



« Parce que le droit le commande ».

Libre-propos sur le rôle essentiel du juge dans un Etat de droit

Manuela Brillat

Ellen Penninckx

ABSTRACT

The preamble to the European Convention on Human Rights asserts the rule of law as an element of the common heritage of its Contracting Parties. However, in recent years, arguments aimed at discrediting the Convention system and weakening it have become widespread. This trend can only be overturned in the long term by strengthening the position of the judge – both the national and the European judge – whose role to state the law acquires, in this matter, a specific meaning: faced with the many forms of bad faith concerning the safeguard of rights, the judge is, at present and will be in the future, the necessary guarantor of yesterday's promises.

RESUME

Le préambule de la Convention européenne des droits de l'homme affiche la prééminence du droit comme élément commun du patrimoine des États parties. Toutefois, ces dernières années, des raisonnements visant à décrédibiliser le système de la Convention et à l'affaiblir se sont répandus. Ce mouvement ne peut être durablement renversé que par un renforcement du juge – national et européen – dont le rôle de dire le droit acquiert, en cette matière, un sens particulier : face aux déclinaisons de la mauvaise foi dans la garantie des droits, le juge est, au présent et pour l'avenir, le garant obligé des promesses d'hier.

MOTS-CLES :

Etat de droit – Convention européenne des droits de l'homme – droits fondamentaux – pouvoir judiciaire – séparation des pouvoirs – juge national

Pour citer l'article :

M. Brillat, E. Penninckx, « 'Parce que le droit le commande.' Libre-propos sur le rôle essentiel du juge dans un Etat de droit », *Europe des Droits & Libertés / Europe of Rights & Liberties*, mars 2022/1, n° 5, pp. 143-165.

La reproduction ou représentation de cet article n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site de l'*Europe des Droits & Libertés/Europe of Rights & Liberties*. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France.

© 2022 Europe des Droits & Libertés / Europe of Rights & Liberties

« Parce que le droit le commande »¹. Libre-propos sur le rôle essentiel du juge dans un Etat de droit

Manuela Brillat*
Ellen Penninckx**

“Ce n’est pas ailleurs que dans l’un des pays les plus cultivés d’Europe, produisant les plus grands philosophes, aimant la musique plus que tous les autres, cultivant les arts et la pensée d’un haut niveau culturel et éducatif, c’est là qu’a été conçu, réalisé, conduit Auschwitz. [...] Il faut continuer, mais sans illusion.”²

Il y a des mots qui passent, il y en a certains qui blessent, il y en a, de plus en plus, qui interpellent. Il y a tous ceux qui passent sur nous sans laisser de traces, et puis il y a ceux que l’on retient, quand les mots rappellent à nous des vérités profondes, de celles qui ne devraient plus être discutées – « et pourtant, elle tourne !³ » - et que l’on redécouvre fragiles : « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droit »⁴.

Lorsqu’il conclut dans l’affaire *X et X c. État belge* le 7 février 2017, Monsieur l’Avocat Général Mengozzi termine ses propos en rappelant l’une de ces vérités que l’on souhaiterait indiscutées. Il propose à la Cour de justice de l’Union européenne de consacrer la voie légale d’accès à la protection prévue par le droit de l’Union à travers l’octroi d’un visa pour raisons humanitaires. Ce faisant, il prend soin de préciser que la solution qu’il suggère s’impose, non pas « parce que l’émotion [la] dicte », mais « parce que le droit [la] commande ». Ce rappel à l’ordre - passé inaperçu et *in fine* non suivi par la Cour de justice de l’Union européenne⁵ - est l’occasion et le point de départ d’une

¹ Le titre de cet article fait référence aux conclusions de l’avocat général Mengozzi dans l’affaire CJUE C-638/16, *X et X c. État belge*, conclusions présentées le 7 février 2017, § 175, ECLI:EU:C:2017:93 : « Que l’on ne se méprenne pas : ce n’est pas parce que l’émotion le dicte, c’est parce que le droit de l’Union le commande ».

* Avocate au barreau de Strasbourg, Docteur en droits de l’Homme de l’Université de Strasbourg. Parmi d’autres publications: M. Brillat, *Le principe de non-discrimination à l’épreuve des rapports entre les droits européens*, Institut Universitaire Varenne, Collection des Thèses, décembre 2015, 522 p.

** Juriste référendaire au greffe de la Cour européenne des droits de l’Homme. Co-auteur de l’ouvrage: C. Dubois et E. Penninckx, *La procédure devant la Cour européenne des Droits de l’Homme et le Comité des Ministres*, Editions Wolters Kluwer, coll. Pratique du droit, juin 2016, 629 p. L’auteur s’exprime à titre strictement personnel et n’engage en aucun cas la Cour.

² R. Badinter, *C’est à vous*, émission télévisée du 27 janvier 2020, France 5. Raymond Aron posait déjà cette question : « pourquoi, par quelles circonstances, un peuple de haute culture s’est-il livré à un démagogue tel Hitler et l’a suivi jusqu’au dénouement, presque jusqu’au suicide national ? », R. Aron, « Existe-t-il un mystère nazi ? », *Commentaire*, 1979, n° 7, p. 343.

³ Propos attribués à Galilée et qu’il aurait tenus lors de son procès en 1633.

⁴ Déclaration universelle des droits de l’homme (« DUDH »), adoptée à Paris le 10 décembre 1948 par l’Assemblée générale des Nations Unies.

⁵ CJUE C-638/16, *X et X c. État belge*, 7 mars 2017, ECLI:EU:C:2017:93, la juridiction de l’Union européenne a estimé que la question préjudicielle qui lui était posée ne relevait pas du droit de l’Union, mais seulement du droit national ; dans une affaire similaire soumise à la Cour européenne des droits de l’homme cette fois, la Cour de

réflexion sur les textes érigeant les droits de l'Homme en normes juridiques, ainsi que sur le rôle des juridictions chargées de garantir leur application.

Où en sommes-nous ? Surtout : où allons-nous ?

Le continent européen permet un voyage riche et instructif en raison du développement spécifique du droit des droits de l'Homme sur ses terres à travers la mise en place d'un système régional qui couvre la quasi-totalité des États⁶ et qui s'ajoute au droit national⁷. Des décennies de pratique et des dizaines de milliers d'arrêts prononcés permettent de développer une idée assez précise des « grandes choses que nous avons faites ensemble »⁸ et des questions encore laissées en suspens, souvent disqualifiées comme éminemment « droits de l'hommes »⁹.

Ce double niveau fait partie de la conscience du système européen¹⁰ fondé sur les ruines de la seconde guerre mondiale pour répondre à une exigence politique, économique et sociale de paix. Si cette narration est encore politiquement proclamée par les États, sa mise en œuvre se fait de plus en plus à reculons, au rythme de critiques qui se veulent préoccupées et qui sont, en réalité, destructrices. Si la contestation n'est pas nouvelle¹¹, ces critiques ne sont désormais plus uniquement idéologiques ou philosophiques. De toutes parts - gouvernements, politiques, universitaires, magistrats, avocats, citoyens -, des idées fusent pour trouver des raisons valables de remettre en cause ce qui a été conquis à un indicible prix¹². Le constat est sans appel : « Si la Convention EDH n'existait pas en 2020, il n'y aurait, pour quelques bonnes raisons et beaucoup de mauvaises, strictement aucune chance pour qu'elle voie le jour »¹³.

Revenir à l'essentiel est de temps à autre indispensable. L'essentiel, pour les chantres que nous sommes¹⁴, c'est l'État de droit, cette construction qui fonde le « vivre ensemble » des démocraties¹⁵. L'on oublie parfois que l'État de droit n'est pas un état

Strasbourg jugea que les requérants ne relevaient pas de la juridiction de l'État belge au sens de l'article 1^{er} de la Convention - Cour EDH, GC, 5 mai 2020, *M.N. et autres c. Belgique* (déc), req. n° 3599/18.

⁶ La seule exception sur le continent européen est le Bélarus.

⁷ P. Wachsmann, *Les droits de l'Homme*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2018, p. 2 et suiv.

⁸ Pour paraphraser E. Renan : « avoir fait de grandes choses ensemble et vouloir en faire encore, voilà les conditions essentielles pour être un peuple », *Qu'est-ce qu'une nation ?*, Conférence en Sorbonne, 1882, publié dans *Discours et conférences*, 1887.

⁹ Pour une réflexion sur les liens entre ce terme et l'anti-démocratie : J. Lacroix et J.-Y. Prechère, *Procès des droits de l'homme : généalogie du scepticisme démocratique*, Le Seuil, 2017.

¹⁰ *La conscience de l'Europe, 50 ans de la Cour européenne des droits de l'homme*, publication du Conseil de l'Europe, octobre 2010.

¹¹ Voir par exemple : L. Favoreu, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2016, p. 40 et suiv.

¹² D. Rousseau, « La CEDH, stop ? Non, encore ! », *Dalloz actualités*, 2016 ; Y. Lécuyer, « Les critiques ataviques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2019, chr. n° 53 ; L. Burgogue-Larsen, « La CEDH ne mérite pas d'être le bouc-émissaire du réductionnisme de la pensée », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2020, chr. n° 73.

¹³ J.-P. Marguénaud, *Les 70 ans de la Convention européenne des droits de l'Homme : le passé d'un avenir*, *Recueil Dalloz*, 2020, p. 2129 et suiv.

¹⁴ M. Kordeva, « Améliorer la santé au lieu d'affaiblir les droits fondamentaux ? : la liberté de réunion sous la surveillance de Karlsruhe », *Revue Générale du droit*, 2020, n° 51875 [dernière consultation le 13 mars 2022].

¹⁵ « Le 'bien vivre ensemble' est indéniablement le but recherché par un État de droit, libre et démocratique », Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 2 de 1956, in : Cour EDH, GC, 23 février 2017, *Tommaso c. Italie*, req. n° 43395/09, § 45.

auquel l'Homme serait naturellement enclin ; c'est une fiction qui, comme telle, doit être racontée de génération en génération pour survivre au temps.

Sa signification est connue¹⁶.

Au sens formel, l'État de droit indique que tous, y compris les pouvoirs étatiques, sont soumis au droit, à la règle commune¹⁷. Au sens matériel, il renvoie au contenu du droit, lequel doit protéger les individus contre l'arbitraire de l'État¹⁸. Ainsi, contrairement à d'autres branches du droit, les droits de l'Homme sont aussi un principe de validité du contenu de la norme, où qu'elle soit placée dans l'ordre juridique¹⁹.

Le système européen des droits renforce ces deux versants à travers à la fois la reconnaissance de droits spécifiques à l'individu et la mise en place d'un contrôle extérieur à l'État, capable d'assurer leur respect par le droit et la pratique internes des États parties à la Convention. À ce titre, le préambule de la Convention affiche la prééminence du droit comme élément commun du patrimoine des États parties²⁰. Principe fondamental de la démocratie, et, donc, de la Convention²¹, la prééminence du droit est inhérente à l'ensemble des articles du texte conventionnel²². Ce principe n'en reste pas moins un choix, et c'est le choix affirmé par l'Europe du Conseil de l'Europe.

