

Intervention C.C.B.E.

19 octobre 2016

Y-a-t-il un avenir pour la Cour EDH ?

1. Y-a-t-il un avenir pour la Cour EDH ?
2. La question est volontairement orientée et sous-entend que l'existence de la Cour EDH serait en danger.
3. Il est incontestable que la Cour est aujourd'hui confrontée à des difficultés majeures : contexte de crises internationales multiples, montée des souverainismes, difficultés à maîtriser les flux des requêtes et persistance des requêtes répétitives.
4. Pourtant, je suis convaincue du caractère indispensable de la Cour qui forme la base d'un espace juridique européen commun fondés sur les principes communs que sont la démocratie, les droits de l'homme et l'état de droit, et de sa capacité à faire face aux défis auxquels elle est confrontée.
5. J'aborderai ainsi brièvement les principaux défis identifiés : la poursuite des réformes relatives au fonctionnement juridictionnel de la Cour et du système conventionnel (I) ; puis la nécessaire

réaffirmation de l'autorité et de la légitimité de la Cour face à la montée des contestations (II).

I- La poursuite des réformes relatives au fonctionnement de la Cour EDH et du système conventionnel

6. La Cour a notamment cela de notable qu'elle a su constamment mener avec les Etats parties les réformes nécessaires à surmonter les difficultés auxquelles elle est confrontée.
7. C'est notamment le 14^{ème} Protocole à la Convention, entré en vigueur le 1^{er} juin 2010, qui a permis à la Cour d'éviter l'asphyxie qui la menaçait avec 150 000 requêtes pendantes en 2011 (contre 90 000 fin 2006), accroissement notamment dû à l'élargissement conséquent du nombre des Etats parties.
8. En effet, le Protocole n° 14 a créé la formation du juge unique, compétent pour prendre des décisions dans des affaires manifestement irrecevables.
9. Ce même Protocole n° 14 permet d'attribuer des requêtes à des comités de trois juges qui peuvent, dans une même décision, déclarer les requêtes individuelles recevables et statuer sur le fond, lorsque la question relative à l'interprétation ou à l'application de la

Convention qui est à l'origine de l'affaire fait l'objet d'une jurisprudence bien établie de la Cour.

10. A également été introduit un nouveau critère de recevabilité d'une requête : celui de l'existence d'un préjudice important (article 35(3) (b) de la Convention), qui permet de limiter le nombre de requêtes.
11. On peut également citer le nouvel article 47 du Règlement entré en vigueur le 1^{er} janvier 2014 et qui fixe de nouvelles conditions de formes plus strictes pour introduire une requête.
12. La vigilance est néanmoins de mise. En effet, maintenant que le stock des affaires de juge unique est quasiment épuré, ne restent plus que les affaires plus complexes, nécessitant un examen plus approfondi et dès lors plus long. Ainsi, alors que le stock des affaires pendantes était d'environ 65 000 en janvier 2016 il est d'environ 76 600 requêtes pendantes au 31 août 2016. Ce défi a d'ailleurs été souligné par le Président Raimondi lors de l'audience solennelle de rentrée 2016.
13. En outre, le traitement des affaires classées comme prioritaires (10 000 affaires pendantes) et le traitement des affaires répétitives (34 000 affaires répétitives encore pendantes) ainsi que la diminution de la durée de procédure restent des défis.

14. La réflexion sur l'avenir à plus long terme de la Cour EDH et du système conventionnel dans son ensemble doivent donc se poursuivre. Ainsi, dans le cadre de sa présidence du Comité des Ministres, la Belgique a organisé une conférence de haut niveau les 26 et 27 mars 2015, destinée à dresser un bilan des problèmes liés au système conventionnel dans son ensemble et à apporter des propositions concrètes pour y remédier. La déclaration de Bruxelles, adoptée à l'issue de la conférence, a réaffirmé l'importance du droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Elle a néanmoins davantage mis l'accent sur les responsabilités des Etats et des organes du Conseil de l'Europe que sur celles de la Cour EDH dans la mise en œuvre de la Convention notamment dans le cadre de l'exécution des arrêts.

