



La CEDH et la protection des droits de l'Homme

Réflexions autour d'une proposition de
David Cameron et du Parti Conservateur
britannique

Institut pour la Justice

Résumé

Le gouvernement nouvellement réélu de David Cameron s'est engagé à modifier les rapports de la Grande Bretagne avec la Cour Européenne des Droits de l'Homme. L'actuel gouvernement britannique voit dans les jugements de la CEDH une forme de « gouvernement des juges », les juges de Strasbourg inventant les règles de droit au lieu de se contenter, selon l'office qui devrait être le leur, de faire respecter les règles inscrites dans la Convention et auxquelles les gouvernements nationaux ont consenti en ratifiant cette dernière.

Ce diagnostic posé par le gouvernement Cameron paraît substantiellement exact. Or cette « interprétation évolutive » de la Convention n'est pas seulement une atteinte à la souveraineté nationale des pays signataires, elle est aussi une véritable menace pour les Droits de l'Homme correctement entendus.

La France aurait donc, tout comme le Royaume-Uni, un grand intérêt à réfléchir à la manière dont elle pourrait se soustraire à ce qu'il faut bien appeler désormais l'arbitraire de la CEDH et dont elle pourrait retrouver une conception plus juste et équilibrée des Droits de l'Homme.

L'Institut pour la Justice est une association de citoyens préoccupés par les dérives de la justice pénale, qui répercute et canalise les inquiétudes de chacun et propose des réformes pragmatiques. L'association s'appuie sur un réseau d'experts du champ pénal pour promouvoir une justice plus lisible pour le citoyen, plus efficace contre la criminalité et plus équitable vis-à-vis des victimes.

Édité par l'Institut pour la Justice
Association loi 1901

Contacts :
01 70 38 24 07
publications@institutpourlajustice.org

INTRODUCTION

« Les connaissances spéciales que les légistes acquièrent en étudiant la loi leur assurent un rang à part dans la société ; ils forment une sorte de classe privilégiée parmi les intelligences. Ils retrouvent chaque jour l'idée de cette supériorité dans l'exercice de leur profession ; ils sont les maîtres d'une science nécessaire, dont la connaissance n'est point répandue ; ils servent d'arbitre entre les citoyens, et l'habitude de diriger vers le but les passions aveugles des plaideurs leur donne un certain mépris pour le jugement de la foule. Ajoutez à cela qu'ils forment naturellement un corps. Ce n'est pas qu'ils s'entendent entre eux et se dirigent de concert vers un même point ; mais la communauté des études et l'unité des méthodes lient leurs esprits les uns aux autres, comme l'intérêt pourrait unir leurs volontés. On retrouve donc cachée au fond de l'âme des légistes une partie des goûts et des habitudes de l'aristocratie. Ils ont comme elle un penchant instinctif pour l'ordre, un amour naturel des formes ; ainsi qu'elle, ils conçoivent un grand dégoût pour les actions de la multitude et méprisent secrètement le gouvernement du peuple. »

Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, tome 1.

Les récentes élections au Royaume-Uni, qui ont donné au parti conservateur une majorité absolue à la Chambre des Communes, pourraient, dans les années à venir, avoir de très grandes conséquences pour l'ensemble des pays européens dans la mesure où David Cameron, le Premier Ministre britannique, s'est solennellement engagé à organiser d'ici 2017 un référendum sur le maintien de son pays dans l'Union Européenne.

Il n'est donc nullement exclu que, dans deux ans, la Grande-Bretagne quitte les institutions européennes. Les répercussions précises d'un tel acte sont impossibles à prévoir, mais il est certain que ces répercussions seraient immenses, dans toute l'Union Européenne. L'attention des commentateurs s'est donc très normalement focalisée sur ce référendum à venir.

Toutefois, il est une autre institution européenne avec laquelle le gouvernement conservateur semble désireux de modifier les rapports de la Grande-Bretagne : la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) siégeant à Strasbourg.

Plus précisément, le programme présenté par le parti conservateur avant les élections prévoyait de supprimer le Human Rights Act de 1998 et de le remplacer par un Bill of rights britannique, afin, selon ce programme, de « faire à nouveau de la Cour Suprême britannique l'ultime arbitre en matière de droits de l'Homme au Royaume-Uni ».

