

Les limites à l'interprétation évolutive de la convention¹

The limits to the evolutive interpretaion of the convention

Antoine Garapon²

Institut des Hautes Etudes sur la Justice, France

garapon@ihej.org

Résumé

L'auteur aborde la CEDH et sa relation avec les cours nationales dans l'aspect d'un dialogue entre les juges et d'une transformation sur les décisions des cours nationales que la jurisprudence de la CEDH peut provoquer, outre le texte traite de l'interprétation évolutive de la Convention, qui doit être considéré aujourd'hui plus en termes de temps que dans l'espace, à la différence de ce qui a été fait depuis longtemps.

Mots-clés: CEDH, interprétation évolutive, coopération, Droits de L'Homme.

Abstract

The author broaches the CEDH and its relation to the national courts in the aspect of a dialogue between the judges and a transformation concerning the decisions of the national courts that the jurisprudence of the CEDH can cause. The text also discuss the evolutive interpretation of the Convention, which needs to be considered today more in terms of time than in space, differently of what has been done for a long time.

Key words: CEDH, evolutive interpretation, cooperation, Human Rights.

¹ Article publié dans Cour Erupéenne des Droits de L'Homme (Strasbourg, CEDH, 28 janvier 2011). Disponible à l'adresse http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/22930294-EBD6-4AC2-ABFD-C29A540BC609/0/20110128_SEMINAIRE_Discours_Garapon_FR.pdf.

² Institut des Hautes Etudes sur la Justice. 8 Rue Chanoinesse 75004 Paris, France.

Je voudrais tout d'abord remercier le Président Costa et Françoise Tulkens pour leur invitation dans cette enceinte prestigieuse qui m'honore, mais qui m'intimide également; le modeste juge que je suis, se sent écrasé par la liste prestigieuse de mes prédécesseurs à cette tribune. C'est pourquoi je m'empresse de préciser que c'est en observateur attentif de la justice que je me situerai cet après-midi, pour répondre à la question posée: comment trouver des limites à la jurisprudence évolutive de la CEDH?

Face à une question embarrassante à laquelle on ne sait pas répondre, une solution consiste à dire que la question est mal formulée et qu'il faut la poser différemment! C'est un peu ce que je vais faire mais dans le but, j'espère, d'apporter indirectement des éléments de réponse. Quelles sont les limites à l'interprétation évolutive de la Cour européenne des droits de l'homme? Alors que l'on est spontanément enclin à chercher des frontières dans l'espace, je vous propose de renoncer à délimiter un périmètre pour s'ouvrir à une nouvelle dimension: celle du tiers. Un tel décalage dans le regard permet en effet de dépasser l'affrontement entre la jurisprudence de la CEDH et les cultures nationales en concevant leurs relations comme une mutualisation de la *fonction tierce*. Ces relations ne se résument ni à un rapport hiérarchique, ni à un simple dialogue mais renvoient à un impératif de coopération qui ne prospérera qu'à la condition d'une *reconnaissance mutuelle* entre les juridictions nationales et la Cour européenne. Tout ceci conduit à chercher le cadre implicite des limites à l'interprétation évolutive, dans le temps et non plus dans l'espace.

De la clôture à l'emboîtement des espaces juridiques

Pour illustrer mon premier point, je partirai de l'actualité juridique de mon pays. Les institutions judiciaires de la France se trouvent aujourd'hui au milieu d'une transformation profonde – voire d'une révolution – en grande partie due à la jurisprudence de la CEDH. Un certain nombre d'arrêts, qui se sont succédés ces derniers mois, ont bouleversé notre culture en nous obligeant à revoir des pans entiers de notre justice pé-

nale. Je songe tout d'abord à l'arrêt *Brusco*³ sur la garde à vue et bien entendu aux arrêts *Medvedyev*⁴ puis *Moulin*⁵ s'agissant du parquet. On pourrait ajouter, quoiqu'il ne nous concerne moins directement, l'arrêt *Taxquet*⁶ sur la motivation des décisions de cours d'assises. Mises bout à bout, toutes ces décisions ébauchent une nouvelle cohérence de nos institutions pénales, non pas en dictant ce qu'il faut faire, mais en définissant négativement ce qui n'est plus compatible avec la Convention. Contrairement à d'autres pays, ce ne sont pas des dispositions isolées ou une législation d'exception qui sont concernées mais le cœur de la culture française, à savoir la conception centralisée du pouvoir qu'exprimait l'unité du corps des magistrats.

Je peux néanmoins porter ici témoignage que ces décisions, qui ont eu un impact considérable, n'ont pas été vécues comme une violence faite à notre culture. Tout au contraire, elles ont été accueillies avec soulagement en hâtant le dénouement d'un débat lancinant qui durait depuis des années. Cette jurisprudence a d'ailleurs été immédiatement reprise par la Cour de cassation qui a estimé, dans un arrêt historique qui remonte à un peu plus d'un mois, que le procureur de la république français n'est "ni un juge, ni un magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires" car il n'est pas indépendant du pouvoir exécutif⁷. Le législateur a également anticipé sur une réforme future: l'effet combiné des deux arrêts sur la garde à vue et sur le parquet ont incité ce dernier à prévoir, dans la nouvelle proposition de loi, de confier à un juge du siège et non plus au parquet le contrôle de la garde à vue.

