

Réflexions sur la résilience des droits fondamentaux et le devoir de résistance du juge

Frédéric KRENC

Juge à la Cour européenne des droits de l'homme¹

« Faut-il croire à l'obsolescence des droits fondamentaux ? » Telle est la question que les organisateurs de ce colloque – que je remercie très chaleureusement pour leur invitation – ont soumise à la discussion. À vrai dire, il importe de s'entendre préalablement sur la notion d'« obsolescence » appliquée aux droits fondamentaux. Personnellement, je ne suis pas certain d'en saisir pleinement le sens et m'abstiendrai dès lors de livrer une réponse tranchée. De mon point de vue, ce que l'on peut en tout cas constater, c'est une remise en cause des droits fondamentaux, tant dans leur universalité que dans leur légitimité. Tel est mon point de départ (I). Cette remise en cause gagne en importance et vise également les juges, nationaux et internationaux, qui sont chargés d'en assurer le respect (II).

I. Les droits fondamentaux

D'entrée, je souhaiterais m'arrêter rapidement sur trois idées fortement répandues aujourd'hui pour les prendre au sérieux et les discuter. Premièrement, les droits fondamentaux promouvraient l'individualisme, reléguant au second plan les obligations et devoirs envers la société ainsi que le souci de l'intérêt général. Deuxièmement, les droits fondamentaux protégeraient de manière excessive la liberté sinon cultiveraient l'impunité au détriment de la sécurité. Troisièmement, les droits fondamentaux seraient inadaptés pour répondre aux défis nouveaux et majeurs auxquels nos sociétés sont actuellement confrontées.

Je voudrais rencontrer très brièvement ces trois idées au départ de la Convention européenne des droits de l'homme.

Tout d'abord, sur le premier point, il me paraît important de souligner que la préservation des droits fondamentaux ne postule pas la souveraineté de

¹ Je m'exprime à titre personnel sans engager la Cour.

Faut-il croire à l'obsolescence des droits de l'homme ?

l'individu au détriment de la collectivité à laquelle il appartient. Bien au contraire, les droits fondamentaux sont aussi vecteurs d'obligations et de responsabilités, en ce compris pour les individus, afin précisément de permettre une égale jouissance par chacun de ces mêmes droits. Dans sa jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme a expressément souligné en ce sens que les droits et libertés de la Convention impliquent de la part des individus des concessions réciproques², et elle a reçu des notions telles que le « vivre ensemble »³ ou la « solidarité sociale »⁴. Autant il est clair que la démocratie ne pourrait se réduire aux vœux exprimés par une majorité⁵, autant il est inexact d'affirmer que la Convention consacre le primat des subjectivités individuelles sur le collectif.

Ensuite, opposer liberté et sécurité n'a guère de sens du point de vue de la Convention⁶. En effet, celle-ci impose prioritairement aux États de prendre toutes les mesures utiles en vue de garantir l'intégrité des personnes qui relèvent de leur « juridiction ». Il s'agit là d'une obligation dont la méconnaissance engage la responsabilité internationale de l'État devant la Cour à Strasbourg (sous l'angle notamment de l'article 2 garantissant le droit à la vie ou de l'article 3 consacrant l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants). À maintes reprises, la Cour a condamné des États en raison de leur passivité à l'égard de violences perpétrées à l'égard d'individus. La jurisprudence de la Cour en matière de violence domestique⁷ ou celle en matière de violence homophobe⁸ en constituent des exemples particulièrement clairs, notamment en ce qu'elles prescrivent le recours à l'arsenal pénal pour incriminer et punir, ce qui n'est pas sans poser, en retour, un certain nombre de questions.

Enfin, les droits garantis par la Convention ne sont pas un luxe qui serait réservé pour des temps paisibles et dont on pourrait aisément se dispenser

² Voy. par exemple Cour eur. dr. h., arrêt *Bodson et autres c. Belgique*, 16 janvier 2025, §§ 104-105.

³ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *S.A.S. c. France*, 1^{er} juillet 2014, §§ 121, 122, 142, 153 et 157.

⁴ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Vavříčka et autres c. République tchèque*, 8 avril 2021, §§ 279 et 306.

⁵ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Fedotova et autres c. Russie*, 17 janvier 2023, §§ 216-219.

⁶ Voy. Fr. TULKENS, « Droits humains et sécurité : des alliés inséparables », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits – Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, pp. 791-804.

