« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

NI IDOLÂTRIE NI EXÉCRATION - À PROPOS DE L'OPPOSITION DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME À LA DÉMOCRATIE

JOËL ANDRIANTSIMBAZOVINA

Référence de publication : Andriantsimbazovina, Joël (2018) *Ni idolâtrie ni exécration. A propos de l'opposition de la Cour européenne des droits de l'homme à la démocratie.* Constitutions : revue de droit constitutionnel appliqué (n°4). p. 523-528.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail-publi@ut-capitole.fr

NI IDOLÂTRIE NI EXÉCRATION - À PROPOS DE L'OPPOSITION DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME À LA DÉMOCRATIE

La Cour européenne des droits de l'homme ne s'inscrit pas dans un courant post-démocratique car il est présomptueux et a-scientifique de prétendre donner une définition de la démocratie, dont l'articulation avec le droit n'apparaît d'ailleurs nulle part dans la Constitution française. La critique de la Cour équivaut à une critique des droits de l'homme puisque la Cour se borne à atteindre le but du Conseil de l'Europe, auquel les États ont consenti, qui est de réaliser une union plus étroite entre ses membres à travers la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Depuis 1789, les droits de l'homme sont l'objet de critiques et de polémiques (J. Lacroix et J-Y Pranchère, Le procès des droits de l'homme, Paris, Seuil, 2016). Aux critiques classiques bien connues de Burke, Bentham, Marx, Bonald, de Maistre ou de Carl Schmitt se sont ajoutées des critiques plus récentes entamées dans les années 1980 notamment par Villey et prolongées aujourd'hui par différents auteurs dont la figure la plus emblématique, en France, est Marcel Gauchet. Les critiques contemporaines ne sont pas uniformes : certains courants nostalgiques d'une vie sociale homogène sous l'autorité d'un souverain identifié rejettent les droits de l'homme car ceux-ci favorisent l'autonomie individuelle ; d'autres courants attribuent aux droits de l'homme le délitement de la vie sociale à cause d'un individualisme exacerbé ; d'autres courants encore prêtent aux droits de l'homme un rôle de neutralisation ou d'endormissement des efforts individuels, l'individu repu de droits s'en contenterait. Ces différents courants critiques ont en commun d'accuser les droits de l'homme d'affaiblir voire de piétiner la démocratie.

Cette accusation de mépris de la démocratie est amplifiée à l'encontre des droits de l'homme dans le cadre de la construction européenne. Que celle-ci soit menée dans le cadre de l'Union européenne, par définition plus intégratrice, qu'elle soit conduite dans le cadre du Conseil de l'Europe, davantage enclin à la coopération, elle est perçue comme destructrice de l'État, de l'identité nationale et de la souveraineté populaire. La critique commune des droits de l'homme et de la construction européenne n'hésite pas parfois à accentuer les expressions polémiques et à verser dans une certaine outrance pour secouer la pensée unique que l'on présente comme dominante.

L'article d'Anne-Marie Le Pourhiet, « La Cour européenne des droits de l'homme et la démocratie », paru dans cette

Revue en 2018, (p. 205), se situe dans cette lignée. Le ton est donné dès le résumé. L'objectif de l'étude est de dénoncer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui joue « la carte du droit jurisprudentiel contre celle de la démocratie en plaçant la loi nationale sous la tutelle d'une aristocratie judiciaire ». Sont égratignées au passage les juridictions nationales « qui n'hésitent pas à changer leur mission et inverser leur office pour mieux se soumettre à la domination de la Cour ». L'auteur enfonce le clou en critiquant une évolution qui « s'inscrit dans un contexte intellectuel et politique global clairement favorable à la confiscation du pouvoir démocratique par des experts militants».

On serait prêt à entendre ces affirmations si elles étaient effectuées dans le respect d'une méthodologie scientifique faite d'objectivité. Or, l'auteur procède par affirmations, amalgames, globalisation, sélectivité pour tordre les éléments exploités dans le sens de sa démonstration.

