

Françoise Tulkens ou la démocratie par le juge

IL EST DE BON TON d'adresser de vives critiques à la Cour européenne des droits de l'homme pour excès de pouvoir. Ces attaques à l'encontre du pouvoir excessif que s'arroge le juge ne sont pas neuves. Pour Montesquieu, il n'y avait point « de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de celle exécutive »¹. Mais la peur du gouvernement des juges hante les démocraties fondées sur le principe de la séparation des pouvoirs. Lorsque, de surcroît, il s'agit de juges supranationaux comme à Strasbourg ou à Luxembourg, la critique s'accroît de l'atteinte aux souverainetés. En particulier, si ces juges entendent adosser l'effectivité de leur contrôle à quelques injonctions avant dire droit. Ils seront alors accusés d'emprunter une pente glissante où les conduit un excès de pouvoir que l'exercice d'une fonction démocratique ne justifie pas.

En sa qualité de juge à la Cour européenne des droits de l'homme et de vice-présidente, Françoise Tulkens a-t-elle participé à un pouvoir non démocratique?

On peut certes exclure cette hypothèse en rappelant que les juges à la Cour européenne des droits de l'homme sont élus par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (article 22 de la Convention européenne des droits de l'homme). Mais la justification ne convainc guère. D'une part, l'élection n'est qu'indirecte, d'autre part, elle se fait sur la base d'une liste de trois candidats présentée par le gouvernement de l'État concerné.

C'est plus sur l'évolution de la fonction de juger qu'il faut asseoir le rejet de cette critique récurrente qui voudrait que, parce qu'il n'exerce pas une fonction élective, le juge en général et le juge à la Cour européenne des droits de l'homme en particulier devrait limiter son pouvoir, respecter la volonté des États exprimée au jour de la signature de la Convention européenne des droits de l'homme et s'abstenir d'interpréter le texte à la lumière des conditions d'aujourd'hui.

Or, à l'inverse, c'est bien cette interprétation évolutive des droits fondamentaux qui paraît être l'exacte expression des démocraties contemporaines inscrites dans le temps et dans l'espace. L'histoire a démontré que l'élection libre ne garantit pas contre la mise en place d'un pouvoir dictatorial. Et lorsque le pouvoir est exercé démocratiquement, c'est précisément le contrôle juridictionnel *a posteriori* qui garantit l'effectivité des droits fondamentaux reconnus. En particulier, lorsque les sujets de droit sont des personnes vulnérables comme le mineur et l'étranger, la voix du juge compensera l'absence de voix électorale qui les caractérise souvent, les reléguant à l'ombre d'un voile d'ignorance peu protecteur². Or, disait Montaigne,

« la juridiction ne se donne point en faveur du juridicant, c'est en faveur du juridicié », en manière telle qu'elle impose « autant de liberté et d'étendue à l'interprétation des lois qu'à leur façon »³. La doctrine moderne, analysant l'évolution de la fonction de juger, ne dira pas autre chose en soulignant que « la parole du juge apparaît... aussi créatrice et fondatrice du droit que celle du législateur »⁴.

Françoise Tulkens s'est efforcée de repenser la justice dans son œuvre doctrinale. Dans sa thèse d'agrégation, soutenue le 21 septembre 1976 à Louvain, sur « *L'Actus reus* en droit pénal anglo-américain », elle situait cette branche particulière du droit dans un contexte plus large de justice et de société, s'exprimant en ces termes : « le droit pénal doit se protéger lui-même contre son propre pouvoir et agir selon un principe axiomatique qui assure que nul ne sera privé de sa liberté s'il n'a pas provoqué dans le monde extérieur un dommage social »⁵. Qui s'étonnera que Françoise Tulkens se soit adonnée au même exercice dans sa pratique de magistrat? Car l'interprétation du droit requiert débat. C'est, en soi, une manière d'exercice de la démocratie. Ainsi la critique, positive ou négative, qui suivra tel arrêt de la Cour « loin de clôturer le propos, ouvre le champ du débat et de la discussion au sens où l'entend Habermas »⁶. Enfin, et surtout, la Cour européenne des droits de l'homme met cette démocratie du débat à l'épreuve en son sein par le mécanisme des opinions individuelles ou collectives, concordantes ou dissidentes. Françoise Tulkens, qui fut attentive aux opinions individuelles d'autres juges⁷, a excellé dans cet exercice, revêtant les habits du juge en sa qualité de « ministre du sens » selon l'expression de François Rigaux⁸. Le juge est alors celui qui donne sens à la loi en choisissant parmi les différents sens possibles. Ce faisant, il n'est pas en dehors de la cité démocratique, il participe à sa construction. Il partage non seulement les sens possibles, mais aussi, au travers de la recherche de la proportionnalité, les valeurs con-