Certes, le système européen n'est, pour autant, pas parfait. Il doit être scruté avec l'esprit attentif qui accompagne toujours les ambitions délicates. De nombreuses interrogations existent et des difficultés, y compris d'envergure, sont à étudier de près pour permettre

¹⁶ Voir, sur ce point, K. Lenaerts, « New Horizons for the Rule of Law Within the EU », *German Law Journal*, 2020, vol. 21, pp. 29-34, et F. Krenck, « L'État de droit : une exigence à clarifier, un édifice à préserver », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2021, 4, pp. 775-790.

¹⁷ Définition de l'État de droit (*rule of law*) par Tom Bingham, *The Rule of Law*, Penguin, London, 2010, p. 8 ; définition également adoptée par la Commission pour la démocratie par le droit, dite Commission de Venise, dans son rapport sur la liste des critères de l'État de droit, adopté par la Commission de Venise les 11 et 12 mars 2016. Voir aussi V. Champeil-Desplats, « La théorie générale de l'État est aussi une théorie des droits fondamentaux », *Jus Politicum*, 2012, n° 8, p. 4 : « Dans un rapport typiquement dialectique, l'État permet l'émergence des instruments de sa propre limitation » ; C. Colliot-Thélène, « Les masques de la souveraineté », *Jus Politicum*, 2012, n° 8, p. 2 : « La désignation des tenants des pouvoirs législatifs, exécutifs et, dans certains pays, judiciaires, par la procédure électorale, ne suffit pas, sinon dans l'imaginaire de la théorie juridique ou d'une certaine philosophie politique, pour ôter au pouvoir politique le caractère de la domination ».

¹⁸ E. Fox-Decent, « Is the Rule of Law Really Indifferent to Human Rights? », *Law and philosophy*, 2008, vol. 27, p. 581 : « Rather, it helps us to see that the rule of law entails a commitment to human rights which politics requires a special justification to disturb » ; O. Jouanjan, « L'État de droit démocratique », *Jus Politicum*, 2019, n° 22.

¹⁹ J. Callewaert, « What makes Fundamental Rights Fundamental? », A. Hoc, S. Wattier et G. Willemns (ed.), *Human Rights as a basis for reevaluating and reconstructing the law*, Bruylant, 2016, pp. 48-49. L'auteur explique que cet aspect existe tant au niveau européen que national.

²⁰ Voir aussi Cour EDH, GC, 28 octobre 1999, *Brumărescu c. Roumanie*, req. n° 28342/95, § 61 ; ce concept figure également à l'article 3 du Statut du Conseil de l'Europe où il est dit que chaque État membre doit accepter les principes de la primauté du droit, des droits de l'homme et de la démocratie.

²¹ Cour EDH, GC, 5 avril 2018, *Zubac c. Croatie*, req. n° 40160/12, et Cour EDH, GC, 10 juillet 2020, *Mugemangango c. Belgique*, req. n° 310/15, § 67.

²² Cour EDH, Plen., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, § 34, Cour EDH, GC, 25 mars 1999, *Iatridis c. Grèce*, req. n° 31107/96, § 58, et Cour EDH, GC, 10 juillet 2020, *Mugemangango c. Belgique*, req. n° 310/15, § 109. Voir aussi R. Spano, « L'État de droit – l'étoile polaire de la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2021, n° 127, pp. 3-32.

au système de pleinement jouer son rôle, malgré les agitations des peuples qui le composent.

Parmi ces difficultés, les raisonnements visant à décrédibiliser le système et à l'affaiblir inquiètent particulièrement : d'un côté, ils entaillent le socle commun de règles sur lequel l'Europe s'est accordée depuis soixante ans ; de l'autre, ils détournent l'attention des véritables enjeux du système européen de protection des droits. En effet, lorsque l'on fait la liste des critiques le plus largement soulevées, le tableau qui en ressort laisse perplexe : l'impression est celle d'une suite d'excuses, de plus en plus élaborées, pour ne pas mettre (complètement) en œuvre les droits pourtant rattachés à la dignité humaine.

Au-delà des déclarations en faveur des droits et de leur protection, ce mouvement ne peut être durablement renversé que par une voix qui s'élèverait, légitime et vitale dans une démocratie, celle du juge – national et européen – dont le rôle de dire le droit acquiert, sur ce terrain, un sens particulier : être le gardien de la bonne foi des États parties qui, en adhérant au texte conventionnel, ont fait de l'individu un sujet de droit international doté de droits spécifiques. Ainsi, face aux déclinaisons de la mauvaise foi dans la garantie des droits (**Partie I**), le juge est, a présent et pour l'avenir, le garant obligé des promesses d'hier (**Partie II**).

Partie 1 – Les déclinaisons de la mauvaise foi dans la garantie des droits

Soixante-dix ans de pratique des droits humains est un temps court par comparaison avec les principes du droit civil acquis, pour certains depuis l'époque romaine. De ce point de vue, il est normal que le sol soit encore mouvant. Nous assistons cependant à une « crise sans précédent »²³ qui conduit à une « érosion des droits de l'Homme »²⁴. Il est ainsi possible de lister les moyens par lesquels l'on tente de ne pas appliquer ou de se soustraire au droit européen des droits de l'Homme. Les critiques adressées au juge sont aussi un élément de l'analyse, ce d'autant plus qu'elles émanent de plusieurs acteurs du système européen. Ces déclinaisons de la mauvaise foi – au sens juridique du terme²⁵ – sont encore largement répandues dans la pratique étatique, les écrits doctrinaux, ainsi que parmi les acteurs judiciaires, les médias et l'opinion publique. En somme, c'est à un raz-de-marée général que nous assistons et qui conduit à une remise en cause de l'importance et de la légitimité des droits humains²⁶, alors même que nous pensions que l'Histoire avait répondu pour nous à cette interrogation²⁷: la garantie des droits

²³ T. Jagland, *Situation de la démocratie, de l'État de droit et des droits de l'Homme en Europe*, Rapport établi par le Secrétaire général du Conseil de l'Europe, Strasbourg 2014, p. 5 [dernière consultation le 13 mars 2022].

²⁴ *Ibid.*

²⁵ L'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, signée à Vienne le 23 mai 1969, prévoit que tout traité doit être exécuté de bonne foi. Pour un historique de la notion de « bonne foi » en droit international, voir P.-M. Dupuy, *Droit international public*, coll. Précis, Dalloz, 15e éd., 2020, p. 337 et suiv.

²⁶ P. Lemmens, *The Protection of human rights; a noble task for courts*, Intersentia, Cambridge 2020, p. 55.

²⁷ Pour une position affirmée que nous partageons, voir, notamment: J.-P. Marguénaud, « Les 70 ans de la Convention européenne des droits de l'Homme : le passé d'un avenir », *Recueil Dalloz* 2020, pp. 2129 et suiv. : « C'est sans doute cet effet de surprise qui a poussé le Doyen Carbonnier à s'insurger, dans le célèbre passage précité de « Droit et passion du droit sous la Ve République », contre « les droits venus d'ailleurs » qui « sont des droits venus de nulle part, des droits qui n'ont ni histoire ni territoire ». Ils venaient bien de quelque

fondamentaux, parce qu'elle est respect de la dignité humaine, est la condition de la paix sociale et du développement²⁸.

Le constat est sévère : « certaines autorités nationales parient sur l'échec du système européen des droits de l'Homme. Elles ne s'arrêtent devant aucun tabou »²⁹. La spirale se dessine. L'on commence par se retrancher derrière la souveraineté (A), puis derrière le contenu des droits (B), avant de s'attaquer aux organes de contrôle (C), lesquels finissent par se restreindre d'eux-mêmes (D).

A. La souveraineté

L'un des arguments terriblement classiques que l'on entend à propos du droit européen des droits de l'Homme, et à partir duquel les critiques se déclinent ensuite, consiste à prendre appui sur la souveraineté étatique pour justifier la mise à distance du texte conventionnel.

Comme caractéristique suprême du pouvoir³⁰, la souveraineté n'admet pas qu'une autorité lui soit supérieure, l'entrave ou la subordonne³¹. Les réflexions et développements sur la souveraineté étatique ont conduit à une conclusion qui n'était pas celle des penseurs pourtant cités pour l'appuyer : la souveraineté étant la caractéristique essentielle de l'État, ce dernier ne peut se lier par un texte extérieur – fût-il de garantie des droits individuels – susceptible de s'imposer, juridiquement ou dans les faits, au droit national. Il faut reconnaître que « [l]es amoureux de la souveraineté sont rarement tendres avec la Cour européenne des droits de l'homme »³². Le Royaume-Uni illustre en grande partie les accusations portées contre le droit européen des droits de l'Homme sur ce terrain³³.

part, de Strasbourg pour s'en tenir au siège des institutions du Conseil de l'Europe, et, plus gravement, des ruines des camps d'extermination nazis lesquels, à la différence du « point Godwin », ne se trouvent pas au bout d'une discussion qui s'enlise mais au départ d'une construction qui se réalise, à l'initiative des survivants immédiats de la barbarie, pour conjurer les risques d'un retour à leur indicible réalité. »

²⁸ Voir le premier considérant du préambule de la DUDH, *op. cit.*, « Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ». Voir aussi le préambule de la Convention européenne des droits de l'Homme ainsi que le préambule du Statut du Conseil de l'Europe, signé à Londres le 5 mai 1949.

²⁹ Cour EDH, GC, 28 juin 2018, *GIEM Srl et autres c. Italie*, req. n° 1828/06, opinion partiellement concordante du Juge Pinto de Albuquerque, point 70.

³⁰ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome I, 1920, pp. 70-71.

³¹ G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Deuxième partie. Théorie juridique de l'État*, Paris, édition Panthéon-Assas, « Les introuvables », 2005 (1ère éd. 1913), p. 126.

³² Y. Lécuyer, *op. cit.*

³³ Voir, notamment M. Jacot, « [Menaces sur la Cour européenne des droits de l'Homme](#) », *Le Monde*, 28 octobre 2011 [dernière consultation le 13 mars 2022]. Voir aussi, N.W. Barber, R. Ekins et P. Yowell (ed.), *Lord Sumption and the limits of law*, 2018, Hart Publishing, pp. 15 et suiv., reprenant la conférence de Lord Sumption en octobre 2014 à Oxford dans laquelle il remet ouvertement en cause la technique de l'interprétation évolutive ; P. Pinto de Albuquerque, « Is the ECHR Facing an Existential Crisis ? », Discours au Mansfield College, Oxford, 28 avril 2017. Le Royaume-Uni n'est cependant pas le seul. M. Carrillo, « La contestation épisodique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : le cas espagnol », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2020, n° 121, pp. 199-216 ; F. Krenc, « L'acceptabilité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme par les États parties : un défi permanent », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2020, n° 121, pp. 217-254.

