LA FRANCE ET LA CEDH : 50 ANS DE DROITS ET DE DISCORDES ?

AVOCATS, JUGES ET PROFESSEURS EN DÉBATTENT

BOLEINE

ISBN : 978-2-490081-94-3
Dépôt légal : septembre 2025

Editions Boleine
41, rue de Bourgogne
75007 Paris
www.editions-boleine.fr

Préface

par Thibault Mercier,
Avocat et président du Cercle Droit et Liberté

Il y a près de huit siècles, Étienne de Lexington, alors abbé de Clairvaux, fondait à Paris — capitale intellectuelle de l'Europe médiévale — le Collège des Bernardins. C'est dans ce haut lieu de l'architecture cistercienne, témoin de la naissance de l'Université de Paris au XIIIe siècle et berceau d'une part essentielle de la pensée occidentale, que le Cercle Droit et Liberté a eu l'honneur d'organiser, en mai 2024, un grand colloque international pour marquer le cinquantième anniversaire de la ratification par la France, le 3 mai 1974, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Depuis cette date — et même depuis l'entrée en vigueur de la Convention en 1953 — il est incontestable que les droits de l'homme ont acquis une importance juridique mais aussi politique considérable. Il est tout aussi incontestable que ce traité a permis des avancées majeures dans la protection des libertés individuelles, au point d'être aujourd'hui considéré comme le système le plus abouti de garantie internationale des droits de l'homme.

À ce jour, quarante-six États l'ont ratifié, dont les vingt-sept membres de l'Union européenne, assurant ainsi la protection des droits fondamentaux de près de 700 millions de personnes. Comme toute œuvre humaine, cette Convention n'est pas exempte d'imperfections, et son application concrète suscite, sinon des critiques, du moins des interrogations, émanant tant des citoyens que des États membres eux-mêmes, mais également des praticiens du droit.

C'est donc à l'occasion de ce cinquantième anniversaire, et au nom de la préservation des droits et des libertés publiques, qu'il

nous a semblé nécessaire, au Cercle Droit et Liberté, de questionner l'application de cette Convention. Tel fut l'objet du colloque que nous avons organisé : non pour célébrer aveuglément la Cour européenne des droits de l'homme, ni pour la critiquer par principe, mais pour engager un débat rigoureux, équilibré et sans tabou — dans un esprit résolument académique — afin de contribuer, modestement, à faire progresser cette institution.

Dans cette perspective, nous avions réuni un panel d'intervenants aussi éclectique que possible, afin d'offrir une pluralité d'approches. Une approche académique, tout d'abord, avec les professeurs Bruno Daugeron et Joël Andriantsimbazovina. Une approche pratique ensuite, illustrée tant par la voix de la magistrature — avec l'ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme, Javier Borrego Borrego — que par celle des avocats, grâce à l'expertise de Vincent Berger, grand spécialiste du contentieux devant la Cour, sans oublier le regard du monde associatif, représenté par Grégor Puppinck, directeur du Centre européen pour le droit et la justice (ECLJ) à Strasbourg. Une approche politique également, rendue possible par la présence de Madame la Ministre Noëlle Lenoir, ancienne membre du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État. Et enfin — et cela nous semblait essentiel — une approche philosophique, avec le professeur Sébastien Neuville, auteur d'un Précis de philosophie du droit

Nous avons par ailleurs souhaité élargir le regard au-delà de la seule perspective française, en intégrant un point de vue européen, avec le professeur Lénárd Sándor, du Mathias Corvinus Collegium à Budapest, ainsi qu'un regard extérieur, venu d'outre-Atlantique, avec Jim Kelly, avocat américain, ancien membre de la Commission de Venise, donc fin connaisseur de nos institutions.