Plutôt que de reconstruire l'article d'Anne-Marie Le Pourhiet, suivons-le dans l'ordre pour débattre de ses méthodes et de ses arguments.

Dans le résumé et l'introduction, selon la parabole de la poutre et de la paille, est critiquée l'ambiguïté des conventions du Conseil de l'Europe et les traités sur l'Union européenne en ce qu'ils ne préciseraient pas l'articulation du droit et de la démocratie alors qu'on chercherait vainement une telle articulation dans la Constitution du 4 octobre 1958 pour ne s'en tenir qu'à elle. De même, en dénonçant « la phraséologie européenne habituelle » du Préambule des statuts du Conseil de l'Europe et en qualifiant de « logorrhée » le préambule de la Convention européenne des droits de l'homme, Anne-Marie Le Pourhiet reproche l'absence « d'une définition de ce qu'est la démocratie » comme si la définition de la démocratie faisait l'unanimité dans les constitutions et dans la doctrine juridique. Comme l'écrivait le doyen Vedel : « sous le mot démocratie, on met des significations diverses ; l'on parle de différentes conceptions de la démocratie » (...), à l'accord verbal sur la démocratie, se superpose un conflit réel sur sa signification » (G. Vedel, Manuel élémentaire de droit constitutionnel, Sirey 1949, Dalloz 2002, p. 2). Prétendre apporter une définition unique de la démocratie est à la fois présomptueux et a-scientifique. Anne-Marie Le Pourhiet retient une définition limitée à « la souveraineté collective s'exprimant par le droit de vote des citoyens et le principe de majorité » en minimisant la liberté et le pluralisme qui constituent les fondements de la démocratie libérale telle qu'elle fonctionne dans nos contrées. Elle passe rapidement sur cet aspect pour se focaliser sur la limitation de la souveraineté de l'État par la construction européenne en omettant de souligner que l'État souverain a consenti librement à cette limitation en ratifiant les conventions et traités européens.

Dans la première partie, on retrouve la critique véhiculée comme un slogan sans une démonstration empirique « de l'affaiblissement préoccupant des valeurs collectives au profit d'un individualisme débridé remettant en cause l'intérêt collectif et la volonté générale exprimée par la loi ». S'il ne fait pas de doute que l'idée des droits de l'homme peut conduire à une autonomie exacerbée de l'individu, il n'est pas moins évident que la revendication de nouveaux droits

ne peut trouver écho dans la loi ou dans le droit qu'à la suite d'un débat collectif et d'une revendication collective. Le juriste a tendance à se focaliser sur tel ou tel recours juridictionnel devant une juridiction en négligeant le ressort collectif qui le porte. Sur des questions de société comme le mariage homosexuel, la gestation pour autrui ou encore l'euthanasie, l'individualisme seul ne saurait expliquer les revendications. Celles-ci sont portées par des associations, des organisations non gouvernementales, autrement dit par des citoyens comme les autres regroupés dans des instruments collectifs, en tout cas par une partie de la société. À noter d'ailleurs que la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe a été votée par le Parlement.

Peut-on mettre sur le compte des droits de l'homme et de l'individualisme post-démocratique « l'aversion pour tout ce qui est stato-national et démocratique » (i.e les choix populaires) ? Peut-on sérieusement mettre au même niveau et dans le même panier l'idéalisation « de ce qui est infra-national ou supra-national » ? Les revendications d'autonomie de collectivités infra-nationales ici et là ne peuvent être basées sur les droits de l'homme car l'appartenance du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes à la catégorie des droits de l'homme est contestée en droit international et européen des droits de l'homme. Que l'on sache, l'Union européenne n'a pas soutenu les revendications d'autonomie de l'Écosse, de la Catalogne ou la Nouvelle-Calédonie ou de la Corse. Parler d'« excommunications outragées à l'égard de la Pologne, de la Hongrie ou du Royaume-Uni » c'est encore mettre sur le même plan des problématiques différentes. Le Royaume-Uni a choisi librement par référendum de se retirer de l'Union européenne, quant à la Pologne et la Hongrie, elles sont simplement soumises à un contrôle du respect de traités qu'elles ont librement ratifiés. L'actualité la plus immédiate montre d'ailleurs que les régimes dits illibéraux n'échappent pas plus que les régimes libéraux classiques à des contestations populaires. Dans une ambiance qui sent la poudre, la triomphe du peuple contre la démocratie (Y. Mounk, Le peuple contre la démocratie, L'Observatoire, 2018) ne vise pas seulement les démocraties libérales, la différence est que dans ces dernières les contestations peuvent s'exprimer. Écrire que « l'on va s'offusquer d'une référence à l'identité nationale » est juridiquement fallacieux car l'article 4, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne dispose très fermement que : « L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre ».