currentes. Parfois, il les rapproche, œuvrant à apaiser les conflits, dialoguant entre plateaux à première vue concurrents d'une même balance.

Les opinions écrites ou corédigées par Françoise Tulkens, en particulier en droit des étrangers, en sont exemples. Elles illustrent cette recherche de sens, d'équilibre et par là de rassemblement.

En 1999, dans l'affaire *Baghli c. France*⁹, les juges Tulkens et Costa ne contestent pas le droit d'éloigner un étranger qui menace l'ordre public et la sécurité. Le but de l'État est légitime. Mais ils dénoncent le caractère disproportionné de l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée et familiale, reprochant la sévérité d'une interdiction pour dix ans du territoire français eu égard aux faits commis. « En réalité, l'interdiction du territoire pour quelqu'un qui y a pratiquement toujours vécu, surtout lorsqu'elle est beaucoup plus longue (et peut-être plus lourde d'effets) que la peine principale, et dès lors qu'elle ne peut frapper que ceux qui sont juridiquement étrangers, devrait être infligée avec circonspection et pour des raisons très fortes¹⁰ ». Il n'est guère étonnant que ce soit en faisant référence aux travaux de Chaïm Perelman sur l'égalité que Françoise Tulkens évoquait les développements que pourrait connaître, en droit des étrangers, l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme en écrivant : « le déterminant essentiel de l'égalité n'est-il pas principalement le concept de justice? »¹¹. Les juges dissidents dans l'affaire *Baghli* posent la question de la pertinence de la nationalité comme critère d'application de la règle, suscitant le débat de l'appartenance mais aussi de la « double peine ». La grande chambre de la Cour y répond sept ans plus tard dans l'arrêt *Uner* qui écarte la qualification de double peine pour les mesures d'éloignement fondées sur l'ordre public¹².

En 2009, dans l'affaire *Cherif et autres contre Italie*¹³, l'opinion dissidente, cette fois commune aux juges Tulkens, Jociene et Popovic, met en garde contre la tentation de reléguer les droits protégés par la Convention au rang d'exception. Le droit des États « en vertu d'un principe de droit international bien établi, de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux » n'est pas supérieur aux droits

vues de pouvoir politique et dont les intérêts risquent d'être compromis par des décisions législatives » (*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143).

(3) MONTAIGNE, *Essais*, livre III, ch. VI et ch. XIII.

(4) J. VAN COMPERNOLLE, « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in *Nouveaux itinéraires en droit - Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 506. Voy. aussi O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux - Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

(5) FR. TULKENS, *L'actus reus en droit pénal anglo-américain*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 292.

(6) FR. TULKENS, « Préface » à O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 9.

(7) FR. TULKENS, A. KOVLER, D. SPIELMANN et L. CARILOLOU, *Judge Loukis Loukaides : An Alternative View on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights - A Collection of Separate Opinions (1998-2007)*, Leiden, Brill, 2008.

(8) FR. RIGAUX, « Le juge, ministre du sens », in *Justice et argumentation : essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, éd. de l'U.L.B., 1986, p. 79 et *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997, ch. 12.

(9) C.E.D.H., *Baghli c. France*, arrêt du 30 novembre 1999, req. n° 34374/97.