Tous ces intervenants, dont la légitimité à traiter ce sujet ne fait aucun doute, ont grandement contribué à la richesse et à la

liberté du débat. Je tiens à les remercier ici très chaleureusement d'avoir accepté notre invitation

Ce colloque — qui, selon les mots du professeur Bruno Daugeron, « fut très réussi et bien plus vivant et instructif que nombre de colloques universitaires » — a su enthousiasmer le public par la qualité et la diversité des échanges. Il nous semble d'ailleurs que les lieux permettant à des professeurs, avocats, magistrats, philosophes — venus de France comme de l'étranger, de droite comme de gauche — de se rencontrer et de débattre librement, sont devenus trop rares dans notre pays.

C'est de ce constat qu'est né le projet, porté par le Cercle Droit & Liberté, de prolonger par l'écrit les échanges oraux tenus en mai 2024. Le présent ouvrage en constitue l'aboutissement grâce au travail des éditions Boleine.

À titre d'anecdote, la seconde table ronde devait initialement se tenir en anglais. Mais, sur les conseils avisés du professeur Joël Andriantsimbazovina — qui nous a alertés sur les difficultés croissantes que rencontre la langue française à se maintenir au sein de la Cour européenne des droits de l'homme, alors même qu'elle en est l'une des langues officielles — nous avons fait le choix de recourir à un interprète. Ce qui nous a permis de conduire l'ensemble des échanges dans la langue de Molière.

Je tiens à rappeler qu'aucune consigne n'a été donnée aux intervenants, qui ont bénéficié d'une entière liberté dans l'expression de leurs analyses. Cette liberté allait jusqu'au droit à l'erreur — car, comme l'écrivait Dostoïevski dans Crime et Châtiment, « l'erreur nous mène à la vérité ». Puisse cet ouvrage y contribuer.

Quel équilibre entre protection des libertés individuelles et protection des nations ?

Par Sébastien Neuville, Bruno Daugeron et Grégor Puppinck

Entretien mené par Guillaume Leroy,
Secrétaire général du Cercle Droit et Liberté

En partant du constat historique selon lequel les libertés publiques étaient initialement conçues comme des libertés collectives (ainsi qu'en témoignent la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ou la Magna Carta), les trois intervenants de cet échange analysent la manière dont la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) puis la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ont progressivement individualisé les droits et libertés. Ils s'interrogent sur les conséquences de ce basculement, tant sur le plan juridique que sociétal, et discutent du nouvel équilibre – ou déséquilibre – qui en résulte pour la protection des droits fondamentaux.

Guillaume Leroy : En guise d'introduction, nous partirons sur une question assez générale. Les libertés publiques ont été conçues à l'origine comme des libertés collectives, nous pouvons le voir au travers de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ou encore de la Magna Carta. Mais la Déclaration universelle des droits de l'homme puis la Convention européenne des droits de l'homme ont permis une individualisation de ces libertés. Quelles ont été et quelles sont les conséquences de ce bouleversement individualiste en matière de protection des droits et des libertés fondamentales ?

Sébastien Neuville : Je voudrais pour répondre à la question qui est posée, il faut rebondir sur une dimension peut-être un peu plus philosophique, parce qu'il est fait référence ici aux libertés

publiques, et au couple libertés collectives/libertés individuelles. Il me semble qu'il est important d'envisager la question des libertés sous leur aspect philosophique, pour voir qu'il y a des nuances qui sont assez essentielles et qui peuvent permettre d'éclairer le débat quant à cette individualisation des libertés.

D'abord, les juristes et les philosophes n'envisagent pas la question de la même manière. Les philosophes ont une approche qui est déjà assez individuelle en réalité. La question de la liberté est une question qui concerne davantage la personne elle-même. C'est la question du libre arbitre, qui touche le tréfonds de la personne, alors que les juristes ne s'intéressent pas fondamentalement à cette question.

Certains philosophes vont considérer que le libre arbitre n'existe pas et que nous sommes déterminés. Je ne vais pas aborder cette question du déterminisme ici, mais c'est tout de même intéressant de souligner que, finalement, beaucoup de philosophes rejettent a priori la possibilité même de la liberté pour considérer que nous ne sommes pas libres en réalité, soit parce que ces philosophes sont matérialistes, ce qui est le cas de Hobbes, de Marx ou de Freud, soit parce que nous sommes soumis à un dieu qui nous détermine, et c'est le cas de Ghazali pour l'islam, mais aussi de Luther ou de Spinoza.