Plus qu'un consensus des législations européennes: une mutualisation de la fonction tierce

Pourquoi, me demandera-t-on, une acceptation si facile de la part des juges français? Peut-être parce que la CEDH a joué en réalité le rôle d'un tiers séparateur qui a contribué à couper le lien entre le gouvernement et le parquet, ce que personne ne se résolvait à faire. La jurisprudence tranche – l'expression n'a jamais été plus juste!- un débat interne français

³ CEDH, *Brusco c. France*, 14 octobre 2010

⁴ CEDH, *Medvedyev c. France*, arrêts des 10 juillet 2008 et 29 mars 2010 (Grande chambre).

⁵ CEDH, *Moulin c. France*, 23 novembre 2010.

⁶ CEDH *Taxquet c. Belgique* du 16 novembre 2010

⁷ Cass. (France), Arrêt *Creissen* du 15 décembre 2010.

qui n'arrivait pas à se dénouer (remarquons d'ailleurs que l'arrêt a fait expressément référence à l'opinion des magistrats français⁸). La France n'est pas un cas isolé et elle révèle que cette fonction tierce, en l'occurrence exercée par la jurisprudence de votre cour, est indispensable à toute communauté politique en sauvant la démocratie d'une de ses principales apories⁹, qui est d'être privée de la dimension transcendante de la religion et donc d'une référence solide¹⁰ (encore plus dans les cultures qui, comme la culture française, ont une conception absolue de la souveraineté dont la représentation politique a le quasi-monopole). Mais même dans la culture américaine, qui a été le premier pays à confier cette fonction à la Cour suprême, l'on peut se demander si la présence d'une cour soustraite aux vicissitudes et aux impasses de la vie politique n'aurait pas hâté la fin de la ségrégation (il a du attendre 1954 pour que la Cour suprême y mette fin (Hirsch, 2009)).

Le tiers crée ainsi la distance entre le texte fondateur et son interprétation. C'est le fait d'être dotée d'un juge qui fait d'elle un instrument vivant. C'est parce qu'elle exerce une fonction tierce que la Cour européenne des droits de l'homme ne peut être assimilée à un degré supérieur de juridiction; c'est encore cette fonction tierce chargée de faire respecter une référence qui échappe en partie à la souveraineté, qui éloigne définitivement la Convention d'un traité international ordinaire. Celle-ci ne peut s'assimiler ni à un "traité-contrat", ni même à un "traité-loi" (Sudre, 2006) qui vise à jeter les bases d'une réglementation commune et permanente; aucune de ces catégories ne rendent compte de l'élément dynamique, "vivant" qu'introduit cet élément tiers. Il est en effet difficile de se borner à dire que la CEDH cherche à dégager le dénominateur commun aux États ou de parvenir à un consensus. Relisons l'arrêt *Irlande contre Royaume Uni* du 18 janvier 1978: "À la différence des traités internationaux de type classiques, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatique bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une garantie collective". Un tel projet s'apparente en réalité plus à de la *mutualisation* qu'à de la réciprocité. Plus

qu'un simple échange, la Convention vise une mise en commun; de quoi? Moins de la souveraineté (fonction exécutive) que de la fonction juridictionnelle. Par cette Convention, les États partagent non seulement des obligations (mais là n'est pas la nouveauté car les mêmes États signent beaucoup de traités faisant naître des obligations en matière de droits de l'homme; et de surcroît, nombre des droits reconnus par la Convention étaient déjà contenus par les constitutions ou les ordres juridiques nationaux), mais instituent une cour permanente pour en vérifier l'application (c'est une nouveauté majeure), dans laquelle ils recherchent une "garantie collective". L'instauration d'un organe réactif selon une forme homothétique aux juridictions nationales et de surcroît lié avec elles, chargé d'interpréter de manière finaliste, un instrument vivant, indique que – peut-être sans en avoir la claire conscience – les États se sont engagés dans la voie d'une mutualisation d'une fonction tierce formulée sous la forme générique de "société démocratique". La mutualité doit être soigneusement distinguée de la réciprocité et de la communauté¹¹.

De l'exercice d'une telle fonction tierce qu'exercent les juges européens, il est possible de déduire un nouveau rapport entre la jurisprudence de votre cour et les ordres juridiques nationaux qui n'est plus une superposition mais plutôt un *emboîtement*. À la différence de la superposition de plusieurs niveaux de gouvernance, l'emboîtement suppose qu'*ab initio* le juge national voit déjà sa légitimité se dédoubler entre son habilitation nationale et le titre que lui fournissent les instruments internationaux qui font de lui le juge communautaire de première instance ou qui lui reconnaissent compétence pour vérifier la conventionalité d'une loi nationale. Il s'agit là de deux titres qui ne se recouvrent pas l'un l'autre, mais qui sont néanmoins solidaires, l'un étant la condition de l'autre. La jurisprudence extérieure renforce de surcroît la fonction tierce interne, et accentue son détachement à l'égard du pouvoir exécutif¹². Il s'agit donc d'une universalisation par l'intérieur et non plus par l'extérieur; c'est par la figure du tiers – donc du juge – que se réalise le contact entre la souveraineté et son "Autre"; nous ne disposons pas, à vrai dire, de figure géométrique satisfaisante pour se le représenter.