Une autre version de ces réticences consiste à utiliser la Constitution comme arme de défense, bien que le droit des traités soit clair sur le caractère inopérant de cette justification³⁴. Cet argument est, notamment, à l'œuvre dans l'affaire *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*³⁵. Cette argumentation émane parfois même des juridictions nationales confrontées à l'exécution des arrêts de la Cour. C'est le cas en Russie où la Cour constitutionnelle a adopté un arrêt qui a fait couler beaucoup d'encre³⁶: il faut dire que c'est le législateur qui avait autorisé la Cour constitutionnelle à déclarer non exécutoires des arrêts internationaux³⁷. D'autres exemples existent³⁸ même s'ils sont parfois plus difficiles à identifier tant ils sont techniques ou déguisés, mais la logique est bien la même : « adhérer à la vision cosmopolite des droits ou embrasser la vision opposée du repli sur soi du droit interne en tant que réserve inexpugnable de la souveraineté »³⁹. La subtilité consiste à invoquer fermement ces arguments au moment de l'exécution de l'arrêt et non devant la Cour européenne pour pouvoir ainsi feindre d'accepter le contrôle de la Cour tout en neutralisant ensuite son efficacité. Or la force obligatoire des arrêts de la Cour constitue « la garantie du système conventionnel lui-même »⁴⁰.

Cette perspective n'est pas la bonne. Dans le monde tel que nous le connaissons⁴¹, elle ne peut être la bonne. La véritable souveraineté réside dans le choix que fait l'État⁴². Lorsqu'il ratifie un traité et accepte de se soumettre à un contrôle extérieur tel que celui de la Cour européenne des droits de l'Homme, l'État exerce sa souveraineté⁴³. Il aurait pu choisir de ne pas le faire ; il en a décidé autrement ; ce faisant, il exerce bien sa souveraineté. En effet, le système international n'est ni obligatoire ni définitif : un État n'est pas tenu de ratifier un traité et peut toujours s'en retirer⁴⁴. C'est là même où se situe toute sa souveraineté car cette dernière « n'est pas un objet immuable et

³⁴ Article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, *op. cit.*

³⁵ Cour EDH, GC, 22 décembre 2009, *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, req. n° 27996/06. Dix ans après le prononcé de cet arrêt, les dispositions constitutionnelles n'ont toujours pas été modifiées malgré la procédure de surveillance soutenue appliquée par le Comité des Ministres. La dernière résolution intérimaire remonte à 2013 et exprimait déjà la « grave préoccupation » du Comité des Ministres (CM/ResDH(2013)259). Depuis 2009, trois élections ont eu lieu selon les modalités mises en causes par la Cour dans son arrêt. Voir aussi : Cour EDH, GC, 6 janvier 2011, *Parksas c. Lituanie*, req. n° 34932/04.

³⁶ Cour constitutionnelle russe, 16 avril 2016, n° 12-II/2016, et 19 janvier 2017, n° 1-II/2017. Pour une analyse du raisonnement voir, entre autres : K. Dzehtsiarou et F. Fontanelli, « Unprincipled Disobedience: the Doctrine of the Russian Constitutional Court after the Yukos case », *European Yearbook of Human Rights*, 2018, pp. 319-341. Sur un autre arrêt: G. Rosoux, « Offensive de la Russie contre l'autorité de la jurisprudence européenne relative au droit de vote des détenus: la Cour constitutionnelle russe et le contrôle du caractère 'exécutoire' d'un arrêt... », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2018, n° 109, pp. 53-88.

³⁷ P. Pinto de Albuquerque, « Plaidoyer for the European Court of Human Rights », *European Human Rights Law Review*, 2018/2, n° 119, pp. 119-133.

³⁸ Voir pour le détail Cour EDH, GC, *GIEM Srl et autres c. Italie*, *op. cit.*, opinion partiellement concordante du Juge Pinto de Albuquerque.

³⁹ *Ibid.*, point 71.

⁴⁰ *Ibid.*, point 60.

⁴¹ *Ibid.*, point 79.

⁴² Cour permanente de Justice internationale, Affaire du Vapeur « Wimbledon », arrêt du 17 août 1923, série A n° 1, p. 25.

⁴³ Le principe *Pacta Sunt Servanda* s'applique. Pour une analyse récente de cette question, voir F.M. Palombino (ed.), *Duelling for supremacy- International law vs. National fundamental principles*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, 446 p.

⁴⁴ C'est d'ailleurs ce qu'a fait la Grèce en 1970. Plus récemment, l'exclusion de la Fédération de Russie du Conseil de l'Europe a été précédée de près d'une déclaration de retrait russe.

statique »⁴⁵ : non située, elle reste vague et peu expressive⁴⁶. Toute la question est donc de savoir comment cette souveraineté est exercée⁴⁷ et cet exercice implique des choix pouvant aller, pour l'État, jusqu'à restreindre sa marge de manœuvre⁴⁸ pour asseoir la garantie des droits. Une telle décision révèle un exercice courageux de la souveraineté puisque « [le] système de la Convention est évidemment incompatible avec une logique hypocrite NIMBY (« Not in my backyard ! », pas dans mon arrière-cour) qui prétendrait que les droits de l'homme universels sont une bonne chose pour les autres, mais une mauvaise chose pour soi-même »⁴⁹.

Ainsi, l'État n'est pas pris au piège de la Convention qu'il décide de ratifier et confirme, chaque jour, son choix de faire partie de ce système régional de protection des droits fondamentaux. Il n'y a donc aucune fatalité dans le principe de souveraineté lequel est parfaitement compatible avec un engagement clair et solide de l'État en faveur du droit européen des droits de l'Homme.

L'argument de la souveraineté comporte une dimension à la fois philosophique et politique, ce qui explique qu'elle n'apparaisse pas souvent en tant que telle dans le quotidien de la mise en œuvre des droits. Elle est davantage présente dans certains discours politiques⁵⁰ et surgit, parfois, au gré de certaines décisions juridictionnelles prises au plus haut niveau⁵¹. Cette réflexion se décline cependant, en pratique, à travers d'autres indices de la mauvaise foi.

B. Distinguer les droits

Un autre indice de la mauvaise foi dans l'application des traités relatifs aux droits humains consiste à faire naître une hiérarchie des droits qui conduit à en appliquer certains et à en laisser d'autres de côté.

L'on va ainsi, par exemple, distinguer entre droits absolus et dérogeables : les premiers ne peuvent connaître de restriction, les autres sont abordés de manière plus flexible. Cette distinction se retrouve tant dans la doctrine que dans la pratique de la Cour européenne qui accorde un traitement particulier aux affaires mettant en cause les droits dits absolus (traitement prioritaire des requêtes et accessibilité au prononcé de mesures provisoires). Cette théorie de l'absolu ne résiste cependant pas à l'analyse précise des situations : dans plusieurs arrêts, la Cour européenne a elle-même accepté des atteintes

⁴⁵ S. Saurrigger, « Théoriser l'État dans l'Union européenne ou la souveraineté au concret », *Jus Politicum*, n° 8, 2012, p. 2.

⁴⁶ A. Hamann, « Sur un "sentiment" de souveraineté », *Jus Politicum*, 2018, n°s 20-21, p. 190 : « à la connaissance se substitue le sentiment, et la souveraineté, semble-t-il, fait davantage appel au second ».

⁴⁷ S. Saurrigger, *op. cit.*

⁴⁸ A. Hamann, *op. cit.*, p. 193.

⁴⁹ Cour EDH, GC, *GIEM Srl et autres c. Italie*, *op. cit.*, opinion partiellement concordante du Juge Pinto de Alburquerque, point 80.

⁵⁰ Deux des principaux candidats à l'élection présidentielle française en 2017 prônait la sortie du mécanisme de la CEDH. Cet élément revient à la bouche d'hommes et femmes politiques dans d'autres pays européens également, surtout en période électorale.

⁵¹ Plus en lien avec l'Union européenne d'ailleurs Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, arrêt dit « *Solange I* » du 29 mai 1974, et arrêt dit « *Solange II* » du 22 octobre 1986. Cour constitutionnelle russe, 16 avril 2016, n° 12-II/2016, et 19 janvier 2017, n° 1-II/2017.

au droit à la vie soit par une analyse de la proportionnalité de l'action policière⁵² soit par la validation des décisions des juridictions nationales en matière de bioéthique⁵³. Le débat a été lancé il y a plusieurs années⁵⁴ mais les conclusions récentes et les différentes réformes n'apportent pas de réel changement sur ce point. L'actuel Président de la Cour ; Robert Spano, a d'ailleurs eu l'occasion d'expliquer comment la Cour européenne fait usage de cette distinction dans sa jurisprudence⁵⁵, prenant appui sur les invitations à distinguer même entre les dignités⁵⁶. Bref, le génie est sorti de la lampe et personne ne sait comment le faire rentrer⁵⁷.

En plus de créer une hiérarchie entre les droits, ce qui rend cette distinction d'absolus particulièrement insidieuse est qu'elle prend racine dans un présupposé plus général qui oppose la sphère publique (verticale) à laquelle les actes de torture se rattachent (et qui constitueraient, donc, le cœur des droits de l'Homme) et la sphère privée (horizontale) où le dommage règne en maître et qui constituerait, lui, le cœur du droit⁵⁸. C'est ce raisonnement qui a empêché pendant longtemps l'émergence d'un droit des droits de l'Homme. Ainsi, la distinction des absolus qui affiche une apparente bonhomie pour ce qui est sacré – la vie – est en réalité un vestige d'un autre temps.

L'on va aussi distinguer entre droits justiciables et programmatoires. Des concepts tels que l'invocabilité ou l'effet direct de la règle vont alors entrer en jeu, tant au niveau international qu'interne, pour justifier ce qui n'est, en réalité, ni plus ni moins qu'une non-application d'un droit pourtant fondamental. Cet aspect est repris au sein de l'Union européenne dont la Charte des droits fondamentaux distingue entre droits et principes, sous validation de la Cour de justice de l'Union européenne⁵⁹. Derrière cette distinction technique se cache (à grands traits) la distinction entre catégories de droits : les droits de première génération, civils et politiques (parmi lesquels les droits absolus) retiennent toutes les attentions au détriment des droits de deuxième génération, économiques et sociaux. Tout le champ lexical est tourné vers la justification de cette distinction que l'on présente comme intellectuelle alors qu'elle n'est qu'une décision de mise en œuvre, un choix politique présenté aussi comme économique : les droits sociaux coûteraient chers alors que les droits civils et politiques n'exigeraient qu'une abstention de l'État. Cette catégorisation des droits fondamentaux est assez largement contestée depuis

⁵² Voir, par exemple, Cour EDH, 30 avril 2020, *Castellani c. France*, req. n° 43207/16.

⁵³ Cour EDH, GC, 5 juin 2015, *Lambert et autres c. France*, req. n° 46043/14.

⁵⁴ N. Mavronicola, "Relatively Absolute? The Undermining of article 3 ECHR in Ahmad v. UK", *The Modern Law Review*, 2013, pp. 370-382.

⁵⁵ R. Spano, "The future of the European Court of Human Rights: subsidiarity, process-based review and rule of law", *Human Rights Law Review*, 18, 2018, p. 483.

⁵⁶ L. Valentini, "Dignity and Human Rights: a Reconceptualization", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, n° 4, 2017, pp. 862-885.

⁵⁷ S. Greer, "Is the prohibition against torture, cruel, inhuman and degrading treatment really "absolute" in international human rights law? A reply to Graffin and Mavronicola", *Human Rights Law Review*, 18, 2018, p. 307: "However, whatever anyone thinks, this particular genie is now out of the bottle and nobody, including Graffin and Mavronicola, has yet found a way of putting it back in. I doubt if anyone ever will. But if they can, I will gladly rejoin the absolutist cause".