Sans être aussi spectaculaire que la possible sortie de l'Union Européenne, cette réforme, si elle était adoptée, aurait des conséquences très importantes, notamment dans les domaines régaliens, car la Cour de Strasbourg a été particulièrement active, et particulièrement « innovante » en ces domaines.

Aujourd'hui ceux qui s'intéressent sérieusement aux questions de police, de justice, et d'immigration, ne peuvent ignorer la jurisprudence de la CEDH, car celle-ci limite désormais considérablement la liberté d'action des gouvernements nationaux dans ces matières, et d'ailleurs le programme établi par le parti conservateur citait très précisément certains arrêts de la Cour portant sur des questions de justice pénale pour justifier la nécessité d'une redéfinition des rapports entre la Grande Bretagne et la CEDH.

La position britannique a donc au minimum le mérite de nous inviter à réfléchir à la place prise par la Cour de Strasbourg, et à nous demander si l'activité de cette dernière est toujours bénéfique ou bien si, au contraire, comme le soutient le gouvernement de David Cameron, il conviendrait de limiter son emprise sur les politiques nationales, tout particulièrement en

matière de justice et de sécurité.

I. UNE INTERPRÉTATION ÉVOLUTIVE DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Commençons par énoncer rapidement le diagnostic formulé par le parti conservateur britannique, diagnostic qui le conduit à demander une redéfinition des rapports du Royaume-Uni avec la CEDH¹.

Le reproche essentiel adressé à la Cour de Strasbourg est de ne plus se comporter en gardienne fidèle du texte qu'elle est chargée d'appliquer mais de transformer la signification de celui-ci pour imposer aux autorités nationales ses propres conceptions en matière de droits de l'Homme.

Le document du parti conservateur cite ainsi plusieurs exemples de cette pratique censément abusive de la Cour. Parmi ces exemples on peut relever les jugements répétés de la Cour déclarant contraire à la Convention l'interdiction faite aux condamnés détenus dans les prisons britanniques de voter lors des élections politiques. Selon le parti de David Cameron, « la question des droits électoraux avait été délibérément exclue du texte de la Convention. La cour de Strasbourg a décidé, cependant, que désormais ce sujet rentrait dans le champ de la Convention. »

De même, la Cour a estimé, dans un arrêt du 9 juillet 2013, *Vinter et autres contre Royaume-Uni*, qu'en ce qui concerne les peines perpétuelles l'article 3 de la Convention, qui prohibe les peines ou traitements inhumains ou dégradants, « doit être interprété comme exigeant qu'elles soient compressibles, c'est-à-dire soumises à un réexamen permettant aux autorités nationales de rechercher si, au cours de l'exécution de sa peine, le détenu a tellement évolué et progressé sur le chemin de l'amendement qu'aucun motif légitime d'ordre pénologique ne permet plus de justifier son maintien en détention. »

Autrement dit, la Cour lit désormais la Convention comme interdisant la perpétuité réelle. Et ici il faut insister sur le mot « désormais », car aucun doute raisonnable ne peut être entretenu au sujet du fait que les rédacteurs de la Convention ne considéraient pas la perpétuité réelle comme une peine « inhumaine ou dégradante ».

Citons enfin l'interprétation très large donnée par la Cour à l'article 8 de la Convention, qui dispose que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale », avec pour conséquence d'interdire parfois d'expulser vers un autre pays des étrangers considérés comme très dangereux ou hautement indésirables – comme par exemple des meurtriers ayant purgés leur peine, ou bien des religieux fanatiques suspectés d'inciter au terrorisme – au motif que cette expulsion porterait atteinte à leur « vie familiale. » Selon le parti de David Cameron, une telle interprétation méconnaît les limites « très claires » posées par la Convention à l'exercice de ce « droit à une vie familiale ».

Pour le dire donc en peu de mots : par-delà la critique ponctuelle de telle ou telle décision de la Cour, l'actuel gouvernement britannique voit dans les jugements de la CEDH une forme de « gouvernement des juges », les juges de Strasbourg inventant les règles de droit au lieu de se contenter, selon l'office qui devrait être le leur, de faire respecter les règles inscrites dans la Convention et auxquelles les gouvernements nationaux ont consenti en ratifiant cette dernière.