⁸ § 25 et 28 de l'arrêt *Moulin*.

⁹ Marcel Gauchet (1996) montre que c'est une des principales difficultés contre laquelle a buté la culture politique française depuis la Révolution.

¹⁰ On retrouvera ce rapprochement avec une fonction sinon transcendante mais spirituelle en conclusion.

¹¹ Ricœur (2004) insiste sur ce point dans *Parcours de la reconnaissance. Trois études*.

¹² C'est le cas du mécanisme de la complémentarité entre la CPI et les juridictions nationales.

La culture comme identité et comme aspiration

L'exemple français permet de préciser la notion de "culture". Celle-ci ne doit pas être assimilée à une substance: si l'on définit la culture comme identité, on risque fort de s'enfermer dans un conflit sans médiation possible. Toute culture renvoie à deux dimensions: à une identité et à une aspiration. Le concept d'identité nationale se divise entre deux directions: l'identité-*idem* et l'identité-*ipse* pour reprendre les catégories du philosophe Ricœur (1990), c'est-à-dire une dimension qui renvoie au "même" et une autre qui signifie "promesse faite à soi-même". En même temps que la constitution réunit un peuple par une langue, un territoire et des traditions communes, elle se réclame également de valeurs abstraites – qui en Europe se résument au respect des droits de l'homme – et qui introduisent la possibilité d'une distance par rapport au réel, c'est-à-dire d'une réserve critique. C'est pourquoi toute constitution remplit une double fonction d'*intégration* et de *subversion*; après une phase historique troublée, elle doit à la fois sceller une identité renouvelée et se prémunir contre ses possibles dérives; elle doit exprimer un soi mais en même temps désigner un autre que soi pour en garantir la conservation dans la fidélité.

Au-delà du texte fondamental, cette diffraction caractérise tout texte de droit car c'est en elle que gît la dimension universelle de la loi. En tant que dépositaire de cette fonction tierce, la Convention européenne soutient et prolonge la force d'universalisation contenue dans toute règle de droit; elle accomplit et achève l'État de droit en mettant le tiers, indispensable à sa réalisation, hors de portée du pouvoir ou des passions du peuple.

On suggère donc de ne pas penser la jurisprudence de la CEDH comme antagonique par rapport aux ordres juridiques nationaux, mais comme une nouvelle dimension de ceux-ci. Une nouvelle dimension qui implique à son tour de comprendre le droit comme le fruit d'une tension: il doit désormais être pensé comme à la fois positif et fondamental, interne et supranational, clos et ouvert¹³.

Les sociétés communiquent par leurs aspirations; seul leur idéal peut être commun: les cultures identitaires ne peuvent être que particulières. Or, ce qui nous réunit, c'est une commune aspiration à mettre les droits de l'homme au cœur de nos constitutions. C'est la raison pour laquelle il est peut-être vain de chercher une hypothétique culture européenne au sens d'une identité substantielle (identité-*idem*), c'est-à-dire de mœurs communes car elle ne pourrait être qu'une culture de synthèse (voire synthétique!). Ce qui fait en revanche, l'identité européenne, c'est un certain nombre d'aspirations communes. La CEDH incarne une identité-*ipse* partagée, en étant dépositaire de la promesse que l'Europe s'est faite à elle-même au sortir de la Seconde guerre mondiale et des horreurs du génocide. Cette promesse déclinée en principes communs reçoit des traductions culturelles différentes; elle est incarnée dans des cultures différentes (aussi bien externes qu'internes).

Revenons à l'exemple de la France: en se montrant ainsi exigeante avec la culture française, la CEDH ne lui fait pas violence mais l'oblige à être davantage elle-même en quelque sorte; mieux elle-même. Elle se fait garante des promesses contenues dans l'engagement en faveur des droits de l'homme. Cette fonction commune permet à la CEDH d'être à la fois interne et externe.

La norme perd de ce coup sa pureté ou plus exactement son homogénéité: la 'fondamentalisation' de tous les droits exprime ce caractère désormais composite et multidimensionnel de toute norme. C'est ainsi qu'aujourd'hui en France deux normes entrent en conflit frontal: certains juges d'instruction exigent l'application immédiate de la réforme de la garde à vue (avocat dès la première heure, droit au silence), alors que les policiers ont pour instruction d'appliquer la loi française toujours en vigueur. Tous les deux ont raison, et c'est pourquoi seule une négociation pourra mettre un terme à ce conflit.

La CEDH partage ses compétences avec nombre de cours nationales (non seulement constitutionnelles mais aussi judiciaires, administratives, voire économiques); et ce conflit de compétence n'est pas arbitré de manière claire, ce pluralisme constitutionnel n'étant pas rationalisé. Comment articuler la place respective de chacun? Cela sera notre second point.

¹³ La double dimension est bien illustrée par la loi fondamentale allemande: par son article 23, elle s'ouvre elle-même sur l'Europe, c'est-à-dire qu'elle contient ce principe de décentrement d'elle-même. Elle en revendique à juste titre l'antériorité et l'origine mais en même temps elle en accepte l'abandon à un tiers, un tiers inclus – la cour constitutionnelle – et un tiers externe: les traités internationaux en matière de droit de l'homme. Par une telle ouverture la loi fondamentale – à l'instar de toute constitution – abandonne de son plein gré le monopole du regard sur elle-même, et se condamne à un partage du jugement sur elle. Cela ne veut pas dire que ce pouvoir a été totalement transféré à l'Europe et à la CEDH a acquis un pouvoir, mais elle se situe dans deux espaces: l'espace propre de son territoire et l'espace de la loi garantie par la Cour de Strasbourg.