En dehors de ces premiers philosophes, il y en a d'autres qui considèrent au contraire que nous sommes fondamentalement libres. Mais la question est de savoir quelle est cette liberté et, en particulier, s'il peut exister des contraintes dans cette liberté. C'est la grande distinction entre d'une part la liberté sans contrainte promue par Épictète et les stoïciens ou par Sartre bien plus tardivement, lesquels repoussent même les contraintes intérieures, et d'autre part des auteurs plus mesurés qui considèrent que nous sommes fondamentalement libres, mais que cette liberté n'exclut pas des contraintes aussi bien extérieures qu'intérieures. C'est le cas de Platon, de saint Augustin, de saint Thomas

d'Aquin, de Kant, de Hegel. Ainsi, la liberté au sens philosophique du terme n'est pas défendue par tout le monde. Par ailleurs, il ne s'agit pas en philosophie d'une liberté collective, mais de l'individu lui-même qui dispose de cette liberté.

Pour les juristes, la question est un peu différente parce que la liberté qu'ils considèrent n'est pas *a priori* synonyme du « libre arbitre » des philosophes. Cette question de la liberté devient importante avec la Modernité, c'est à dire surtout avec Hobbes et dans une moindre mesure avec Descartes, pour la France. Plus précisément, c'est la question des relations entre la liberté et la loi ou entre la liberté et l'État qui est étudiée.

Pour certains, la liberté ne peut exister que parce que la loi l'admet. C'est la loi qui est à l'origine de la liberté. Pour Hobbes, il y a bien une liberté dans l'état de nature mais celle-ci ne nous intéresse pas puisque nous basculons dans le pacte social, où c'est la loi qui crée la liberté, laquelle peut être exercée par la suite. Dans une compréhension très large, la liberté est donc formulée par le législateur.

Pour d'autres, en revanche, la liberté est antérieure à la loi. C'est alors la loi qui permet de garantir l'exercice de la liberté. Et ceci est important parce que c'est sur ce terrain-là que se situent les différentes déclarations et la Convention européenne des droits de l'homme. Dans cette optique, la liberté est antérieure à une éventuelle reconnaissance juridique. Les déclarations ne font donc que reconnaître des libertés qui leur sont antérieures. Les déclarations ne sont pas créatrices de libertés, tout comme la Convention européenne des droits de l'homme. Quels sont les auteurs qui soutiennent cette conception ? Ce sont essentiellement Locke et Kant. C'est en leur sens qu'il faut comprendre notamment la notion d'État de droit. L'État de droit, c'est celui qui garantit l'exercice des libertés. On remarque qu'il y a un présupposé philosophique dans les différentes déclarations et dans la Convention européenne des droits de l'homme.

Il y a bien sûr des conséquences positives déjà soulignées : la plus grande responsabilité des États à l'égard de chaque citoyen, c'est d'assurer une protection toujours plus importante de la vie privée, de la liberté d'expression et de beaucoup d'autres choses encore. Mais il y a aussi des défis importants, avec en premier lieu la nécessité de concilier les intérêts privés et l'intérêt général, ce qui permet de revenir sur la question de savoir ce qui relève de l'individuel et ce qui relève du collectif. En second lieu, il faut considérer le risque de conflit entre droits individuels parce que finalement, avec les systèmes de défense des droits de l'homme, il ne subsiste que des droits subjectifs qui sont en opposition les uns à l'égard des autres. Il convient de souligner un paradoxe : en principe, le droit est là pour pacifier les relations sociales. Or désormais le droit, compte tenu de l'excroissance des droits subjectifs et des libertés individuelles, devient lui-même créateur de conflits.

Voilà quelques éléments que je voulais souligner pour situer la liberté, aussi bien d'un point de vue philosophique que d'un point de vue juridique, pour essayer de répondre en partie à cette première question.