Peut-encore pointer du doigt les droits de l'homme dans le développement du contrôle juridictionnel de la loi ? Plutôt qu'une discussion scientifique sérieuse, on verse ici dans une sorte de théorie du complot contre la loi expression de la volonté générale coincée entre le lobbying, les juridictions nationales et européennes, les juristes qui inventent des « expressions étranges » « pour contrarier ou confisquer » la volonté majoritaire.

Admettons que l'on rencontre ici une problématique classique de la légitimité démocratique des décisions juridictionnelles en matière de contrôle de la loi. Résumée en « une idéologie « démocratico-sceptique » à l'égard des

États-Nations et de la volonté majoritaire, cette problématique appliquée à la Cour européenne des droits de l'homme se transforme en un réquisitoire sans nuance et ne correspondant pas totalement à la réalité de la jurisprudence de cette cour.

Dans la seconde partie, Anne-Marie Le Pourhiet remet en cause « la casuistique erratique et anti-démocratique » de la CEDH. Préalablement à une discussion sur le pouvoir d'interprétation de la Cour, disons d'emblée que si l'on doit réduire la légitimité démocratique d'un juge à l'élection de celui-ci par des représentants du peuple, celle de la Cour européenne des droits de l'homme est moins contestable que celle de certaines juridictions constitutionnelles nationales. Les juges de la Cour européenne des droits de l'homme sont élus par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (art. 22 Conv. EDH), organe composé de représentants des Parlements nationaux. De même, si le mode de sélection des juges à la cour européenne des droits de l'homme est perfectible, en matière de traçabilité et de responsabilité politique ces juges ne sont ni moins connus ni moins responsables politiquement que les membres de certaines juridictions constitutionnelles nationales. À l'ère d'internet, n'importe quelle personne intéressée par le parcours et les compétences de ces juges peut accéder au curriculum vitae de chacun d'entre eux. Elle y verrait que, dans l'ensemble, les juges de la CEDH sont des juristes de formation et de métier, critères qui ne sont pas toujours remplis par les membres de certaines juridictions constitutionnelles nationales (v. J.-P. Costa, La Cour européenne des droits de l'homme. Des juges pour la liberté, 2^{e} éd., Paris, Dalloz, 2017).

Avant de critiquer « le pouvoir d'interprétation colossal » prêté à la Cour européenne des droits de l'homme, Anne-Marie Le Pourhiet pose la question de savoir si la pensée, l'analyse, le raisonnement et le jugement des juges européens sont « qualitativement « supérieurs » à ceux des juges nationaux ». Dans l'ère des rapports systémiques entre les ordres juridiques (B. Bonnet (dir.), Traité des rapports entre les ordres juridiques, Paris, LGDJ, 2016), la question ne se pose pas exactement en ces termes. Elle se pose en termes de répartition des compétences entre la Cour européenne des droits de l'homme et les juges nationaux. Ceux-ci sont les juges de droit commun de la CEDH. La Cour n'intervient qu'après épuisement des voies de recours internes. Elle ne constitue pas un quatrième degré de juridiction. Elle ne remet pas en cause l'appréciation des faits par les juridictions nationales. Et contrairement à ce qui est affirmé elle n'a pas vocation « à remettre complétement en cause les traditions et les systèmes juridiques internes au mépris clairement revendiqué des identités constitutionnelles ».