⁵⁸ D. Augenstein, "Torture as tort? Transnational tort litigation for corporate-related human rights violations and the human right to a remedy", *Human Rights Law Review*, 2018, 18, p. 593.

⁵⁹ CJUE, Gde Ch., *Association de médiation sociale contre Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT Bouches-du-Rhône, Confédération Générale du Travail (CGT)*, aff. C- 176/12, 15 janvier 2014, ECLI:EU:C:2014:2.

plusieurs années dans la doctrine⁶⁰, et les Nations Unies, en particulier, affichent une approche globale des droits à travers le triptyque : respecter, protéger et mettre en œuvre. Toutefois, l'existence de textes séparés⁶¹ et d'organes de contrôle aux pouvoirs distincts continue de répandre sa perspective sur la pratique des droits : de textes séparés, les États déduisent souvent une justiciabilité différente⁶².

Ainsi, l'indivisibilité des droits, pourtant proclamée il y a des décennies⁶³, n'est-elle pas vécue comme un principe de réalité. Or « Droits-libertés, droits sociaux, droits écologiques, droits de solidarité, tous ces droits relèvent de la même catégorie des droits et libertés relationnels et saisissent l'individu de la démocratie continue dans toutes ses dimensions sociales »⁶⁴. La crise sanitaire vécue par tous les pays européens depuis le printemps 2020 démontre, si besoin était, cette affirmation, tout comme les mouvements de révoltes, aux États-Unis et ailleurs, pour dénoncer le fonctionnement racisé de la société englobant plusieurs aspects de la vie de l'individu.

C. Dénigrer les organes de contrôle

Une autre expression de la mauvaise foi consiste à sauver le texte mais à dénigrer les organes de contrôle⁶⁵. L'affirmation manque alors de loyauté parce qu'elle donne l'impression de soutenir les droits garantis alors qu'elle entaille tout le système qu'ils sous-tendent.

Un premier élément est le prolongement de la catégorisation des droits et consiste à distinguer entre la Cour européenne, composée de juges qui bénéficient du choix des mots, et les autres organes de protection qui ne seraient que des comités d'experts, qui ne rendent pas des arrêts mais des décisions ou, pire, des constatations. Certains s'en sortent par le qualificatif d'organes quasi-juridictionnels⁶⁶ mais, une fois encore, la distinction affaiblit leur autorité alors que tous ont pour mission de dire le droit, tâche commune à toute juridiction. La France a pourtant l'habitude de manier une

⁶⁰ En particulier O. De Schutter, « Les générations de droits de l'homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux », in *Juger les droits sociaux*, Actes du colloque organisé par ADEAGE le 19 octobre 2001, Les chroniques de l'OMIJ, PULIM, 2004, pp. 13-46. Voir aussi, K. Young, *The future of economic and social rights*, Cambridge University Press 2019, 706 p.

⁶¹ Au sein des Nations Unies comme du Conseil de l'Europe, les différentes catégories de droits sont garanties par des textes séparés avec des systèmes de contrôle différents.

⁶² L'invocabilité, par exemple, de la Charte sociale européenne devant les juridictions internes des États Parties est largement discutée ces dernières années en France, en Espagne et en Italie, notamment. Les juges prennent appui sur la distinction formelle qui existe entre les catégories de droits au niveau européen pour limiter l'efficacité des droits économiques et sociaux européens au niveau national. Voir, par exemple, J. Mouly, « Qui a peur du Comité européen des droits sociaux », *Droit social*, 2019, pp. 814-821. L'auteur explique que les divergences de jurisprudence de la Cour de cassation sur les différents engagements internationaux de la France en la matière ne s'expliquent que pour des raisons stratégiques. Voir aussi C. Nivard, « L'obscur clarté du rejet de l'effet direct de l'article 24 de la Charte sociale européenne », *Droit social*, 2019, pp. 792-803.

⁶³ Déclaration de Vienne adoptée par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, 25 juin 1993.

⁶⁴ D. Rousseau, « Les droits de l'homme sont-ils anti-démocratiques ? », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, *Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2019, p. 660.

⁶⁵ B. de Lamy, « La légitimité du juge européen des droits de l'homme », in J. Raibault, J. Krynen, *La légitimité des juges*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2004, pp. 163-172 ; G. Ravarani, « Quelques réflexions sur la légitimité du juge de Strasbourg », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2019, n° 118, pp. 261-296.

⁶⁶ C'est souvent par ce qualificatif que l'on désigne le Comité européen des droits sociaux.

terminologie spécifique en fonction des juridictions : si la Cour de cassation rend des arrêts, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État rendent des décisions, ce qui ne les empêche pourtant pas d'avoir autorité sur les juridictions de leur ordre.

Un deuxième élément consiste, d'une manière plus générale cette fois, à pointer l'absence de légitimité démocratique des organes de contrôle⁶⁷, ce qui conduit à remettre en cause leur autorité et, dans la foulée, les décisions prises. Cette remise en cause ne se fait pas uniquement sur le fondement du principe de souveraineté mais s'attaque, d'une manière plus générale, à l'autorité de la Cour européenne⁶⁸ et au principe de séparation des pouvoirs⁶⁹. Alors que le texte de garantie des droits, tel qu'interprété par l'organe de contrôle, est contraignant au regard du droit international, le constat est celui d'une résistance des États⁷⁰ – de toutes parts – devenue partie intégrante du discours international⁷¹. Ainsi, vue comme une limite au pouvoir politique, la critique des droits de l'Homme conduit à la critique du « droit-de-l'hommisme »⁷² : revêtus d'une dimension politique, ces droits devraient être maniés par des personnes bénéficiant de légitimité démocratique. A défaut, la bascule dans le gouvernement des juges⁷³ est dénoncée : « *More politics, less law !* »⁷⁴. Ces critiques visent officiellement à rétablir dans son rôle un pouvoir judiciaire qui serait devenu « ivre de lui-même »⁷⁵ alors même que cette querelle, « théoriquement si faible et médiocre »⁷⁶, ne rend aucunement justice au rôle du juge dans un État démocratique.

Un troisième élément pointe du doigt le risque de « forum shopping » – le choix de l'organe à la jurisprudence la plus favorable⁷⁷ – et « forum duplication » – la soumission parallèle ou successive d'une même question à des organes différents pour obtenir la réponse que l'on souhaite⁷⁸. Ces situations sont entachées de suspicion puisqu'elles sont interprétées comme des outils pour forcer le droit à sa convenance, ce qui serait une preuve supplémentaire que les droits de l'Homme ne sont pas du « vrai droit ». L'inefficacité du système de protection des droits humains serait ainsi révélée par ces

⁶⁷ Y. Lécuyer, « Les critiques ataviques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2019, chr. n° 53.

⁶⁸ M. Breuer, « Principled resistance to ECtHR Judgements: dogmatic framework and conceptual meaning », in *Principled resistance to ECtHR judgments: a new paradigm?*, 2019, p. 19.

⁶⁹ Cet argument existe aussi outre-Atlantique et dans le cadre de juges élus. Voir Supreme Court of the United States, *Bostock v. Clayton County*, 15 juin 2020, Opinion dissidente du juge Alito : « There is only one word for what the Court has done today: legislation. The document that the Court releases is in the form of a judicial opinion interpreting a statute, but that is deceptive ».

⁷⁰ M. Breuer, *op. cit.*

⁷¹ I. de la Rasilla, « The world court of human rights: rise, fall and revival? », *Human Rights Law Review*, 19, 2019, p. 587.

⁷² Alexandre Viala, « De la critique des droits de l'homme à l'obsession républicaine du droit-de-l'hommisme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Oberdorff*, LGDJ Lextenso, 2015, p. 51.

⁷³ Pour une analyse complète de cette expression et les arguments opposables pour la réfuter, voir M. Cadelli et J. Englebert (dir.), *Gouvernement des juges: une accusation, une vertu et une analyse critique*, Anthemis, 2020, 230 p.

⁷⁴ J. Sumption, The Reith Lectures 2019, « Human Rights and Wrongs ».

⁷⁵ A. Finkielkraut, cité dans D. Rousseau, « Les droits de l'homme sont-ils anti-démocratiques ? », *op. cit.*, p. 665.

⁷⁶ O. Jouanjan, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁷ C. Depez, « The admissibility of multiple human rights complaints: Strasbourg and Geneva compared », *Human Rights Law Review*, 2019, 19, p. 517.

⁷⁸ *Ibid.*

doublons⁷⁹ du moins lorsqu'ils conduisent à des conclusions différentes sur une même matière. L'affaire Lambert portée à la fois devant la Cour européenne et le Comité des Nations Unies pour les personnes handicapées est un exemple éloquent de ces situations⁸⁰. Au sein du continent européen, les duplications existent également et ne sont pas toujours heureuses. La dernière en date porte sur l'interprétation de la notion de « zone de transit »⁸¹. Au sein même du Conseil de l'Europe, les divergences existent et portent souvent sur des aspects fondateurs⁸².

Le « forum shopping » est la conséquence de ces doublons : le requérant se tourne, naturellement, vers l'organe qui lui offre l'interprétation qui lui est la plus favorable, écartant toute autre approche. Il ne s'agit, en réalité, que de la recherche du standard de protection maximal, ce qui correspond à la logique du droit des droits de l'Homme qui a vocation à offrir une protection de plus en plus étendue⁸³. Après tout, Rome ne décidait-elle pas déjà *in favor libertatis*⁸⁴ ?

D. Réinterpréter la subsidiarité

Le principe de subsidiarité se trouve, depuis l'origine, au cœur du mécanisme prévu par la Convention⁸⁵.

Cet aspect n'était pas nouveau, même en 1950⁸⁶: l'on oublie souvent que la subsidiarité est présente « dès les premières encycliques sociales »⁸⁷ et que l'idée est même bien plus ancienne. L'étymologie du mot nous est utile puisqu'elle nous indique qu'il signifie « secours » (*subsidium*) au sens militaire, c'est-à-dire qu'il désigne les troupes de réserve qui ne sont pas sur le champ de bataille en temps ordinaires. Sans entrer dans le débat

⁷⁹ *Ibid.*, p. 535.

⁸⁰ Cour EDH, GC, 5 juin 2015, *Lambert et autres c. France*, req. n° 46043/14, et Comité des droits des personnes handicapées des Nations Unies, décision du 2 juillet 2019.

⁸¹ Cour EDH, GC, 21 novembre 2019, *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, req. n° 47287/15, et CJUE, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, arrêt du 14 mai 2020, C-924/19, ECLI:EU:C:2020:367. Voir, concernant ces arrêts, C. Giannopoulos, « La (re)mise en cause de la présomption du 'pays tiers sûr' et le confinement dans les 'halls d'attente' (obs. sous Cour EDH, GC, *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, 21 novembre 2019, n°45287/15) », *Europe des droits & libertés/Europe of Rights & Liberties*, mars 2020/1, pp. 176-184, et A. Angelaki, « La privation de liberté dans les zones de transit à la frontière serbo-hongroise et l'office du juge national (obs. sous l'arrêt CJUE, GC, 14 mai 2020, FMS, FNZ, SA, SA junior, aff. jtes C-924/19 PPU et C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367) », *Europe des Droits & Libertés/Europe of Rights & Liberties*, septembre 2020/2, pp. 310-320.