Grégor Puppinck : Les droits de l'homme tels que nous les connaissons actuellement postulent la liberté et l'égalité de toutes les personnes dès la naissance. La liberté et l'égalité impliquent l'universalité. En effet, si tous les êtres humains sont égaux, alors les droits sont universels et également partagés. Une des révolutions effectuée par les droits de l'homme réside dans la relation entre la partie et le tout, entre l'individu et la société, car l'affirmation des droits individuels s'exprime toujours à l'encontre de l'État. L'équation des droits de l'homme oppose toujours un individu à l'État, une partie au tout.

Concevoir que la partie puisse avoir des droits contre le tout revient à accepter que le tout puisse être disharmonieux, à reconnaître l'existence de conflits et d'injustices au sein du tout.

Mais cela signifie également que le tout est, d'une certaine manière, au service de la partie. Ainsi, la relation entre l'individu et la société est implicitement inscrite dans l'équation des droits de l'homme. La société est-elle un tout qui englobe entièrement ses parties, de la même manière qu'une main est un tout composé de ses doigts ? Chaque doigt fait partie de la main et n'est pas envisageable sans elle. On ne peut imaginer un doigt intenter un procès à la main. Dans une famille, il en va de même : les parents et les enfants forment un tout qui doit être harmonieux. Il est inconcevable qu'une partie intente un procès au tout, car le tout est ordonné à un bien commun qui comprend et dépasse l'ensemble des biens particuliers de ses parties. Dans une conception holiste, il existe une compréhension harmonieuse du tout, c'est-à-dire de la société, et des biens qui la composent. Cette compréhension holiste et harmonieuse des biens comme constitutifs d'un bien plus grand, le bien commun, ne permet pas de concevoir des droits de la partie contre le tout.

Cette conception holiste de la société fait primer le tout sur les parties. De cette conception, on peut aisément déduire des devoirs des parties à l'égard du tout, donc des obligations des parties envers le tout. Cela s'est notamment manifesté lors de la rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'homme, lorsque certains régimes soviétiques faisaient prévaloir le tout sur les parties et promouvaient une conception des droits de l'homme incluant des devoirs, comme on en trouve exprimés aux côtés des droits et libertés dans les constitutions soviétiques.

La conception holiste est assez idéale, car selon une approche de droit naturel, on pourrait penser que si le bien commun est véritablement le vrai bien commun et non une usurpation de ce titre à des fins idéologiques ou purement politiques, la société fonctionnerait parfaitement. La société familiale fonctionne de cette manière. En effet, dans une famille harmonieuse, il n'y a pas de politique intéressée et l'on vise réellement le bien commun de

la famille. Le bonheur et la prospérité naissent de l'harmonie. Le bien commun de la famille est donc évident. Il en va différemment au niveau de la société. Le risque réside dans l'imposition d'une idéologie à la place de du bien commun. Il est notable que des régimes, par exemple ceux de Pinochet et de la Grèce des colonels, privilégiaient les devoirs par rapport aux libertés. Une conception holiste s'expose au risque d'un détournement de la définition du bien ultime par les autorités politiques. Cela est dangereux puisque le bien commun n'est plus défini par la raison comme il devrait l'être, mais par des puissances politiques dont les intentions peuvent être néfastes.

En revanche, si on considère que c'est la société qui est ordonnée aux individus et qui les sert, on inverse la relation et le système juridique qui en découle. On affirme alors que ce ne sont pas les parties qui sont ordonnées au tout, mais le tout qui est au service des parties. Dans ce cas, on rend possible l'existence de droits des parties envers le tout. C'est cette approche inverse, à la base de l'individualisme, qui permet le libéralisme, puisque c'est ainsi que peuvent exister des libertés individuelles contre le tout.

En réalité, bien commun et biens individuels sont mutuellement ordonnés, mais la difficulté est de déterminer dans quelle mesure et selon quels critères.