¹ *The conservative Party manifesto 2015*, <https://www.conservatives.com/Manifesto> ; *Protecting human rights in the UK – The conservatives' proposals for changing Britain's human rights laws*, https://www.conservatives.com/~media/files/downloadable%20Files/human_rights.pdf

Ce diagnostic sévère posé par le parti conservateur britannique est-il exact ?

Il l'est. Sans contestation possible. Pour s'en convaincre, il suffit d'ouvrir à peu près n'importe quel manuel de libertés fondamentales au chapitre consacré à la CEDH.

Citons par exemple l'un d'entre eux, qui ne peut en aucun cas être soupçonné d'hostilité à la Cour de Strasbourg, bien au contraire² :

« Dès ses premiers arrêts (CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique* ; CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*) la Cour européenne des droits de l'Homme a posé les jalons de ce qui allait devenir « sa » méthode d'interprétation propre : **l'interprétation évolutive**, avatar de l'interprétation téléologique connue plus généralement en droit international public. C'est parce qu'elle estimait que la discrimination légale entre enfants naturels et adultérins était **dépassée** qu'elle prescrivait, dans la première affaire, la nécessité d'interpréter la Convention « à la lumière des conditions d'aujourd'hui ». (...) Cette **interprétation évolutive** lui a notablement permis de juger que les transsexuels ne pouvaient pour ce motif se voir refuser le droit au mariage (CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*), ou que la peine de mort en temps de paix **en est venue** à être considérée comme une forme de sanction inacceptable (...) qui n'est plus autorisée (CEDH, 12 mai 2005, *Öcalan c. Turquie*) » » (les passages en gras ne le sont pas dans l'original).

La Cour de Strasbourg a donc une « interprétation évolutive » de la Convention qu'elle est censée faire appliquer, et elle ne s'en cache nullement. À la question « La Convention évolue-t-elle ? », le site du Conseil de l'Europe répond sans ambages : « Oui. La Convention évolue surtout grâce à l'interprétation de ses dispositions par la Cour européenne des droits de l'homme. **Avec sa jurisprudence, la Cour fait de la Convention un instrument vivant** ; elle a ainsi élargi les droits garantis et a permis leur application à des situations qui n'étaient pas prévisibles lors de l'adoption de la Convention³ » (le passage en gras n'est pas dans l'original).

Les arrêts de la Cour reposent ainsi sur l'idée que la Convention Européenne des Droits de l'Homme n'a pas de signification fixe mais doit être interprétée à la lumière des « évolutions sociales » ou – pour reprendre les termes d'un arrêt de la Cour Suprême des États-Unis dont l'esprit est tout fait semblable à la jurisprudence de la CEDH – à la lumière des « critères évolutifs » qui « marquent le progrès d'une société en maturation⁴. » Aux États-Unis, cette conception de l'interprétation constitutionnelle est communément appelée la « Constitution vivante », et l'on pourrait adapter ce terme en parlant de « Convention vivante » pour caractériser l'approche de la CEDH. Elle signifie en pratique que les juges ne sont plus tenus par le texte de la Convention, mais qu'ils ont désormais toute latitude pour créer les « droits » qu'ils estiment requis par « l'évolution de la société », et pour invalider les lois nationales qui ne leur paraissent pas conformes à ces « évolutions ». Loin d'être des « gardiens fidèles » de la Convention, comme l'auraient voulu les États qui ont rédigé et ratifié la Convention, les juges de la CEDH deviennent ses créateurs.

Le gouvernement de David Cameron a donc raison sur ce point précis. Cependant, comme le montre le fait qu'un manuel de droit reconnu puisse ne rien trouver à redire à cette « interprétation évolutive » pratiquée par la Cour, le caractère problématique de cette pratique n'est plus immédiatement apparent aujourd'hui, même pour des juristes chevronnés.

On peut même soutenir que les véritable raisons pour lesquelles « l'interprétation évolutive » est critiquable sont méconnus y compris par nombre de ceux qui critiquent la jurisprudence de la Cour. Trop souvent, en effet, cette critique se fait au nom de la seule défense de la « souveraineté nationale » : les juges de Strasbourg n'auraient pas à se substituer aux autorités

² Stéphanie Hennette-Vauchez, Diane Roman, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, 2013.