⁸² Cour EDH, GC, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, req. n° 45036/98, et CEDS, *Confédération Générale du Travail (CGT) c. France*, récl. n°55/2009, décision sur le bien-fondé du 23 juin 2010.

⁸³ F. Krenc, « 'Dire le droit', 'Rendre la justice'. Quelle Cour européenne des droits de l'homme ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2018, 114, p. 321 et suiv.

⁸⁴ J. Imbert, « Favor libertatis », *Revue historique de droit français et étranger*, 1949, Quatrième série, vol. 26, pp. 274-279.

⁸⁵ Il s'exprime, notamment, par l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes avant la saisine de la Cour de Strasbourg prévue par l'article 35 § 1 de la Convention. La Cour européenne considère en principe que « il appartient en premier lieu aux autorités nationales de redresser une violation alléguée de la Convention » ; voir, par exemple, Cour EDH, GC, 1^{er} juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne*, req. n° 22978/05, § 115.

⁸⁶ Pour le détail de l'histoire, voir E. Kirchner, in P.B. Clarke, J. Foweraker (eds.), *Encyclopedia of Democratic Thought*, New York : Routledge, 2001, pp. 688-691.

⁸⁷ Compendium de la doctrine sociale de l'Eglise, Conseil Pontifical Justice et Paix, Paris, 2005, p. 103.

de l'utilisation faite par ce principe par les différents Pontificats, il est néanmoins intéressant de relever que la subsidiarité est alors appréhendée comme « un principe de réflexion, un critère de jugement et une orientation pour l'action »⁸⁸.

Un critère de jugement : voilà ce qu'est le principe de subsidiarité pour la Cour européenne. Voici ce qu'il doit être. C'est ce que nous indique la règle de l'épuisement des voies de recours internes : la Cour européenne est placée en réserve de la bataille, en cas de défaillance, ce qui signifie que son intervention ne peut intervenir qu'après celle des juridictions nationales. Dans cette perspective, le Protocole n° 15 entré en vigueur le 1^{er} août 2021 ne fait que mettre par écrit un principe sous-entendu par le texte initial et appliqué depuis le début. Entendu de la sorte, le principe de subsidiarité établit donc une responsabilité de l'État liée à la souveraineté : le juge national est le premier juge des droits, conformément à l'article 1^{er} de la Convention ; le juge international n'intervient que lorsque le juge interne a fini de faire son travail ou lorsqu'il n'a pas pu le faire, conformément à l'article 35 de la Convention. C'est, en somme, un principe d'organisation des contrôles duquel découle l'importance de l'article 13 de la Convention qui garantit le droit à un recours effectif⁸⁹.

Or, depuis plusieurs années, un glissement s'opère dans la perspective à travers laquelle le principe de subsidiarité est présenté. L'on se détache de la perspective procédurale du texte pour déplacer le principe sur le terrain substantiel. L'idée n'est alors plus, pour la Cour, d'intervenir en réserve, comme filet de sécurité, mais de faire preuve d'une certaine retenue pour ne pas se mêler de trop près des affaires des États. Entendu de la sorte, le principe de subsidiarité vise à limiter son contrôle dans sa substance même et est détaché de l'aspect procédural. Cette dynamique est claire, notamment, lorsque la Cour est accusée de porter atteinte à la souveraineté des États et/ou de bafouer les principes de la démocratie⁹⁰. La subsidiarité se confond alors dans le discours avec la doctrine de la marge nationale d'appréciation⁹¹ qui consiste à laisser aux États une certaine latitude dans la mise en œuvre de certaines obligations conventionnelles. Si cette notion est en réalité éminemment « casuistique, complexe et largement imprévisible »⁹², elle ne porte pas – du moins dans sa théorie – des aménagements des obligations auxquelles les États ont souscrit : cette latitude, cette tolérance, porte sur le choix des moyens pour les mettre en œuvre⁹³ et ne concerne que la proportionnalité de la restriction au droit. Elle ne devrait donc concerner ni les obligations des États ni le contrôle opéré, sur elles, par la Cour. Or la critique de la Cour prend appui sur ces

⁸⁸ Jean-Paul II, *Sollicitudo Rei Socialis*, Encyclique 30 décembre 1987.

⁸⁹ R. Spano, *op. cit.*, p. 477.

⁹⁰ H. Fulchiron, « Vers un rééquilibrage des pouvoirs en matière de protection des droits et libertés fondamentaux ? Libre propos sur le rôle du juge judiciaire en tant qu'acteur du principe de subsidiarité », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, *op. cit.*, p. 245.

⁹¹ Ce que vient confirmer le Protocole n° 15. Voir sur ce point, F. Sudre, « L'entrée en vigueur du Protocole n°15, une mesure de « freinage » de la Convention EDH », *JCP G*, 21 juin 2021, n° 25, p. 11778. Le Prof. Sudre explique que le champ d'application de la marge nationale d'appréciation et celui de la subsidiarité ne sont pas identiques.

⁹² S. Greer, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Conseil de l'Europe, 2000, pp. 5-6.

⁹³ D. Spielmann, « En jouant sur les marges. La Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de la marge d'appréciation nationale : abandon ou subsidiarité du contrôle européen ? », Institut grand-ducal, Actes de la Section des Sciences morales et politiques, vol. XIII, Luxembourg, 2010, p. 205. Voir aussi A. Kovler, « La Cour européenne des droits de l'Homme face à la souveraineté de l'État », *L'Europe en formation*, n° 368, p. 210.

notions pour demander, en réalité, une limitation du contrôle substantiel sur les obligations des États parties alors même que « la subsidiarité judiciaire diffère de la subsidiarité législative ou administrative »⁹⁴.

Le Protocole n° 15 est, en réalité, le fruit de cette idée : par « raisonnement tortueux »⁹⁵, il mêle constamment principe de subsidiarité et marge nationale d'appréciation en ajoutant un considérant au Préambule de la Convention confirmant le lien entre les deux notions⁹⁶. La difficulté réside dans le fait que là où le principe de subsidiarité judiciaire appuie sur la complémentarité entre les systèmes⁹⁷ et une responsabilité partagée⁹⁸, le principe de subsidiarité législative ou administrative exclut la Cour européenne des affaires étatiques.

Or la marge d'appréciation ne devrait pas être une préoccupation étatique⁹⁹, conduisant peut-être à adapter les interprétations et pratiques en fonction du degré de contrôle appliqué par la Cour. Le juge européen doit, certes, faire preuve d'une certaine modestie¹⁰⁰, mais il doit assumer la tâche qui est la sienne : contrôler. L'article 19 de la CEDH existe toujours et constitue le fondement du système européen : il confie à la Cour le contrôle du respect par les États des engagements qui résultent de la CEDH.

L'auto-restriction de la Cour

Ce glissement de perspective est encore plus frappant lorsque c'est la Cour européenne elle-même qui l'opère, succombant à une logique d'auto-restriction. En effet, au cours des dernières décennies, certains arrêts peuvent être lus comme une limitation de son contrôle¹⁰¹.

La doctrine de la marge nationale d'appréciation interroge quand elle conduit la Cour à « relâcher son contrôle et à se montrer très attentive aux intérêts étatiques »¹⁰². Quand elle est accompagnée d'une décision empêchant tout recours ultérieur, cette marge

⁹⁴ S. Cassese, in Dialogue entre juges. “Subsidiarité : une médaille à deux faces?”, Conseil de l'Europe, 2015, p. 15.

⁹⁵ S. Cassese, *op. cit.*, p.13.

⁹⁶ « Il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme [...] ».

⁹⁷ P. Lemmens, in Dialogue entre juges. “Subsidiarité : une médaille à deux faces?”, Conseil de l'Europe, 2015, p. 34.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*, p. 37. Puis, p. 38: « Mais cela signifie-t-il que lorsqu'elles prennent leurs décisions, les autorités administratives doivent constamment s'interroger sur l'étendue que pourrait avoir un éventuel contrôle juridictionnel ultérieur ? Je ne le pense pas. De même, je ne pense pas que les autorités internes, y compris les juridictions internes, doivent se demander quelle marge d'appréciation on leur reconnaîtra si jamais l'affaire aboutit à Strasbourg. C'est une question qui se pose uniquement dans le cadre du contrôle effectué par la Cour européenne, non à un stade antérieur. Au niveau interne, les juridictions doivent se préoccuper de l'interprétation et de l'application correctes de la loi, rien de moins, mais rien de plus ».

¹⁰⁰ P. Lemmens, *The Protection of Human Rights: a Noble Task for Courts*, Valedictory Lecture, Acta Falconis XXVIII, Intersentia, 2020, p. 45.

¹⁰¹ Pour des développements plus détaillés et des exemples précis, voir F. Krenc, *op. cit.*, p.329 et suiv.

¹⁰² F. Sudre, « L'entrée en vigueur du Protocole n°15... », *op. cit.*, p. 1178. Le Professeur Sudre donne une liste d'arrêts qui illustrent ce point.

résonne comme une fin de non-recevoir¹⁰³. C'est, en particulier, le rôle du consensus européen dans la détermination de cette marge d'appréciation a été pointé du doigt¹⁰⁴ puisque l'on peine souvent à comprendre comment il est déterminé¹⁰⁵ : « [c]ette technique d'herméneutique juridique, qui est l'une des plus prisées par la Cour »¹⁰⁶, sans que sa définition ne soit toujours très établie¹⁰⁷, trouve son fondement dans de multiples sources et n'est pas toujours uniforme : son caractère discrétionnaire¹⁰⁸ est dénoncé et les questionnements sur son utilisation se multiplient, ce qui affectent la légitimité de la Cour¹⁰⁹.

Même en matière procédurale, la restriction du contrôle se fait sentir à travers, notamment, l'équité globale de la procédure¹¹⁰. Cette approche laisse perplexe bien des voix qui s'interrogent sur l'effectivité des droits de la défense¹¹¹.

Cette évolution peut apparaître logique et souhaitable, partant de l'idée qu'après 70 ans de pratique de la CEDH, les États membres ont désormais augmenté le niveau de protection des droits inscrits dans ce texte¹¹². Elle s'inscrirait alors dans le processus de la procéduralisation de la CEDH déjà évoqué depuis plusieurs années¹¹³ et qui conduit à la logique du « contrôle du contrôle »¹¹⁴.

Cet aspect est troublant dans la mesure où les États ont institué eux-mêmes cet organe en lui confiant une mission précise : contrôler. Respecter le rôle primordial du juge

¹⁰³ En matière économique surtout : Cour EDH, 7 mai 2013, *Koufaki et Adedy c. Grèce* (déc.), req. n° 57665/12 et n° 57657/12, ou plus récemment Cour EDH, 4 juillet 2017, *Mockienė c. Lituanie*, req. n° 75916/13. Pour une analyse, M. Thouvenot, « La marge d'appréciation nationale, le faux-fuyant de la Cour face aux questions économiques d'envergure », *JADE*, 2017, n° 7. Voir aussi, E. Brems, « [Zubczewski v Sweden: margin of appreciation as a blank check](#) », 13 avril 2010, *Strasbourg Observers blog* [dernière consultation le 13 mars 2022].

¹⁰⁴ L. Burgogue-Larsen, « [Le jeu ambigu du consensus européen dans la détermination de la marge nationale d'appréciation. La vision critique de François Tulkens](#) », 6 septembre 2012, *Strasbourg Observers blog* [dernière consultation le 13 mars 2022].