D'une coordination impersonnelle à une coopération relationnelle

Dans le système westphalien, la frontière était clairement tracée: une question était soit interne, soit internationale mais ne pouvait être les deux. Le monde a changé d'aspect: d'une mosaïque de territoires clos, il est devenu un espace unique mais dans lequel se superposent plusieurs niveaux (en fonction de sa capacité à circuler par exemple). Il faut chercher des lignes de démarcation autrement que dans les frontières physiques des États, c'est-à-dire dans la surface et de manière horizontale. Lorsque les territoires s'évanouissent, la représentation n'est pas horizontale mais verticale (d'où l'expression "à plusieurs niveaux" (*multilevel*). Alors que le modèle westphalien voyait la coexistence des États sous la forme d'une contiguïté comme dans une carte, il y a désormais des frontières verticales qui se décomposent entre des niveaux où la liberté d'action est totale pour le droit interne, et d'autres où il doit partager sa souveraineté mais sous des formes tout à fait nouvelles.

Un tel changement de consistance dans le monde a de multiples implications dans la vie du droit: alors que les concepts juridiques étaient hiérarchisés selon un ordre juridique tributaire *in fine* de cette cohérence territoriale, ce nouveau registre est plus chaotique car les délimitations entre les différents niveaux ne sont pas aussi claires que les frontières géographiques: il se déploie sur un fond dynamique et interactif, donc *temporel*. L'ordre n'est plus attendu de l'espace mais c'est le fruit d'une interaction entre des acteurs juridictionnels qui se déroule dans le temps.

Les concepts juridiques "relationnels" visent à organiser les rapports entre les diverses juridictions concurrentes non plus selon un ordre prédéterminé mais selon leur relation (donc toujours dans une certaine actualité). Ces relations vont de la simple comparaison à la coopération, la reconnaissance mutuelle pour culminer à la contribution de chacun à un nouvel ordre juridique européen.

De la coordination à la comparaison

Si la mondialisation est la mise en relation des hommes, des biens, des idées et des cultures, la première source de contrainte est à chercher *dans* ce nouveau contexte global, c'est-à-dire dans le simple fait de

se trouver disposé ensemble dans un même espace et non plus dans des espaces séparés. Et donc d'avoir à supporter la comparaison.

Donnons toute de suite un exemple de cette "pression" née de la mise en rapport des uns avec les autres. La culture juridique française était traditionnellement hostile à tout contrôle de constitutionnalité. Mais puisque le contrôle de conventionalité donnait depuis 1981 compétence aux juridictions françaises pour juger la loi, il n'était pas tenable de barrer le contrôle de constitutionnalité. C'est pourquoi la réforme de 2008¹⁴ a mis fin à cette bizarrerie et a organisé un contrôle de constitutionnalité sous la forme de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). La CEDH a ainsi exercé une influence très déterminante quoiqu'*indirecte*.

Cette nouvelle "mise en concurrence" des recours et des juridictions ne s'arrête pas là. L'introduction d'un contrôle de constitutionnalité, aiguillonné par le contrôle de conventionalité, a engendré entre les cours suprêmes françaises une dynamique très positive, qui n'existait pas tant que chacune avait un domaine de compétence bien délimité. Le contrôle de constitutionnalité auquel ils concourent de manière partiellement concurrente et partiellement successive, leur offre un terrain commun de comparaison, et cela s'est avéré très bénéfique aux libertés! Cette histoire n'est d'ailleurs pas achevée. Une fois que le conseil constitutionnel s'est emparé d'une fonction qui était à vrai dire inconnue de la tradition française, il se trouve confronté à ses homologues, à savoir les autres cours constitutionnelles.

La loi fondamentale allemande érige en principe l'ouverture au droit international, c'est-à-dire la *Völkerrechtsfreundlichkeit*, soit littéralement le principe d'amitié à l'égard du droit international, ou encore *Europarechtsfreundlichkeit*, l'ouverture à l'égard des droits de l'Europe. Ces concepts "relationnels" renvoient à une inclination, à une disposition d'esprit désormais attendue de chacun et susceptible de produire des effets: il faut tenir compte d'une autre juridiction. "Tenir compte" est d'une nature tout à fait différente "d'appliquer": tenir compte, c'est prêter attention, apporter une considération à autrui, et donc se poser soi-même une contrainte spontanée sur sa propre détermination: ma volonté n'est plus seule, ni reine. Si l'application est un acte d'obéissance par lequel je dois me plier à la volonté de l'autre, le fait de prendre en considération autrui procède d'une association volontaire qui ne retire rien ni à la volonté, ni à la créativité. En témoigne

¹⁴ Révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.

les démêlés entre Paris et Strasbourg à propos du commissaire du gouvernement qui s'est conclu par une transaction imaginée par le Conseil d'État français pour tenir compte de la jurisprudence de la CEDH sans pour autant renier sa culture.