(10) L'expression « raisons très fortes » se retrouve dans les arrêts relatifs aux différences de traitement fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle, le handicap mais aussi la nationalité (C.E.D.H., *Gaygusuz c. Autriche*, arrêt du 16 septembre 1996, *Rec.*, 1996-IV; *Koua Poirrez c. France*, arrêt du 30 septembre 2003, req. n° 40892/98) et la légalité du séjour (C.E.D.H., *Anakomba Yula c. Belgique*, arrêt du 10 mars 2009, req. n° 45413/07, § 37).

(11) FR. TULKENS, « L'évolution du principe de non-discrimination à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'étranger face au droit, XX^e journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 210.

(12) C.E.D.H., *Uner c. Pays-Bas*, 18 octobre 2006, req. n° 46410/99.

(13) C.E.D.H., *Cherif et autres c. Italie*, arrêt du 7 avril 2009, req. n° 1860/07.

(1) *De l'esprit des lois*, livre XI, ch. 6.

(2) Dans l'affaire *Andrews*, jurisprudence fondamentale de la Cour suprême du Canada sur l'égalité et la non-discrimination, le juge La Forest souligne que « les gens qui n'ont pas la citoyenneté constituent un exemple unique d'un groupe de personnes qui sont relativement dépour-

protégés par la Convention qui sont également « bien établis ». Un an après l'arrêt *Saadi c. Italie*¹⁴, qui a affirmé avec force le caractère absolu de l'article 3, même face à la menace terroriste, les trois juges comprennent la légitime nécessité d'assurer la protection des populations. Celle-ci ne peut toutefois mener les États et la Cour à ignorer les droits protégés par la Convention, « au rang desquels la vie familiale occupe une place prépondérante ». À défaut, comme l'avaient indiqué les juges Myjer et Zagrebelsky dans l'opinion concordante suivant l'arrêt *Saadi*, « la violence risque d'engendrer la violence »¹⁵.

En 2012, dans l'affaire *Van der Heijden contre Pays-Bas*¹⁶, l'opinion dissidente revient sur cette possible dérive consistant, dans le cadre d'un article protégeant un droit tout en autorisant certaines ingérences, à considérer que sont en jeu deux *intérêts concurrents*, ici la protection de la vie familiale et la poursuite des infractions graves. Or, selon l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, le premier est un *droit* tandis que la seconde est un *intérêt*. « Alors que le droit doit être interprété de manière large, les exceptions doivent être interprétées de manière étroite ». Il n'est pas équivalent de mettre en balance deux intérêts ou un droit et un intérêt, sans risquer de donner trop de « champ aux limitations de liberté ». L'analyse de la proportionnalité, centrale dans les opinions séparées de Françoise Tulkens, est un exercice de démocratie. Sans remettre en cause l'objectif légitime poursuivi par l'État, dans l'exercice de sa souveraineté, elles souli-

gnent qu'il est possible de préserver ces intérêts tout en faisant choix d'une voie moins attentatoire aux droits.

En dehors du champ migratoire, l'opinion prononcée le même jour dans l'affaire *Francesco Sessa c. Italie*¹⁷ mérite d'être soulignée. Dans cet arrêt, la Cour juge que le refus de prendre en compte les croyances religieuses d'un avocat est conforme à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'avocat avait demandé à une juridiction nationale de ne pas remettre une affaire à une audience fixée les jours de deux fêtes juives, le *Yom Kippour* et le *Souccot*. Les juges Tulkens, Popovic et Keller pensent « que les conditions étaient réunies pour tenter d'arriver à un aménagement raisonnable [...] sans pour autant compromettre la réalisation du but légitime que constitue de toute évidence la bonne administration de la justice ». Plutôt que d'opposer les revendications de l'État et de la personne, il convenait d'organiser leur vivre ensemble.