¹⁰⁵ F.J. Doucet, « Les origines et les fondements du recours au consensus européen en droit européen des droits de l'Homme », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 2013, n° 43, pp. 716-717.

¹⁰⁶ F.J. Doucet, *op. cit.*, p. 715.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 716 : l'auteur liste les termes utilisés par la Cour pour définir le consensus.

¹⁰⁸ H. Surrel, « Pluralisme et recours au consensus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme » in M. Levinet (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 66. Voir aussi, F.J. Doucet, *op. cit.*, p. 730.

¹⁰⁹ F. Sudre, « La mystification du "consensus" européen », *La Semaine juridique*, 2015, doct. 1369.

¹¹⁰ Cour EDH, GC, 9 novembre 2018, *Beuze c. Belgique*, req. n° 71409/10, § 136 et suiv.

¹¹¹ L. Milano, « Le critère de "l'équité globale du procès" : un critère régressif », *La Semaine Juridique*, 2019, n° 9, pp. 444-448. C. Serneels, « [Unravelling Salduz and the EU: Grand Chamber judgment of Beuze v. Belgium on the right of access to a lawyer, 11 décembre 2018](#) », *Strasbourg observers blog*, [dernière consultation le 13 mars 2022]. E. Celiksoy, « Overruling 'the Salduz Doctrine' in *Beuze v Belgium*: The ECtHR's further retreat from the *Salduz* principles on the right to access to lawyer », *New Journal of European Criminal Law*, 2019, vol.10, pp. 342-362.

¹¹² R. Spano, *op. cit.*, pp. 473-494. Voir en particulier sur ce point pp. 475-478 et p. 492.

¹¹³ F. Tulkens et S. Van Drooghenbroeck, « L'évolution des droits garantis et l'interprétation jurisprudentielle de la CEDH », E. Dubout, « La procéduralisation des obligations positives relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'Homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2007, numéro 18, pp. 397-426 ; K. Panagoulas, *La procéduralisation des droits substantiels garantis par la convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2012, 108 p.; N. Le Bonniec, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme – Réflexion sur le contrôle juridictionnel du respect des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2017, 682 p.

¹¹⁴ F. Sudre, « L'entrée en vigueur du Protocole n°15... », *op. cit.*, p. 1179.

national au sein du système européen et garantir à l'État celui de premier gardien des droits et libertés conventionnels sur son territoire ne signifie pas, pour autant, renoncer à exercer la mission capitale¹¹⁵ que la Convention – ratifiée par les États – lui confie.

Cette jurisprudence qui par elle-même amoindrit¹¹⁶ les droits qu'elle est censée garantir donne un mauvais signal aux États. « A ce petit jeu, la Cour risque d'être son pire ennemi »¹¹⁷ car, sans attendre que les États s'en chargent, elle affiche « une déviation de la doctrine protectrice de la CEDH »¹¹⁸.

La boucle est alors bouclée : le contrôle du juge que l'on souhaite affaiblir s'affaiblit de lui-même.

Partie 2 – Le juge, gardien de la bonne foi des Hautes Parties contractantes

Finalement, toutes les déclinaisons de la mauvaise foi conduisent à un même abîme démocratique : l'oubli des fondements de l'office du juge. Or c'est précisément dans la logique inverse que le souffle du système européen de protection des droits peut être retrouvé : c'est au cœur du travail du juge – national et européen – que se (re)découvre la bonne foi de l'engagement pris en matière de droits humains ; c'est par la « noble tâche »¹¹⁹ de juger que se réaffirme, dans un État de droit, quotidiennement, le caractère contraignant du droit européen des droits de l'Homme.

Ainsi, il importe d'un côté de réaffirmer le rôle crucial du juge dans la protection des droits fondamentaux et, de l'autre, de s'assurer que celui-ci s'empare de la mission qui lui est confiée : conformément aux principes classiques du droit, le juge ne saurait renoncer à exercer la compétence qui lui est ainsi dévolue au risque de commettre un déni de justice. L'on ne saurait, par ailleurs, l'empêcher d'exercer sa compétence sans porter atteinte aux principes de l'État de droit démocratique.

Tout vide ainsi créé ne tarderait pas à être comblé par d'autres (pouvoirs, organes ou réalités) dont les caractéristiques institutionnelles ne répondent pas aux exigences de la responsabilité de juger (A). Qu'il soit question du juge européen (C) ou national (B), ce n'est qu'à travers lui que l'engagement de l'État en faveur des droits peut être maintenu et mis en œuvre.

A. Une responsabilité: juger et frémir¹²⁰

Le rôle fondamental du juge en matière de protection des droits ne lui est pas dévolu en raison d'une quelconque supériorité qu'il aurait sur les autres pouvoirs mais parce que

¹¹⁵ F. Krenc, *op. cit.*, p. 315 et suiv.

¹¹⁶ S. Fucini, « Droit à un avocat durant la garde-à-vue: recul supplémentaire de la CEDH », *Dalloz Actualité*, 22 novembre 2018.

¹¹⁷ C. Madelaine, « La Cour européenne des droits de l'homme, une 'cour constitutionnelle protectrice des individus'? », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre, op. cit.*, p. 422.

¹¹⁸ M. Thouvenot, *op. cit.*

¹¹⁹ P. Lemmens, *The Protection of Human Rights: a Noble Task for Courts, op. cit.*

¹²⁰ « Qui peut, sans frémir, juger sur la terre ? », Paul Verlaine, *Via dolorosa*, in *Cellulairement*, 1844-1896.

la particularité de son office le place au cœur du système de protection des droits partout en Europe. En effet, tant l'importance de son intervention pour le justiciable que son rôle essentiel au sein d'une démocratie font du juge l'acteur principal du système européen. Ainsi, personne ne conteste que juger est une charge considérable qui a un impact indélébile tant sur l'humain que sur la démocratie. La profondeur de la mission se place en écho à l'enjeu démocratique qu'elle constitue : juger conserve l'équilibre fragile de la vie en commun.

Du point de vue individuel, le juge est celui qui opère le passage de la théorie à la pratique ; il part de la règle et la plonge dans le flot de la vie¹²¹. Son office consiste à « trancher, sur la base d'une procédure organisée, un [litige] »¹²² : il lui incombe « de prendre, après examen et au terme du procès, une décision fondée en droit »¹²³, c'est-à-dire une décision qui s'appuie sur les normes en vigueur. En ce sens, le juge est le « gardien de la Loi »¹²⁴ : il doit s'assurer que la règle est respectée et appliquée « de manière impartiale, juste, équitable et efficace »¹²⁵. Ce faisant, il doit nécessairement interpréter le droit, formulé de manière abstraite, afin de l'intégrer à la réalité de la vie. « Loin de n'être que la 'bouche de la loi' comme le disait Montesquieu, [le juge] en est l'interprète »¹²⁶ pour donner un sens clair et précis à une disposition qui peut être vague ou obscure¹²⁷. En ce sens, le juge dit le droit quand il l'interprète ; il dit la réalité concrète de la norme abstraite. En somme, il permet à la règle de pleinement exister. À ce titre, il ne peut s'exonérer de sa responsabilité, même face à un cadre d'interprétation lacunaire : juger, c'est donc nécessairement choisir¹²⁸. Le juge ne peut pas laisser un litige, aussi complexe ou délicat soit-il, en suspens : il doit trancher, sous peine de déni de justice¹²⁹. Dès lors, l'office de tout juge est « important, difficile et délicat »¹³⁰. Ce n'est donc pas un hasard si le système européen de protection des droits se fonde sur l'intervention du juge pour faire des droits une réalité individuelle.

¹²¹ Voir sur ce point le Discours préliminaire du projet de Code civil (1801) : « Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir aux magistrats. Car les lois une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours : et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau.

Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges [...] C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application. ». « [...] la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ».

¹²² Définition donnée par J.-P. Costa, « L'office du juge. En quoi celui du juge de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) est-il particulier ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Oberdorff*, op. cit., p. 4. La définition est inspirée par l'arrêt Cour EDH, 22 octobre 1984, *Sramek c. Autriche*, req. n° 8790/79, § 36.

¹²³ J.-P. Costa, op. cit., p. 5.

¹²⁴ « [La Belgique, un Etat de droit](#) », *La Libre*, 14 décembre 2020 [dernière consultation le 13 mars 2021].

¹²⁵ Discours du Président de la Cour européenne des droits de l'homme, Robert Spano, « [L'indépendance du pouvoir judiciaire - la pierre angulaire de l'État de droit](#) », prononcé le 3 septembre 2020 à Ankara, disponible sur le site de la Cour EDH [dernière consultation le 13 mars 2022].

¹²⁶ J.-P. Costa, op. cit., p. 6.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Article 4 du Code Napoléon, toujours en vigueur : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi pour déni de justice. »

¹³⁰ J.-P. Costa, op. cit., p. 13.

Du point de vue de la société, le juge est le dernier rouage de l'État de droit à travers le jeu de l'équilibre démocratique des pouvoirs. Certes, il reste soumis – c'est heureux – aux principes du droit tels que dictés par le législateur ou l'exécutif. C'est là le fondement même de la séparation des pouvoirs telle qu'envisagée par Montesquieu dans l'*Esprit des lois*¹³¹ : ce principe « est un des piliers de l'État de droit, et une garantie tant de la séparation des pouvoirs que de l'équité du procès et de la sécurité juridique »¹³². La réciproque est cependant tout aussi vraie : s'il rencontre, dans son office, le cadre fixé par les autres pouvoirs, le juge constitue lui-même un cadre pour les deux autres pouvoirs. Ainsi, il ne lui appartient pas de les ménager dans leurs sensibilités ou aspirations ; il lui appartient de tenir son rôle de cadre, de contre-pouvoir. C'est là le rôle vital du juge dans une démocratie : s'assurer que la société mise en place par les deux autres pouvoirs à travers les lois et les actes administratifs respecte l'engagement pris par l'État de respecter les règles suprêmes. Le fait que son intervention doive être déclenchée alors que les deux autres pouvoirs travaillent à leur guise ne doit pas occulter le caractère essentiel de son action : s'il n'y avait pas de juges à Berlin, le meunier de Sans-Souci¹³³ – chacun d'entre nous – ne pourrait que subir la loi du plus fort. C'est donc logiquement que le système européen de protection des droits fait reposer sur le juge l'impérieuse mission d'ancrer la garantie des droits au sein de l'État de droit démocratique.

Ces deux versants concernent tant le juge national que le juge européen. Tous deux concrétisent les droits et les rendent effectifs grâce à l'action de juger : que cela se fasse en cours de procédure interne ou bien après la saisine européenne n'a pas d'impact sur le rôle du juge en la matière. Tous deux jouent un rôle essentiel dans le renforcement de l'État de droit et son contrôle : que l'un agisse comme un contrôle interne et l'autre comme un contrôle externe n'a pas d'impact sur le rôle du juge en la matière.

Ce sont ces aspects, pourtant existentiels, qui sortent affaiblis d'une application des droits avec mauvaise foi ; ce sont eux qu'il faut rétablir et renforcer.