Ce nouveau contexte permet au juge de mieux évaluer son propre système en le comparant à d'autres qui ont en commun la Convention: ce fut le raisonnement suivi par les Lords britanniques qui ont considéré l'exemple espagnol pour refuser de justifier la dérogation à la Convention qu'avait décidé le gouvernement pour mieux lutter contre le terrorisme¹⁵.

La comparaison peut enfin être érigée en principe comme le montre la fameuse règle de "Solange": les règles de la conventions sont appliquées "aussi longtemps que"; il s'agit donc bien d'une comparaison.

De l'obéissance à la coopération

Si cette coexistence est un peu plus rationalisée, elle se range alors sous le terme de *coopération*. Il faut, rappelle l'actuel président de la Cour de Karlsruhe, un minimum de coordination de façon à partager et à distribuer les responsabilités de chacun dans un système de cette nature. "Le concept de *Verbund* aide à décrire le fonctionnement d'une système complexe à plusieurs étages mais sans fixer toutefois les techniques exactes (les règles dirions-nous) de ce fonctionnement" (Vosskuhle, 2010, p. 183). Ces techniques s'affirment dans des concepts juridiques comme celui de *comity*, difficile à vrai dire à traduire en français: "courtoisie internationale".

Une autre forme de coopération est bien sûr cette idée très en vogue aujourd'hui de *dialogue des juges*. Le terme de 'dialogue' est un peu trompeur: il ne renvoie ni à une aimable conversation entre honnêtes gens, ni à une *disputatio* scholastique, mais à un processus interactif entre des organes – les juges – qui étaient censés ne pas parler autrement que par leur jugement, c'est-à-dire de manière définitive, forme par laquelle ils épuisaient leur pouvoir en l'exerçant. À la différence de la conversation, l'initiative de ce dialogue n'est pas libre mais il s'impose; le dialogue des juges a un caractère nécessaire et perd la gratuité qui fait tout le charme d'une conversation.

La coopération est une contrainte que l'on s'impose à soi-même: elle est l'exact opposé d'un

ordre. Il y a bien une limite mais c'est une limite interne, à la différence de la contrainte de la règle juridique. D'où la référence à la *volonté* érigée comme principe d'interprétation; une volonté exercée par des juges et non plus (exclusivement) par des organes politiques. Le rôle des juges ne se limite plus à "dire le droit" de manière statique mais aussi à entraîner le droit; plus de faux débats sur l'activisme des juges: la part active du jugement est désormais assumée et on ne peut que s'en réjouir.

Sur le statut du procureur français, la jurisprudence n'est pas intervenue *ex abrupto* mais a été extrêmement évolutive, voire progressive: nombre d'arrêts avaient annoncé le second arrêt *Medvedyev*, puis l'arrêt *Moulin*. C'est pourquoi certains juristes français reprochèrent à leur législateur d'avoir adopté une attitude défensive et "figée", d'avoir trop attendu et à leurs juges de n'être pas entrés dans ce dialogue; faute d'avoir voulu entendre ces coups de semonce, ils ont eu à subir cet arrêt.

De l'indifférence à la reconnaissance mutuelle

Ces nouveaux concepts "relationnels" sont-ils condamnés à se cantonner soit dans le registre des bonnes intentions, soit à description formelle de ces relations? Ils décrivent certes le nouveau cadre mais paraissent néanmoins impuissants à définir des critères pour fonder ces relations et en arbitrer les possibles conflits. Le "dialogue des juges" qui risque d'apparaître comme un concept un peu mou, inapte à prendre en compte la dimension conflictuelle des rapports entre ordres juridiques, qui réclame des critères consistants pour permettre des arbitrages clairs. Tout aussi instructif en effet serait d'aborder la coopération par son contraire, c'est-à-dire par le refus de coopérer qui prend souvent la forme d'un acte unilatéral. L'espace est effacé par la soumission de tous à une seule et même juridiction: c'est la question qui était soumise à la Cour suprême des Etats-Unis dans des affaires d'anti-trust (arrêts *Intel* et *Empagram*¹⁶ de juin 2004) ou plus récemment dans l'affaire *Morisson*¹⁷. Ces affaires nous rappellent que le nouveau modèle n'a pas complètement chassé le précédent modèle westphalien, et que le droit mondial actuel est le théâtre d'une tension permanente

¹⁵ Décision de la chambre des Lords (*Judicial Committee*) du 16 décembre 2004.

¹⁶ *Intel corp. v. Advanced Micro devices, et Hoffman-Laroche Ltd v. Empagram*, du 24 juin 2004.

¹⁷ *Morisson v. National Australia Bank*, 24 juin 2010.

entre d'une part le modèle spatialisé qui ne cesse de vouloir réintroduire de la territorialité, et ce nouveau modèle relationnel et temporel.

Pour conférer toute sa force à la coopération, il faut faire tourner son attention sur le pacte qui la fonde; un pacte qu'il faut formuler (car il est le plus souvent implicite) et qu'il faut actualiser (car il est évolutif). S'agissant de la Cour de justice, d'une part le droit national s'engage à assurer la réalisation et le bon fonctionnement du droit européen, et de l'autre les autorités européennes s'engagent à respecter les différentes identités nationales (Vosskuhle, 2010, p. 193).