Quels sont les biens purement personnels qui doivent primer le bien de la société et quels sont les biens de la société qui doivent primer les biens individuels ? C'est cette répartition et cette hiérarchisation des biens, entre bien de la société et biens individuels, qui permettent d'organiser la primauté tantôt des droits et libertés individuelles, tantôt devoirs. Sachant qu'il existe des biens de différentes natures et de différents ordres, on peut penser qu'il y a des biens qui échappent au pouvoir de l'État, comme les biens spirituels. Cependant, on observe qu'ils donnent lieu à des interférences avec le bien commun. D'autres biens, comme ceux de la sécurité publique, relèvent entièrement du bien commun

les individus y sont subordonnés. La difficulté réside donc dans la répartition et la hiérarchisation des biens entre biens individuels, qui justifient que l'État soit au service de l'individu, et à l'inverse biens communs au service desquels les individus concourent.

Bruno Daugeron : Je suis de ceux qui pensent que le libéralisme, c'est un peu comme le cholestérol : il y en a un bon et un mauvais. Et aujourd'hui, nous avons de la chance d'avoir le bon, puisque c'est celui du libre débat ; premier point. Deuxième point, étant radicalement incompétent en matière de philosophie politique contrairement aux deux préopinants, je préfère me situer sur le terrain du droit et aller vers des constats très empiriques qui n'en ont pas moins une certaine profondeur, celle de l'immanence. D'abord, quant à la première question qui a été posée, j'éprouve quand même une petite tentation de revenir sur le présupposé que vous avez posé en opposant les libertés collectives et les libertés individuelles. Il ne me semble pas que ce présupposé se vérifie complètement. En effet quand on regarde la rédaction de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, il y est aussi question de droits individuels et de droits personnels, autant que dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Le texte de 1789 mentionne aussi bien le mot « individu » que le mot « personne ». Cette précision m'amène à un autre constat qui lui, est vraiment purement juridique ; c'est qu'avec la Déclaration des droits de l'homme, comme avec la Convention de sauvegarde européenne, nous avons d'abord affaire à des textes. Le statut de la Déclaration de 1789 a évolué en passant de texte philosophique à texte juridique. Qu'est-ce qu'un texte juridique ? Un texte duquel il est possible de faire émerger des normes de comportement, c'est-à-dire des règles contraignantes qui prescrivent des interdictions, des autorisations, des permissions ou des habilitations. Or ces normes ne sont pas transparentes dans les textes qui ne sont jamais que des mots sur du papier, ni même ne « découlent » d'eux, mais

sont déterminées après un travail d'interprétation qui doit faire émerger une signification. C'est la raison pour laquelle remonter à l'origine des textes pour essayer d'en déduire une finalité première voire un sens unique qui, disqualifiant tous les autres, ne peut pas être changé, est à mon avis une illusion, parce que ce qui est vrai c'est que le texte vit et qu'on le fait vivre. Les juges le font vivre, bien sûr, on va en parler, mais ce sont d'abord et avant tout les requérants qui font vivre les textes, car ils ne vont pas regarder les droits qui sont prescrits en 1789 ou à partir de 1950 de la même manière qu'avant, cent ou même seulement cinquante ans plus tard. Le regard qu'on porte sur un texte va donc évoluer, les conceptions qu'on s'en fait aussi, sans forcément que le texte, lui, ne change. Il est donc très difficile d'assigner un statut premier et définitif à un texte. Il est certes possible de considérer que la Déclaration des droits de l'homme est créatrice de libertés et qu'on doit les « découvrir », mais l'œuvre de découverte ne saurait être regardée comme neutre car elle va considérablement se modifier en fonction des lectures qu'on va en faire. On ne regarde pas la Convention européenne des droits de l'homme de la même manière en 1974 qu'en 2024, parce qu'entre 1974 et 2024, la société, la conception des modes de vie, les représentations sociales des acteurs du monde d'aujourd'hui, les contraintes qui pèsent sur eux ont considérablement évolué et on sollicite donc en permanence le texte pour lui faire dire des choses dont on n'imaginait même pas qu'elles pourraient être dites au départ.