À l'inverse, lorsque le droit protégé est absolu, il ne peut être question de proportionnalité, surtout camouflée sous des paragraphes généraux à la tonalité politique « préoccupante ». C'est ce que soulignent les juges Tulkens, Bonello et Spielmann dans l'opinion sévèrement dissidente dans l'affaire *N. contre Royaume-Uni*¹⁸. S'agissant de l'éloignement vers l'Ouganda d'une dame atteinte du virus V.I.H., ils dénoncent les « tentations proportionnalistes ». La majorité « occulte la dimension sociale de l'approche intégrée adoptée par la Cour » en affirmant que la Convention protège essentiellement des droits civils et politiques. Elle dénature l'article 3 en relevant que la poursuite de l'accueil de la requérante « ferait peser une charge trop lourde sur les États contractants ».

L'interdiction de la torture et de traitements inhumains et dégradants est un droit absolu, de sorte qu'il n'y a pas à rechercher d'équilibre entre l'intérêt général et la sauvegarde des droits fondamentaux. Les mêmes regrets sont exprimés dans l'opinion séparée mais concordante qui suit l'arrêt *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*¹⁹. La dissidence s'exprime mais se mue ici en concordance. Elle cherche le terrain d'entente et s'aligne sur la position qu'avait la majorité dans l'arrêt *N*. En commentaire, Nicolas Hervieu souligne cette « concordance faible » et le dilemme de la « dissidence perpétuelle ». Chaque juge est « face au choix cornélien entre devenir dissident perpétuel et se rallier à l'autorité du précédent, mais en renonçant alors à mettre son vote en adéquation avec ses opinions »²⁰.

La plupart des opinions séparées de Françoise Tulkens et d'autres juges ne sont pas individuelles mais collectives. Ce n'est pas anodin. Elles sont déjà le fruit d'un débat et d'une recherche de consensus. Cette mission rejoint la fonction que Paul Ricœur assigne à l'acte de juger : « La finalité courte de cet acte est de trancher un conflit, c'est-à-dire de mettre fin à l'incertitude. Sa finalité longue est de contribuer à la paix sociale, c'est-à-dire finalement à la consolidation de la société comme entreprise de coopération, à la faveur d'épreuves d'acceptabilité qui excèdent l'enceinte du tribunal et mettent en jeu l'auditoire universel... »²¹. Au fil des opinions dissidentes ou concordantes, rédigées ou corédigées par Françoise Tulkens, les lecteurs assistent à un dialogue fécond. Les points de vue pluriels échangés révèlent un microcosme de démocratie.

Jean-Yves CARLIER
et Sylvie SAROLEA

(14) C.E.D.H., arrêt *Saadi c. Italie*, 28 février 2008, § 127.

(15) « Il n'est pas permis aux États de combattre le terrorisme international à n'importe quel prix. Les États ne doivent pas recourir à des méthodes qui sapent les valeurs mêmes qu'ils cherchent à protéger. [...] Face à cette seconde menace », il faut plus que jamais défendre les valeurs protégées par la Convention, « même à l'égard de ceux qui peuvent chercher à les détruire. Il n'y a rien de plus contre-productif que de combattre le feu avec le feu ».

(16) C.E.D.H., *Van der Heijden c. Pays-Bas*, arrêt du 3 avril 2012, req. n° 42857/05.

(17) C.E.D.H., *Francesco Sessa c. Italie*, arrêt du 3 avril 2012, req. n° 28790/08.

(18) C.E.D.H., *N. c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 mai 2008, req. n° 26565/05. Voy. Fr. JULIEN-LAFERRIÈRE, « L'éloignement des étrangers malades : faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires? », in *R.T.D.H.*, n° 77, 2009, pp. 261-277.

(19) C.E.D.H., *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, arrêt du 20 décembre 2011, req. n° 10486/10.

(20) N. HERVIEU, « Conventionalité du renvoi d'étrangers atteints par le V.I.H. et dilemme de la "dissidence perpétuelle" », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du Credof*, 27 décembre 2011.

(21) P. RICŒUR, *Le Juste*, Paris, éditions Esprit, 1995, p. 10.