agisse en conséquence. Et il doit veiller à ce que les trois branches du pouvoir mettent en œuvre et garantissent les droits protégés par la Convention. Cela va de l'information sur les normes à mettre en place à la volonté politique de se conformer à ces normes. En outre, l'Etat doit mettre en place des voies de recours internes effectives permettant aux individus de demander réparation au niveau national plutôt que de passer des années devant la Cour. Je suis même en train de dire de

manière implicite que l'Etat devrait également reconnaître l'effet contraignant d'un arrêt, même s'il n'est pas à proprement parler une « partie » au sens de l'article 46 de la Convention. Je tends à souscrire à l'avis de ceux qui soutiennent qu'un effet *erga omnes* découle de *facto* des articles 1 et 19 de la Convention.

3.1.2. La « subsidiarité » du point de vue de la Cour

Par ailleurs, du point de vue de la Cour, celle-ci – pour reprendre la célèbre expression de Dworkin – doit également « prendre au sérieux » le principe de la « subsidiarité ». La Cour s'est dotée pour ce faire de suffisamment d'outils efficaces. En voici quelques-uns.

3.1.2.1. « Marge d'appréciation »

3.1.2.2. « Quatrième instance »

3.1.2.3. Les « faits » de l'espèce

3.1.2.4. « Proportionnalité »

3.1.2.5. « Nécessaire dans une société démocratique »

Ces outils et principes sont conçus pour donner aux Etats une marge de manœuvre à l'intérieur du cadre même de la Convention. La Cour peut également, si elle le souhaite, s'abstenir d'appliquer ces principes, et donner ainsi aux Etats le sentiment qu'elle les dépossède de leur pouvoir quant à une question revêtant pour eux une grande importance.

Si je devais conseiller la Cour, je plaiderais en faveur de l'application de ces principes dans un sens favorable, en me fondant sur le postulat qu'un Etat est mieux placé que la Cour pour se prononcer sur les détails.

3.2. Mesures provisoires (article 39 du règlement)

La question des mesures provisoires fait couler beaucoup d'encre en ce moment. Dans un système juridictionnel sophistiqué, pareilles mesures sont certainement nécessaires. Sans elles, la justice ne peut être rendue, car en réalité il est mis un terme à l'affaire avant même que la Cour ne puisse commencer ses travaux juridiques, puisque le requérant a été expulsé.

Par ailleurs, les gouvernements ont souvent le sentiment d'avoir les mains liées pendant une longue période, en attendant l'issue de l'affaire. De nouveau, c'est de la collaboration entre les Etats et la Cour dont il s'agit. De nouveau, je conseillerais à la Cour de ne pas interpréter trop largement sa compétence en ce domaine.

3.3. Les défis importants d'Interlaken

« assurer la clarté et la cohérence de la jurisprudence de la Cour »

« préserver l'impartialité et la qualité de la Cour »

« partager les responsabilités entre les Etats parties et la Cour »

Interlaken nous a laissé des défis majeurs.

Je vais me concentrer sur un seul aspect seulement. Etant un juriste assez ennuyeux, je considère la cohérence comme une condition de base de la crédibilité. Et je dois ajouter que je ne suis pas le seul en Europe. J'ai un bon ami, beaucoup plus créatif que moi, qui m'a dit un jour que la cohérence était

faite pour les gens ennuyeux comme moi. Je pense que, sur le long terme, même les gens qui sont plus innovateurs et créatifs attendraient de la Cour de Strasbourg qu'elle soit cohérente, sous peine de perdre non seulement sa crédibilité mais également sa pertinence.

Je note avec enthousiasme les techniques développées par la Cour elle-même pour maintenir la cohérence de sa jurisprudence. J'espère sincèrement qu'elle exploitera au mieux ces possibilités.

Permettez-moi, avant la fin de mon intervention, de soulever deux questions (points 3.4. et 3.5.) politiquement sensibles et juridiquement compliquées. Je pense cependant qu'il faudra les régler un jour ou l'autre.

3.4. Regardons dans la boule de cristal : quarante-sept pays membres : « une norme européenne commune » ou « différentes normes européennes » ?

Depuis les premiers jours, la Commission et la Cour ont établi ce qu'elles ont appelé « une norme européenne commune ». Les Etats qui ne respectaient pas ces normes devaient se préparer à être sanctionnés à Strasbourg.

Depuis lors, deux événements majeurs se sont produits. Premièrement, la Convention s'applique à présent dans quarante-sept Etats membres. Deuxièmement, la protection des droits de l'homme en Europe a atteint un niveau de sophistication qui était inimaginable pour ceux qui luttèrent pour établir « une norme européenne commune ». Si l'on regarde l'avenir, est-il réaliste de prétendre que l'ensemble du continent pourrait être couvert par « une norme européenne commune » dans tous les aspects de la vie d'un individu ?

3.4.1. Les liens entre les « normes » et la « marge d'appréciation »

Bien sûr, d'un point de vue théorique, on peut affirmer que les principes déjà bien établis, en particulier ceux de la « marge d'appréciation » et de la « nécessité dans une société démocratique », donnent à la Cour la possibilité d'éviter de soulever cette question très générale.

Je pense cependant que, tôt ou tard, la Cour – et nous-mêmes en dehors de la Cour – devra s'attaquer de front à ce défi.

3.4.2. « Universalisme » ou « relativisme » ?

Comme je l'ai dit plus haut, les problèmes soulevés au point 3.4. sont très sensibles et complexes. Nous ne pouvons aujourd'hui que les aborder brièvement.

Aux Nations Unies, ce débat dure depuis des décennies. Les droits de l'homme sont-ils réellement universels, ou devons-nous admettre des différences régionales ? Comme nous le savons tous, le point de vue occidental consiste à défendre le principe de l'universalisme et à s'opposer à la position selon laquelle la protection des droits de l'homme doit s'interpréter à la lumière d'un contexte régional et relatif.

Mais nous sommes en Europe, où des différences régionales existent, certes, mais à un degré moindre qu'au niveau général. Un débat similaire au niveau européen devrait donc être moins compliqué.

Au fil des ans, la Cour a permis d'atteindre un niveau sophistiqué de protection des droits de l'homme en Europe. Le défi que je vois et qui pourrait être débattu dans les années à venir est le suivant : est-il

intéressant d'admettre une interprétation plus relative de la protection des droits de l'homme, en tenant compte de facteurs sociologiques et historiques et d'autres éléments fondamentaux ?

3.4.3. Différenciation selon les droits ?

Tout en essayant avec difficulté de trouver des réponses à cette dernière question, je devrais peut-être me montrer encore plus courageux aujourd'hui et poser la question suivante : Est-il nécessaire de faire une distinction entre différents droits conformément à la jurisprudence de la Cour ?

Pourrions-nous envisager un avenir où la Cour, afin de ne pas approcher, encore moins dépasser, les « limites », établirait une jurisprudence selon laquelle il existe un « noyau dur » de droits universels, alors que d'autres droits doivent être interprétés dans un contexte relatif ?

3.5. Une autre perspective, découlant des théories du raisonnement juridique : « conflit entre normes » ou « harmonisation des arguments »

La toute dernière question que je souhaiterais évoquer aujourd'hui est très chère à mon cœur. De nouveau, je ne peux que l'aborder ici. C'est un problème de méthodologie juridique. Normalement, nous discutons d'un conflit potentiel entre le droit international et le droit national selon ce modèle : interprétation des traités internationaux (tels que la Convention) d'un côté, et interprétation des lois nationales (droit de la procédure pénale norvégienne) de l'autre. Cela est considéré comme une sorte de conflit entre différentes normes.

Depuis de nombreuses décennies, je défends un autre modèle. L'argumentation juridique est un processus dans lequel il convient d'harmoniser différentes sortes d'arguments, dans le cadre d'un processus unique et global.

J'espère que la Cour réfléchira à l'avenir à cette question.

Je suis extrêmement heureux de voir que la juge Tulkens a exprimé la position suivante : « En cas de conflits entre droits, il ne conviendrait pas de se tourner immédiatement vers la balance aux fins de déterminer quel droit pèse le « plus lourd » et mérite de se voir sacrifier la totalité des droits concurrents. Il s'agirait au contraire, dans une perspective dialectique imaginative et par voie de concessions réciproques qui rabotent les exigences contradictoires, de repousser le plus loin possible le moment de l'inéluctable sacrifice. »¹¹ Dans votre excellent article sur la jurisprudence récente de la Cour, Madame, vous avez consacré une page entière à cette question, ce que je trouve extrêmement prometteur et très intéressant.

Monsieur le Président Costa, Madame la Juge Tulkens, Mesdames et Messieurs, merci de votre attention.

11. Françoise Tulkens, "The European Court of Human Rights is Fifty. Recent Trends in the Court's Jurisprudence", *Revue de droit constitutionnel* (Cour constitutionnelle de Géorgie), vol. 3, 2010, p. 3, p. 11.

Antoine Garapon

Secrétaire général de l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice - Paris

LES LIMITES À L'INTERPRÉTATION ÉVOLUTIVE DE LA CONVENTION

Je voudrais tout d'abord remercier le Président Costa et Françoise Tulkens pour leur invitation dans cette enceinte prestigieuse qui m'honore, mais qui m'intimide également ; le modeste juge que je suis se sent écrasé par la liste prestigieuse de mes prédécesseurs à cette tribune. C'est pourquoi je m'empresse de préciser que c'est en observateur attentif de la justice que je me situerai cet après-midi, pour répondre à la question posée : comment trouver des limites à la jurisprudence évolutive de la Cour européenne des droits de l'homme ?

Face à une question embarrassante à laquelle on ne sait pas répondre, une solution consiste à dire que la question est mal formulée et qu'il faut la poser différemment ! C'est un peu ce que je vais faire mais dans le but, j'espère, d'apporter indirectement des éléments de réponse. Quelles sont les limites à l'interprétation évolutive de la Convention européenne des droits de l'homme ? Alors que l'on est spontanément enclin à chercher des frontières dans l'espace, je vous propose de renoncer à délimiter un périmètre pour s'ouvrir à une nouvelle dimension : celle du tiers. Un tel décalage dans le regard permet en effet de dépasser l'affrontement entre la jurisprudence de la Cour et les cultures nationales en concevant leurs relations comme une mutualisation de la *fonction tierce* (I). Ces relations ne se résument ni à un rapport hiérarchique, ni à un simple dialogue mais renvoient à un impératif de coopération qui ne prospérera qu'à la condition d'une *reconnaissance mutuelle* entre les juridictions nationales et la Cour européenne (II). Tout ceci conduit à chercher le cadre implicite des limites à l'interprétation évolutive, dans le temps et non plus dans l'espace (III).

I. DE LA CLÔTURE À L'EMBOÎTEMENT DES ESPACES JURIDIQUES

Pour illustrer mon premier point, je partirai de l'actualité juridique de mon pays. Les institutions judiciaires de la France se trouvent aujourd'hui au milieu d'une transformation profonde – voire d'une révolution – en grande partie due à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Un certain nombre d'arrêts, qui se sont succédés ces derniers mois, ont bouleversé notre culture en nous obligeant à revoir des pans entiers de notre justice pénale. Je songe tout d'abord à l'arrêt *Brusco c. France*¹ sur la garde à vue et bien entendu aux arrêts *Medvedyev et autres c. France*² puis *Moulin c. France*³ s'agissant du parquet. On pourrait ajouter, quoiqu'il ne nous concerne moins directement, l'arrêt *Taxquet c. Belgique*⁴ sur la motivation des décisions de cours d'assises. Mises bout à bout, toutes ces décisions ébauchent une nouvelle cohérence de nos institutions pénales, non pas en dictant ce qu'il faut faire, mais en définissant négativement ce qui n'est plus compatible avec la Convention. Contrairement à d'autres pays, ce ne sont pas des dispositions isolées ou une législation d'exception qui sont concernées mais le cœur de la culture française, à savoir la conception centralisée du pouvoir qu'exprimait l'unité du corps des magistrats.

1. N° 1466/07, 14 octobre 2010.

2. N° 3394/03, 10 juillet 2008, et [GC], n° 3394/03, 29 mars 2010.

3. N° 37104/06, 23 novembre 2010.

4. [GC], n° 926/05, 16 novembre 2010.