³ <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=fra>

⁴ *Trop v. Dulles* 1958.

nationales en leur imposant des normes auxquelles elles n'ont pas consenti. Ce souci de préserver la souveraineté nationale contre les atteintes indues qui peuvent lui être portées est certes légitime, mais le problème de cet angle d'attaque est que, dans les démocraties libérales comme les nôtres, les prérogatives des autorités nationales ne sont nullement illimitées. Et leur limite se situe précisément dans les droits des individus. Autrement dit, un gouvernement démocratique n'est légitime que pour autant que les décisions qu'il prend sont conformes aux droits de l'Homme. Par conséquent, dans cette perspective, il semblerait que la CEDH soit fondée à faire prévaloir les droits de l'Homme sur les normes prises par les autorités nationales lorsqu'elle juge que les deux sont contradictoires.

Par ailleurs, la plupart des adversaires de la CEDH acceptent aussi l'idée que les « droits » pourraient évoluer. Le document programmatique du parti conservateur commence ainsi sa critique de la Cour par cette concession de poids : « même en tenant compte des changements nécessaires au cours des décennies... ».

Mais dès lors, si d'une part les droits de l'Homme sont supérieurs à la souveraineté nationale et si, d'autre part, les « droits » peuvent évoluer, que reste-t-il exactement à critiquer dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ?

Pour comprendre les raisons pour lesquelles « l'interprétation évolutive » adoptée par la CEDH est dangereuse et devrait être rejetée, il faut revenir sur la notion de droits de l'Homme, se demander ce que sont exactement ces droits, quel est leur fondement rationnel, et comment ils peuvent être effectivement protégés.

Un détour rapide par la philosophie politique est donc nécessaire.

II. DROITS DE L'HOMME ET COURS DE JUSTICE

Le mieux pour ce faire est sans doute de commencer par l'un des documents fondateurs de cette notion de droits de l'Homme : la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (DDHC), adoptée par l'Assemblée Constituante en août 1789.

Selon l'article 1 de la DDHC « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits », et selon son article 2 « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. »

Qu'est-ce donc que les « droits » dont il est question dans ces articles ? Par « droit naturel » les auteurs de la DDHC, tout comme les philosophes qui les avaient inspirés – Hobbes, Locke, Rousseau, etc. – entendaient avant tout la capacité inaliénable que possède chaque être humain de réfléchir et choisir, de se faire sa propre opinion et d'agir en fonction de l'opinion qu'il s'est faite. Dire que tous les êtres humains sont égaux en droits signifie que chaque être humain normalement constitué possède cette capacité, une capacité innée mais qui bien sûr, comme beaucoup de facultés naturelles, ne parvient à maturité qu'à l'âge adulte. Et parce que tous les êtres humains normalement constitués possèdent cette capacité essentielle, c'est faire violence à leur nature que de les gouverner sans leur consentement.

Comme l'écrira plus tard Thomas Jefferson, les auteurs de la DDHC considéraient comme une « vérité manifeste que la grande masse du genre humain n'est pas née avec une selle sur le dos, ni quelques privilégiés chaussés de bottes et d'éperons, prêts à les monter légitimement, par la grâce de Dieu. »

Les êtres humains sont donc dotés de certains droits attachés à leur nature d'être humain. Des droits qu'ils ne peuvent pas plus choisir ou rejeter que, mettons, le fait de naître avec deux bras et deux jambes. Mais ces droits naturels sont fort mal protégés en l'absence de la loi et du gouvernement, dans ce que les philosophes des Lumières appelaient l'état de nature. Dans cet état de nature chaque individu est libre de rechercher par lui-même tous les moyens qui lui sembleront nécessaires pour préserver sa vie. Il est également libre de punir comme il l'entend les offenses qui lui sont faites ou de réagir de la manière qu'il jugera appropriée aux dangers qui lui semblent le menacer. De cette totale liberté que possède chacun de se faire justice lui-même et de mener sa vie exactement comme il l'entend résultent de très grands inconvénients : l'état de nature est, ou devient rapidement, un état de guerre de tous contre tous.

Par conséquent, les hommes vont accepter de limiter leur liberté en se dotant de gouvernements et de lois afin de mieux garantir l'exercice de leurs droits. Dans la mesure où les hommes « naissent et demeurent libres et égaux en droits », tous doivent pouvoir se prononcer et sur la forme du gouvernement et sur les lois par lesquelles celui-ci remplira son office. La majorité fera donc la loi, mais la majorité ne sera pas toute puissante. Sa puissance sera, théoriquement, limitée par le but en vue duquel la majorité est autorisée par les individus à faire la loi : protéger leurs droits naturels.