⁷ Voy., parmi une abondante jurisprudence, Cour eur. dr. h., arrêt *Opuz c. Turquie*, 9 juin 2009 ; arrêt *Talpis c. Italie*, 2 mars 2017 ; arrêt *Balsan c. Roumanie*, 23 mai 2017 ; arrêt *A.E. c. Bulgarie*, 23 mai 2023.

⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Identoba et autres c. Géorgie*, 12 mai 2015 ; arrêt *Sabalić c. Croatie*, 14 janvier 2021.

lorsque les temps deviennent plus difficiles. En réalité, la Convention fixe un cadre pour l'action étatique en énonçant des droits et des libertés et en autorisant, pour certains d'entre eux, certaines restrictions (voy. notamment les articles 8 à 11) voire dérogations (article 15) dans le respect de strictes conditions. Elle n'est pas un pacte suicidaire⁹, et le concept de « démocratie apte à se défendre » trouve un certain écho dans la jurisprudence de la Cour¹⁰. À cet égard, il importe de ne pas perdre de vue que la Convention a été pensée et rédigée par d'éminentes personnalités qui étaient parfaitement instruites des pires atrocités que notre continent a connues, parce qu'elles les ont vécues. C'est forts de leur expérience que ces auteurs ont tenu à proclamer des droits fondamentaux et inaliénables, applicables en toutes circonstances. Fondamentaux car ces droits sont au fondement de toute humanité. Inaliénables car ils sont indisponibles aux majorités du moment.

II. Les juges

Aujourd'hui, ci et là, des juges sont pris pour cible, certains étant menacés, sanctionnés sinon emprisonnés. Plus généralement, des tensions de plus en plus vives peuvent être observées entre le politique et la justice. Le politique accuse la justice de l'empêcher de mettre en œuvre les mesures voulues par les citoyens ; la justice se plaint d'être privée par le politique des moyens nécessaires à l'exercice de ses fonctions au bénéfice des mêmes citoyens. Dans ce contexte, qu'il me soit permis de livrer quelques réflexions, en commençant par rappeler l'importance de la séparation des pouvoirs.

A. La séparation des pouvoirs

On ne saurait, en effet, trop insister sur l'importance cardinale que revêt la séparation des pouvoirs dans un État de droit¹¹. Sans doute serait-il plus approprié de parler d'« équilibre » que de « séparation » pure et simple des pouvoirs, car il est davantage question de complémentarité entre ceux-ci.

⁹ Voy. l'article 17 de la Convention : « Aucune des dispositions de la [...] Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la [...] Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à [la] Convention. »

¹⁰ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Ayoub et autres c. France*, 8 octobre 2020, § 138.

¹¹ Voy. Fr. KRENC, « Conclusions – Au cœur de l'État de droit », in *L'État de droit en question*, Bruxelles, Anthemis, 2025, pp. 263-272.

Faut-il croire à l'obsolescence des droits de l'homme ?

Trois observations me paraissent en tout cas essentielles.

Premièrement, dans un État de droit, aucune autorité ne peut prétendre échapper au contrôle de ses actes. La norme législative comme l'action administrative doivent pouvoir être soumises au contrôle d'un juge indépendant, lequel est apte, en temps de prospérité ainsi qu'en période de crise, à assurer le respect des normes supérieures et, notamment, des droits fondamentaux constitutionnellement et conventionnellement garantis. La critique dirigée contre les juges est dès lors irrecevable lorsqu'elle vise à contester l'exercice par ceux-ci de cette mission.

Deuxièmement, les juges sont eux-mêmes tenus par la séparation des pouvoirs. Ils ne pourraient s'arroger les prérogatives des autres pouvoirs et s'immiscer dans les fonctions législatives et exécutives. Ils ne peuvent descendre dans l'arène sous peine de compromettre l'indépendance qui caractérise leur office. Leur parole publique en dehors de leurs arrêts et jugements se voit, en principe, restreinte par le devoir de réserve. Le juge n'est pas un influenceur¹² ; il doit se tenir à distance, car il ne peut perdre de vue qu'à travers ses positions, il engage la justice dans son ensemble¹³. Il est cependant admis que le juge peut, sinon doit¹⁴, sortir de sa réserve lorsque le fonctionnement indépendant de la justice et l'État de droit se trouvent gravement menacés¹⁵. Dès lors que les valeurs fondatrices de la Convention sont en péril, il est légitime que les juges expriment leurs préoccupations, tout en gardant la mesure qui sied à la fonction.

