

Quand la critique dépasse les bornes.
Gare à l'arroseur arrosé.

Gros temps sur la Cour

Les temps de crise ne sont généralement pas favorables aux ouvertures généreuses. Ils génèrent des replis égoïstes et suscitent des angoisses qui elles-mêmes engendrent des réflexes nationalistes ou identitaires. Deux autres facteurs contribuent par ailleurs à l'aggravation des tensions qui s'exercent sur la Cour. D'une part, l'élargissement du Conseil de l'Europe aux Etats anciennement communistes convertis à la démocratie qui entraîne un accroissement massif du nombre de requêtes, lui-même générateur des retards que l'on sait. D'autre part, les défis théoriques, dont on prend mieux la mesure aujourd'hui, de la *multilevel governance* et du droit en réseau (garantir les droits fondamentaux au carrefour des ordres juridiques nationaux et des deux ordres juridiques européens) qui impliquent de repenser méthode et déontologie dans un esprit de collaboration et non plus d'exécution hiérarchique ou de concurrence jalouse.

C'est dans ce contexte difficile que la Cour européenne des droits de l'homme entend maintenir son cap, celui que trace le Préambule de la Convention du 4 novembre 1950 : « assurer la garantie et le *développement* des droits fondamentaux ». Considérant que les droits de l'homme ne sont pas un luxe pour période de prospérité, elle poursuit son œuvre de socialisation des droits fondamentaux, notamment en dégagant, par étapes successives, les obligations positives « inhérentes » aux droits garantis, même si elles ne résultent pas de la lettre du texte. On peut penser que l'action résolue de la Vice-présidente de la Cour, que ce numéro spécial du *Journal des Tribunaux* entend honorer, n'est pas étrangère à cette évolution.

Jusqu'il y a peu, cette politique de la Cour n'engendrait guère de critiques, et *de facto*, ses arrêts pouvaient prétendre bénéficier, à bien des égards, d'une autorité *erga omnes* : point ici de résistance du genre de la saga *Solange* qui avait opposé la Cour de justice européenne aux Cours constitutionnelles allemandes et italiennes. Depuis quelques temps néanmoins, des voix s'élèvent, accusant la Cour de dépasser les limites de son mandat et de manquer de légitimité démocratique. Faisant suite à un vote du Parlement britannique s'opposant frontalement à un arrêt de la Cour, un rapport de l'influent groupe *Policy Exchange* va jusqu'à évoquer le rapatriement des droits fondamentaux et le retrait du système de la Convention : c'est le thème du *Bringing rights back home*¹.

Plus étonnant : des voix dont on attendrait plus de retenue se mêlent désormais à ce concert : celles du juge à l'ancienne *British House of Lords* Hoffmann et celle du co-président de la Cour constitutionnelle belge Marc Bossuyt notamment. Ces critiques sont-elles justifiées sur le fond et recevables en la forme ? - telle est la question qui se pose aujourd'hui.

Un feu nourri de critiques...

Sur le fond, les objections se concentrent sur deux griefs majeurs. D'une part, la Cour statuerait régulièrement *ultra vires* : en développant systématiquement des interprétations téléologiques et en s'attachant à découvrir toutes sortes d'obligations positives dans les plis des articles de la Convention, la Cour déborderait le mandat que les Hautes Parties contractantes lui ont confié. Elle serait ainsi amenée par exemple à s'aventurer sur le terrain du droit de la sécurité sociale, du droit de l'environnement ou des politiques d'immigration,

¹ M. PINTO- DUSCHINSKY, *Bringing rights back home*, Policy Exchange Report, London 2011, disponible sur www.Policyexchange.org.uk

qui sont a priori en-dehors de son champ d'action. D'autre part, même lorsqu'elle se meut dans le champ de ses compétences propres, la Cour, se comportant comme une quatrième instance, réexaminant les faits et la correcte application de la législation nationale, aurait cessé de respecter le principe de subsidiarité pourtant inhérent à sa mission. La Cour, soutient Lord Hoffmann, prétendrait ainsi développer un « droit fédéral unifié pour l'Europe », et ce, sans disposer ni du mandat, ni de la légitimité démocratique pour ce faire ².