15. En effet, les Etats et les organes du Conseil de l'Europe ont également une responsabilité à jouer pour assurer l'avenir du système conventionnel. C'est notamment vrai concernant le domaine de l'exécution des arrêts de la Cour, qui est l'un des enjeux majeurs des prochaines années. En effet, la force du système conventionnel du Conseil de l'Europe repose en grande partie sur l'autorité de la Cour européenne des droits de l'Homme et l'exécution de ses arrêts. A cet égard, la France rappelle constamment son attachement à la force obligatoire de ces décisions, qui garantit l'application effective de la Convention européenne des droits de l'Homme dans l'ensemble des Etats membres du Conseil de l'Europe.

16. Les efforts en vue d'améliorer le fonctionnement de la Cour et du système conventionnel doivent donc se poursuivre, d'autant que la Cour doit faire face à une montée sans précédents des contestations et des souverainismes.

II- La nécessaire réaffirmation de l'autorité et de la légitimité de la CEDH face à la montée des contestations

17. La contestation de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) revêt diverses formes :

- **Réforme constitutionnelle en Fédération de Russie** : Depuis la réforme de la loi fédérale sur la Cour constitutionnelle russe en décembre 2015, celle-ci peut statuer sur la possibilité d'exécuter un arrêt de la CEDH dans le respect de la Constitution russe. La Cour constitutionnelle ne s'est prononcée qu'une fois, en avril 2016 (arrêts *Anchugov et Gladkov c/ Russie*, relatif au droit de vote des détenus), en estimant l'exécution de ces arrêts compatibles avec la Constitution russe. Mais cette réforme laisse présager des refus d'exécution des arrêts de la CEDH.

- **Refus d'exécution des arrêts de la CEDH en Azerbaïdjan** : Condamné en 2013 pour l'arrestation et la détention arbitraire de M. Ilgar Mammadov, figure de l'opposition au gouvernement en place,

l'Azerbaïdjan a depuis lors refusé d'exécuter l'arrêt de la CEDH et de se conformer aux décisions prises à cette fin par le Comité des Ministres du CdE. Il s'agit du cas le plus net de refus d'un Etat membre de se conformer à ses obligations.

- **Perspective de votations populaires contre « les juges étrangers » en Suisse** : La contestation de la CEDH est portée par l'Union Démocratique du Centre (UDC), parti de droite conservatrice souverainiste et partisan de la fermeture des frontières, qui dénonce la jurisprudence protectrice de la Cour relative au droit des étrangers et au droit d'asile. Le 12 août 2016, l'UDC a déposé une initiative populaire « le droit suisse au lieu de juges étrangers », qui tend à faire primer le droit suisse sur le droit international sous réserve des règles impératives du droit international (interdiction de la torture, de l'esclavage, du génocide et des crimes de guerre). Sans impliquer la dénonciation de la Convention EDH, cette réforme impliquerait la renégociation de toute convention internationale contraire au droit interne. Le texte doit être discuté au gouvernement puis au Parlement avant une votation populaire, au plus tôt en 2018.

- **Contestation de la protection supranationale des droits de l'Homme au Royaume-Uni** : La critique de la CEDH par une partie de l'opinion, de la presse et de la classe politique (parti anti-européen UKIP, aile droite du parti conservateur) s'est polarisée autour de sujets emblématiques : la privation du droit de vote des détenus (condamnation du Royaume-Uni dans l'affaire *Hirst* en

2005); les mesures d'éloignement prises à l'égard d'étrangers représentant une menace pour la sécurité des citoyens britanniques (condamnations au nom du droit au respect de la vie privée et familiale et de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants.) et l'application extraterritoriale de la Convention dans le cadre de l'action de militaires dans des conflits armés. Plusieurs réformes sont envisagées et notamment la proposition d'un « British bill of Rights and Responsibilities » (Gordon Brown) qui remplacerait le Human Rights Act (David Cameron) qui permet l'applicabilité en droit britannique de la Convention.

Par ailleurs, tout récemment, à l'occasion du congrès des conservateurs à Birmingham, le 4 octobre 2016, a été exprimée l'intention du gouvernement de Theresa May de déroger à la Convention européenne des droits de l'homme (article 15) pour contrecarrer les procédures impliquant les soldats intervenant dans les conflits armés extérieurs au territoire britannique, qualifiées d'abusives. Après le Brexit, cette déclaration nourrit inmanquablement les interrogations des États membres du Conseil de l'Europe sur les intentions du Royaume-Uni quant à son appartenance au système conventionnel.