Je peux néanmoins porter ici témoignage que ces décisions, qui ont eu un impact considérable, n'ont pas été vécues comme une violence faite à notre culture. Tout au contraire, elles ont été accueillies avec soulagement en hâtant le dénouement d'un débat lancinant qui durait depuis des années. Cette jurisprudence a d'ailleurs été immédiatement reprise par la Cour de cassation qui a estimé, dans un arrêt historique qui remonte à un peu plus d'un mois, que le procureur de la République français n'est « ni un juge, ni un magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires » car il n'est pas indépendant du pouvoir exécutif⁵. Le législateur a également anticipé sur une réforme future : l'effet combiné des deux arrêts sur la garde à vue et sur le parquet ont incité ce dernier à prévoir, dans la nouvelle proposition de loi, de confier à un juge du siège et non plus au parquet le contrôle de la garde à vue.

Plus qu'un consensus des législations européennes : une mutualisation de la fonction tierce

Pourquoi, me demandera-t-on, une acceptation si facile de la part des juges français ? Peut-être parce que la Cour européenne a joué en réalité le rôle d'un *tiers séparateur* qui a contribué à couper le lien entre le gouvernement et le parquet, ce que personne ne se résolvait à faire. La jurisprudence tranche – l'expression n'a jamais été plus juste ! – un débat interne français qui n'arrivait pas à se dénouer (remarquons d'ailleurs que l'arrêt a fait expressément référence à l'opinion des magistrats français⁶). La France n'est pas un cas isolé et elle révèle que cette fonction tierce, en l'occurrence exercée par la jurisprudence de votre Cour, est indispensable à toute communauté politique en sauvant la démocratie d'une de ses principales apories⁷, qui est d'être privée de la dimension transcendante de la religion et donc d'une référence solide⁸ (encore plus dans les cultures qui, comme la culture française, ont une conception absolue de la souveraineté dont la représentation politique a le quasi-monopole). Mais même dans la culture américaine, qui a été le premier pays à confier cette fonction à la Cour suprême, l'on peut se demander si la présence d'une cour soustraite aux vicissitudes et aux impasses de la vie politique n'aurait pas hâté la fin de la ségrégation (il a dû attendre 1954 pour que la Cour suprême y mette fin⁹).

Le tiers crée ainsi la distance entre le texte fondateur et son interprétation. C'est le fait d'être dotée d'un juge qui fait d'elle un instrument vivant. C'est parce qu'elle exerce une fonction tierce que la Cour européenne des droits de l'homme ne peut être assimilée à un degré supérieur de juridiction ; c'est encore cette fonction tierce chargée de faire respecter une référence qui échappe en partie à la souveraineté, qui éloigne définitivement la Convention d'un traité international ordinaire. Celle-ci ne peut s'assimiler ni à un « traité-contrat », ni même à un « traité-loi »¹⁰ qui vise à jeter les bases d'une réglementation commune et permanente ; aucune de ces catégories ne rendent compte de l'élément dynamique, « vivant » qu'introduit cet élément tiers. Il est en effet difficile de se borner à dire que la Cour cherche à dégager le dénominateur commun aux Etats ou de parvenir à un consensus. Relisons l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978 : « A la différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre Etats contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une « garantie collective »¹¹. Un tel projet s'apparente en réalité plus à de la *mutualisation* qu'à de la réciprocité. Plus qu'un simple échange, la Convention vise une mise en commun ; de quoi ? Moins de la souveraineté (fonction exécutive) que de la fonction juridictionnelle. Par cette Convention, les Etats partagent non

5. Cass. (France), arrêt *Creissen* du 15 décembre 2010.

6. *Moulin*, précité, §§ 25 et 28.

7. Marcel Gauchet montre que c'est une des principales difficultés contre laquelle a buté la culture politique française depuis la Révolution (*La Révolution des pouvoirs*, Paris, Gallimard, 1996).

8. On retrouvera ce rapprochement avec une fonction sinon transcendante mais spirituelle en conclusion.

9. Afua Hirsch, « Judges: can't live with 'em (...) », *The Guardian*, 6 avril 2009.

10. Voir Frédéric Sudre, « L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme », *L'Office du juge*, colloque tenu au Sénat français les 29-30 septembre 2006.

11. *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 239, série A n° 25.

seulement des obligations (mais là n'est pas la nouveauté car les mêmes Etats signent beaucoup de traités faisant naître des obligations en matière de droits de l'homme ; et, de surcroît, nombre des droits reconnus par la Convention étaient déjà contenus par les constitutions ou les ordres juridiques nationaux), mais instituent une cour permanente pour en vérifier l'application (c'est une nouveauté majeure), dans laquelle ils recherchent une « garantie collective ». L'instauration d'un organe réactif selon une forme homothétique aux juridictions nationales et de surcroît lié avec elles, chargé d'interpréter de manière finaliste, un instrument vivant, indique que – peut-être sans en avoir la claire conscience – les Etats se sont engagés dans la voie d'une mutualisation d'une fonction tierce formulée sous la forme générique de « société démocratique ». La mutualité doit être soigneusement distinguée de la réciprocité et de la communauté¹².

De l'exercice d'une telle fonction tierce qu'exercent les juges européens, il est possible de déduire un nouveau rapport entre la jurisprudence de votre Cour et les ordres juridiques nationaux qui n'est plus une superposition mais plutôt un *emboîtement*. A la différence de la superposition de plusieurs niveaux de gouvernance, l'emboîtement suppose qu'*ab initio* le juge national voit déjà sa légitimité se doubler entre son habilitation nationale et le titre que lui fournissent les instruments internationaux qui font de lui le juge communautaire de première instance ou qui lui reconnaissent compétence pour vérifier la conventionalité d'une loi nationale. Il s'agit là de deux titres qui ne se recouvrent pas l'un l'autre, mais qui sont néanmoins solidaires, l'un étant la condition de l'autre. La jurisprudence extérieure renforce de surcroît la fonction tierce interne, et accentue son détachement à l'égard du pouvoir exécutif¹³. Il s'agit donc d'une universalisation par l'intérieur et non plus par l'extérieur ; c'est par la figure du tiers – donc du juge – que se réalise le contact entre la souveraineté et son « Autre » ; nous ne disposons pas, à vrai dire, de figure géométrique satisfaisante pour se le représenter.

La culture comme identité et comme aspiration

L'exemple français permet de préciser la notion de « culture ». Celle-ci ne doit pas être assimilée à une substance : si l'on définit la culture comme identité, on risque fort de s'enfermer dans un conflit sans médiation possible. Toute culture renvoie à deux dimensions : à une identité et à une aspiration. Le concept d'identité nationale se divise entre deux directions : l'identité-*idem* et l'identité-*ipse* pour reprendre les catégories du philosophe Paul Ricœur¹⁴, c'est-à-dire une dimension qui renvoie au « même » et une autre qui signifie « promesse faite à soi-même ». En même temps que la constitution réunit un peuple par une langue, un territoire et des traditions communes, elle se réclame également de valeurs abstraites – qui en Europe se résument au respect des droits de l'homme – et qui introduisent la possibilité d'une distance par rapport au réel, c'est-à-dire d'une réserve critique. C'est pourquoi toute constitution remplit une double fonction d'*intégration* et de *subversion* ; après une phase historique troublée, elle doit à la fois sceller une identité renouvelée et se prémunir contre ses possibles dérives ; elle doit exprimer un soi mais en même temps désigner un autre que soi pour en garantir la conservation dans la fidélité.

Au-delà du texte fondamental, cette diffraction caractérise tout texte de droit car c'est en elle que gît la dimension universelle de la loi. En tant que dépositaire de cette fonction tierce, la Convention européenne soutient et prolonge la force d'universalisation contenue dans toute règle de droit ; elle accomplit et achève l'Etat de droit en mettant le tiers, indispensable à sa réalisation, hors de portée du pouvoir ou des passions du peuple.

12. Paul Ricœur insiste sur ce point dans *Parcours de la reconnaissance. Trois études*, Stock, Paris, 2004.

13. C'est le cas du mécanisme de la complémentarité entre la Cour pénale internationale et les juridictions nationales.

14. Paul Ricœur, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990.

On suggère donc de ne pas penser la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme comme antagonique par rapport aux ordres juridiques nationaux, mais comme une nouvelle dimension de ceux-ci. Une nouvelle dimension qui implique à son tour de comprendre le droit comme le fruit d'une tension : il doit désormais être pensé comme à la fois positif et fondamental, interne et supranational, clos et ouvert¹⁵.

Les sociétés communiquent par leurs aspirations ; seul leur idéal peut être commun : les cultures identitaires ne peuvent être que particulières. Or, ce qui nous réunit, c'est une commune aspiration à mettre les droits de l'homme au cœur de nos constitutions. C'est la raison pour laquelle il est peut-être vain de chercher une hypothétique culture européenne au sens d'une identité substantielle (identité-*idem*), c'est-à-dire de mœurs communes car elle ne pourrait être qu'une culture de synthèse (voire synthétique !). Ce qui fait en revanche l'identité européenne, c'est un certain nombre d'aspirations communes. La Cour européenne incarne une identité-*ipse* partagée, en étant dépositaire de la promesse que l'Europe s'est faite à elle-même au sortir de la Seconde guerre mondiale et des horreurs du génocide. Cette promesse déclinée en principes communs reçoit des traductions culturelles différentes ; elle est incarnée dans des cultures différentes (aussi bien externes qu'internes).

Revenons à l'exemple de la France : en se montrant ainsi exigeante avec la culture française, la Cour ne lui fait pas violence mais l'oblige à être davantage elle-même en quelque sorte, mieux elle-même. Elle se fait garante des promesses contenues dans l'engagement en faveur des droits de l'homme. Cette fonction commune permet à la Cour d'être à la fois interne et externe.

La norme perd de ce coup sa pureté ou plus exactement son homogénéité : la « fondamentalisation » de tous les droits exprime ce caractère désormais composite et multidimensionnel de toute norme. C'est ainsi qu'aujourd'hui en France deux normes entrent en conflit frontal : certains juges d'instruction exigent l'application immédiate de la réforme de la garde à vue (avocat dès la première heure, droit au silence), alors que les policiers ont pour instruction d'appliquer la loi française toujours en vigueur. Tous les deux ont raison, et c'est pourquoi seule une négociation pourra mettre un terme à ce conflit.

La Cour européenne des droits de l'homme partage ses compétences avec nombre de cours nationales (non seulement constitutionnelles mais aussi judiciaires, administratives, voire économiques) ; et ce conflit de compétence n'est pas arbitré de manière claire, ce pluralisme constitutionnel n'étant pas rationalisé. Comment articuler la place respective de chacun ? Cela sera notre second point.

II. D'UNE COORDINATION IMPERSONNELLE À UNE COOPÉRATION RELATIONNELLE

Dans le système westphalien, la frontière était clairement tracée : une question était soit interne, soit internationale mais ne pouvait être les deux. Le monde a changé d'aspect : d'une mosaïque de territoires clos, il est devenu un espace unique mais dans lequel se superposent plusieurs niveaux (en fonction de sa capacité à circuler par exemple). Il faut chercher des lignes de démarcation autrement que dans les frontières physiques des Etats, c'est-à-dire dans la surface et de manière horizontale. Lorsque les territoires s'évanouissent, la représentation n'est pas horizontale mais verticale (d'où l'expression « à plusieurs niveaux » (*multilevel*)). Alors que le modèle westphalien voyait la coexistence des Etats sous la forme d'une

15. La double dimension est bien illustrée par la Loi fondamentale allemande : par son article 23, elle s'ouvre elle-même sur l'Europe, c'est-à-dire qu'elle contient ce principe de décentrement d'elle-même. Elle en revendique à juste titre l'antériorité et l'origine mais en même temps elle en accepte l'abandon à un tiers, un tiers inclus – la Cour constitutionnelle – et un tiers externe : les traités internationaux en matière de droit de l'homme. Par une telle ouverture la Loi fondamentale – à l'instar de toute Constitution – abandonne de son plein gré le monopole du regard sur elle-même, et se condamne à un partage du jugement sur elle. Cela ne veut pas dire que ce pouvoir a été totalement transféré à l'Europe et à la Cour européenne des droits de l'homme, mais la Loi fondamentale se situe dans deux espaces : l'espace propre de son territoire et l'espace de la loi garantie par la Cour de Strasbourg.

contiguïté comme dans une carte, il y a désormais des frontières verticales qui se décomposent entre des niveaux où la liberté d'action est totale pour le droit interne, et d'autres où il doit partager sa souveraineté mais sous des formes tout à fait nouvelles.