L'accusation de jurisprudence activiste et militante est juridiquement erronée. Une juridiction est habilitée par le texte dont elle assure la garde à exercer une mission. Celle de la Cour européenne des droits de l'homme est de contribuer à atteindre le but du Conseil de l'Europe : « réaliser une union plus étroite entre ses membres » à travers « la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». On ne saurait lui reprocher d'assurer la mission qui lui a été assignée.

En revanche, on peut discuter, comme pour toute juridiction suprême ou éminente, de l'étendue du pouvoir

d'interprétation de la Cour (B. Delzangles, Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme, Paris, LGDJ, 2010). L'ampleur de ce pouvoir permet à la Cour d'étendre tel ou tel droit comme le fait n'importe quelle Cour suprême ou n'importe quelle cour constitutionnelle nationale. Ne parle-t-on pas de Charte jurisprudentielle des droits et libertés à propos de la protection des droits fondamentaux en France (D. Rousseau, J. Bonnet, P.Y Gahdoun, Droit du contentieux constitutionnel, 11e éd., Paris, LGDJ, Lextenso, 2016). Mais limiter le regard sur l'interprétation dynamique de la Convention conduit à fermer scientifiquement les yeux sur tout un pan de la jurisprudence de la Cour qui accorde une large marge d'appréciation aux États défendeurs. À ce sujet, l'inscription du principe de subsidiarité et de la règle de la marge nationale d'appréciation dans le Préambule de la Convention par le Protocole n° 15 du 24 juin 2013 traduit la volonté des États de limiter le pouvoir d'interprétation de la Cour. Codifiant un principe et une règle d'autolimitation du pouvoir d'interprétation de la Cour pour mieux garantir l'équilibre entre l'intérêt général et la souveraineté des États et les droits et les libertés des individus (F. Sudre [dir.], Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Anthémis, 2014 ; J. Andriantsimbazovina, « La Cour européenne des droits de l'homme, Cour éminente des droits de l'homme dans la construction européenne. Quelques réflexions sur les Protocoles n° 15 et n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », LPA, 10 mars 2014, n° 49, pp. 6-13), le Protocole n° 15, qui attend la ratification de l'Italie et de la Bosnie-Herzégovine pour entrer en vigueur, démontre que la thèse de l'impossibilité de réviser la Convention pour faire pièce du pouvoir du juge européen est purement idéologique. En attendant l'entrée en vigueur de ce protocole, une politique jurisprudentielle de reconnaissance d'une large marge d'appréciation des États est installée dans la jurisprudence de la Cour. À propos de la gestation pour autrui, la jurisprudence de la Cour est plus complexe que ce que l'on présente souvent ; ainsi l'État peut éloigner des parents d'intention un enfant né de gestation pour autrui à l'étranger et sans lien biologique avec eux, l'État conserve ainsi la compétence exclusive pour reconnaître un lien de filiation en cas de lien biologique ou d'adoption régulière (CEDH, gde ch., 24 janv. 2017, n° 25358/12, Paradiso et Campanelli c/ Italie, Gaz. Pal. 7 mars 2017, n° 289w5, p. 34, obs. J. Andriantsimbazovina D. 2017. 897, obs. P. Le Maigat, note L. de Saint-Pern ; ibid. 663, chron. F. Chénedé ; ibid. 729, obs. F. Granet-Lambrechts ; ibid. 781, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; ibid. 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; ibid. 1727, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; AJ fam. 2017. 301, obs. C. Clavin ; ibid. 93, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; Rev. crit. DIP 2017. 426, note T. Kouteeva-Vathelot ; RTD civ. 2017. 335, obs. J.-P. Marguénaud ; ibid. 367, obs. J. Hauser). De même encore, si la Cour a développé une jurisprudence relative à l'utilisation de la force meurtrière par les forces de l'ordre, elle a construit une jurisprudence reconnaissant une ample marge d'appréciation à l'État pour lutter contre le terrorisme et contre des phénomènes comme le hooliganisme. Sur ce dernier point, elle a créé une privation de liberté en dehors d'une procédure pénale fondée sur le second volet de l'article 5, paragraphe 1, c) permettant ainsi à l'État de priver de liberté des personnes suspectées de violence ou d'incitation à la violence en marge d'un match de football (CEDH, gde ch., 22 oct. 2018, n° 35553/12, 36678/12 et 36711/12, S., V. et A. c/ Danemark, AJ pénal 2018. 572, obs. J. Gallois ; Gaz. Pal. 27 nov. 2018, n° 335m^2, p. 31, obs. J. Andriantsimbazovina). Cet arrêt vient compléter une doctrine de « la marge d'appréciation de la police dans l'adoption des décisions opérationnelles » (§ 123 ; v. à cet égard CEDH, gde ch., 15 mars 2012, n° 39692/09, Austin c/ Royaume-Uni, AJDA 2012. 1726, chron. L.