-En France, des députés ont récemment critiqué la jurisprudence de la Cour de Strasbourg à l'occasion de questions au Gouvernement, mais également à l'occasion du dépôt d'une proposition de résolution invitant le Gouvernement à renégocier les conditions de

saisine et les compétences de la Cour EDH sur les questions touchant notamment à la sécurité nationale et à la lutte contre le terrorisme (proposition qui sera rejetée par l'AN le 2 avril 2015). Et dans le cadre de la future élection présidentielle, plusieurs propositions viennent remettre en cause l'autorité de la Convention.

18. La montée de ces diverses contestations constitue bien évidemment un enjeu de taille pour la Cour. Des moyens doivent être trouvés pour réaffirmer son autorité et sa légitimité.

Pour se faire, plusieurs pistes peuvent être évoquées :

19. Le respect de la subsidiarité et de la marge d'appréciation des Etats

Le principe de subsidiarité implique que les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment les plus appropriées en tenant compte des particularités du pays dans les domaines régis par la Convention. Le contrôle de la Cour ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention. L'importance de ce principe a été réaffirmée lors de la conférence de Bruxelles. En lien avec ce principe de subsidiarité, il est essentiel que la Cour continue à développer sa jurisprudence relative à la marge d'appréciation dont bénéficient les Etats dans la mise en œuvre de certains droits consacrés par la Convention.

Et l'on peut constater avec satisfaction que la Cour a consacré ces principes dans des arrêts récents portant sur des sujets d'une extrême sensibilité ne faisant le plus souvent l'objet d'aucun consensus au niveau européen.

C'est notamment le cas des relations entre l'Etat et les religions.

Dans un arrêt du 26 novembre 2015 (arrêt *Ebrahimian c. France*) la Cour a jugé que le non renouvellement d'une assistante sociale dans un hôpital public en raison de son refus d'ôter son voile pendant ses heures de travail ne méconnaissait pas le droit à la liberté de religion de l'intéressée. Après avoir indiqué qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur le modèle français de laïcité (et de neutralité des services publics en découlant), la Cour a estimé que les autorités nationales n'ont pas outrepassé leur marge d'appréciation en constatant l'absence de conciliation possible entre les convictions religieuses de l'intéressée et l'obligation de s'abstenir de les manifester.

Dans l'arrêt *S.A.S. c. France*, affaire dans laquelle était contestée l'application de la loi française interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, la Cour a estimé que « la question de l'acceptation ou non du port du voile intégral dans l'espace public constitue un choix de société. Or dans un tel cas de figure, la Cour se doit de faire preuve de réserve dans l'exercice de son contrôle de conventionalité dès lors qu'il la conduit à évaluer un arbitrage effectué selon des modalités démocratiques au sein de la société en cause. Elle a du reste déjà rappelé que, lorsque des questions de politique générale

sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national ».

La Cour a également consacré ce principe de subsidiarité dans d'autres domaines délicats.

Ainsi, dans son arrêt du 5 juin 2015 *Lambert c. France* sur la fin de vie, la Cour a considéré que les dispositions de la loi française, telles qu'interprétées par le Conseil d'État, constituaient un cadre législatif suffisamment clair pour encadrer de façon précise la décision du médecin dans une telle situation. Elle a jugé qu'il appartenait en premier lieu aux autorités internes de vérifier la conformité de la décision d'arrêt des traitements au droit interne et à la Convention.

20. Veiller à la cohérence de sa jurisprudence

Pour réaffirmer son autorité et sa légitimité, il est essentiel que la Cour ait des prises de position stables et cohérentes, qu'elle donne aux Etats des repères et des grilles d'analyse clairs qui leur permettent d'apprécier les situations auxquelles ils sont confrontés et d'envisager les réponses, notamment législatives, appropriées sans s'exposer à une censure de la Cour EDH. On pense notamment aux critiques adressées à la Cour concernant ses méthodes d'interprétation de la Convention qu'elle a qualifiée dès 1978 « d'instrument vivant », et qui peut entraîner une certaine imprédictibilité et une incompréhension des Etats.