Un tel changement de consistance dans le monde a de multiples implications dans la vie du droit : alors que les concepts juridiques étaient hiérarchisés selon un ordre juridique tributaire *in fine* de cette cohérence territoriale, ce nouveau registre est plus chaotique car les délimitations entre les différents niveaux ne sont pas aussi claires que les frontières géographiques : il se déploie sur un fond dynamique et interactif, donc *temporel*. L'ordre n'est plus attendu de l'espace mais c'est le fruit d'une interaction entre des acteurs juridictionnels qui se déroule dans le temps.

Les concepts juridiques « relationnels » visent à organiser les rapports entre les diverses juridictions concurrentes non plus selon un ordre prédéterminé mais selon leur relation (donc toujours dans une certaine actualité). Ces relations vont de la simple comparaison à la coopération, la reconnaissance mutuelle pour culminer à la contribution de chacun à un nouvel ordre juridique européen.

De la coordination à la *comparaison*

Si la mondialisation est la mise en relation des hommes, des biens, des idées et des cultures, la première source de contrainte est à chercher *dans* ce nouveau contexte global, c'est-à-dire dans le simple fait de se trouver disposé ensemble dans un même espace et non plus dans des espaces séparés. Et donc d'avoir à supporter la comparaison.

Donnons tout de suite un exemple de cette « pression » née de la mise en rapport des uns avec les autres. La culture juridique française était traditionnellement hostile à tout contrôle de constitutionnalité. Mais puisque le contrôle de conventionalité donnait depuis 1981 compétence aux juridictions françaises pour juger la loi, il n'était pas tenable de barrer le contrôle de constitutionnalité. C'est pourquoi la réforme de 2008¹⁶ a mis fin à cette bizarrerie et a organisé un contrôle de constitutionnalité sous la forme de la question prioritaire de constitutionnalité. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi exercé une influence très déterminante quoiqu'*indirecte*.

Cette nouvelle « mise en concurrence » des recours et des juridictions ne s'arrête pas là. L'introduction d'un contrôle de constitutionnalité, aiguillonné par le contrôle de conventionalité, a engendré entre les cours suprêmes françaises une dynamique très positive, qui n'existait pas tant que chacune avait un domaine de compétence bien délimité. Le contrôle de constitutionnalité auquel ils concourent de manière partiellement concurrente et partiellement successive, leur offre un terrain commun de comparaison, et cela s'est avéré très bénéfique aux libertés ! Cette histoire n'est d'ailleurs pas achevée. Une fois que le Conseil constitutionnel s'est emparé d'une fonction qui était à vrai dire inconnue de la tradition française, il se trouve confronté à ses homologues, à savoir les autres cours constitutionnelles.

La Loi fondamentale allemande érige en principe l'ouverture au droit international, c'est-à-dire la *Völkerrechtsfreundlichkeit*, soit littéralement le principe d'amitié à l'égard du droit international, ou encore *Europarechtsfreundlichkeit*, l'ouverture à l'égard des droits de l'Europe. Ces concepts « relationnels » renvoient à une inclination, à une disposition d'esprit désormais attendue de chacun et susceptible de produire des effets : il faut tenir compte d'une autre juridiction. « Tenir compte » est d'une nature tout à fait différente d'« appliquer » : tenir compte, c'est prêter attention, apporter une considération à autrui, et donc se poser soi-même une contrainte spontanée sur sa propre détermination : ma volonté n'est plus

16. Révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.

seule, ni reine. Si l'application est un acte d'obéissance par lequel je dois me plier à la volonté de l'autre, le fait de prendre en considération autrui procède d'une association volontaire qui ne retire rien ni à la volonté, ni à la créativité. En témoigne les démêlés entre Paris et Strasbourg à propos du commissaire du Gouvernement qui se sont conclus par une transaction imaginée par le Conseil d'Etat français pour tenir compte de la jurisprudence de la Cour sans pour autant renier sa culture.

Ce nouveau contexte permet au juge de mieux évaluer son propre système en le comparant à d'autres qui ont en commun la Convention : ce fut le raisonnement suivi par les Lords britanniques qui ont considéré l'exemple espagnol pour refuser de justifier la dérogation à la Convention qu'avait décidé le gouvernement pour mieux lutter contre le terrorisme¹⁷.

La comparaison peut enfin être érigée en principe comme le montre la fameuse règle de « Solange » : les règles de la Convention sont appliquées « aussi longtemps que (...) » ; il s'agit donc bien d'une comparaison.

De l'obéissance à la coopération

Si cette coexistence est un peu plus rationalisée, elle se range alors sous le terme de *coopération*. Il faut, rappelle l'actuel président de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe, un minimum de coordination de façon à partager et à distribuer les responsabilités de chacun dans un système de cette nature. « Le concept de *Verbund* aide à décrire le fonctionnement d'un système complexe à plusieurs étages mais sans fixer toutefois les techniques exactes (les règles dirions-nous) de ce fonctionnement »¹⁸. Ces techniques s'affirment dans des concepts juridiques comme celui de *comity*, difficile à vrai dire à traduire en français : « courtoisie internationale ».

Une autre forme de coopération est bien sûr cette idée très en vogue aujourd'hui de *dialogue des juges*. Le terme de « dialogue » est un peu trompeur : il ne renvoie ni à une aimable conversation entre honnêtes gens, ni à une *disputatio* scholastique, mais à un processus interactif entre des organes – les juges – qui étaient censés ne pas parler autrement que par leur jugement, c'est-à-dire de manière définitive, forme par laquelle ils épuisaient leur pouvoir en l'exerçant. A la différence de la conversation, l'initiative de ce dialogue n'est pas libre mais il s'impose ; le dialogue des juges a un caractère nécessaire et perd la gratuité qui fait tout le charme d'une conversation.

La coopération est une contrainte que l'on s'impose à soi-même : elle est l'exact opposé d'un ordre. Il y a bien une limite mais c'est une limite interne, à la différence de la contrainte de la règle juridique. D'où la référence à la *volonté* érigée comme principe d'interprétation ; une volonté exercée par des juges et non plus (exclusivement) par des organes politiques. Le rôle des juges ne se limite plus à « dire le droit » de manière statique mais aussi à entraîner le droit ; plus de faux débats sur l'activisme des juges : la part active du jugement est désormais assumée et on ne peut que s'en réjouir.

Sur le statut du procureur français, la jurisprudence n'est pas intervenue *ex abrupto* mais a été extrêmement évolutive, voire progressive : nombre d'arrêts avaient annoncé le second arrêt *Medvedyev et autres*, puis l'arrêt *Moulin*. C'est pourquoi certains juristes français reprochèrent à leur législateur d'avoir adopté une attitude défensive et « figée », d'avoir trop attendu et à leurs juges de n'être pas entrés dans ce dialogue ; faute d'avoir voulu entendre ces coups de semonce, ils ont eu à subir cet arrêt.

17. Décision de la chambre des Lords (*Appellate Committee*) du 16 décembre 2004.

18. Andreas Voßkuhle, « Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts », *European Constitutional Law Review*, vol. 6, 2010, p. 183.

De l'indifférence à la *reconnaissance mutuelle*

Ces nouveaux concepts « relationnels » sont-ils condamnés à se cantonner soit dans le registre des bonnes intentions, soit à la description formelle de ces relations ? Ils décrivent certes le nouveau cadre mais paraissent néanmoins impuissants à définir des critères pour fonder ces relations et en arbitrer les possibles conflits. Le *dialogue des juges* qui risque d'apparaître comme un concept un peu mou, inapte à prendre en compte la dimension conflictuelle des rapports entre ordres juridiques, qui réclame des critères consistants pour permettre des arbitrages clairs. Tout aussi instructif en effet serait d'aborder la coopération par son contraire, c'est-à-dire par le refus de coopérer qui prend souvent la forme d'un acte unilatéral. L'espace est effacé par la soumission de tous à une seule et même juridiction : c'est la question qui était soumise à la Cour suprême des Etats-Unis dans des affaires d'anti-trust (arrêts *Intel* et *Empagran*¹⁹ de juin 2004) ou plus récemment dans l'affaire *Morrison*²⁰. Ces affaires nous rappellent que le nouveau modèle n'a pas complètement chassé le précédent modèle westphalien, et que le droit mondial actuel est le théâtre d'une tension permanente entre le modèle spatialisé qui ne cesse de vouloir réintroduire de la territorialité, et ce nouveau modèle relationnel et temporel.

Pour conférer toute sa force à la coopération, il faut faire tourner son attention sur le pacte qui la fonde ; un pacte qu'il faut formuler (car il est le plus souvent implicite) et qu'il faut actualiser (car il est évolutif). S'agissant de la Cour de justice, d'une part, le droit national s'engage à assurer la réalisation et le bon fonctionnement du droit européen, et, de l'autre, les autorités européennes s'engagent à respecter les différentes identités nationales²¹.

Les termes de ce pacte diffèrent à chaque fois – il faudra donc s'efforcer de les préciser dans chaque cas – mais, dans tous les cas, ils sont sous-tendus par des intérêts partiellement communs et partiellement différents²².

S'agissant de la Cour européenne des droits de l'homme, on a vu que ce pacte se fonde dans une mutualisation de la fonction tierce. La reconnaissance est également indispensable au tiers, et elle n'est de surcroît jamais définitivement acquise : la Cour doit ainsi avoir à cœur non seulement d'interpréter la Convention mais aussi de respecter les différentes cultures, c'est-à-dire les différents chemins d'arriver aux mêmes buts. Il y va de sa survie à long terme.

De manière générale, tous ces pactes entre juridictions renvoient à une *reconnaissance mutuelle* ; non plus entre citoyens, non plus entre peuples mais entre les différents peuples et l'instance européenne. Le dialogue suppose non seulement une connaissance mais aussi une reconnaissance mutuelle, qu'il renforce en s'affirmant. Cette idée n'est pas une simple pétition de principe car elle prend un sens très concret à propos du mandat d'arrêt européen par exemple qui suppose, pour être exécuté, que les juges aient confiance dans le système étranger demandeur. D'autant que cette confiance ne peut résulter de la loi et des traités : elle est insaisissable et ne peut être contrainte²³.

19. *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc. et F. Hoffman-La Roche Ltd. v. Empagran S.A.*, 24 juin 2004.

20. *Morrison v. National Australia Bank*, 24 juin 2010.

21. Andreas Voßkuhle, art. cit., p. 193.

22. Ce pacte fournirait même, à en croire certains comme Cass Sunstein, la logique profonde de certaines décisions de justice qui s'analysent comme une transaction entre des intérêts divergents (*Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, 1996, cité par Philippe Raynaud, *Le Juge et le philosophe*, Paris, Armand Collin, 2008, p. 86). Une analyse similaire est fournie par Péter Kovács à propos de la Cour internationale de justice (« Développements et limites de la jurisprudence en droit international », rapport au colloque de 2002 de la Société française pour le droit international, Lille, 12-14 septembre 2002).

23. Cela sera un problème majeur pour les jeunes pays (notamment la Chine) : il ne suffit pas de faire des lois, de dire que la justice est indépendante, encore faut-il en rapporter la preuve, et surtout que les autres partenaires en soient convaincus.