Deux points doivent retenir particulièrement notre attention.

D'une part les droits dont parle la DDHC sont des droits *naturels*. Ce ne sont pas des droits accordés par la loi ou bien par une cour de justice, mais des droits qui découlent de notre nature d'être humain. Par conséquent ils sont « imprescriptibles », « inaliénables », et ils ne sont pas susceptibles d'évoluer. Les droits naturels des individus sont exactement les mêmes aujourd'hui qu'il y a deux cents ans et seront encore les mêmes dans deux cents ans d'ici.

D'autre part, le désir légitime de protéger l'exercice de ces droits individuels aboutit logiquement à une certaine forme de gouvernement par la majorité. En société le droit le plus fondamental est donc celui de consentir à la loi qui vous gouverne, car ce droit est celui qui, sur la durée, va permettre de protéger tous les autres. Un gouvernement authentiquement représentatif est la première garantie des droits de l'Homme correctement entendus.

Les cours de justice ont, bien évidemment, un rôle indispensable à jouer au sein de ce gouvernement représentatif : leur rôle est de faire appliquer scrupuleusement les lois adoptées par les représentants du peuple, et, pour les cours suprêmes, de s'assurer que, dans leur activité législative, ces représentants ont bien respecté les limites des pouvoirs qui leur ont été accordés par le peuple à travers la Constitution. Faire « évoluer » les droits en fonction de ce qu'elles considèrent comme étant les « évolutions sociales » pertinentes ne fait nullement partie de leurs prérogatives. Adapter les normes juridiques aux circonstances changeantes est la prérogative du législateur, qui l'a reçu de la Constitution. Les lois peuvent s'adapter aux circonstances, pas les droits qui eux sont censés être immuables.

Ce tour d'horizon très rapide des fondements théoriques de nos démocraties libérales nous permet d'ors-et-déjà de constater que la jurisprudence de la CEDH est en contradiction avec ces fondements.

D'une part « l'interprétation évolutive » adoptée par la Cour revient à nier le caractère naturel des droits de l'Homme. Dès lors que les droits peuvent « évoluer », ils ne sont pas autre chose que des privilèges, accordés temporairement par la Cour, selon son bon plaisir, en attendant que sa jurisprudence évolue dans une autre direction. Car la conséquence inévitable de « l'interprétation évolutive » est que la Cour ne s'estime pas tenue de respecter les précédents qu'elle a posés : « Cette nécessité, maintes fois réitérée par la Cour, d'interpréter

toujours la Convention à la lumière des conditions d'aujourd'hui emporte nécessairement pour conséquence la possibilité du revirement de jurisprudence. Dès son arrêt *Cossey c. Royaume Uni* du 27 septembre 1990, la Cour affirmait explicitement qu'elle n'était pas tenue par ses arrêts antérieurs⁵. »

La jurisprudence de la CEDH est donc essentiellement imprévisible : les « droits » qu'elle garantit aujourd'hui pourraient fort bien être limités ou retirés demain, au motif que les « conditions » ont changé. Ceux qui estiment que la CEDH est un « progrès » dans la protection des droits de l'homme devraient ainsi se méfier : avec la jurisprudence « évolutive » de la CEDH, il n'existe théoriquement aucune garantie que les droits qui nous sont chers aujourd'hui seront encore protégés demain ou après-demain.

D'autre part, en substituant son propre jugement aux lois nationales et aux normes internationales acceptées par les gouvernements nationaux, la Cour nous prive de notre droit politique le plus essentiel : celui de consentir à la loi qui nous gouverne. Aucun « droit » accordé arbitrairement par une cour de justice ne saurait jamais compenser la perte de celui-là, qui est la garantie première de tous les autres. Et bien que les arrêts de la CEDH fassent fréquemment référence à la notion de dignité humaine, force est de constater que la Cour elle-même attaque, en se substituant aux législateurs nationaux, un des fondements de cette dignité : la capacité qu'ont les êtres humains à se gouverner eux-mêmes en se donnant librement leurs propres lois.

III. QUELLE SOLUTION ADOPTER ?

Après avoir fait ce constat, la question qui se pose à nous est alors : comment réagir face à cette dérive avérée de la CEDH ?