B. Un contrôle interne assumé

Au cours du XXe siècle, le droit international des droits de l'Homme a acquis, en Europe, une importance croissante et toujours plus affirmée au sein des ordres juridiques nationaux¹³⁴. En vertu de règles constitutionnelles propres à chaque État, les droits fondamentaux consacrés dans plusieurs traités internationaux¹³⁵ servent de paramètre au contrôle du juge, qu'il soit de droit commun ou constitutionnel. « Les juges sont ainsi le maillon institutionnel qui empêche l'exécutif ou le législatif de s'asseoir sur une série

¹³¹ Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, 1748, Folio essais, édition 1995.

¹³² J.-P. Costa, *op. cit.*, p. 7.

¹³³ F. Andrieu, Le meunier de Sans-Souci, anecdote lue à la séance publique de l'Institut National, le 15 germinal an V (4 avril 1797) : « (...) 'Parbleu, de ton moulin c'est bien être entêté ; Je suis bon de vouloir t'engager à le vendre ! Sais-tu que sans payer je pourrais bien le prendre ? Je suis le maître. — Vous !... de prendre mon moulin ? Oui, si nous n'avions pas des juges à Berlin.' (...) ».

¹³⁴ P. Wachsmann, *op. cit.*

¹³⁵ Sur le rôle et la place des droits fondamentaux, voir J. Callewaert, "What makes fundamental rights fundamental?", in A. Hoc, S. Wattier et G. Willems (ed.), *Human rights as a basis for reevaluating and reconstructing the law*, Actes de la 4e conférence de l'ACCA tenue à Louvain-la-Neuve le 29 mai 2015, Bruylant.

d'obligations que les États ont eux-mêmes ratifiées »¹³⁶; ils empêchent la mauvaise foi de prospérer. Par ce positionnement, le juge national devient alors le premier juge du respect des droits de l'Homme tels que consacrés par la Convention européenne des droits de l'Homme. Il est le garant de la construction et la préservation d'une société démocratique régie par l'État de droit¹³⁷.

C. Le juge national, premier juge des droits humains

Dans le système de protection des droits de l'Homme instauré par la Convention, l'État est le premier garant des droits des personnes se trouvant sous sa juridiction¹³⁸. Toutes les composantes de l'État ont l'obligation de respecter les droits garantis, qu'il s'agisse du pouvoir exécutif, législatif ou judiciaire et, plus largement, de toute personne détentrice de l'autorité publique.

Si les traités internationaux de protection des droits sont signés par l'exécutif et ratifiés par le législatif, le pouvoir judiciaire est le « gardien de leurs promesses »¹³⁹ : les juges « rappellent aux États les obligations auxquelles ils ont librement souscrit, et leur responsabilité de travailler pour l'intérêt général. »¹⁴⁰ La promesse¹⁴¹ est donc celle de l'État envers ses citoyens, celle de protéger leurs droits et de s'assurer de leur effectivité. Cette promesse participe de la stabilité de la démocratie puisqu'elle permet d'obtenir et de pérenniser la confiance des citoyens dans l'État¹⁴².

Le juge national, en tant que « gardien traditionnel des libertés individuelles »¹⁴³, joue donc un rôle central. C'est dès lors, logiquement, à lui que vont s'adresser les justiciables qui estiment que leur Etat a failli à son obligation d'assurer le respect de la Convention, à tout le moins lorsqu'un recours effectif existe. D'ailleurs, l'article 35 § 1 de la Convention le leur impose : les voies de recours internes adéquates et effectives doivent, sous peine d'irrecevabilité, avoir été épuisées avant de saisir la Cour européenne d'une requête individuelle. La Cour européenne le rappelle régulièrement : les autorités nationales, parmi lesquelles le juge interne, sont en principe les mieux placées pour apprécier les besoins de la société et d'y répondre¹⁴⁴.

¹³⁶ [Carte blanche: « L'arrêt historique de la Cour suprême des Pays-Bas »](#) Le Soir, 30 décembre 2019 [dernière consultation le 6 février 2021]. Voir, sur ce point, M. FERIA-TINTA, 'Climate Change Litigation in the European Court of Human Rights: Causation, Imminence and other Key Underlying Notions' 2021(1) 3, *Europe of Rights & Liberties/Europe des Droits & Libertés*, pp. 52-71.

¹³⁷ Discours du Président de la Cour européenne des droits de l'homme, Robert Spano, *op. cit.*

¹³⁸ L'intitulé de l'article 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'Homme l'énonce : « obligation de respecter les droits de l'homme ».

¹³⁹ [Carte blanche: « L'arrêt historique de la Cour suprême des Pays-Bas »](#), *Le soir*, 30 décembre 2019 [dernière consultation le 6 février 2021].

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ Le mot « promesse » ne doit pas prêter à confusion: il s'agit bien du sens latin du mot, « faire aller en avant ».

¹⁴² Voir pour un article sur cette notion utilisée par la Cour, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La "confiance du public" dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2019, p. 11-19.

¹⁴³ H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 246.

¹⁴⁴ Voir, parmi beaucoup d'autres exemples, Cour EDH, 26 février 2002, *Fretté c. France*, req. n° 36515/97, § 41, Cour EDH, GC, 8 juillet 2003, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 36022/97, § 97, et Cour EDH, GC, 1^{er} décembre 2020, *Gudmundur Andri Astradsson c. Islande*, req. n° 26374/18, § 243.

Ainsi, l'adhésion d'un État au système conventionnel européen de protection des droits ne le prive d'aucun pouvoir, au contraire : elle confie au juge une responsabilité additionnelle, celle de juge des droits humains tels que définis par la Convention. Ainsi, la subsidiarité¹⁴⁵ va de pair avec la souveraineté de l'État : loin de priver l'État de sa caractéristique suprême, la ratification de la Convention a renforcé son pouvoir en instituant le premier juge des droits de l'Homme au niveau national¹⁴⁶. L'impression décrite est souvent opposée, sans doute liée au fait que ce n'est ni l'exécutif ni le législatif qui ont reçu cette mission nouvelle mais bien le judiciaire, qu'en France – pour ne citer qu'elle - l'on peine encore à qualifier de « pouvoir »¹⁴⁷.

Le juge national, principal juge des droits humains

Une fois n'est pas coutume, en la matière, les statistiques sont univoques. Au 1^{er} janvier 2020, l'ensemble des pays membres du Conseil de l'Europe comptait environ 837 millions d'habitants. Or, en 2020, le nombre moyen de requêtes attribuées à une formation judiciaire de la Cour européenne des droits de l'Homme est de 0,50 pour 10 000 habitants¹⁴⁸. Le constat est sans équivoque : la Cour n'est pas le lieu où les droits de l'Homme se jouent au quotidien.

Cela est vrai non seulement eu égard au nombre d'affaires effectivement portées devant le juge européen, mais aussi compte tenu du taux très élevé de requêtes rejetées, soit parce qu'elles ne respectent pas les conditions formelles pour leur introduction¹⁴⁹, soit parce que les critères de recevabilité¹⁵⁰ n'ont pas été respectés.

De surcroît, le temps de la Cour ne suit pas celui de l'affaire. D'une part, la Cour de Strasbourg n'intervient qu'après l'épuisement des voies de recours internes qui constitue souvent déjà un long chemin. D'autre part, le lourd poids de son arriéré dans le traitement des requêtes¹⁵¹ aboutit à un résultat peu encourageant pour les requérants : leur affaire ne sera souvent examinée par la Cour que plusieurs années après son

¹⁴⁵ Le terme de « subsidiarité » a été inséré dans le préambule de la Convention avec l'entrée en vigueur du Protocole no 15 le 1^{er} août 2021.

¹⁴⁶ Voir par exemple M. Guyomar, *Les rapports entre les cours nationales et la Cour européenne des droits de l'Homme*, Recueil Dalloz, 2020, pp. 497 et suiv. ainsi que la Déclaration du 27 mars 2015 qui suivit la Conférence de haut niveau tenue à Bruxelles les 26 et 27 mars 2015 le répète : « La Conférence rappelle la responsabilité première des États parties de garantir l'application et la mise en œuvre effective de la Convention et, à cet égard, réaffirme que les autorités nationales et, en particulier, les juridictions sont les premiers gardiens des droits de l'homme permettant une application pleine, effective et directe de la Convention – à la lumière de la jurisprudence de la Cour – dans leur ordre juridique interne, et ce, dans le respect du principe de subsidiarité. »

¹⁴⁷ D'après l'article 64 de la Constitution française, le judiciaire est qualifié d'autorité et non de pouvoir. Voir sur ce point : O. Beau, « L'émergence d'un pouvoir judiciaire sous la Vème République : un constat critique », *Esprit*, Janvier 2002, n° 281 (1), pp. 108-121 ; M. Robert, « L'autorité judiciaire, la Constitution française et la Convention européenne des droits de l'homme », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, juillet 2011, n° 32, pp. 29-43.

¹⁴⁸ [Analyse statistique 2020](#), janvier 2021, p. 12 [dernière consultation le 7 février 2021].

¹⁴⁹ Article 47 du règlement de la Cour.

¹⁵⁰ Les critères de recevabilité sont inscrits aux articles 34 et 35 de la Convention. Pour la jurisprudence abondante de la Cour sur leur interprétation, voir le [Guide pratique sur la recevabilité](#), publié par la Cour sur son site internet.

¹⁵¹ Au 31 décembre 2020, 23 300 requêtes étaient pendantes devant une chambre de sept juges ou la Grande Chambre, à quoi s'ajoutaient 34 100 requêtes pendantes devant un comité de trois juges. Seules les requêtes qui ne sont pas *prima facie* irrecevables sont en principe attribuées à ces formations judiciaires.

introduction. Les moyens humains et financiers limités de la Cour expliquent en grande partie ces longs délais. Faut-il rappeler, à titre d'exemple, que le budget annuel de la Cour européenne constitue environ un sixième du budget annuel de la Cour de Luxembourg¹⁵², qui, elle, rend plus de vingt fois moins de décisions que Strasbourg¹⁵³ ? Sans parler des moyens alloués à d'autres organes régionaux de protection des droits tels que le Comité européen des droits sociaux.

Ainsi, même si le processus d'Interlaken a permis à la Cour de mener à bien les innovations procédurales et technologiques lui permettant de traiter un nombre tout à fait honorable d'affaires¹⁵⁴, la réalité matérielle ne peut être tue.

En somme, sans le juge national, le système mis en place par la Convention ne peut pas fonctionner. C'est pourquoi la Cour européenne s'assure, en particulier, que le juge national bénéficie des moyens adéquats pour réaliser son office¹⁵⁵. L'indépendance et l'impartialité des juges doivent être garanties¹⁵⁶ sans quoi leur office n'offre pas le contre-pouvoir espéré¹⁵⁷. La qualité et la compétence des magistrats¹⁵⁸ ainsi que l'équité des procédures juridictionnelles doivent être assurées¹⁵⁹. Il en va de la confiance du public dans le système judiciaire, élément fondamental de l'État de droit¹⁶⁰. Ce point est apprécié avec attention par la Cour dans le cadre de son contrôle indispensable : plus les caractéristiques sont respectées, plus elle peut se reposer sur le juge national et sa décision. Ainsi, même en présence d'un principe de subsidiarité affirmée, le rôle du juge européen est indispensable dans la garantie de la démocratie.