Du protectionnisme juridique à la *contribution* à un ordre européen des droits de l'homme

Allons plus loin : quel est l'intérêt des juges à coopérer ? La première réaction des juges français a en effet consisté à tenter de limiter, à contenir voire à mettre hors champ l'application de la Convention²⁴. Mais ils n'ont pas tardé à comprendre que cette attitude protectionniste était vaine. C'est alors qu'est intervenue la troisième étape, que Régis de Gouttes appelle d'application « spontanée » et « constructive » de la Convention. Contrairement à ce que le juge français a initialement cru, la Convention et la jurisprudence de la Cour ne sont pas pour lui une limitation mais au contraire « une source d'élargissement de son office et un facteur de renforcement de sa mission première de gardien de la liberté individuelle »²⁵. Le juge français entre donc dans une phase d'acculturation – nous dirions plutôt d'inculturation – dans le sens où il s'est approprié l'instrument comme un instrument qui ne lui est plus extérieur mais qui fait désormais partie des ressources qu'il peut mobiliser.

Dans ce nouveau contexte, certaines cours, certaines manières d'argumenter et d'écrire les décisions sont plus reconnues que d'autres parce que plus prestigieuses ou plus convaincantes. Leur autorité est de nature persuasive (*persuasive authority*²⁶) en ce qu'elle émane intrinsèquement de telle ou telle décision, en dehors de tout relais institutionnel. Cette nouvelle sorte d'autorité éclaire la contribution en lui assignant un objectif.

Le pouvoir dans ce nouveau contexte ne consiste plus à se protéger mais au contraire à contribuer, à peser sur l'édification d'un ordre commun. Encore faut-il s'en donner les moyens²⁷. La jurisprudence des différentes cours constitutionnelles se trouve grâce à ce concept de *Verbund* engagées dans une lutte discursive pour la « meilleure solution » qui fait de cette coopération à plusieurs niveaux, une coopération pédagogique²⁸. A ceux qui regrettent que sa cour n'ait plus le monopole de contrôler la constitutionnalité des lois allemandes et de dire le droit constitutionnel allemand, voici ce que répond l'actuel président de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe : « le partage des responsabilités entre les cours de justice ne débouche pas sur une réduction des droits fondamentaux mais sur leur triplement au contraire, grâce à la coopération (*Verbund*) de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe, et des Cours de Strasbourg et de Luxembourg »²⁹. S'opère ainsi une compensation entre, d'une part, une certaine perte de pouvoir et, de l'autre, la possibilité d'étendre son influence (cela contraste avec la position de la Cour suprême des Etats-Unis). Il ne faut donc pas avoir, à le lire, de position nostalgique à l'égard de l'ancien modèle « exclusiviste » et s'en sortir par l'avant par une double ouverture dans l'espace et dans le temps. A cette idée positive de contribution peuvent être rattachées beaucoup d'idées telles qu'« aide interprétative » ou fonction de « guidance normative » et d'« orientation ».

III. D'UNE RÉFÉRENCE SPATIALE À UNE RÉFÉRENCE TEMPORELLE

Ce que révèle cette jurisprudence évolutive de la Cour européenne des droits de l'homme, c'est la victoire du temps contre l'espace. Ce qui n'est plus organisé par l'espace doit l'être par le temps. Ce nouveau rapport au temps est induit par le préambule de la Convention qui évoque non seulement la sauvegarde mais aussi le développement des droits de l'homme. Le temps se voit introduit au cœur du travail juridictionnel de la Cour pour au moins deux raisons majeures. Tout d'abord, parce qu'exerçant

24. Remarquons au passage la métaphore spatiale.

25. Régis De Gouttes, « La naissance du droit européen des droits de l'homme dans l'ordre judiciaire français », (à paraître).

26. Voir à ce sujet Anne-Marie Slaughter, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004.

27. Et donc rédiger dans une langue claire et bien argumentée (et cette exigence s'applique à tous y compris à la Cour européenne des droits de l'homme ; où l'on voit que la contribution comporte des exigences de l'ordre de la raison ou du récit : comment raconter une histoire pour que n'importe qui puisse la comprendre). Cela me fait penser à un collègue anglais qui découvrait une décision de la Cour de cassation et me demandait : « J'ai lu le communiqué de presse ou le résumé mais où est la décision ? »

28. Andreas Voßkuhle, *art. cit.*, p. 198.

29. *Ibidem*, p. 197.

un contrôle sur l'effectivité des droits et non leur simple forme, elle doit vérifier que ces droits demeurent effectifs lorsque les circonstances évoluent.

Son travail se lie ainsi à l'évolution des sociétés nationales, en proie, parce qu'elles sont démocratiques, à une constante évolution, voire à une accélération³⁰ du temps. La seconde raison tient à la combinaison entre, d'une part, l'interprétation téléologique et, de l'autre, la nature abstraite des droits de l'homme qui constituent un horizon d'attente ; ils ne pourront jamais être pleinement satisfaits (la réalité ne sera jamais totalement conforme à nos souhaits ; seule une forme peut être parfaite). « Le temps », remarque François Ost, « est la quatrième dimension des droits de l'homme »³¹.

Un déséquilibre incessant entre une juridiction sans terre et des Etats territorialisés est ainsi inscrit au cœur même du projet de la Convention et de la Cour. Tous les ingrédients d'une véritable dynamique sont réunis, alors que le rapport à l'espace (du moins dans sa partie visible concernant l'Europe³²) donnait une dimension statique au contraire. Alors que le modèle westphalien, centré sur l'espace, visait à un *équilibre*, le nouveau modèle se trouve voué à un mouvement permanent. L'équilibre entre les grands Etats territorialisés reposait sur un retour à des rapports sensiblement identiques, voire plus ou moins identiques. Ce modèle se concentrait sur les frontières physiques et entretenait une méfiance spontanée à l'égard de toute tentative de réassigner des considérations morales dans les relations entre les Etats (ce qui rappelait le sinistre temps des guerres de religion qui avaient épuisé l'Europe et auquel il apporta une issue par la spatialisation). Nous sommes passés de la géographie westphalienne à la « chronographie »³³ globale.

On ne sera donc pas surpris de constater que nombre de ces nouveaux concepts se réfèrent au temps plus qu'à l'espace. Le temps est le nouveau cadre de référence d'un droit qui est devenu principiel tout comme l'espace était le cadre du droit positif (qui allait de pair avec l'unicité et la nationalité unique de l'émetteur de norme).

En témoigne l'expression « question prioritaire de constitutionnalité » qui renvoie à une dimension temporelle et non plus spatiale. En témoigne aussi la préoccupation majeure qu'est devenue la sécurité juridique : il s'agit d'une sécurité dans le temps. Pour cela, il est demandé au juge national d'anticiper ce que décidera la Cour européenne des droits de l'homme. Les juges français, allemands et anglais anticipent dans leurs décisions ce que décidera la Cour de Strasbourg ; une véritable dynamique est ainsi créée par l'intériorisation de ce que va faire l'autre (on sait que l'anticipation est au cœur des mécanismes du marché). L'actuel président de la Cour de Karlsruhe remarque qu'aussi bien sa cour que celle de Strasbourg ont à cœur de « prévenir les collisions »³⁴. Se multiplient en France les décisions judiciaires instaurant une date différée pour l'application de leurs décisions, à commencer par l'arrêt *Creissen*³⁵. On retrouve dans chacune d'entre elles le souci d'obtenir du temps une sécurité que ne donne plus l'espace.

Ce nouveau rapport au temps influe sur l'idée de cohérence juridique. L'idée de *cohérence* change également de sens : il ne s'agit plus d'une cohérence posée d'emblée mais d'une recherche constante dans le temps d'une cohérence dynamique, recherchée à l'aune de principes supérieurs. Dans un cas, la cohérence est donnée d'emblée comme un modèle du passé à rejoindre ; dans l'autre, elle n'a pas de consistance propre mais doit se construire au cas par cas. Non pas dans un esprit postmoderne mais plutôt selon une philosophie évolutive.

30. Voir à ce sujet Hartmut Rosa, *Accélération. Une critique sociale du temps*, traduit de l'allemand par Didier Renault, Paris, La Découverte, 2010.

31. François Ost, « Le temps, quatrième dimension des droits de l'homme », *Le journal des tribunaux*, Bruxelles, janvier 1999.

32. Carl Schmitt montre que la dynamique de l'appropriation concernant plutôt les mers et les espaces « sauvages » à coloniser (Carl Schmitt, *Le Nomos de la terre dans le droit des gens du jus publicum europaeum*, traduit de l'allemand par Lilyane Deroche-Gursel, introduction par Peter Haggenmacher, Paris, PUF, 2001).

33. L'expression est de Paul Mathias, « la normativité réticulaire ».

34. Andreas Voßkuhle, *art. cit.*, p. 187.

35. *Creissen*, précité.

Conclusion : l'Europe, ses cultures et le bien commun des droits de l'homme

Ce qui permet l'articulation des différentes cultures entre elles et la construction d'un espace d'universalisation pluriel sous les auspices de la Cour européenne des droits de l'homme, c'est l'aspiration commune à améliorer la situation des droits de l'homme. C'est à la fois très nouveau et pourtant non sans liens avec la situation de l'Europe avant sa division en Etats souverains. Pour comprendre la place des droits de l'homme dans ce nouveau contexte, il faut revenir à la situation de l'Europe médiévale, avant que la nécessité de défendre des grandes entités territoriales qu'étaient les royaumes, n'entraîne l'absolutisation de la souveraineté et le ravalement du droit au statut d'expression de la souveraineté³⁶. La justice était considérée comme la « raison d'Etat » des différents royaumes qui composaient l'Europe d'alors ; ce terme voulant dire au Moyen Âge exactement le contraire de ce qu'il signifie aujourd'hui : non une justification pour suspendre le droit, mais le *status* du royaume qui considérait non pas « tant son état réel que l'ensemble des conditions nécessaires à sa conservation, sa « forme » constitutive. Par là, *status* devient fréquemment synonyme de bien commun »³⁷.

Un historien russe, Aaron J. Gourevitch, voit dans la nécessité de se construire sur le droit – et non pas seulement sur un pouvoir politique – un des traits distinctifs de la culture médiévale européenne³⁸. Dans ce sens-là, les Etats-Unis qui se fondent sur une constitution écrite ne font que porter à l'extrême de l'abstraction l'idée de fondation par le droit qui est de nature européenne.

Il faut revenir à l'origine historique de la Cour européenne des droits de l'homme pour comprendre que les droits de l'homme se posent comme un antidote à l'historicisme et à l'effondrement possible de la souveraineté. Il faut lier ce pluralisme constitutionnel à la condition de moderne et à la disparition de la transcendance. Mais à la différence de cette antériorité du droit qui va se confondre – ultérieurement – avec l'Eglise catholique, cette nouvelle version du bien commun est entièrement rationnelle et formalisée. Il ne s'agit plus d'un droit naturel reposant sur des fondements chrétiens mais d'un roman écrit à plusieurs mains (toujours la référence temporelle) selon la célèbre expression de Dworkin, dont plusieurs chapitres sont à écrire.

Ainsi l'Europe avance en retrouvant ses racines (structurellement chrétiennes mais substantiellement modernes, ce qui mettra tout le monde d'accord). Elle est totalement moderne en renouant avec ce qui a fait sa spécificité : on peut ainsi être culturellement différents et pourtant partager des valeurs communes ; le passé nous rend confiant dans l'avenir. La jurisprudence évolutive de la Cour européenne des droits de l'homme et tout ce qu'elle suppose, à savoir l'articulation qu'elle inaugure – non sans errements peut-être – entre des cultures spécifiques et la mutualisation des souverainetés (rendue possible grâce à l'idée de droits de l'homme) : tout cela fait de l'Europe un laboratoire pour civiliser la mondialisation.

36. Harold J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1983.

37. Michel Senellart, qui ajoute : « [L]a pensée moderne au-delà des ruptures proclamées, plonge ses racines dans la théologie médiévale dont l'oubli, aujourd'hui, constitue le véritable impensé de notre culture » (Michel Senellart, *Machiavélisme et raison d'Etat*, PUF, coll. « Philosophies », Paris, 1989, p. 13).

38. Aaron J. Gourevitch, *Les catégories de la culture médiévale*, traduit du russe par Hélène Courtin et Nina Godneff, Préface de Georges Duby, Paris, Gallimard, Coll. « Bibliothèque des histoires », 1983. Cela contraste fortement avec la culture chinoise qui ne connaît pas cette antériorité du droit et qui, au contraire, fait découler tout le droit du fondateur de la dynastie impériale.