Burgorgue-Larsen ; JCP 2012, act. 455, obs. F. Sudre).

Le reproche de remise en cause des identités constitutionnelles nationales paraît également infondé. La Cour a fait montre d'attention particulière concernant l'identité constitutionnelle des États à la condition évidemment que chaque État puisse déterminer les contours et le contenu de son identité constitutionnelle.

Ainsi si on peut comprendre, sans forcément y adhérer, la critique d'Anne-Marie Le Pourhiet contre le développement par le Conseil d'État et la Cour de cassation d'un contrôle concret de conventionnalité de la loi et d'un contrôle de proportionnalité poussé dans l'examen d'un pourvoi en cassation, on ne peut classer cette critique dans la catégorie de remise en cause de l'identité constitutionnelle de la France. Il n'est nullement démontré que la dualité des ordres juridictionnels serait un élément de l'identité constitutionnelle de la France. Il n'existe aucun indice même minime d'une tendance de la Cour européenne des droits de l'homme à remettre en cause cette dualité des juridictions. À la rigueur, une partie de la doctrine pourrait voir dans le contrôle concret de conventionnalité un risque de brouillage de la dualité de juridictions, mais cela ne saurait être attribué à la Cour européenne des droits de l'homme. L'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de liberté individuelle et les différentes lois de prolongation de l'État d'urgence ont plus pesé sur la dualité de juridictions que la Cour européenne des droits de l'homme.

On dira surtout que la Cour européenne des droits de l'homme a contribué à préserver et à sanctuariser un élément de l'identité constitutionnelle de la France, à savoir le principe de laïcité-neutralité. Face à différentes tentatives de remise en cause du principe de laïcité au nom de la liberté de religion et du principe de non-discrimination, la Cour européenne des droits de l'homme a donné un brevet de conventionnalité au principe de laïcité-neutralité. Nous nous permettons de citer ici ce que nous avions écrit autour de l'arrêt Ebrahimian, rendu par la CEDH, le 26 novembre 2015 : « La Cour accepte une limitation stricte des manifestations par des signes distinctifs de la conviction religieuse lorsque l'histoire particulière et la structure singulière d'un État adhérent le justifient. La Cour européenne des droits de l'homme tient compte de l'identité nationale des États adhérents de la CEDH dans le contrôle de la mise en oeuvre par ces derniers de la liberté de conscience et de religion. Cette démarche peut être lue à la lumière des rapports de l'Union européenne et de ses États membres : les traités y prévoient explicitement le respect par l'Union européenne de l'identité nationale des États membres » (J. Andriantsimbazovina, « Étroite est la porte, resserré le chemin. La Convention européenne des droits de l'homme et la neutralité imposée aux agents publics », AJDA 2016. 528 s.).

En résumé, on peut autant louer que critiquer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, on peut légitimement s'interroger sur ses rapports avec la démocratie, mais l'on ne saurait le faire ni avec idolâtrie ni avec exécration.