Le président Bossuyt développe lui aussi ces mises en cause, y ajoutant des arguments politiques et des critiques de forme, et ce tant dans des publications scientifiques que dans des organes de presse à grand tirage. Concernant l'argument *ultra vires*, il déclare au journal *Le Vif/L'Express* que la Cour se comporte de manière plutôt activiste en matière sociale, « se mouvant dans un domaine qui n'est a priori pas le sien », ce qui choque en droit international où « un traité est obligatoire parce que les Etats parties l'ont accepté et dans la mesure où ceux-ci l'ont accepté » ³. Dans un entretien accordé à la *Gazet van Antwerpen* le 11 mai 2010, il déclare que la Cour, en considérant, dans son arrêt *Koua Poirrez c. France* du 30 septembre 2003, qu'une allocation sociale relève de la garantie des « biens » de l'article 1 du premier protocole, la Cour a fait une révolution juridique et réussi ce que Marx lui-même n'aurait pas été capable de faire ⁴.

A propos de la violation du principe de subsidiarité, le président Bossuyt fait grief à la Cour de s'immiscer dans les responsabilités des autorités politiques (en matière d'immigration notamment), de substituer son appréciation à celle des juridictions nationales, et finalement d'exercer quatre fonctions dont une seule relève de sa mission centrale ⁵.

A ces objections méthodologiques s'ajoutent des reproches politiques, dont les accents populistes ne sont pas absents. A la question de savoir si la non-élection des juges de Strasbourg pose un problème, il répond : « je le pense » ⁶. Plus loin il déclare que la Cour « se comporte comme une instance humanitaire et non comme une juridiction internationale ». Il semble également déplorer « une banalisation de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants » et la « reconnaissance de groupes particulièrement vulnérables tels que les Roms, les handicapés mentaux et les demandeurs d'asile » ⁷.

Enfin, sur le plan de la forme, il stigmatise une forme d'immunité de la Cour à l'égard des critiques : si elle va toujours plus loin, c'est que personne ne lui dit qu'elle va trop loin : *Strasbourg locuta, causa finita* ⁸. Quant à l'unanimité dont beaucoup de ses arrêts peuvent se prévaloir, elle serait de façade uniquement, et s'expliquerait par la surcharge des juges ⁹.

... recevables et justifiées ?

² Lord HOFFMAN, *The Universality of Human Rights*, Judicial Board Annual Lecture, London, 19 mars 2009, paragraphe 27, disponible sur www.jsboard.co.uk

³ *Le Vif/L'Express*, 23 décembre 2011, entretien avec Marie-Cécile Royen.

⁴ *Gazet van Antwerpen*, 11 mai 2010 disponible sur <http://strasbourgobservers.com/2010/05/17/president-of-belgian-constitutional-court-criticizes-european-court-of-human-rights>, p. 4.

⁵ M. BOSSUYT, « *You cannot try them, you cannot detain them and you cannot deport them* » C.E.D.H., *M.S. c. Belgique*, 31 janvier 2012, in *?????JT ???*, p. 7 et 14 ; *Gazet van Antwerpen*, *op. cit.*, p. 3.

⁶ *Le Vif/L'Express*, *op. cit.*

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Gazet van Antwerpen*, *op. cit.*, p. 1.

Les limites de cette très brève contribution ne permettent que d'amorcer un début de réponse à ces critiques. On notera tout d'abord que personne, et certainement pas au sein de la Cour, ne soutient que sa jurisprudence doit rester à l'abri de la discussion – ce serait un comble pour une juridiction qui montre depuis longtemps que la démocratie se nourrit aussi des idées qui « heurtent, choquent ou inquiètent ».

Sur le plan du fond, qu'on ne fait qu'effleurer, on se contentera de deux observations. L'argument « *ultra vires* » ne peut, sans plus, se prévaloir de la logique du droit international public se cramponnant, comme le faisait encore le juge Fitzmaurice dans l'affaire *Golder*, sur l'intention originaire des Pères fondateurs. Dans le système de la Convention, il est bien admis que les droits fondamentaux forment une manière d'ordre public européen qui relève d'une logique transnationale et évolutive. Quant au fait que la Cour ne devrait pas s'aventurer sur des terrains comme ceux de la sécurité sociale et de l'environnement, l'argument relève d'une logique archéo-libérale dont les limites sont démontrées depuis l'arrêt *Airey* au moins¹⁰.