Jean-Paul Costa

Président de la Cour européenne des droits de l'homme

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

Mesdames et Messieurs,

Au nom de mes collègues et de tous les membres de la Cour européenne des droits de l'homme, je vous remercie d'honorer de votre présence l'audience solennelle de notre Cour. Vous montrez votre attachement aux droits de l'homme, qui sont notre patrimoine commun, et votre fidélité à notre juridiction, dont la raison d'être est de veiller à leur respect et à leur développement sur tout le continent.

Avant de vous livrer quelques réflexions, je voudrais saluer notre invité d'honneur, M. Antonio Guterres, Haut Commissaire des Nations unies pour les réfugiés et ancien premier ministre du Portugal. Je vous suis reconnaissant, Monsieur le Haut Commissaire, d'avoir accepté notre invitation. Votre présence illustre l'universalité et l'actualité de la protection des réfugiés, ainsi que les liens concrets que nous cherchons à développer avec les organes et instances des Nations unies œuvrant en matière de justice et de droits fondamentaux. Nous vous écouterons avec attention, tout spécialement eu égard à la mission délicate et importante du Haut Commissariat, en faveur des demandeurs d'asile, des réfugiés et des apatrides.

J'ai une autre annonce liminaire. Elle a pour objet le lancement d'un livre tout à fait exceptionnel sur la Cour européenne des droits de l'homme, publié pour célébrer ses cinquante ans et le soixantième anniversaire de la Convention qui lui a donné naissance. C'est un grand moment. Il manquait un ouvrage à la fois de référence et de prestige, qui pût retracer l'évolution au cours de ces décennies, tout en regardant résolument l'avenir. Ce beau livre est une œuvre collective. Il a été conçu et mis au point sous la direction d'un comité éditorial présidé par mon collègue Egbert Myjer, avec le concours de plusieurs autres juges et membres du greffe. Le coordinateur de l'ouvrage a été M. Jonathan Sharpe, ancien membre du greffe de la Cour. Il est édité par Third Millenium Publishing, à Londres. Enfin, le financement du livre, qui existe en anglais et en français, a été très largement assuré par une contribution du ministère des affaires étrangères du Grand-Duché du Luxembourg, auquel je tiens à exprimer publiquement notre gratitude, et qui est représenté ici par M. Georges Friden, Directeur des affaires politiques. Sans ce concours, le projet n'aurait pu aboutir. Je remercie plus généralement tous ceux et celles qui ont œuvré pour ce livre, dont le titre est « La conscience de l'Europe ».

Je tiens enfin à rappeler, non sans fierté collective, que j'ai reçu au nom de la Cour, le 28 mai 2010 à Middleburg, en présence de la reine des Pays-Bas, le *Franklin D. Roosevelt International Four Freedoms Award*. Plus qu'une récompense, cette haute distinction est un encouragement pour nous.

Mesdames et Messieurs, je souhaiterais ordonner mes réflexions, cette année, autour de l'évolution récente et des projets de notre Cour, puis autour du présent et de l'avenir des droits de l'homme en Europe.

La Cour européenne des droits de l'homme, devenue permanente en 1998, n'a cessé depuis lors de se réformer, tant par des mesures internes que du fait des changements institutionnels opérés par les Etats parties. Il faut enfin souligner les efforts qu'accomplissent ces Etats au plan national et qui facilitent sa tâche. Je ne rappellerai pas que la Convention a été établie sur le principe d'une responsabilité partagée. Les Etats membres se sont engagés à garantir aux personnes les droits et libertés conventionnels. Ils ont collectivement renouvelé cette promesse à Interlaken ; j'y reviendrai. Saisie de litiges, la Cour vérifie si ces engagements ont été tenus ; le cas échéant, elle juge que tel n'est pas le cas et que la Convention ou ses Protocoles ont été violés. Il incombe alors aux Etats d'exécuter l'arrêt, sous la surveillance du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, ce qui leur impose de prendre des mesures individuelles mais aussi générales. Il leur faut donc souvent modifier leurs lois ou leur pratique, ou la jurisprudence de leurs tribunaux. A y bien réfléchir, c'est un processus peu ordinaire ! On comprend qu'il y ait des résistances ; je constate avec bonheur qu'elles s'estompent au fil du temps.

Ce mécanisme, dont l'audace, en 1950, était impressionnante, s'est enrichi en permanence et d'abord quant à la nature et à l'étendue des droits protégés. Actuellement, six Protocoles additionnels sont en vigueur, qui sont venus compléter les dispositions matérielles de la Convention. Deux d'entre eux ont eu pour effet, mesure emblématique entre toutes, d'abolir la peine de mort : elle a disparu en Europe. Par ailleurs la jurisprudence, qui considère la Convention comme un « instrument vivant », a interprété de façon dynamique les droits de la Convention ; le séminaire qui a eu lieu cet après-midi s'est posé la question des limites d'une telle interprétation ; son caractère évolutif me semble en tout cas indispensable, faute de quoi le texte de la Convention de 1950 aurait été rendu obsolète ou inopérant face aux changements de la société et des mœurs, et aux innovations technologiques. Qui aurait pu alors imaginer l'informatique ou Internet, ou les réseaux sociaux, la procréation médicalement assistée, les dons de gamètes, la transsexualité, ou encore l'importance croissante de l'environnement et de l'écologie ?

La protection juridictionnelle des droits suppose aussi des procédures, elles-mêmes modifiées à plusieurs reprises. Dans la période récente, le Protocole n° 11 a supprimé la Commission européenne des droits de l'homme, rendu notre Cour permanente, fait du recours individuel et de la juridiction de la Cour des modes procéduraux automatiques et obligatoires. Quant au Protocole n° 14, si longtemps attendu et finalement entré en vigueur le 1^{er} juin 2010, il a créé des formations de juge unique, donné de nouvelles compétences aux comités de trois juges, rendu possible la réduction de sept à cinq du nombre des juges des chambres, prévu un nouveau critère de recevabilité, institué des recours en interprétation et en manquement, sur saisine du Comité des Ministres, ou encore ouvert la tierce intervention au profit du Commissaire aux droits de l'homme.

La fin de l'Histoire annoncée par Hegel, ou plus récemment par Francis Fukuyama, ne me semble pas pour demain. De la même manière, l'histoire de la Convention ne me paraît pas achevée. Le quatorzième Protocole ne sera certainement pas le dernier. Il y a à cela deux raisons principales, d'ailleurs en partie liées.

D'abord, les nouvelles procédures établies par ce texte, certes nécessaires, voire indispensables, ne sont pas pour autant suffisantes. Comme cela était prévisible et prévu, elles ne permettent pas à elles seules de combler le fossé entre le nombre de décisions rendues par la Cour et l'afflux de requêtes portées devant elles. Je ne vous accablerai pas de chiffres. Un seul exemple : en 2010, le nombre de requêtes terminées a augmenté par rapport à 2009 de 16%, sans ressources supplémentaires, ce qui est encourageant ; mais le nombre de nouvelles requêtes a parallèlement augmenté de 7%. A ce rythme, et compte tenu

de l'ampleur de l'arriéré, celui-ci mettrait encore de nombreuses années à disparaître. Si les effets de la procédure de juge unique n'ont pu jouer en 2010 que pour une période de sept mois, même en année pleine ils seront inférieurs à l'énormité de la tâche : il faudra aller plus loin. Au demeurant, notre juridiction, dont les ressources n'augmentent guère ou pas du tout, ne peut vouer l'essentiel de son énergie et de ses moyens à rejeter des requêtes qui n'ont aucune chance de succès, faute de quoi le traitement des affaires graves et urgentes serait renvoyé aux calendes grecques. La Cour a donc mis en œuvre une politique de priorisation. Les résultats purement statistiques n'en profiteront pas dans l'immédiat, mais la cause des droits de l'homme et de leur protection effective, elle, en bénéficiera. Il faut le dire avec clarté, pour que tous les acteurs le sachent et ne soient pas surpris au cours des prochaines années.

Ensuite, le futur à moyen et long terme impliquera des changements qui ne pourront entrer en vigueur sans réviser la Convention, même si, comme le recommandait le rapport des sages dès 2006, il faut que la procédure de révision soit simplifiée à l'avenir. Comme vous le savez, un moment très important, en 2010, a été la tenue à Interlaken, en Suisse, de la conférence ministérielle sur le futur de la Cour, que je vous avais annoncée ici même, voici un an, après en avoir appelé le principe de mes vœux l'année précédente. La conférence a été en soi un succès politique. Elle a notamment réaffirmé l'attachement des États à la Convention, et reconnu « la contribution extraordinaire de la Cour à la protection des droits de l'homme en Europe », ce qui n'est pas un mince hommage. Elle a en outre adopté une déclaration, assortie d'un plan d'action. Je ne vais pas détailler les mesures préconisées ou envisagées dans ces deux textes. Elles prévoient des décisions à prendre à différents niveaux, s'échelonnant dans le temps sur plusieurs années, de 2010 à 2019, et dépendant d'une pluralité d'acteurs : la Cour elle-même – nous avons commencé sans tarder –, les États, responsables au premier chef de la protection des droits et libertés au plan national, et les organes du Conseil de l'Europe, notamment le Secrétaire Général, le Comité des Ministres et l'Assemblée parlementaire.

Quelques mots-clés, parmi d'autres, peuvent être dégagés de la déclaration et du plan d'action, qui illustrent l'ampleur et la variété de ce programme pluri-annuel de réformes : subsidiarité, responsabilité partagée, clarté et cohérence de notre jurisprudence, réduction du nombre des requêtes sans chance de succès, exécution complète et rapide des arrêts, un Statut pour la Cour, à laquelle il faut davantage d'autonomie au sein du Conseil de l'Europe – gage d'efficacité –, l'importance capitale de son indépendance et de son impartialité, le recours systématique aux outils procéduraux (tels que les arrêts-pilotes ou les règlements amiables). J'insiste sur deux aspects qui me semblent urgents : la mise en place d'un mécanisme de *filtrage* efficace des requêtes – dont je rappelle que la très grande majorité sont rejetées comme irrecevables, ce qui est considérable et anormal – et une réduction radicale du nombre des *requêtes répétitives*. Celles-ci sont le plus souvent bien fondées, car elles reflètent des défauts systémiques qui devraient être réparés et supprimés au niveau national, de sorte que ces affaires-clones ne seraient plus à l'avenir portées à Strasbourg. Si tel était le cas, une partie de nos problèmes de retard et de délais serait résolue, et surtout la responsabilité partagée trouverait à s'appliquer de façon plus équitable et plus efficace.

Depuis Interlaken, notre Cour a déjà pris, seule ou avec l'aide d'autres, des mesures propres à accroître son efficacité, en dépit de la crise qui la prive de ressources supplémentaires dont elle aurait besoin.

Sans être exhaustif, je citerai le développement des *arrêts-pilotes*, dont les effets sont de plus en plus satisfaisants, et la clarification des implications de tels jugements ; l'adoption de la politique des priorités, déjà mentionnée ; de nouveaux critères et barèmes pour le calcul de la satisfaction équitable au sens de l'article 41 de la Convention ; l'adoption d'un Guide pratique sur la recevabilité, afin d'éclairer tous les acteurs sur les conditions à remplir pour qu'une requête ait des chances de succès.

Récemment, à mon initiative, le Comité des Ministres a créé un panel d'experts et nommé ses sept membres, dont plusieurs sont présents, et que je salue volontiers : s'inspirant du comité créé par le Traité de Lisbonne pour la nomination des juges et des avocats généraux de la Cour de justice, ce collège, qui vient de se réunir pour la première fois, doit conseiller les États lors de la préparation des listes de candidats présentés à l'Assemblée parlementaire pour qu'elle élise nos juges. Ce n'est pas du tout une réforme mineure, soyez-en assurés.