Cela veut dire que même si les Déclarations sont censées consacrer une liberté, il est très difficile d'enfermer a priori cette liberté dans un sens unique et indépassable, parce que ce sont les requérants puis les juges qui vont déterminer son sens et ses implications concrètes, c'est-à-dire contraignantes, qui à leur tour vont permettre de faire émerger de nouveaux besoins, de nouvelles visions, de nouvelles revendications auxquelles on n'aurait absolument pas pensé à l'origine.

Certes, les juges qui sont les premiers acteurs des significations normatives données à ces textes énonçant des droits ne jouissent pas d'une liberté totale dans le sens qu'ils leur donnent. Ils agissent sous le regard de l'opinion et des justiciables et doivent rechercher un équilibre entre les droits individuels et ceux, qu'ils sont loin de méconnaître, de la puissance publique. Cet équilibre est souvent subtil et difficile à atteindre car il tente de concilier deux causes souvent contradictoires. Il arrive même parfois qu'il ne soit pas atteint et non seulement penche franchement d'un côté mais le fasse d'une manière que personne ne pouvait prévoir au regard de ce que l'on pouvait raisonnablement penser du sens d'un texte. Pourquoi ? Car ce sont d'abord les juges qui font parler ces textes qui, contrairement à une idée préconçue et illusoire, ne parlent pas seuls au point de pouvoir assez largement s'affranchir du but qu'on leur avait assigné à l'époque de leur rédaction. Le contester est vain, mais le constater est nécessaire.

Grégor Puppinck : Effectivement, je suis bien d'accord avec ces remarques, tout est question d'équilibre. Toutefois, je me demande si l'équation des droits de l'homme n'est pas déjà au départ déséquilibrée. Un requérant peut prétendre effectivement que telle ou telle action de l'État a porté atteinte à ses droits et libertés. De là lorsqu'on introduit la cause et que le juge la regarde, est-ce que la présence des deux parties, individu et État, signifie que la liberté individuelle et l'action de l'État sont à égalité dans l'équation du raisonnement ? Il me semble que non. Pourquoi ? Parce que dans l'équation il y a d'une part l'affirmation individuelle du droit ou de la violation de l'ingérence et d'autre part les motifs pour lesquels l'État peut exceptionnellement réduire l'expression des droits et libertés. Or la liberté individuelle est considérée a priori comme légitime et n'est jamais mise en cause. Tout ce que l'on regarde, c'est si elle tombe par chance dans le champ des droits et libertés garantis, sachant que ce champ est extensible en fonction des époques, des interprétations, etc.

On a donc l'affirmation d'un droit ou d'une liberté qui est en fait l'affirmation d'une volonté individuelle : « J'affirme que telle chose est ma liberté et je prétends que cela tombe dans le champ de l'article 2, 3, 8... », le plus souvent. Si les juges estiment que cela tombe dans le champ de l'article 8, alors la cause est légitime a priori, et on ne la questionne pas. La question de la GPA, par exemple, tombe dans le champ de l'article 8. On ne questionne pas la légitimité en soi de la GPA dès lors qu'on considère qu'elle rentre dans le champ de l'article 8. En revanche en face, le juge, l'État, est considéré comme a priori illégitime. C'est lui qui doit apporter la preuve que son action était nécessaire, absolument nécessaire, et proportionnée. Or les motifs que l'État peut invoquer, quels sont-ils ? Ce sont précisément des biens communs : la santé, la sécurité, l'éducation etc. Ce sont des biens communs qui sont du côté de l'État dans l'équation, et qui sont considérés comme a priori négatifs, comme des entraves. Il y a un a priori négatif. Il faut que l'État démontre leur nécessité, leur proportionnalité, leur légalité. À l'inverse, l'affirmation de la volonté individuelle est a priori jugée bonne et non questionnée dès lors qu'elle rentre dans le champ des droits individuels. L'équation que l'on pose n'est donc pas vraiment équilibrée dès le départ.

Elle suppose un a priori : elle est en faveur de l'affirmation de l'individu, et l'État est toujours considéré comme suspect et doit justifier son action. C'est l'équation qui me semble effectivement être importante à comprendre pour voir que le système lui-même est individualiste et libéral dans sa structure même. Les biens communs sont nécessairement considérés comme des entraves pouvant cependant parfois être légitimes.