La Cour EDH n'est pas restée sourde aux critiques qui lui ont été adressées et paraît avoir aujourd'hui pleinement conscience du défi qu'elle doit relever de l'acceptabilité de ses décisions, comme l'a d'ailleurs rappelé son Président lors de son allocution d'ouverture de l'audience solennelle, en janvier 2016.

Néanmoins la vigilance est de mise.

En effet, la jurisprudence de la Cour manque encore parfois de clarté. On peut notamment citer la problématique utilisation de la notion de consensus européen. Il apparaît nécessaire que la Cour fournisse les critères d'appréciation qu'elle retient pour notamment déterminer à partir de quand et comment un consensus apparaît ou quelle en est la teneur et quelles conséquences en tirer quant à la marge d'appréciation des Etats. On ne peut à cet égard que regretter le flou qui entoure le recours à cette notion de consensus, comme l'a souligné le professeur Sudre dans un récent article (« La mystification du consensus européen »), cette notion pouvant alors induire un soupçon d'arbitraire. C'est ainsi que la Cour peut alternativement considérer que l'existence d'un consensus réduit la marge d'appréciation d'un Etat ou au contraire que cela n'a pas de conséquences (droit à la fin de vie ; crucifix dans les écoles publiques ou encore dissimulation du visage dans l'espace public) ou encore que même en l'absence de consensus la marge d'appréciation est réduite (GPA ou droit de vote des détenus)

21. Le renforcement du dialogue des juges

Outre la nécessaire clarification de sa jurisprudence et de ses méthodes d'interprétation, la Cour doit continuer à encourager le dialogue des juges. En effet, la prise en compte par les Etats parties de la jurisprudence de la Cour concernant d'autres Etats contribue au renforcement de l'autorité de la Cour. En France, les juridictions suprêmes françaises tiennent compte des arrêts qui visent d'autres Etats parties. Ainsi, dans un arrêt d'assemblée plénière du 15 avril 2011 relatif à la garde à vue (n° 10-17049), la Cour de cassation a jugé que « les Etats adhérents à la Convention européenne sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation ». De même, en pratique, on peut constater que le Conseil d'Etat s'efforce de se conformer à la jurisprudence de la Cour à laquelle il reconnaît, sinon en droit du moins en fait, des effets erga omnes. Il s'agit de « la force persuasive de la jurisprudence de la Cour » selon l'expression du Vice-Président du Conseil d'Etat, M. Jean-Marc Sauvé.

Le dialogue entre les cours nationales et la Cour EDH sera encore renforcé lorsqu'entrera en vigueur le Protocole n° 16 qui a pour objectif de permettre aux plus hautes juridictions des Etats membres d'adresser à la Cour EDH des demandes d'avis sur des questions relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et des libertés définies par la Convention et/ou ses Protocoles. Le protocole n° 16 n'entrera en vigueur que lorsque 10 Etats l'auront ratifié. Or, à ce jour, si 16 États

parties à la Convention l'ont signé, seulement 6 l'ont ratifié sur les 47 États membres du Conseil de l'Europe.

Ce protocole a été signé par la France le 2 octobre 2013 et devrait prochainement être ratifié, comme l'a indiqué le Président de la République lors de son discours devant l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

Ce dialogue devrait également être renforcé par la mise en place du Réseau d'échange d'information sur la jurisprudence entre la Cour et les juridictions suprêmes, initié en octobre 2015, les juridictions suprêmes françaises ayant été choisies pour initier la phase de test.

22. La réflexion sur le mode de sélection des juges

Par ailleurs, l'autorité et la légitimité de la Cour posent nécessairement la question des modes de sélection des juges. Plusieurs critiques ont été formulées sur ce sujet ces dernières années (Conférences d'Interlaken, d'Izmir et de Brighton) des réformes ont été engagées avec notamment la création du Panel consultatif et les lignes directrices adoptées en 2012. La réflexion doit néanmoins se poursuivre. A cet égard, le rapport sur l'avenir à plus long terme du système de la Convention, rédigé par le Comité directeur des droits de l'homme (travaux auxquels l'ensemble des Etats parties participent) a préconisé la création d'un groupe de travail sur le sujet, dont les travaux ont commencé début 2016.