Parmi les projets à court terme figure aussi l'amélioration de nos outils, en particulier de la base de données HUDOC, outil essentiel pour notre productivité et pour la cohérence la meilleure possible de la jurisprudence, mais aussi pour tous les praticiens, en particulier afin que les juridictions nationales connaissent nos décisions et s'en inspirent dans leurs propres jugements. Je rappelle que nombre d'États, que je tiens à remercier, fournissent à la Cour de précieuses contributions volontaires. Les unes sont financières et nous ont permis par exemple de mettre en place un enregistrement des audiences sur le Net, et d'améliorer l'informatique de la Cour ; en particulier, nous allons pouvoir développer HUDOC (base de données jurisprudentielles) grâce à de telles contributions ; d'autres prennent la forme de la mise à la disposition du greffe de magistrats ; ceux-ci viennent nous aider, puis quand ils repartent, ils apportent aux systèmes de leurs pays une très utile connaissance de la Convention européenne, non livresque mais fondée sur la pratique. C'est un bon exemple de *collaboration*, naturellement en toute indépendance puisque nous sélectionnons ces candidats, qui sont ensuite encadrés par des juristes chevronnés du greffe, sous la supervision de nos juges.

Peut-être est-ce le moment de signaler un sérieux écueil dans le fonctionnement de la Cour, qui s'est aggravé récemment, et qui ne pourra être évité sans une collaboration, précisément, avec les acteurs, étatiques ou non, du système. Je veux parler des mesures d'urgence, prévues à l'article 39 du règlement. Elles ont pour objet d'éviter des violations de la Convention qui seraient irréversibles, et elles prennent la forme d'injonctions de faire ou de ne pas faire, adressées à l'État défendeur. Le domaine, par excellence, des mesures provisoires (*interim measures*) est celui de l'éloignement forcé des étrangers du territoire, ou encore celui du rejet des demandes d'asile, dont M. Guterres nous parlera. Il n'est pas excessif de dire que l'application de l'article 39 a sauvé l'intégrité physique, la liberté et même la vie de nombreuses personnes vulnérables par définition. Le contentieux de l'article 39 s'est considérablement développé depuis quelques années ; or, il place souvent la Cour devant une tâche difficile, voire impossible. Il faut décider dans l'urgence, au vu d'un dossier rudimentaire, d'accepter ou de refuser l'expulsion ou l'extradition de personnes vers des pays où elles risquent des violations graves de leurs droits. Il est clair, et cela est confirmé par la Déclaration d'Interlaken, que notre Cour ne saurait, sans violer la subsidiarité, se muer en tribunal de troisième ou de quatrième instance ; or le recours à l'article 39, si vital soit-il pour l'effectivité des droits, menace de la transformer en tribunal de premier degré de l'immigration, tout en absorbant une part excessive de son temps et de ses moyens humains, au détriment de l'examen des litiges au fond. Il est temps de réfléchir collectivement à ces problèmes, qui reflètent certes l'état des libertés fondamentales en Europe et au-delà ; mais continuer ainsi sans remise en question serait irresponsable et néfaste.

Je ne peux penser au futur de notre Cour sans rappeler la grande importance de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. Envisagée à Bruxelles dès la fin des années 1970, l'adhésion de l'Union a été voulue par les vingt-sept États membres de celle-ci. Cette décision politique s'est exprimée dans le Traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, tandis que le Protocole n° 14 à la Convention a rendu l'adhésion possible grâce au consentement unanime des quarante-sept États parties. Depuis l'été dernier, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne ont entamé des négociations, auxquelles la Cour participe comme observateur, pour traduire cette décision majeure

en termes procéduraux. Les questions à résoudre ne sont pas faciles, dès lors que la Convention, écrite pour des Etats, va s'appliquer à une organisation rassemblant vingt-sept d'entre eux. Mais les solutions seront trouvées, j'en suis convaincu ; nous en avons discuté tout récemment à Luxembourg lors d'une de nos rencontres régulières avec nos collègues de la Cour de justice de l'Union européenne ; cette réunion a débouché sur une communication commune des présidents des deux Cours, mon ami M. Vassilios Skouris, ici présent, et moi-même, dans le but d'inspirer les négociateurs, auxquels ce document a été distribué.

Mesdames et Messieurs,

Plusieurs fois complétée ou modifiée, la Convention européenne des droits de l'homme surmonte l'érosion du temps. Aux douze Etats signataires le 4 novembre 1950, trente-cinq autres sont venus s'ajouter au fil des ans, soit la quasi-totalité du continent, ce qui est un succès exceptionnel. Elle fait partie de l'ordre juridique de tous les Etats membres. Les justiciables et leurs conseils l'invoquent, les juridictions nationales l'interprètent et l'appliquent, sous la supervision ultime de notre Cour. Les exécutifs et les législateurs en tiennent compte et s'en inspirent, en tout cas bien plus qu'il y a douze ans : ce point de départ est un terme de référence pour l'observateur que je suis, car il coïncide avec mes débuts de juge à Strasbourg. La Convention est enseignée dans nos pays, et pas seulement comme une matière juridique. Son sixtième anniversaire a été célébré avec éclat au Conseil de l'Europe, en octobre dernier, en présence du Secrétaire général des Nations unies, M. Ban Ki-moon.

Quant à notre Cour, tous connaissent ses difficultés, largement dues à l'espoir qu'elle incarne pour huit cent millions d'Européens, mais un espoir trop grand, faute d'une information suffisamment complète ; d'où un nombre excessif de recours voués à l'échec. Nous cherchons à y remédier. En dépit de ses problèmes, elle a une influence, un rayonnement, un prestige inégalés. Je suis convaincu que le processus lancé à Interlaken va se poursuivre avec succès, sauvant ainsi l'avenir de la Cour et donc du système de protection. A ce moment de mon intervention je tiens à rendre hommage aux quelque 700 hommes et femmes, nos 47 juges et les membres du greffe qui les assistent, pour leur dévouement et pour la grande qualité de leur travail. Bien sûr, comme dans le poème d'Aragon, « rien n'est jamais acquis à l'homme, ni sa force, ni sa faiblesse... » Il nous faut donc, à tous et à toutes, toujours essayer de mieux faire ; il est naturel que nous nous y engageons.

Mesdames et Messieurs, je me suis promis – cela peut vous surprendre – de m'interroger sur les *droits de l'homme*. Une Convention, une Cour : certes ; européennes, cela va sans dire. Mais des droits de l'homme ? Qu'est-ce que cela signifie ? J'allais dire : qu'est-ce que cela signifie encore, en ce début de XXI^e siècle ?

Nous sommes loin du temps des Lumières, du temps où, cent ans après le *Bill of Rights* britannique, treize ans après la Déclaration d'indépendance américaine, la Constituante adopta la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Nous n'en sommes même plus à la Déclaration universelle, grand texte fondateur qui a inspiré notre Convention, puis la Convention américaine des droits de l'homme, ou la Charte

africaine des hommes et des peuples. Que sont les droits de l'homme actuels, et ceux des décennies à venir ? En quoi consistent les menaces qui pèsent sur eux, et la protection, ou la prévention, qu'il faut opposer à ces menaces ?

Répondre à ces questions n'est pas simple, et je n'aurai d'autre prétention que d'esquisser des réponses, ou même de simples remarques. Je note en passant que de grands auteurs se les posent, par exemple M. Amartya Sen, prix Nobel d'économie, notamment dans un récent essai, *The idea of Justice*.

En premier lieu, l'examen des requêtes qui arrivent à Strasbourg fait apparaître certains changements, qui ne sont pas sans signification. Prenons à titre d'exemples, puisque nous sommes dans une audience de rentrée, quelques arrêts importants rendus depuis un an. Je ne dirai pas toujours à quelles conclusions la Cour est parvenue, d'autant que certains arrêts ne sont pas définitifs. Mais les matières concernées par ces décisions sont intéressantes.

Plusieurs affaires récentes mettent en jeu le droit international public général ou le droit humanitaire, ou encore le droit de la mer. Il nous a fallu arbitrer entre l'accès à un tribunal, pour l'employée d'une ambassade, et l'exception d'immunité de juridiction soulevée par l'Etat employeur (une autre affaire du même type est pendante). La condamnation d'une personne pour crimes de guerre commis en 1944 a été contestée par elle, au nom notamment du principe de non-rétroactivité ; il y a deux ans, une affaire avait comporté un grief analogue à propos d'une condamnation de son auteur pour crime contre l'humanité en 1956. S'agissant du droit de la mer, deux arrêts rendus en 2010 ont statué, l'un sur une requête concernant les conséquences de l'arrestation en haute mer de l'équipage d'un navire se livrant au trafic de stupéfiants, l'autre sur celle du capitaine d'un navire ayant causé une catastrophe écologique, qui avait été privé de liberté puis remis en liberté sous caution. Le droit des droits de l'homme déborde ainsi de ses limites traditionnelles.

La vie privée, au sens large, suscite beaucoup de requêtes soulevant des problèmes de société. L'obligation positive de l'Etat d'ouvrir à un couple homosexuel le droit au mariage, alléguée par les requérants, a été déniée par la Cour (l'arrêt est définitif). La Grande Chambre, sans reconnaître un droit général à l'avortement et tout en déboutant deux des requérantes, a jugé que la troisième avait subi une violation de l'article 8, car elle n'a pas pu avorter légalement dans son pays. La Grande Chambre a par ailleurs considéré que serait contraire au même article 8 l'exécution de l'ordre de retour vers un pays tiers d'un enfant que sa mère avait déplacé de ce pays, de façon illicite au regard de la Convention de La Haye. Une requérante a soutenu qu'un flou juridique l'avait privée du droit d'accoucher à domicile, et que son pays aurait dû édicter une législation précise et complète. Tout récemment, un autre requérant a considéré que son pays était tenu de lui procurer un médicament lui permettant de se suicider de façon sûre et digne. Une requête pendante devant la Grande Chambre concerne les dons de sperme et d'ovules pour une fécondation *in vitro*.

Plusieurs arrêts récents concernent le droit de se présenter à des élections, en vertu de l'article 3 du premier Protocole, ou encore le droit, pour un député, d'obtenir la levée de son immunité parlementaire et une affaire en cours pose la question du droit de vote des nationaux résidant à l'étranger.

Ainsi, à côté de contentieux plus classiques, on voit arriver à Strasbourg beaucoup d'affaires, souvent importantes, concernant soit d'autres branches du droit international, soit des questions de société liées à la vie, à la mort, à la famille, à l'orientation sexuelle, soit encore les conditions de la vie politique et démocratique. D'autres requêtes récentes ou en cours portent sur les délicates relations entre les religions, la société et l'Etat ; et toujours nombreuses sont celles qui ont trait à la conciliation entre les libertés et la sécurité, soit en matière pénale en général, soit dans le contexte de la lutte contre ce terrible fléau qu'est

le terrorisme. Je ne citerai pas le contentieux des étrangers, et plus particulièrement du droit d'asile, domaine d'élection de M. Guterres, qui va nous en parler avec l'autorité particulière de ses fonctions, sauf à rappeler que l'arrêt de Grande Chambre *M.S.S. c. Belgique et Grèce*¹, sur la requête d'un demandeur d'asile, a été rendu il y a quelques jours ; il a et aura des effets importants.

Quels enseignements faut-il tirer des changements dans les affaires portées devant la Cour européenne des droits de l'homme, et plus généralement des observations de la société dont elles fournissent l'occasion ? J'en vois principalement quatre.

Premièrement, au devoir de l'Etat de ne pas s'ingérer arbitrairement dans l'exercice des droits et libertés s'ajoutent de plus en plus les *obligations positives* qui pèsent sur lui : il lui faut prendre les mesures propres à organiser et à faciliter cet exercice. Contrairement à ce qui est dit parfois, les obligations positives ne sont pas une création purement prétorienne. On en trouve des traces importantes dans la Convention elle-même. La loi, donc l'Etat, a le devoir de protéger le droit au respect de la vie ; le droit au procès équitable – auquel René Cassin attribuait une importance cruciale, tant pour la Déclaration universelle que pour la Convention (articles 10 et 6, respectivement) – implique toute une organisation judiciaire et procédurale qui incombe à la puissance publique ; l'article 13 de notre Convention, si important à la lumière d'Interlaken, consacre le droit à un recours effectif, donc une obligation pour les Etats d'instituer chez eux des voies de recours. Il est cependant exact que la jurisprudence, de façon correcte à mon sens, a développé les obligations positives, et ceci ne manque pas de fournir des arguments à nos requérants.