La solution vers laquelle semble se diriger le gouvernement britannique est la suivante : suppression du *Human Rights Act* de 1998, qui serait remplacé par un *British Bill of Rights*. Ceci demande bien sûr quelques explications.

Le *Human Rights Act* a servi à incorporer les droits énumérés par la Convention Européenne des Droits de l'Homme directement dans le droit britannique. Cette loi fait obligation aux cours britanniques d'interpréter la législation du Royaume-Uni d'une manière qui soit compatible avec la Convention, autant qu'il est possible. Pour le cas où cela s'avérerait réellement impossible, les cours peuvent déclarer publiquement l'incompatibilité de la loi avec la Convention, ce qui ouvre la voie à une modification rapide de la législation en question pour la mettre en conformité avec la CEDH.

Le but officiel du *Human Rights Act* était ainsi d'éviter aux citoyens britanniques de devoir présenter leur cas devant la Cour de Strasbourg, lorsqu'ils estiment qu'un de leurs droits reconnus par la Convention a été violé, et de pouvoir se prévaloir de la Convention EDH directement devant les tribunaux nationaux.

Supprimer le *Human Rights Act* et le remplacer par un *British Bill of Rights* aurait pour conséquence, selon le parti de David Cameron, de délivrer les cours britanniques de l'obligation d'appliquer la Convention telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg. Les tribunaux britanniques auraient à nouveau le dernier mot dans l'interprétation de la Convention, et non plus la Cour de Strasbourg ; l'idée étant que les tribunaux britanniques devraient naturellement se montrer plus soucieux de respecter le texte de la Convention que ne l'est la Cour. D'autre

⁵ *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, op.cit, p148.

part les tribunaux britanniques ne seraient plus contraints de dénaturer le sens des lois britanniques pour essayer de les rendre compatibles avec la Convention. Et enfin les tribunaux britanniques sont, à la différence de la Cour EDH, soumis au législateur britannique, qui peut toujours modifier leur fonctionnement ou revenir sur leur jurisprudence en modifiant la loi. Le *British Bill of Rights* aurait donc pour effet de restaurer la souveraineté britannique en matière d'interprétation et d'application des droits fondamentaux.

La solution préconisée par le parti conservateur, et qui sera peut-être appliqué par le gouvernement de David Cameron, est exposée à certaines difficultés qui tiennent aux particularités de l'organisation juridique du Royaume-Uni. Du fait de la dévolution, qui accorde de larges pouvoirs au Parlement écossais, à l'Assemblée nationale de Galles et à l'Assemblée nord-irlandaise, ainsi qu'à leurs branches exécutives respectives, il n'est pas certain, en effet, que le parlement de Westminster puisse modifier unilatéralement les rapports du Royaume-Uni avec la CEDH.

Mais si nous laissons de côté cette question très spécifique, quelles sont les mérites de cette proposition ?

Comme l'ont fait remarquer un certain nombre de critiques de celle-ci, la position du parti conservateur est en réalité une mesure assez limitée, qui risque fort de ne pas avoir les effets que ses promoteurs en attendent.

D'un point de vue juridique tout d'abord, même en supprimant le *Human Rights Act* le Royaume-Uni resterait partie à la CEDH. Or l'article 46-1 de la Convention dispose que « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties. » Sans le *Human Rights Act* les citoyens britanniques pourraient néanmoins toujours présenter leurs litiges à la Cour de Strasbourg, et le Royaume-Uni aurait l'obligation de se plier aux arrêts de cette dernière. Certes, la jurisprudence de la CEDH ne serait plus appliquée directement par les tribunaux britanniques, puisqu'entre eux et les arrêts de la Cour de Strasbourg se trouverait désormais l'écran du *British Bill of Rights*. Or, si un gouvernement démocratique ne peut longtemps refuser de se conformer aux arrêts rendus par ses propres cours de justice sans renverser l'ordre constitutionnel dont il tient ses pouvoirs, et ainsi ouvrir une crise politique très grave, il peut assez aisément ignorer les arrêts d'une cour internationale, qui après tout est dépourvue des moyens matériels de faire exécuter ses décisions. Il serait cependant délicat pour le gouvernement britannique de ne pas se conformer aux arrêts de la Cour de Strasbourg tout en restant partie à la Convention, car il se rendrait alors coupable d'une violation délibérée de ses engagements internationaux. Les pressions au sein du Conseil de l'Europe pour qu'il tienne ses engagements seraient certainement très grandes, et sa crédibilité internationale serait entamée. Il est douteux que le Royaume-Uni puisse rester très longtemps dans cette situation bancal.