Il reste que le principe de subsidiarité doit être pris très au sérieux, la promotion des droits fondamentaux étant de la responsabilité de tous les acteurs, chacun devant être conscient du rôle exact qu'il est appelé à jouer dans ce concert.

C'est ainsi qu'on en vient aux questions de forme – les formes du dialogue entre juridictions, et plus largement, acteurs politiques – des questions à vrai dire essentielles pour l'efficacité et même la survie du système. Suggérer que la Cour manque de légitimité, qu'elle campe dans une forme d'arrogance dogmatique, qu'elle confond son rôle avec celui d'une agence humanitaire, notamment en banalisant l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, c'est, dans le chef du président d'une Cour constitutionnelle, risquer de se mettre un jour ou l'autre dans la position de l'arroseur arrosé ou de l'apprenti sorcier. C'est entretenir un climat délétère de repli et de crainte à l'heure où les crises n'ont que trop tendance à nourrir ces réflexes populistes. C'est précisément lorsque monte la marée des périls que les digues du droit doivent être renforcées et défendues les garanties démocratiques. Affaiblir cette logique du droit, c'est du même mouvement, miner l'action des cours constitutionnelles, solidaires avec Strasbourg dans le combat pour les droits fondamentaux.

Dans ces conditions, la seule question pertinente consiste à s'attacher sans relâche à améliorer les conditions du dialogue entre les acteurs concernés. La Cour s'y emploie, notamment par la bouche de son président N. Bratza qui rappelle, outre les mesures procédurales prises pour résorber l'arriéré¹¹, les « bonnes résolutions » de la Cour en matière de subsidiarité et de marge nationale d'appréciation : prendre très au sérieux les balances d'intérêts approfondies opérées par les Etats, et modifier, le cas échéant, son point de vue (on en trouvera un bel exemple dans l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, rendu en Grande Chambre le 15 décembre 2011), veiller à utiliser des formules plus précises (éviter les « en principe »), être attentive aux conséquences de ses arrêts y compris dans les autres Etats que celui qui est à la cause, faire preuve de prudence dans l'imposition de standards uniformes et éviter d'imposer des mesures concrètes qui se substitueraient au jugement des autorités nationales, multiplier les occasions de rencontre et de dialogue avec les cours constitutionnelles nationales¹².

¹⁰ P. MARTENS, *L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour constitutionnelle*, in CDPK, 2010, 3, p. 354.

¹¹ N. BRATZA, *Allocution solennelle d'ouverture de l'année judiciaire*, Strasbourg, 27 janvier 2012, p. 5 s.

¹² N. BRATZA, *The Relationship Between the UK Courts and Strasbourg*, in EHRLR, 2011, n°5, p. 505 s.

Mais un dialogue fécond suppose des obligations des deux parties : il importe, dans le chef des Etats, de veiller à l'exécution des arrêts de la Cour, et, plus largement, de mener des politiques préventives de façon à rencontrer les causes des requêtes identiques adressées à Strasbourg – quitte, le cas échéant à travailler à la modification de la Convention si un désaccord devait persister. Quant aux juridictions nationales, il leur appartient de collaborer loyalement à ce dialogue qui gagnerait du reste à s'institutionnaliser ¹³.

Rapatrier les droits à la maison ? Excellente idée si cela signifie qu'il convient de les appliquer ici, maintenant, tout de suite ; funeste résolution si cela devait s'entendre comme le souhait de les cultiver en vase clos, à l'abri du regard de la communauté internationale.

François OST

¹³ Voyez notamment la suggestion de mise en place de Commissions nationales de promotion et de protection des droits de l'homme faite par H.DUMONT et I. HACHEZ (*Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'homme : dans quelles limites ?* in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, sous la dir. De F.Ost et alii, Bruxelles, Publications des FUSL, 2007, p. 70 s.).