Deuxièmement, le lien qui existait dans l'esprit des Pères fondateurs, et se trouve dans le texte du Préambule, entre la paix et la démocratie d'une part, la justice et les droits de l'homme d'autre part, est reflété de plus en plus dans les requêtes enregistrées – et plus généralement dans la situation des droits et libertés en Europe. Mais ce lien se démontre souvent négativement. Les conflits internationaux (ou à l'intérieur des nations) soit n'ont pas disparu, soit leurs séquelles subsistent, dans plusieurs régions de notre continent. Parfois larvés ou assoupis, ils menacent de se réveiller. Ils provoquent des contentieux déjà abondants ou susceptibles de le devenir. C'est ainsi que deux requêtes interétatiques sont pendantes devant la Cour, sur un fond conflictuel, et il pourrait y en avoir d'autres, ce qui n'est certes pas à souhaiter. L'Europe a parfois du mal à liquider son passé. Il faut espérer qu'à l'avenir l'« union plus étroite », objectif du Conseil de l'Europe, se réalisera en surmontant les intérêts et les passions. Sachons qu'il y faudra du temps.

En troisième lieu, les atteintes, alléguées ou avérées, aux droits de l'homme sont souvent imputées maintenant, non à l'Etat défendeur mais à d'autres personnes ou à des groupes. Certes, et malheureusement, les autorités publiques et leurs agents continuent de commettre des violations directes de la Convention, parfois graves. Mais ils n'en ont plus le monopole. Les obligations positives des Etats, dont je viens de parler, ne sont pas seulement dues au fait que l'omission d'agir peut rendre les libertés plus formelles que réelles. Elles s'expliquent aussi parce que l'Etat, garant de la sécurité collective et de la paix sociale, a le devoir juridique et moral de protéger les droits de tous contre les agissements de chacun. Les violences sous toutes leurs formes, le racisme, la xénophobie, l'exploitation domestique ou professionnelle, les discriminations de toutes sortes ne peuvent être tolérés par les autorités, et elles les obligent en tout cas à intervenir, à protéger les victimes. Ce n'est pas entièrement nouveau : « Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et c'est la loi qui libère », disait déjà Lacordaire au XIX^e siècle. Mais cela revient à l'ordre du jour : paradoxalement, en raison de la crise financière et sociale, le modèle de l'Etat-providence s'affaiblit, et celui de l'Etat-gendarme renaît, non cependant comme simple régulateur et contrôleur de la vie économique, mais comme protecteur des libertés fondamentales. N'est-ce pas une autre forme de Providence, de *Welfare* ? Il n'est en tout cas pas surprenant que l'évolution politique et sociale influe sur le régime des droits et sur les fondements et la mise en jeu de la responsabilité des Etats au titre de

1. [GC], n° 30696/09, 21 janvier 2011.

notre Convention. Il est exact que l'« effet horizontal » donné à celle-ci par notre jurisprudence, a élargi la responsabilité étatique, mais qui pourrait s'en étonner ? L'effectivité des droits, leur meilleure protection, implique une telle évolution.

La perception qu'on peut ainsi avoir de la nouvelle figure des droits de l'homme me semble enfin conduire à une double réflexion supplémentaire.

D'une part, la Convention invite à juste titre à leur sauvegarde mais aussi à leur *développement*. Le premier objectif est indispensable, et déjà ne va pas de soi, car – malgré les progrès incontestables de la démocratie en Europe – les droits et libertés ne sont jamais définitivement acquis : les sauvegarder demeure donc essentiel. Quant à leur développement (« *further realisation* » en anglais), il me paraît tout aussi souhaitable. C'est un idéal qui relève des « progrès de l'esprit humain », dont Condorcet écrit l'Esquisse d'un tableau historique. L'interprétation non fixiste, mais dynamique, de la Convention, contribue, je l'ai dit, à cet essor. Toutefois, je crois que la meilleure façon d'atteindre cet objectif réside dans un *approfondissement* des droits. A cet égard, il est utile de ne pas oublier l'adjectif « *fondamentaux* ». Il figure dans le titre même de notre Convention, qui a pour objet les droits de l'homme et les libertés fondamentales. De même, l'Union européenne a maintenant sa Charte des droits fondamentaux. Un approfondissement des droits garantis implique à coup sûr, de façon croissante, exigence et rigueur dans la fixation des seuils et des standards, ainsi que dans le contrôle juridictionnel de leur respect. Par contre, l'inflation ou la dilution des droits serait un affaiblissement plus qu'un développement réel. Faut-il se rappeler que *tous les droits des hommes ne sont pas des droits de l'homme* ? Ou, comme le disait au XVI^e siècle, dans un contexte différent, Sir Thomas Gresham, « la mauvaise monnaie chasse la bonne » ; ne soyons pas des « faux monnayeurs » !

D'autre part, la diversification des atteintes aux droits de l'homme devrait avoir pour corollaire celle des réponses à apporter pour les prévenir et les combattre. Je suis sensible au rôle que la Conférence d'Interlaken a assigné à la *société civile*. Elle a appelé le Comité des Ministres et les Etats à impliquer la *société civile* « dans la recherche de moyens effectifs pour la mise en œuvre du plan d'action ». C'est nécessaire. A côté du Conseil de l'Europe, de la Cour et des Etats parties, les acteurs non institutionnels ont des tâches très importantes à accomplir. Ils peuvent contribuer à l'éducation à la citoyenneté et à la tolérance, ainsi qu'à la formation juridique des requérants potentiels, être vigilants et solidaires face aux menaces pesant sur nos libertés, quels qu'en soient les auteurs, rappeler à tous que la Convention et la Cour, malgré leur grand pouvoir d'attraction, ne peuvent résoudre tous les problèmes de la vie. C'est donc avant tout au niveau national que la société civile doit se mobiliser, mais la Cour est naturellement ouverte au dialogue.

Mesdames et Messieurs, les droits de l'homme ne sont pas « une idée neuve en Europe », comme Saint-Just le disait du bonheur. Ils ne sont pas non plus, heureusement, une idée révolue. Il faut les préserver et les faire s'épanouir. Aidons-nous les uns les autres à y parvenir !

Merci

António Guterres

Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés

Monsieur le Président, Membres de la Cour, Excellences, Mesdames et Messieurs,

C'est un grand honneur pour moi d'être invité à cette ouverture solennelle de l'année judiciaire de la Cour européenne des droits de l'homme. C'est un honneur en tant que Haut-Commissaire des Nations unies pour les réfugiés, en tant qu'ancien membre de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et en tant que citoyen européen.

Les origines du Conseil de l'Europe, du Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR) et de cette Cour sont intrinsèquement liées. Nées des décombres de la Seconde Guerre mondiale, nos organisations partagent toutes une mission et une vision communes du respect de l'Etat de droit et des droits de l'homme. Le HCR est représenté ici à Strasbourg afin de contribuer à la réalisation de cette mission.

Le HCR a été créé le 14 décembre 1950, quelques semaines à peine après la signature de la Convention européenne des droits de l'homme et deux ans, jour pour jour, après la proclamation de la Déclaration universelle des droits de l'homme. L'article 14 de cette déclaration affirme que « devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays ». Un tel droit n'est pas expressément contenu dans la Convention européenne des droits de l'homme. Néanmoins, la Cour joue un rôle vital en garantissant la protection des personnes contre le refoulement vers un pays où elles risqueraient de subir des persécutions ou mauvais traitements.

Ce principe de non-refoulement, qui découle principalement de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, est aussi la pierre angulaire de la Convention des Nations unies relative au statut des réfugiés adoptée en juillet 1951 (« la Convention de 1951 »). 147 pays sont aujourd'hui Parties à cet instrument ou à son Protocole de 1967. Or, bien que tous les Etats européens l'aient ratifiée¹, certains ne disposent toujours pas de système d'asile conforme aux critères régionaux et internationaux, et des situations de déplacement de grande ampleur persistent malheureusement en Europe. Pourtant, lors de la création du HCR, l'Assemblée générale des Nations unies ne lui confia qu'un mandat de trois ans afin de résoudre les problèmes de réfugiés issus de la Seconde Guerre mondiale en Europe. L'espoir que le mandat du HCR prenne rapidement fin n'a pas duré. En décembre dernier nous avons marqué le 60^e anniversaire de l'organisation et cette année la Convention de 1951 sur les réfugiés célébrera également ses 60 ans.

Ne serait-ce qu'en Europe, la Convention de 1951 a permis de protéger des millions de réfugiés en leur garantissant non seulement la sécurité mais aussi les droits économiques et sociaux nécessaires pour rebâtir leur vie en exil. Je crains cependant que les fondements humanitaires sur lesquels le HCR a été créé et dont nous dépendons, ne soient de plus en plus menacés. La crise économique mondiale a exacerbé le populisme et la xénophobie, souvent au prétexte de protéger la souveraineté et la sécurité nationale. En outre, le changement de nature des conflits armés limite de plus en plus l'espace humanitaire dans lequel nous nous efforçons de travailler.

1. A l'exception d'Andorre et de Saint-Marin.

Dans ce contexte difficile, des lacunes se font jour en matière de protection des réfugiés. J'entends par là des situations dans lesquelles les dispositions existantes en matière de droit international des réfugiés et de droits de l'homme ne protègent pas efficacement les victimes de déplacements forcés, soit parce que leur champ d'application n'est pas adéquat, soit parce qu'elles sont interprétées de manière trop restrictive. L'aptitude du HCR à pallier ces lacunes est limitée par le fait que, contrairement à d'autres instruments internationaux en matière de droits de l'homme, il n'y a pas d'organe conventionnel compétent pour superviser l'application de la Convention de 1951 sur les réfugiés. L'article 38 de la Convention permet aux Etats parties de soumettre leurs différends relatifs à son interprétation ou à son application à la Cour internationale de justice mais cela ne s'est jamais produit au cours des 60 ans d'existence de cette convention. Il nous faut donc compter sur le rôle de supervision du HCR régi par l'article 35 de la Convention de 1951, ainsi que sur une jurisprudence cohérente de la part d'organes juridictionnels indépendants comme votre Cour. A cet égard, le rôle des tribunaux, *a fortiori* au niveau international, est de rester au-dessus des vicissitudes de l'opinion publique et politique, y compris en temps de crise économique et sociale.

Monsieur le Président, vous avez souligné qu'une grande part du contentieux de votre Cour a trait aux questions d'asile. Ceci atteste d'un fait inquiétant : dans des Etats, pourtant signataires de la Convention de 1951 et de la Convention européenne des droits de l'homme, de nombreux demandeurs d'asile et réfugiés estiment que leurs droits ne sont pas respectés. Le volume croissant de demandes de mesures provisoires, en particulier émanant de personnes ayant fui des situations de conflit, témoigne des lacunes en matière de protection.

Nous sommes confrontés aujourd'hui aux conflits armés parmi les plus complexes de l'histoire moderne, engendrant des déplacements à une échelle quasiment globale ainsi qu'une réduction constante de l'espace de l'action humanitaire. On fait état de plus de 300 conflits armés dans la deuxième moitié du XX^e siècle, avec une prolifération d'acteurs étatiques et non étatiques et ayant causé la mort d'environ 100 millions de personnes ainsi que le déplacement de millions d'autres.

Il n'est donc guère surprenant que la protection des personnes fuyant la violence généralisée constitue l'un des défis majeurs auxquels sont actuellement confrontées les instances d'asile européennes. Il est acquis que la persécution peut émaner d'acteurs non étatiques aussi bien que de l'Etat. Toutefois, l'interprétation restrictive de la définition de réfugié, de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 15 c) de la directive « Qualification » prive souvent ces personnes de protection. Il peut paraître ironique que les Etats européens s'emploient à déterminer si l'intensité d'un conflit armé ou le niveau de risque individuel sont suffisants pour octroyer une protection quand des Etats d'Afrique et d'Asie accueillent des centaines de milliers de personnes qui sont dans une situation similaire.