Bruno Daugeron : Deux petites remarques. La Convention européenne des droits de l'homme a été faite pour sauvegarder des droits. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner que ceux qui sont chargés de la faire parler le fassent. Et le fait que les juges européens découvrent des droits dont on peut s'étonner voire dont on

ne soupçonnait pas qu'ils soient garantis par ce texte illustre ce que j'ai dit il y a quelques instants : le juge est largement maître des significations qu'il souhaite donner aux textes qu'il est chargé d'appliquer. Se surprendre que le juge place dans le champ de certains articles des pratiques qui ne semblaient pas pouvoir y rentrer comme la GPA avec l'article 8 est donc une interrogation touchante mais quelque peu naïve dès lors que, sollicité par des parties, le juge est, en dernière analyse, maître de la signification des énoncés et donc du « champ » d'application de cet article. Je ne souhaite peiner personne mais les juges ont toujours procédé ainsi. Certes, ils l'ont fait de manière plus ou moins assumée, à la faveur de raisonnements plus ou moins « audacieux » comme disent les thuriféraires de la jurisprudence, mais c'est en quelque sorte dans leur « nature ». Pour éviter l'activisme des juges, il faut éviter de multiplier les recours au juge, éviter de les persuader qu'ils ont la science voire la morale infuse, et mieux les choisir.

Sébastien Neuville : S'agissant de la question de l'interprétation, nous sommes en présence d'un texte – et nous connaissons la révérence française à l'égard du texte ! – Pour autant, se pose la question de son interprétation par la doctrine ou par les juges. Jusqu'où doit aller cette interprétation ? Doit-elle être créatrice ? C'est un peu l'impression que cela peut donner à l'heure actuelle.

Le texte de la Convention a été écrit initialement de manière assez précise à partir d'une grande réflexion terminologique et dans un souci diplomatique. Est-ce que cela autorise un juge à interpréter ce texte, à aller finalement bien au-delà de ce qui a été prévu ? Certes, il y a beaucoup d'autres exemples. Dans le Code civil, l'ancien article 1384, alinéa 1er avait été totalement interprété en dehors de son contexte initial. C'est une question assez semblable qui est au cœur du débat à l'heure actuelle au sujet de la Constitution américaine. Jusqu'où doit aller l'interprétation ? L'interprète a toujours tendance à agir avec ses propres présupposés, parce qu'il a telle ou telle conviction, telle

ou telle conception de la vie, des relations sociales, des relations humaines. Se pose ainsi la question de savoir jusqu'où les juges peuvent aller dans cette interprétation et sans remettre en cause une écriture initiale consensuelle et diplomatique.

La seconde question qui était évoquée était celle des relations entre le tout et la partie. Ce sujet est très ancien puisque c'est, chez Aristote, la question de la justice distributive. A ce propos, Aristote mentionne des relations entre le tout et la partie et non pas des droits ou des devoirs, comme nous tendons à le faire à notre époque. Il s'agit donc d'un questionnement qui existe depuis les origines.

Grégor Puppinck : Oui, il y a eu un débat notable entre Jacques Maritain et Charles De Koninck[1] dans les années 1930 et 1940[2], portant sur la relation entre la personne et le tout, qui opposait les tenant de la primauté du bien commun et ceux du personnalisme. Cette question est effectivement ancienne, mais elle reste essentielle pour la société contemporaine occidentale, qui favorise la primauté de l'individu au risque de fragiliser la société.

Guillaume Leroy : Vous parliez justement du rejet possible des libertés individuelles par certains États, ce qui peut arriver. À l'échelle de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, certains États rejettent cette portée individuelle des droits. On peut citer la Russie avant son exclusion, l'Albanie, l'Azerbaïdjan, la Pologne. Comment peut réagir le juriste face à ce rejet

---

[1] Charles De Koninck, *De la primauté du bien commun contre les personnalistes*, Ed. de l'Université Laval, 1943.