Qui plus est, d'un point de vue psychologique, il paraît risqué de compter, comme le fait implicitement le parti conservateur, sur le patriotisme des tribunaux britanniques. La proposition du parti conservateur présuppose en effet que les juges britanniques se comporteront comme des gardiens fidèles du *British Bill of Rights* et qu'ils ne déformeront pas les articles de celui-ci pour les rendre peu à peu conforme à la CEDH telle qu'interprétée de manière « évolutive » par les juges de Strasbourg. Bref, qu'ils préféreront la loi britannique à la règle européenne. Mais force est de constater qu'existe aujourd'hui une sorte de solidarité européenne de la classe judiciaire et que, dans la plupart des pays européens, les juges nationaux ont fini par se ranger aux interprétations, très contestables et très « créatives », des juridictions européennes, que cela soit d'ailleurs la CEDH ou la CJUE. Dans la plupart des pays européens les juges ont accepté de faire prévaloir la jurisprudence européenne sur la règle nationale, même lorsque leur propre gouvernement contestait vigoureusement cette jurisprudence⁶.

⁶ Sur cette question, qui nécessiterait bien entendu de longs développements, on pourra consulter avec profit Karen Alter, *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford University Press, 2001, de même que Alec Stone Sweet et Helen Keller, *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, 2008.

Le risque est donc grand que, au bout de quelques années, le *British Bill of Rights* se révèle une barrière de papier et que le Royaume-Uni se retrouve à son point départ.

Tant qu'il sera partie à la Convention de Strasbourg, le gouvernement britannique devra craindre que les juges britanniques estiment de leur devoir de le faire se conformer à ses engagements internationaux, y compris au besoin contre la loi nationale.

Si nous nous tournons maintenant vers le cas de la France, la position du problème n'est guère différente. Tout comme le Royaume-Uni, la France voit sa marge de manœuvre se réduire peu à peu dans les domaines régaliens comme la sécurité, la justice, et l'immigration sous l'influence de la jurisprudence « évolutive » de la CEDH. Et tout comme au Royaume-Uni les juridictions françaises ont entrepris de faire systématiquement prévaloir la jurisprudence de la CEDH sur les règles nationales.

Ainsi, la Cour de Cassation a souligné dans un arrêt récent que, selon elle, les États adhérents à la Convention « sont tenus de respecter les décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sans attendre d'être attaqués devant elle, ni d'avoir modifié leur législation » (15 avril 2011, *Mme X c. Préfet du Rhône*).

On rappellera également, à titre d'exemple, que les profondes réformes du régime de la garde à vue intervenues depuis 2011 ont essentiellement pour origine la jurisprudence de la CEDH concernant les droits de la défense⁷, jurisprudence qui a été reprise tant par les plus hautes juridictions françaises que par les institutions de l'UE, sous la forme de directives, et que ces réformes successives ont profondément déséquilibré le système judiciaire français, au détriment de la lutte contre la criminalité⁸.

Quatre solutions à ce problème paraissent envisageables.

La première serait une réforme de la Convention Européenne des Droits de l'Homme de manière soit à modifier le fonctionnement de la Cour, en limitant par exemple ses pouvoirs, soit à renverser sa jurisprudence sur certains points, ou les deux à la fois. Une telle solution paraît à peu près impossible à mettre en œuvre, car elle nécessiterait l'accord des 47 membres du Conseil de l'Europe. D'autre part, elle paraît à peu près inefficace, quand bien même il serait possible de la mettre en œuvre, car ce qui a permis à la Cour de s'émanciper progressivement du texte de la Convention et d'imposer ses propres conceptions aux États ayant accepté sa juridiction, c'est son statut de cour de justice internationale, qui la place de *facto* hors de tout contrôle efficace. Les mêmes causes produisant les mêmes effets on peut prédire, pratiquement sans risque de se tromper, qu'au bout de quelques années après la réforme tout serait revenu à l'état initial.