En 2010, en Europe, près de 25% des demandeurs d'asile étaient originaires de trois pays en conflit : l'Afghanistan, l'Irak et la Somalie. Je souhaiterais m'attarder un moment sur la situation des personnes fuyant le conflit qui dure depuis vingt ans en Somalie. Fin 2010, il y avait environ 700 000 réfugiés somaliens dans 100 pays à travers le monde. Plus de 90% d'entre eux se trouvaient dans six pays d'Afrique orientale. Chaque mois, environ 8 000 réfugiés supplémentaires fuient ce pays. En Somalie même, un million et demi de personnes déplacées vivent dans des conditions si misérables qu'il est difficile de trouver les mots pour les décrire. Ceux qui tentent de fuir risquent de se noyer dans le Golfe d'Aden, de périr dans le désert ou d'être abattus en franchissant une frontière. Hors de Somalie, ils sont souvent victimes de rafles policières ou d'actes racistes ou xénophobes et beaucoup sont privés de protection car les instances d'asile et les juridictions nationales ne sont pas convaincues qu'ils sont *individuellement* menacés.

Dans l'affaire *Salah Sheekh c. Pays-Bas*², la Cour a abordé la question du degré d'individualisation requis pour bénéficier de la protection sous l'angle de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et rejeté l'interprétation restrictive de l'Etat défendeur. La juridiction nationale compétente avait débouté le demandeur d'asile somalien notamment au motif qu'il n'avait pas prouvé qu'il était personnellement visé par la violence à Mogadiscio. Votre Cour a considéré que le fait d'appartenir à un clan minoritaire systématiquement en danger était suffisant pour bénéficier de la protection contre le refoulement sous l'angle de l'article 3 de la Convention sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'autres caractéristiques distinctives.

Les personnes fuyant des violences se voient souvent dire par les autorités européennes qu'elles auraient pu s'établir en sécurité dans une autre partie de leur pays d'origine – ceci est appelé le concept d'alternative de fuite interne ou principe de réinstallation interne. Dans *Salah Sheekh*, la Cour a également établi des garanties importantes pour l'application de l'alternative de fuite interne ou du principe de réinstallation interne, palliant ainsi une autre lacune en matière de protection. Ce concept vise une zone spécifique du pays d'origine du demandeur d'asile où il n'aurait pas de crainte fondée de persécution et où l'on pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'il s'y établisse. Les garanties énoncées par la Cour ont été reprises par la Commission européenne dans sa proposition de refonte de directive « Qualification », démontrant ainsi le rôle tout aussi crucial de votre Cour dans la résolution de certaines des lacunes normatives du régime d'asile européen commun en devenir.

Cet arrêt comble partiellement une lacune majeure en matière de protection des personnes fuyant la violence généralisée, mais nombre de questions demeurent ouvertes. La pratique des instances d'asile européennes vis-à-vis des demandeurs d'asile fuyant des situations de conflit reste très divergente, notamment en ce qui concerne les critères qui permettent de juger la nature et l'intensité des conflits. Nous suivrons avec grand intérêt l'évolution de la jurisprudence à ce sujet et restons disposés, sur la base de notre propre expérience concernant les pays d'origine, à fournir toutes informations utiles afin d'aider la Cour dans son évaluation des risques.

L'approche restrictive pratiquée par de nombreux états à l'égard de demandeurs d'asile fuyant des zones de conflit a pour conséquence un nombre croissant de personnes déboutées dont le renvoi vers le pays d'origine n'est pas possible. Ces personnes se retrouvent pour la plupart dans la précarité et l'illégalité, ce qui engendre des tensions sociales et des critiques envers les gouvernements.

Une autre question qui requiert, à mon sens, une attention particulière concerne l'identification du pays responsable pour l'examen d'une demande d'asile, car les Etats redoublent d'effort en vue de se décharger de leurs responsabilités. En Europe, le règlement dit « Dublin II » établit un mécanisme pour la désignation du pays responsable. Ce mécanisme est basé sur la présomption que les systèmes d'asile des pays participants sont équivalents, une présomption qui ne correspond malheureusement pas à la réalité.

La Cour a déjà clarifié que l'obligation de non-refoulement sous l'angle de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme couvre aussi le refoulement indirect, à savoir le retour vers un pays intermédiaire d'où il existe un risque d'expulsion vers une destination où la personne pourrait encourir un mauvais traitement. Il y a un peu plus de dix ans, la Cour avait déjà souligné que l'application de la Convention de Dublin n'exonère pas les Etats Contractants de leur responsabilité vis-à-vis de l'article 3 de la Convention européenne³. Votre arrêt du 21 janvier 2011 dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce*⁴ réitère ce principe fondamental vis-à-vis du règlement « Dublin II » et illustre de manière frappante tout le chemin qu'il reste à parcourir pour réaliser un véritable régime d'asile européen commun respectueux des droits de l'homme.

2. N° 1948/04, 11 janvier 2007.

3. *T.I. c. Royaume-Uni* (déc.), n° 43844/98, CEDH 2000-III.

4. [GC], n° 30696/09, 21 janvier 2011.

Nous observons également que les Etats agissent de plus en plus en dehors de leurs frontières afin d'empêcher la migration irrégulière. Le HCR considère de longue date que les obligations des Etats découlant des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, y compris la Convention de 1951, s'appliquent quel que soit le lieu où l'Etat exerce sa juridiction, même de manière extraterritoriale. Nul doute que votre Cour sera amenée à se pencher sur la portée territoriale de ces obligations dans le contexte de la gestion des frontières.

Monsieur le Président, la Cour a aussi abordé un grand nombre de questions qui ne sont pas couvertes par la Convention de 1951, concernant notamment la manière dont les procédures d'asile doivent être menées. Ainsi, le journaliste érythréen Asebeha Gebremedhin s'est adressé à votre Cour⁵ pour éviter l'expulsion vers un pays où il risquait d'être persécuté après que sa demande d'asile a été rejetée à la frontière française. Grâce aux mesures provisoires prises par votre Cour en vertu de l'article 39 de son règlement, il fut admis sur le territoire français et reconnu comme réfugié quelques mois plus tard. Dans cette affaire, le mécanisme de l'article 39 compensa l'absence d'effet suspensif de plein droit du recours dans le cadre de la procédure d'asile accélérée à la frontière. Dans son arrêt relatif à cette affaire, la Cour a jugé qu'une telle lacune procédurale portait atteinte au droit à un recours effectif garanti par la Convention européenne des droits de l'homme. Ceci est d'autant plus important du fait que de plus en plus de demandes d'asile sont traitées de manière accélérée, souvent aux frontières de l'Europe et concernant des demandeurs d'asile placés en détention.

Je reste, par ailleurs, profondément préoccupé par le fait que les personnes cherchant à entrer en Europe en vue d'y demander une protection internationale soient de plus en plus souvent détenues pour des motifs de contrôle migratoire, sans tenir compte de leur situation spécifique. Les demandeurs d'asile détenus pour cause d'entrée ou de séjour irrégulier disposent de moins de garanties que les personnes mises en examen dans le cadre de procédures pénales, notamment en ce qui concerne le contrôle judiciaire et les conditions de détention. De fait, les garanties établies par la Cour contre la détention illégale et arbitraire et en matière de conditions de détention revêtent une importance capitale pour les personnes relevant du mandat du HCR et qui sont privées de leur liberté⁶. Cependant, il est probable que votre Cour sera appelée à fournir des précisions concernant la détention des demandeurs d'asile visant à prévenir leur entrée irrégulière sur le territoire.

Je ne saurais négliger la situation des personnes qui fuient le danger mais restent à l'intérieur de leur pays d'origine. A la fin de l'année dernière, il y avait encore plus de 2 millions de déplacés internes en Europe et plus de 27 millions dans le monde. Dans le cadre de la collaboration entre agences de l'ONU, le HCR joue déjà un rôle clé dans la protection de ces personnes déplacées à la suite d'un conflit et nous sommes de plus en plus appelés à intervenir dans des cas de déplacements internes résultant de catastrophes naturelles.

Les Principes directeurs des Nations unies relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays découlent des instruments relatifs aux droits de l'homme. Cependant, aucun instrument international particulier ne protège les droits de ces personnes, qu'elles aient été déplacées par un conflit ou une catastrophe naturelle. Il est encourageant que l'Union africaine ait récemment adopté la Convention de Kampala pour la protection et l'assistance des personnes déplacées en Afrique. L'Europe ne possède pas d'instrument équivalent mais les déplacés internes sur ce continent bénéficient de la protection de leurs droits fondamentaux à travers la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour a été appelée, à plusieurs reprises, à traiter certains droits de ces personnes, notamment le droit au retour, le droit au logement et le droit de propriété. Bien que le nombre de requêtes déposées par des déplacés internes reste

5. *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France*, n° 25389/05, à paraître dans CEDH 2007-II.

6. *Abdolkhani et Karimnia c. Turquie*, no 30471/08, 22 septembre 2009.

relativement faible⁷, il est susceptible d'augmenter compte tenu du caractère endémique des situations de déplacement interne en Europe et de la frustration grandissante de ces personnes.

Avant de conclure, permettez-moi d'évoquer un autre domaine où persistent des lacunes en matière de protection qui pourraient être comblées, au moins partiellement, grâce à la complémentarité de différents régimes juridiques. Il s'agit de l'apatridie. On ignore souvent que le HCR dispose d'un mandat à l'échelle mondiale pour la prévention et la réduction de l'apatridie et pour la protection des apatrides. Fin 2010, il y avait environ six millions d'apatrides dans le monde dont 600 000 en Europe. Le nombre exact est sans doute plus élevé car ce phénomène n'est souvent pas répertorié. Alors que la Convention de 1951 est largement ratifiée, seuls 65 Etats ont ratifié la Convention de 1954 relative au statut des personnes apatrides et ils ne sont que 37 à avoir ratifié la Convention de 1961 sur la réduction de l'apatridie. Seuls 20 Etats membres du Conseil de l'Europe sont Parties aux deux instruments.

De toute évidence, une personne dépourvue de nationalité court un risque accru de violation de ses droits humains. Votre Cour a déjà eu à traiter de requêtes de personnes apatrides⁸ et a jugé que certains de leurs droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme avaient été violés. A l'avenir, votre Cour pourrait également être appelée à examiner, sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme, la responsabilité de l'Etat pour avoir privé une personne de nationalité ou pour ne pas avoir agi pour résoudre une situation d'apatridie.

Monsieur le Président, il est notoire que cette Cour est le tribunal international le plus sollicité. J'espère cependant que l'accès à la Cour continuera d'être assuré dans la mesure où celle-ci est une référence incontournable sur les questions de principe et fournit une protection à des milliers de personnes vulnérables dont beaucoup relèvent de mon mandat. L'autorité et le prestige de la Cour ont été renforcés tant par son accessibilité que par sa capacité à interpréter et à appliquer la Convention européenne des droits de l'homme comme un « instrument vivant (...) à la lumière des conditions de vie actuelles »⁹.

En conclusion, je souhaiterais dire combien il est positif que la Cour reste ouverte aux vues des autres. Le dialogue avec les juridictions, tant au niveau national qu'europpéen, est un aspect important du travail de mon Bureau. La pratique de votre Cour d'autoriser et même d'inviter des interventions de tierces parties, telles le HCR, lui offre une perspective plus large. Nous apprécions cette opportunité et sommes conscients de la responsabilité qu'elle implique. Le fait que la Cour accorde un poids important aux vues exprimées par le HCR nous encourage dans l'exercice de notre rôle de supervision.

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, il y a plus de soixante-dix ans, pendant la Seconde Guerre mondiale, Hannah Arendt publiait « Nous les réfugiés », un texte dans lequel elle développait le concept de « droit d'avoir des droits ». Au cours des cinquante dernières années, la Cour a travaillé sans relâche à la définition et à la défense des droits humains, y compris ceux des réfugiés, déplacés internes et apatrides. Vous avez contribué à faire de ce concept une réalité. Nous vous en sommes profondément reconnaissants.

Je vous remercie pour votre attention.

7. Voir entre autres *Saghinadze et autres c. Géorgie*, n° 18768/05, 27 mai 2010, ou plus récemment *Soltanov et autres c. Azerbaïdjan*, n° 41177/08 et autres, 13 janvier 2011.

8. Voir : <http://www.unhcr.org/45179cbd4.html>.

9. *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* [GC], nos 46827/99 et 46951/99, § 121, CEDH 2005-I.

www.echr.coe.int



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