23. L'interaction entre la Convention et les autres ordres juridiques internationaux

Enfin, la multiplication des normes internationales pose le défi de leur interaction et du positionnement de la Cour au sein de ces différents ordres juridiques. On pense notamment aux Comités onusiens. Si leur autorité ne saurait être comparée à celle de la Cour dans la mesure où il ne s'agit pas d'organes juridictionnels, toutefois des décisions contraires à des décisions de la Cour sur les mêmes droits ou principes en cause auraient pour conséquence nécessaire de diminuer l'autorité de la Cour.

Cette multiplication des normes internationales conduit la Cour à se prononcer sur leur interaction. Et l'on voit que la Cour fait tout pour considérer qu'il n'existe pas de conflit de normes, afin de ne pas se prononcer sur la question de leur hiérarchisation. On pense au récent arrêt *Al Dulimi c. Suisse* sur les sanctions onusiennes et le conflit pouvant exister entre des normes onusiennes (en l'espèce le gel des avoirs) et les droits consacrés par la Convention (en l'espèce article 6). Dans cet arrêt, consciente du défi auquel elle était confrontée et de la difficulté d'y répondre, la Grande Chambre a considéré qu'il n'existait pas de conflit de normes, faisant application d'un principe *d'harmonisation systémique* critiquable.

Cette multiplication des normes amène la Cour à faire évoluer sa jurisprudence dans certains domaines. Ainsi en va-t-il des questions relatives à l'application du dhoti humanitaire dans le cadre des

conflits armés. Dans l'arrêt *Hassan c Royaume Uni*, la Cour a ainsi considéré (en se fondant sur la jurisprudence de la CIJ) que les règles du DIH et du droit international des droits de l'homme pouvaient s'appliquer conjointement. Elle a ainsi considéré que même si la clause dérogatoire de l'article 15 ne s'appliquait pas et que la détention de l'individu ne relevait d'aucune des catégories limitatives des articles 5§1 a) à f), elle était néanmoins régulière dans la mesure où elle était permise par le droit humanitaire et que l'interdiction de l'arbitraire (qui est l'objectif de l'article 5) était réalisé.

Enfin, l'un des plus grands défis pour la Cour EDH réside dans l'articulation avec l'ordre juridique de l'Union européenne et la question de l'adhésion de l'Union européenne compte tenu de l'avis négatif rendu par la Cour de Justice de l'Union européenne.

Certes le Vice-Président de la Cour de justice, Koen Lenaerts, a fait une intervention lors de la Conférence de haut niveau de Bruxelles dans laquelle il a souligné que, par l'avis 2/13, la Cour de justice n'avait nullement entendu fermer la porte à l'adhésion mais qu'elle avait seulement mis en avant des spécificités de l'Union (principe de confiance mutuelle, question préjudicielle, compétence exclusive de la Cour de justice pour dire le droit de l'Union), laquelle n'est pas un Etat. Il a par ailleurs souligné les liens qui unissent déjà les deux Cours, en s'arrêtant sur les « nombreuses références » des arrêts de la Cour de justice à la jurisprudence de la Cour EDH (plus de vingt depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne) et en relevant que la

Cour EDH se référait elle aussi à des arrêts de la Cour de justice. D'ailleurs, la déclaration adoptée lors de la Conférence de Bruxelles réaffirme « l'importance de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention et encourage l'achèvement de ce processus dans les meilleurs délais ».

Cependant, l'avis d'incompatibilité avec les traités rendu par la Cour de justice fait obstacle à la conclusion du projet d'accord d'adhésion et force est de constater que les choses avancent lentement. L'adhésion doit pourtant s'effectuer, comme le prévoit l'article 6§2 du Traité sur l'UE.

En conclusion, pour répondre à la question posée, il est certain que la Cour EDH doit faire face à des défis particulièrement importants, dans un contexte de crises internationales multiples. Pour assurer son avenir et réaffirmer son autorité et sa légitimité, la Cour devra, comme elle a su le faire par le passé, faire preuve de pragmatisme et poursuivre, avec les Etats parties et les autres organes du Conseil de l'Europe, les réformes engagées. Dans un contexte de contestations croissantes, il paraît plus que jamais nécessaire que la Cour renforce le dialogue des juges et la cohérence de sa méthodologie d'interprétation de la Convention afin notamment de répondre au défi de l'acceptabilité de ses arrêts et à leur bonne exécution, les Etats ayant à ce titre une responsabilité à assumer aux côtés de la Cour.