Cela explique, entre autres facteurs, que, ces dernières années, le contrôle effectué par la Cour se veuille plus procédural, celle-ci vérifiant avant tout que le contrôle de conventionnalité a été effectué par les juridictions internes au regard des critères établis dans la jurisprudence de la Cour européenne et en tenant compte des précédents rendus par cette dernière¹⁶¹, ou que les garanties procédurales adéquates et suffisantes soient offertes par le droit interne¹⁶².

¹⁵² Pour 2020, le budget de la Cour de Strasbourg s'élevait à 73 333 300 euros. Celui de la CJUE, à 436 600 000 euros.

¹⁵³ CJUE en 2019 : 1739 décisions rendues. CEDH en 2019 : 40 667 décisions judiciaires rendues.

¹⁵⁴ Voir pour le détail sur ce point : L.A. Sicilianos, « La Convention européenne des droits de l'Homme a 70 ans : dynamique d'un instrument international unique », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2020, n° 124, pp. 817-834, spéc. p. 822 ; P. Dourneau-Josette, « Les adaptations procédurales ou l'accélération du traitement des requêtes », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2020, n° 121, pp.121-144.

¹⁵⁵ « [La Belgique, un État de droit](#) », *La Libre*, 14 décembre 2020 [dernière consultation le 6 février 2021].

¹⁵⁶ L'indépendance et l'impartialité des juges de la Cour européenne des droits de l'homme sont exigées par l'article 21 § 3 de la Convention. Conformément au § 1 de la même disposition, ils doivent jouir de la plus haute considération morale et réunir les conditions requises pour l'exercice de hautes fonctions judiciaires ou être des juristes possédant une compétence notoire.

¹⁵⁷ Voir, notamment, F. Biltgen, « L'indépendance du juge national vue depuis Luxembourg », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2020, n° 123, pp. 551-566.

¹⁵⁸ Discours du Président de la Cour européenne des droits de l'homme, Robert Spano, *op. cit.*

¹⁵⁹ Article 6 de la Convention EDH.

¹⁶⁰ Cour EDH, 1^{er} décembre 2005, *Paduraru c. Roumanie*, req. n° 63252/00, § 98, et Cour EDH, GC, 29 novembre 2016, *Paroisse Gréco-Catholique Lupeni et autres c. Roumanie*, req. n° 76943/11, § 116.

¹⁶¹ Voir, par exemple, Cour EDH, GC, 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia c. Finlande*, req. n° 931/13, § 164 *in fine*.

¹⁶² Voir, par exemple, Cour EDH, GC, 9 juillet 2020, *Mugemangango c. Belgique*, req. n° 310/15.

La Cour n'est cependant pas là que pour faire office de filet de sécurité en cas de défaillance du juge national : à elle est confié un rôle premier dans le développement de la société européenne et la détermination de ses valeurs.

Un contrôle externe indispensable

Selon l'article 19 de la Convention, la Cour est instituée afin d'assurer le respect des engagements résultant, pour les États parties, de la Convention et de ses protocoles. C'est à elle qu'il revient d'assurer le respect de la Convention par les États membres du Conseil de l'Europe. Cette mission confiée à la Cour nécessite, comme pour tout juge, d'interpréter le texte fondateur. En effet, le texte de la Convention est très court : il ne comporte que 59 articles, dont seulement 17 brèves dispositions ont trait aux droits et libertés qu'elle renferme. Quelque 14 droits contenus dans les Protocoles additionnels viennent compléter cet arsenal.

La Cour l'a dit très tôt, « la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs »¹⁶³. Or la Convention a été rédigée il y a plus de 70 ans dans une société différente de la nôtre, notamment en ce qui concerne les intérêts et les préoccupations sociétales et morales. Pour continuer à être le garant du respect de la Convention, la Cour doit donner un sens aux dispositions énonçant les droits et libertés que le texte garantit. Ce faisant, elle précise les obligations de l'État et l'étendue de la protection conventionnelle.

La tâche du juge européen n'est certes pas aisée. « Tel un funambule, il lui faut marcher sur un fil étroit, entre trop de contrôle et une retenue judiciaire excessive ; et cela sans que nul législateur européen ne puisse venir corriger ses excès ou ses défauts, sans que nul 'lit de justice conventionnel' ne vienne renverser ses décisions »¹⁶⁴. Cette tâche est cependant la sienne et, comme le juge national ne peut renoncer à sa mission, le juge européen est soumis à la même exigence.

Cet aspect est d'autant plus important que la mission du juge européen dépasse le cadre de la requête individuelle. En effet, bien que la lettre de son office soit encadrée par la saisine spécifique et casuistique d'une requête, le sens de sa mission a une résonance tout à fait générale. L'éternelle controverse sur la nature de la Cour européenne¹⁶⁵ ne peut occulter l'apport de la Cour à la construction et stabilisation de la démocratie européenne dans son ensemble. La Cour reste la gardienne de la promesse de l'après-guerre, celle de faire de l'Europe un continent en paix, fondé sur l'État de droit, la démocratie et le respect des droits de l'Homme¹⁶⁶. L'un des exemples les plus frappants du labeur de la Cour se perçoit dans la défense – progressive – d'un continent européen

¹⁶³ Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, § 24.

¹⁶⁴ J.-P. Costa, *op. cit.*, p. 14.

¹⁶⁵ S. Greer et L. Wildhaber, "Revisiting the debate about "constitutionalising" the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, 2012, 12, pp. 655-687.

¹⁶⁶ Préambule du Statut du Conseil de l'Europe, *op. cit.*

libéré de la peine de mort¹⁶⁷. Plus le temps s'écoule, plus ce rôle fondateur de la Cour est essentiel au fur et à mesure que les témoins directs de la Seconde guerre mondiale viennent à disparaître.

Ainsi, le rôle de la Cour ne saurait être limité au contrôle formel du juge national. Sa pleine compétence réside dans la détermination des principes qui doivent régir la société européenne pour garantir sa stabilité, sa prospérité et son humanité¹⁶⁸. Qu'elle renonce à cette mission et l'Europe – cette « maison commune »¹⁶⁹ - sera privée de sol solide. Voilà tout l'enjeu ; voilà tout le risque.

* *

« Notre système des droits n'a pas été pensé seulement pour les temps paisibles »¹⁷⁰. Aussi, en ces temps troublés que nous traversons, où les menaces réelles ou craintes sont nombreuses¹⁷¹, il est vital, pour l'État de droit, que le juge national et le juge européen jouent le rôle qui est le leur dans la garantie du respect des droits fondamentaux. Ils constituent, ensemble, la garantie entière du système européen de protection des droits.

Le Protocole n° 16 à la Convention¹⁷² vient encore appuyer ce rôle : il permet à la Cour de Strasbourg d'agir en amont en empêchant la survenance même d'une éventuelle violation des droits fondamentaux garantis par la Convention ou en permettant au juge de la réparer plus rapidement. Ce mécanisme nouveau, entré en vigueur le 1^{er} août 2018, constitue une nouvelle avancée dans la collaboration directe entre juges.

Ce binôme n'est rendu efficace que par l'appropriation par le juge interne de la Convention et de la jurisprudence de la Cour. Ce faisant, le juge national se replace « au centre du jeu et [instaure] un dialogue d'égal à égal avec le juge européen »¹⁷³, ce qui lui permet de se positionner de manière solide face aux autres pouvoirs de l'État démocratique.

Partant, à l'heure du refus d'exécuter des décisions judiciaires au motif que les juges ne bénéficieraient pas d'une légitimité suffisante, à l'heure du populisme et de la critique du « gouvernement des juges », il revient à ceux qui ont la « noble tâche »¹⁷⁴ de dire le

¹⁶⁷ Article 1^{er} du Protocole n° 6 à la Convention européenne des droits de l'homme, adopté le 28 avril 1983, entré en vigueur le 1^{er} mars 1985.

¹⁶⁸ C'est de ce rôle particulier que la dimension constitutionnelle de la Cour est souvent déduite : S. Greer, « What's wrong with European Convention on Human Rights », *Human Rights Quarterly*, 2008, Vol. 30, n° 3, pp. 680-702.

¹⁶⁹ M. Gorbatchev, discours prononcé devant l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 6 juillet 1989.

¹⁷⁰ F. Sureau, *Sans la liberté*, Tracts Gallimard, septembre 2019, n° 8, p. 16.

¹⁷¹ « Nouvelles menaces contre la primauté du droit dans les États membres du Conseil de l'Europe - exemples sélectionnés », rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 25 septembre 2017, Doc. 14405.

¹⁷² Voir, à ce sujet, F. Benoit-Rohmer, « Le Protocole 16 ou le renouveau de la fonction consultative de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue des droits de l'homme*, 2019, et F. Benoit-Rohmer, « [Du soliloque au dialogue – Le Protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'homme](#) », *Droit de l'Union européenne* [dernière consultation le 13 mars 2022].

¹⁷³ H. Fulchiron, *op.cit.*, p. 246.

¹⁷⁴ P. Lemmens, *op. cit.*

droit de réinvestir et d'asseoir leur rôle en affirmant sans ambages ce qui est conforme au droit européen des droits de l'Homme et ce qui ne l'est pas, ou plus.

« L'État de droit, dans ses principes et dans ses organes, a été conçu pour que ni les désirs du gouvernement ni les craintes des peuples n'emportent sur leur passage les fondements de l'ordre politique, et d'abord la liberté »¹⁷⁵. Ainsi « qu'on ne se méprenne pas »¹⁷⁶, si l'on affirme l'obligation pour l'État de réduire les émissions de CO₂¹⁷⁷ ou de prendre des mesures pour réduire la pollution de l'air¹⁷⁸, que la surpopulation carcérale constitue un traitement inhumain ou dégradant¹⁷⁹ ou encore que plusieurs aspects de la réforme de la justice en Pologne ne sont pas conformes au droit européen¹⁸⁰, « ce n'est pas parce que l'émotion le dicte, mais parce que le droit [...] le commande. »¹⁸¹. Il est bon que le(s) juge(s) nous le rappelle(nt).

¹⁷⁵ F. Sureau, *op. cit.*, p. 6.

¹⁷⁶ Conclusions de l'avocat général Mengozzi dans l'affaire CJUE C-638/16, *X et X c. État belge*, présentées le 7 février 2017, § 175, ECLI:EU:C:2017:93.

¹⁷⁷ Cour suprême des Pays-Bas, 20 décembre 2019, 19/00135, *État des Pays-Bas c. Fondation Urgenda*.

¹⁷⁸ Conseil d'État français, 10 juillet 2020, n° 428409.

¹⁷⁹ Voir, parmi d'autres références, Cour EDH, 30 janvier 2021, *J.M.B. et autres c. France*, req. n° 9671/15 et 31 autres.

¹⁸⁰ CJUE, 15 juillet 2021, *Commission c. Pologne*, C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, Cour EDH, 7 mai 2021, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Pologne*, req. n° 4907/18, et Cour EDH, 22 juillet 2021, *Reczkowicz c. Pologne*, req. n° 43447/19.

¹⁸¹ Conclusions de l'avocat général Mengozzi dans l'affaire CJUE C-638/16, *X et X c. État belge*, présentées le 7 février 2017, § 175, ECLI:EU:C:2017:93.