Les termes de ce pacte diffèrent à chaque fois – il faudra donc s'efforcer de les préciser dans chaque cas – mais dans tous les cas, ils sont sous-tendus par des intérêts partiellement communs et partiellement différents¹⁸.

S'agissant de la Cour européenne des droits de l'homme, on a vu que ce pacte se fonde dans une mutualisation de la fonction tierce. La reconnaissance est également indispensable au tiers, et elle n'est de surcroît jamais définitivement acquise: la CEDH doit ainsi avoir à cœur non seulement d'interpréter la Convention mais aussi de respecter les différentes cultures, c'est-à-dire les différents chemins d'arriver aux mêmes buts. Il y va de sa survie à long terme.

De manière générale, tous ces pactes entre juridictions renvoient à une *reconnaissance mutuelle*; non plus entre citoyens, non plus entre peuples mais entre les différents peuples et l'instance européenne. Le dialogue suppose non seulement une connaissance mais aussi une reconnaissance mutuelle, qu'il renforce en s'affirmant. Cette idée n'est pas une simple pétition de principe car elle prend un sens très concret à propos du mandat d'arrêt européen par exemple qui suppose, pour être exécuté, que les juges aient confiance dans le système étranger demandeur. D'autant que cette confiance ne peut résulter de la loi et des traités: elle est insaisissable et ne peut être contrainte¹⁹.

Du protectionnisme juridique à la contribution à un ordre européen des droits de l'homme

Allons plus loin: quel est l'intérêt des juges à coopérer? La première réaction des juges français a en effet consisté à tenter de limiter; à contenir voire à mettre hors champ l'application de la Convention²⁰. Mais ils n'ont pas tardé à comprendre que cette attitude protectionniste était vaine. C'est alors qu'est intervenue la troisième étape, que Régis de Gouttes appelle d'application "spontanée" et "constructive" de la Convention. Contrairement à ce que le juge français a initialement cru, la Convention et la jurisprudence de la CEDH ne sont pas pour lui une limitation mais au contraire "une source d'élargissement de son office et un facteur de renforcement de sa mission première de gardien de la liberté individuelle" (De Gouttes, n.d.). Le juge français entre donc dans une phase d'acculturation – nous dirions plutôt d'inculturation – dans le sens où il s'est approprié l'instrument comme un instrument qui ne lui est plus extérieur mais qui fait désormais partie des ressources qu'il peut mobiliser.

Dans ce nouveau contexte, certaines cours, certaines manières d'argumenter et d'écrire les décisions sont plus reconnues que d'autres parce que plus prestigieuses ou plus convaincantes. Leur autorité est de nature persuasive (*persuasive authority*)²¹ en ce qu'elle émane intrinsèquement de telle ou telle décision, en dehors de tout relais institutionnel. Cette nouvelle sorte d'autorité éclaire la contribution en lui assignant un objectif.

Le pouvoir dans ce nouveau contexte ne consiste plus à se protéger mais au contraire à contribuer, à peser sur l'édification d'un ordre commun. Encore faut-il s'en donner les moyens²². La jurisprudence des différentes cours constitutionnelles se trouve grâce à ce concept de *Verbund* engagées dans une lutte discursive pour la "meilleure solution" qui fait de cette coopération à plusieurs niveaux, une coopération pédagogique (Vosskuhle, 2010, p. 198). À ceux qui regrettent que sa cour n'ait plus le monopole de

¹⁸ Ce pacte fournirait même, à en croire certains comme Cass Sunstein, la logique profonde de certaines décisions de justice qui s'analysent comme une transaction entre des intérêts divergents (*Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, 1996, in Raynaud, 2008, p. 86). Une analyse similaire est fournie par Péter Kovács à propos de la Cour internationale de justice ("Développements et limites de la jurisprudence en droit international", rapport au Colloque de 2002 de la Société française pour le droit international, Lille, 12-14 septembre 2002).

¹⁹ Cela sera un problème majeur pour les jeunes pays (notamment la Chine): il ne suffit pas de faire des lois, de dire que la justice est indépendante, encore faut-il en rapporter la preuve, et surtout que les autres partenaires en soient convaincus.

²⁰ Remarquons au passage la métaphore spatiale.

²¹ Voir à ce sujet Slaughter (2004).

²² Et donc rédiger dans une langue claire et bien argumentée (et cette exigence s'applique à tous y compris à la CEDH; où l'on voit que la contribution comporte des exigences de l'ordre la raison ou du récit: comment raconter une histoire pour que n'importe qui puisse la comprendre). Cela me fait penser à un collègue anglais qui découvrait une décision de la cour de cassation et me demandait j'ai lu le communiqué de presse ou le résumé mais où est la décision!

contrôler la constitutionnalité des lois allemandes et de dire le droit constitutionnel allemand, voici ce que répond l'actuel président de la cour constitutionnelle de Karlsruhe: "le partage des responsabilités entre les cours de justice ne débouche pas sur une réduction des droits fondamentaux mais sur leur triplement au contraire, grâce à la coopération (*Verbund*) des cours constitutionnelles de Karlsruhe, de Strasbourg et de Luxembourg" (Vosskuhle, 2010, p. 197). S'opère ainsi une compensation entre d'une part, une certaine perte de pouvoir et, de l'autre, la possibilité d'étendre son influence (cela contraste avec la position de la Cour suprême des États-Unis). Il ne faut donc pas avoir, à le lire, de position nostalgique à l'égard de l'ancien modèle "exclusiviste" et s'en sortir par l'avant par une double ouverture dans l'espace et dans le temps. À cette idée positive de contribution peuvent être rattachées beaucoup d'idées telles "qu'aide interprétative" ou fonction de "guidance normative" et "d'orientation".