Troisièmement, les juges ne peuvent être influencés ni entravés dans l'exercice de leur mission. À ce titre, ils doivent impérativement disposer de tous les moyens nécessaires pour assumer la fonction essentielle qui leur a été confiée, à savoir assurer le respect du droit et des droits. Indépendants, les juges ne peuvent recevoir d'indications, d'invitations, ni *a fortiori* d'injonctions de qui que ce soit¹⁶.

¹² Sur la liberté d'expression du juge sur les réseaux sociaux, voy. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Danileț c. Roumanie*, 15 décembre 2015.

¹³ Comme la Cour l'a énoncé dans l'affaire *Morice c. France*, « la parole du magistrat [...] est reçue comme l'expression d'une appréciation objective qui engage non seulement celui qui s'exprime mais aussi, à travers lui, toute l'institution de la Justice » (Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Morice c. France*, 23 avril 2015, § 168).

¹⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Zurek c. Pologne*, 16 juin 2022, § 222.

¹⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Baka c. Hongrie*, 23 juin 2016, §§ 158-176.

¹⁶ Voy. Fr. KRENC et Fr. TULKENS, « L'indépendance du juge. Retour aux fondements d'une garantie essentielle d'une société démocratique », in *Regards croisés sur la protection nationale et internationale des droits de l'homme. Mélanges en l'honneur de Guido Raimondi*, Tilburg, Wolf Legal Publishers, 2019, pp. 377-399.

B. L'« autolimitation » du juge

Partant de ces considérations, j'en viens à la question posée par la professeure Claire VIAL quant à l'existence d'une éventuelle « autolimitation » (« *self-restraint* ») dans le chef du juge. J'y répondrai très volontiers en me plaçant du point de vue qui est le mien, soit celui de juge à la Cour européenne des droits de l'homme.

La fonction du juge international des droits de l'homme est fondamentalement différente de celle du juge national. En effet, le contrôle externe que la Cour européenne des droits de l'homme est appelée à exercer, est articulé autour du principe de subsidiarité, lequel postule que la mise en œuvre des droits fondamentaux relève avant tout de la responsabilité des autorités nationales. Cette responsabilité est en effet première, tandis que le contrôle de la Cour est secondaire, supplétif et en ce sens subsidiaire¹⁷. Aussi, dans la mise en œuvre des obligations leur incombant au titre de la Convention, les autorités nationales se voient reconnaître une marge d'appréciation. Celle-ci peut être plus ou moins grande, en fonction de la question en jeu et du droit en cause. Partant, il est évident que la Cour n'a pas vocation à se substituer aux autorités nationales dans tous les domaines et sur tous les sujets.

Ainsi notamment, il ressort de la jurisprudence de la Cour que lorsque les autorités nationales ont apprécié la question en jeu, en prenant en considération l'ensemble des droits et intérêts en présence au regard de la Convention, telle qu'interprétée par la Cour, il faut, en principe, à celle-ci des raisons sérieuses pour qu'elle remette en cause l'appréciation effectuée par ces autorités¹⁸.

Peut-on pour autant parler de « retenue » ? Oui, si on entend par là que la Cour exerce un contrôle subsidiaire dans le respect de la marge d'appréciation des États, là où celle-ci trouve à s'appliquer. Non, si on entend par retenue le fait que la Cour renoncerait au contrôle externe que les États eux-mêmes lui ont confié. Le but de la Convention et de la Cour qui en est l'ultime gardienne consiste, rappelons-le, à garantir une unité autour d'un socle commun de droits et libertés, tout en préservant la diversité qui enrichit le Conseil de l'Europe composé de ses quarante-six États.

¹⁷ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande*, 1^{er} décembre 2020, § 250.

¹⁸ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Hallet c. Luxembourg*, 14 février 2023, § 161 ; Gde Ch., arrêt *M.A. c. Danemark*, 9 juillet 2021, § 149.

Faut-il croire à l'obsolescence des droits de l'homme ?

Présentement discutée, l'« autolimitation » concerne essentiellement l'application de la Convention. Qu'en est-il de son interprétation, qui constitue l'autre volet de l'office de la Cour¹⁹ ? Cette interprétation est régie par plusieurs principes directeurs, au premier rang desquels figurent celui prescrivant la lecture de la Convention conformément à son objet et à son but (interprétation téléologique – doctrine *Golder*²⁰) et le principe selon lequel « la Convention est un instrument vivant à interpréter [...] à la lumière des conditions de vie actuelles » (interprétation évolutive – doctrine *Tyrer*²¹). Dans tous les cas, l'interprétation par la Cour est gouvernée, en surplomb, par une logique d'effectivité²², visant à ce que les droits et libertés consacrés dans la Convention soient porteurs de sens dans la société d'aujourd'hui.