La seconde solution serait de supprimer l'article 55 de la Constitution française qui dispose que « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. » C'est en effet par le biais de cet article que, petit à petit, les plus hautes juridictions françaises, Cour de Cassation, Conseil d'État, Conseil Constitutionnel, ont imposé la jurisprudence « évolutive » de la CEDH aux pouvoirs publics français. Cependant, cette solution aurait à peu près les mêmes limites que la solution britannique du *British Bill of Rights*, discutée précédemment.

7 Voir par exemple Cour EDH, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*.

8 « La plupart des dernières réformes ont été induites par des jurisprudences ou des directives européennes, sans aucune considération pour le système inquisitoire français, de droit latin et reposant sur l'écrit. Il en ressort un code de procédure pénale dont la phase policière est devenue incohérente, avec la lourdeur policière de l'inquisitoire et les avantages de l'accusatoire pour les délinquants et leurs défenseurs (...) Ce sont ces réformes qui ont induit une telle lourdeur procédurale, et qui paralysent les services d'enquête. » « La réforme de la garde à vue, entretien avec Patrick Ribeiro », IPJ, *Notes et synthèses*, n°29. <http://www.institutpourlajustice.org/wp-content/uploads/2014/10/la-reforme-de-la-garde-a-vue.pdf>

La troisième solution pourrait être, pour la France, de quitter la CEDH, puis d'y adhérer de nouveau mais cette fois en posant un certain nombre de réserves ou de restrictions. Comme par exemple en refusant aux citoyens français la possibilité de saisir directement la Cour, ce qui était le cas avant 1981. Ou encore en déclarant que la France comprend tel ou tel droit garanti par la Convention de telle ou telle manière. Cette solution pourrait, peut-être, avoir une certaine efficacité sur le court terme mais, à plus long terme, on peut craindre que la Cour ne réduise progressivement ces réserves à des barrières de papier en les interprétant, elles aussi, de manière « créative » ou « évolutive ». En fait, dès lors que les États signataires s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour, ils donnent nécessairement à celle-ci la possibilité de se comporter comme elle l'a fait jusqu'alors, en leur imposant peu à peu ses propres conceptions et son interprétation « évolutive » des textes qu'elle est censée appliquer. Et cette obligation de se conformer aux arrêts de la Cour est évidemment la clef de voûte de tout le système européen de garantie des droits de l'Homme. Sans elle, l'adhésion à la Convention perd à peu près tout intérêt.

La seule solution véritablement efficace semblerait donc devoir être la quatrième : se retirer purement et simplement de la CEDH. Une telle solution, simple à mettre en œuvre, soulèverait sûrement beaucoup de protestations au nom de la défense des droits de l'Homme. Mais ces protestations seraient infondées : un pays démocratique comme l'est la France n'a aucunement besoin de se soumettre à la juridiction d'une cour internationale pour que les droits essentiels de ses citoyens soient efficacement protégés et ces droits étaient effectivement protégés bien avant que les Français ne puissent avoir recours aux juges de la CEDH.

CONCLUSION

Les rédacteurs de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, pas plus que ceux du *Bill of Rights* américain, n'ont jamais pensé que la garantie des droits naturels des individus pourrait résider dans la seule institution judiciaire, et encore moins dans une « juridiction internationale ». La raison en est simple : ils savaient que la seule garantie durable pour les droits des individus réside dans un gouvernement représentatif bien construit. Un gouvernement qui soit responsable devant le peuple et dans lequel « par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir », c'est-à-dire un gouvernement dont les différentes composantes se contrôlent et se modèrent mutuellement, y compris bien entendu la composante judiciaire qui, parce qu'elle est nécessairement administrée par des hommes, doit tout comme les autres être soumise à des contre-pouvoirs et à des mécanismes responsabilisant. Toutes choses qui ne peuvent pas exister pour une cour internationale.

Une cour de justice qui ne conçoit plus son office comme étant celui de faire humblement et scrupuleusement appliquer des normes dont elle n'est pas l'auteur mais qui au contraire s'imagine avoir reçu pour mandat d'inventer de nouveaux « droits » en fonction de ce qui lui semble être les nécessités de l'heure n'est aucunement une protection pour les droits véritables des individus. Elle est bien plutôt une menace pour ceux-ci.

La France aurait donc, tout comme le Royaume-Uni, un grand intérêt à réfléchir à la manière dont elle pourrait se soustraire à ce qu'il faut bien appeler désormais l'arbitraire de la CEDH et dont elle pourrait retrouver une conception plus juste et équilibrée des droits de l'Homme.