D'une référence spatiale à une référence temporelle

Ce que révèle cette jurisprudence évolutive de la CEDH, c'est la victoire du temps contre l'espace. Ce qui n'est plus organisé par l'espace doit l'être par le temps. Ce nouveau rapport au temps est induit par le préambule de la Convention qui évoque non seulement la sauvegarde mais aussi le développement des droits de l'homme. Le temps se voit introduit au cœur du travail juridictionnel de la CEDH pour au moins deux raisons majeures. Tout d'abord, parce qu'exerçant un contrôle sur l'effectivité des droits et non leurs simples formes, elle doit vérifier que ces droits demeurent effectifs lorsque les circonstances évoluent. Son travail se lie ainsi à l'évolution des sociétés nationales, en proie, parce qu'elles sont démocratiques, à une constante évolution, voire à une accélération du temps (voir Rosa, 2010). La seconde raison tient à la combinaison entre d'une part l'interprétation téléologique et de l'autre, la nature abstraite des droits de l'homme qui constituent un horizon d'attente: ils ne pourront jamais être pleinement satisfaits (la réalité ne sera jamais totalement conforme à nos souhaits; seule une forme peut être parfaite). "Le temps, remarque François Ost, est la quatrième dimension des droits de l'homme" (Ost, 1999).

Un déséquilibre incessant entre une juridiction sans terre et des États territorialisés est ainsi inscrit au cœur même du projet de la Convention et de la Cour. Tous les ingrédients d'une véritable dynamique sont réunis, alors que le rapport à l'espace (du moins dans sa partie visible concernant l'Europe²³) donnait une dimension statique au contraire. Alors que le modèle westphalien, centré sur l'espace, visait à un *équilibre*, le nouveau modèle se trouve voué à un mouvement permanent. L'équilibre entre les grands États territorialisés, reposait sur un retour sensiblement sinon au même, au moins à des rapports plus ou moins identiques. Ce modèle se concentrait sur les frontières physiques et entretenait une méfiance spontanée à l'égard de toute tentative de réassigner des considérations morales dans les relations entre les États (qui lui rappelaient le sinistre temps des guerres de religion qui avaient épuisé l'Europe et auquel il apporté une issue par la spatialisait précisément). Nous voici passés de la géographie westphalienne à la "chronographie"²⁴ globale.

On ne sera donc pas surpris de constater que nombre de ces nouveaux concepts se réfèrent au temps plus qu'à l'espace. Le temps est le nouveau cadre de référence d'un droit qui est devenu principiel tout comme l'espace était le cadre du droit positif (qui allait de pair avec l'unicité et la nationalité unique de l'émetteur de norme).

En témoigne l'expression "question prioritaire de constitutionnalité" qui renvoie à une dimension temporelle et non plus spatiale. En témoigne aussi la préoccupation majeure qu'est devenue la sécurité juridique: il s'agit d'une sécurité dans le temps. Pour cela, il est demandé au juge national d'anticiper ce que décidera la CEDH. Les juges français, allemands et anglais anticipent dans leurs décisions ce que décidera la Cour de Strasbourg; une véritable dynamique est ainsi créée par l'intériorisation de ce que va faire l'autre (on sait que l'anticipation est au cœur des mécanismes du marché). L'actuel président de la cour de Karlsruhe remarque qu'aussi bien sa cour que celle de Strasbourg ont à cœur de "prévenir les collisions" (Vosskuhle, 2010, p. 187). Se multiplient en France les décisions judiciaires instaurant une date différée pour l'application de leurs décisions, à commencer par l'arrêt *Creissen*²⁵. On retrouve dans chacune d'entre elles le souci d'obtenir du temps une sécurité que ne donne plus l'espace.

Ce nouveau rapport au temps influe sur l'idée de cohérence juridique. L'idée de *cohérence* change éga-

²³ Carl Schmitt montre que la dynamique de l'appropriation concernant plutôt les mers et les espaces "sauvages" à coloniser (Schmitt, 2001).

²⁴ L'expression est de Paul Matthias, "La normativité réticulaire".

²⁵ Voir *infra*, note 5.

lement de sens: il ne s'agit plus d'une cohérence posée d'emblée mais d'une recherche constante dans le temps d'une cohérence dynamique, recherchée à l'aune de principes supérieurs. Dans un cas, la cohérence est donnée d'emblée comme un modèle du passé à rejoindre; dans l'autre, elle n'a pas de consistance propre mais doit se construire au cas par cas. Non pas dans un esprit post-moderne mais plutôt selon une philosophie évolutive.