Naturellement, cette interprétation ne s'opère pas sans balises. Elle s'effectue dans un cadre judiciaire et au terme d'un débat contradictoire au cours duquel requérant, État défendeur mais aussi tiers intervenants (autres États, ONG et universitaires notamment) sont en mesure de s'expliquer. En outre, les positions interprétatives de la Cour doivent dûment être motivées et situées dans la jurisprudence de la Cour²³ ainsi que dans l'environnement international au sein duquel la Convention évolue²⁴. Enfin, au-delà de cette cohérence externe, une cohérence interne s'impose : « la Convention doit se lire comme un tout et s'interpréter en veillant à l'harmonie et à la cohérence interne de ses différentes dispositions »²⁵. Celles-ci sont, en effet, interdépendantes et intimement liées entre elles.

À mes yeux, l'arrêt et les deux décisions que la Cour a prononcés en formation de Grande Chambre le 9 avril 2024 dans les célèbres affaires climatiques²⁶ illustrent bien ce qui précède, en ce qu'ils mettent en lumière la

¹⁹ Art. 32 de la Convention.

²⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, §§ 34-36. C'est précisément cet arrêt *Golder* que j'ai choisi de revisiter dans le récent ouvrage *Les beaux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* (M. AFROUKH, M. LEVINET et J.-P. MARGUÉNAUD [dir.], Paris, LexisNexis, 2025, pp. 37-41).

²¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 31.

²² Cour eur. dr. h., arrêt *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, §§ 25-26. Voy. G. SERGHIDES, *The Principle of Effectiveness and its Overarching Role in the Interpretation and Application of the ECHR*, Strasbourg, 2022.

²³ Voy. A. PALANCO, *Le précédent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2019.

²⁴ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Demir et Baykara c. Turquie*, 12 novembre 2008, §§ 85-86.

²⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *N.M. c. Belgique*, 18 avril 2023, § 117.

²⁶ Je renvoie tout particulièrement aux lumineux commentaires de Sébastien VAN DROOGHENBROECK qui nous manque : « Le réchauffement climatique et ses remèdes strasbourgeois : au cœur d'une politique judiciaire » (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt

fonction de la Cour, en tant que cour internationale des droits fondamentaux. En consacrant au titre de l'article 8 de la Convention « un droit pour les individus à une protection effective, par les autorités de l'État, contre les effets néfastes graves du changement climatique sur leur vie, leur santé, leur bien-être et leur qualité de vie »²⁷, la Cour montre dans l'arrêt *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz* qu'elle est une cour des droits fondamentaux. S'il ne fallait retenir qu'un seul message de ce volumineux arrêt, ce serait qu'il n'est aujourd'hui plus possible de penser ni de mettre en œuvre les droits garantis par la Convention sans un environnement propice à leur épanouissement. Pour autant, en confirmant dans la décision *Carême* qu'il ne peut y avoir d'*actio popularis* devant elle²⁸ et en refusant dans la décision *Duarte Agostinho* de faire sienne la thèse des requérants l'invitant à statuer avant que les juridictions des États défendeurs n'aient eu la possibilité de se prononcer²⁹, la Cour rappelle qu'elle reste une juridiction internationale qui officie dans un cadre dont elle ne peut s'abstraire, sous peine d'outrepasser son rôle.

C. Le juge en temps de crises

Je terminerai par la seconde question posée au cours du débat présidé par Claire Vial : le rôle du juge en temps de crises. Il est indéniable que l'État de droit est considérablement mis à l'épreuve par les diverses « crises » (économique, sociale, écologique, énergétique, sanitaire, migratoire, terroriste, et j'en passe) qui régissent notre quotidien depuis plusieurs années³⁰. La fréquence de ces crises conduit à l'expansion notable des états d'urgence et de régimes d'exception.

Ces crises peuvent-elles justifier la mise en quarantaine de l'État de droit ? Une réponse négative s'impose de toute évidence. La Convention postule la « prééminence du droit ». Celle-ci doit être assurée, en toutes circonstances, par un juge, chaque fois que les droits garantis par la Convention sont menacés. Si le droit traduit la puissance de l'État, il en fixe aussi la limite. Autrement dit, la crise n'appelle pas un changement de paradigme. Elle est l'occasion de réaffirmer avec force cette « prééminence du droit ».

Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse, 9 avril 2024, décision [rec.] *Carême c. France*, 9 avril 2024, et décision [rec.] *Duarte Agostinho et autres c. Portugal et 32 autres*, 9 avril 2024), *Rev. trim. dr. h.*, 2024, pp. 868-889).

²⁷ *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres*, préc., §§ 519 et 544.

²⁸ *Carême*, préc., 9 avril 2024.

²⁹ *Duarte Agostinho et autres*, préc., § 228.

³⁰ Voy. F. OST, *Temps difficiles pour le droit*, Bruxelles, Bruylant, 2026.

Faut-il croire à l'obsolescence des droits de l'homme ?

Gardien de l'État de droit, le juge doit impérativement voir son indépendance protégée. Cette indépendance n'est pas le privilège d'une aristocratie judiciaire. Elle est la condition indispensable de la garantie des droits et libertés de toutes et tous. Disons-le sans ambages : il n'y a pas de démocratie sans État de droit et il ne peut y avoir d'État de droit sans des juges indépendants.

La tâche du juge international appelé à assurer un contrôle externe sur l'action des États s'avère dès lors cruciale. Pourtant, celui-ci n'est point épargné par les critiques et il se voit parfois invité à reconsidérer certaines de ses positions jugées trop audacieuses sinon même antidémocratiques. Certes, le phénomène n'est guère nouveau³¹. La Cour européenne des droits de l'homme fut critiquée dès ses premiers arrêts. Cette critique a cependant gagné récemment en ampleur et en férocité. Ce qui est particulièrement déconcertant, est de voir la Cour remise en cause pour des positions qu'elle n'a jamais adoptées. Cette tendance tend malheureusement à se répandre³². Répétée et amplifiée par les réseaux sociaux, cette musique nuit gravement à la compréhension du rôle de la Cour, et est de nature à affecter la confiance dans une institution pourtant indispensable à la protection des droits fondamentaux en raison du contrôle externe qu'elle exerce sur les États. Ainsi, affaiblir la Cour, c'est affaiblir les droits de tous. Même ses plus féroces contempteurs sont heureux de pouvoir compter sur elle, en ultime recours, lorsque leurs propres droits sont bafoués.

Aussi, on ne pourrait parler de « gouvernement des juges » lorsque les juges de Strasbourg tirent de la convention internationale dont on leur a donné la garde, le sens qui est le plus propre à atteindre son but et à réaliser son objet. Du reste, une finalité de progrès a été assignée par les États auteurs de la Convention, la Cour étant appelée depuis Strasbourg à assurer non seulement « la sauvegarde » mais aussi « le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales », comme l'y invite expressément le Préambule.

À l'évidence, les motifs d'inquiétude sont aujourd'hui légion : la prolifération des situations de crise sous des formes sans cesse renouvelées, le retour de la guerre, des scrutins contestés, des juges pris pour cible, des campagnes inédites de désinformation... Dans un tel contexte, marqué par la recru-

³¹ Voy. notamment X. DUPRÉ DE BOULOIS, « La critique doctrinale des droits de l'homme », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2020, chron. n° 38.

³² Voy. M. AFROUKH (dir.), *En finir avec les idées reçues sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Mare & Martin, 2024.

Réflexions sur la résilience des droits fondamentaux et le devoir de résistance du juge

descence des replis souverainistes et le recul du multilatéralisme, le juge doit faire montre de résistance. Il lui appartient de garder le cap et de s'inscrire dans le temps long, avec lucidité et sérénité. Assurément, le juge doit se montrer prudent. La prudence, cependant, n'est pas la peur d'assumer ses responsabilités. Le juge doit par ailleurs cultiver la modestie : il n'a pas le monopole de la vérité ; il ne saurait être le porte-voix d'une morale ni d'une idéologie au nom des droits fondamentaux. Enfin, la pédagogie est plus qu'essentielle. Il est capital que le juge puisse expliquer sa mission auprès des citoyens et montrer précisément en quoi celle-ci est indispensable dans et pour leur quotidien.

En réalité, la responsabilité de la Cour que j'ai l'honneur de servir avec mes collègues, est à la fois simple et vitale : veiller à ce que les promesses solennisées par les États dans la Convention demeurent une réalité aujourd'hui et constituent le seul horizon pour demain³³. Je ne crois pas à l'obsolescence des droits fondamentaux. Résolument optimiste et tourné vers les générations futures, je crois à leur résilience.

³³ Voy. Fr. KRENC, « The European Convention on Human Rights: pillars, shifts, and challenges », *Human Rights Law Review*, vol. 25, n° 3, septembre 2025, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngaf023>.