Conclusion: l'Europe, ses cultures et le bien commun des droits de l'homme

Ce qui permet l'articulation des différentes cultures entre elles et la construction d'un espace d'universalisation pluriel sous les auspices de la CEDH, c'est l'aspiration commune à améliorer la situation des droits de l'homme. C'est à la fois très nouveau et pourtant non sans liens avec la situation de l'Europe avant sa division en États souverains. Pour comprendre la place des droits de l'homme dans ce nouveau contexte, il faut revenir au contexte de l'Europe médiévale, avant que la nécessité de défendre des grandes entités territoriales qu'étaient les royaumes, n'entraîne l'absolutisation de la souveraineté et le ravalement du droit au statut d'expression de la souveraineté (Berman, 1983). La justice était considérée comme la "raison d'État" des différents royaumes qui composaient l'Europe d'alors; ce terme voulant dire au Moyen Âge exactement le contraire de ce qu'il signifie aujourd'hui: non une justification pour suspendre le droit, mais le *status* du royaume qui considérait non pas "tant son état réel que l'ensemble des conditions nécessaires à sa conservation, sa 'forme' constitutive. Par là, *status* devient fréquemment synonyme de bien commun"²⁶.

Un historien russe, Aaron J. Gourevitch, voit dans la nécessité de se construire sur le droit – et non pas seulement sur un pouvoir politique – un des traits distinctifs de la culture médiévale européenne²⁷. Dans ce sens-là, les États-Unis qui se fondent sur une constitution écrite ne font que porter à l'extrême de l'abstraction l'idée de fondation par le droit qui est de nature européenne.

Il faut revenir à l'origine historique de la CEDH pour comprendre que les droits de l'homme se posent comme un antidote à l'historicisme et à l'effondrement possible de la souveraineté. Il faut lier ce pluralisme constitutionnel à la condition de moderne et à la dispa-

rition de la transcendance. Mais à la différence de cette antériorité du droit qui va se confondre – ultérieurement – avec l'Église catholique, cette nouvelle version du bien commun est entièrement rationnelle et formalisée. Il ne s'agit plus d'un droit naturel fondé sur des fondements chrétiens mais d'un roman écrit à plusieurs mains (toujours la référence temporelle) selon la célèbre expression de Dworkin, dont plusieurs chapitres sont à écrire.

Ainsi l'Europe avance en retrouvant ses racines (structurellement chrétiennes mais substantiellement modernes, ce qui mettra tout le monde d'accord). Elle est totalement moderne en renouant avec ce qui a fait sa spécificité: on peut ainsi être culturellement différents et pourtant partager des valeurs communes; le passé nous rend confiant dans l'avenir. La jurisprudence évolutive de la CEDH et tout ce qu'elle suppose, à savoir l'articulation qu'elle inaugure - non sans errements peut-être - entre des cultures spécifiques et la mutualisation des souverainetés (rendue possible grâce à l'idée de droits de l'homme): tout cela fait de l'Europe un laboratoire pour civiliser la mondialisation.

Références

- BERMAN, H.J. 1983. *Law and Revolution. The Formation of Western Legal Tradition*. Cambridge, Harvard University Press, 657 p.
- DE GOUTTES, R. [n.d.]. *La naissance du droit européen des droits de l'homme dans l'ordre judiciaire français*. [à paraître].
- GAUCHET, M. 1996. *La Révolution des pouvoirs*. Paris, Gallimard, 288 p.
- GOUREVITCH, A.J. 1983. *Les Catégories de la culture médiévale*. Paris, Gallimard, 340 p. (Collec. "Bibliothèque des histoires").
- HIRSCH, A. 2009. Judges: can't live with 'em. *The Guardian*, 6 avril.
- OST, F. 1999. Le temps, quatrième dimension des droits de l'homme. *Le journal des tribunaux*, p. 2-6.
- RAYNAUD, P. 2008. *Le Juge et le philosophe*. Paris, Armand Collin, 288 p.
- RICŒUR, P. 1990. *Soi-même comme un autre*. Paris, Seuil, 424 p.
- RICŒUR, P. 2004. *Parcours de la reconnaissance. Trois études*. Paris, Stock, 386 p.
- ROSA, H. 2010. *Accélération. Une critique sociale du temps*. Paris, La Découverte, 474 p.
- SCHMITT, C. 2001. *Le Nomos de la terre dans le droit des gens du jus publicum europaeum*. Paris, PUF, 363 p.
- SENELLART, M. 1989. *Machiavélisme et raison d'État*. Paris, PUF, 127 p. (Collec. "Philosophies").
- SLAUGHTER, A.M. 2004. *A New World Order*. Princeton, Princeton University Press, 341 p.
- SUDRE, F. 2006. L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme. *L'Office du juge*. Disponible à: http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge11.html.
- VOSSKUHL, A. 2010. Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts. *European Constitutional Law Review*, 6(2):175-198. <http://dx.doi.org/10.1017/S1574019610200020>

Submetido em: 23/02/2011
Aceito em: 01/04/2011

²⁶ Michel Senellart (1989, p. 13), qui ajoute: "[L]a pensée moderne au-delà des ruptures proclamées, plonge ses racines dans la théologie médiévale dont l'oubli, aujourd'hui, constitue le véritable impensé de notre culture".

²⁷ Gourevitch (1983). Cela contraste fortement avec la culture chinoise qui ne connaît pas cette antériorité du droit et qui, au contraire, fait découler tout le droit du fondateur de la dynastie impériale.