[2] Voir la controverse ayant opposé en 1945 le philosophe thomiste Charles De Koninck à Jacques Maritain et au Père Eschmann o.p. Sylvain Luquet, « Charles De Koninck et le bien commun. » *Laval théologique et philosophique*, volume 70, numéro 1, février 2014, p. 45–60.

de la part de certains États de la portée individuelle des libertés garanties par la Convention ?

Grégor Puppinck : Dans le préambule de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), il est indiqué que le juge doit non seulement garantir le respect des droits et libertés, mais aussi en assurer le développement, ce qui justifie une interprétation dynamique de la Convention. Cette approche se réfère à la question plus générale du progrès des droits de l'homme.

Mon point de vue repose sur deux présupposés : d'une part, les droits de l'homme s'inscrivent dans une perspective libérale individualiste ; d'autre part, ils impliquent la primauté de principes moraux sur les intérêts politiques d'un État. En d'autres termes, les droits de l'homme sont un ensemble de principes moraux qui se veulent universels et que les États et les gouvernements acceptent de respecter. Il s'agit non seulement d'accepter ces principes, tels que la liberté d'expression, l'égalité et le respect de la vie, mais aussi d'accepter la subordination de la politique à ces principes au moyen de mécanismes et d'institutions juridiques, comme notamment l'État de droit et les institutions internationales qui veillent au respect de cette subordination.

Cependant, certains pays signent les instruments de protection des droits mais ne sont pas prêts à accepter la subordination de leur vie politique à ce cadre. Cette réticence est particulièrement visible dans des pays plus ou moins autoritaires, comme la Russie, la Turquie ou l'Azerbaïdjan, où la politique prime le cadre moral des droits de l'homme. De plus, certains pays ne reconnaissent pas complètement les principes des droits de l'homme et les réinterprètent selon leurs propres cadres, en particulier en se référant à la charia dans les pays musulmans.

Il y a donc deux dimensions à considérer : l'acceptation des principes et l'acceptation de la structure juridique qui vise à les rendre effectifs. Comment répondre à cette problématique ? En Occident, qui est à l'origine de ces concepts, nous avons

atteint un accord universel minimal avec la Déclaration universelle des droits de l'homme qui affirme des principes surtout dérivés du droit naturel, donc universels. Si l'Occident interprète les droits de l'homme de manière excessive aux yeux des peuples ayant conservé une culture traditionnelle, il est évident qu'il n'y aura plus d'accord. Je suis convaincu que la cause principale de la fragilisation de la CEDH réside dans certaines interprétations extensives de la Convention européenne qui ont choqué les peuples d'Europe centrale et de l'Est. En voulant trop faire progresser les droits et libertés selon une conception occidentale de la morale, nous nous sommes éloignés du consensus, laissant les autres pays poursuivre leur propre chemin.

Sébastien Neuville : La Cour européenne des droits de l'homme peut être comparée à un tribunal arbitral, en ce sens que les parties y adhèrent volontairement. Dès lors que l'adhésion est volontaire, l'acceptation de la sentence est elle aussi volontaire. Je me suis engagé, j'accepte la sentence : *Pacta sunt servanda*. Toutefois, si je ne suis pas satisfait par la sentence, je chercherai d'autres solutions à l'avenir et j'éviterai probablement d'avoir recours à ce tribunal arbitral. C'est ce risque qui peut se présenter avec la Cour européenne des droits de l'homme. Si un État membre est condamné pour une raison qui ne correspond pas à ce qu'il pouvait attendre initialement au moment de son adhésion, que va-t-il faire ? Il est tout à fait possible de sortir de la CEDH. Et je pense qu'à force d'aller peut-être trop loin sur certains sujets, le risque soit que certains États décident de se retirer purement et simplement de la Convention. Si l'interprétation est trop extensive, il est possible d'en arriver à pousser certains États hors de la CEDH. Ce n'est évidemment pas voulu par les juges, mais c'est un risque certain. Et dans ce cas c'est la cause des droits de l'homme toute entière qui sera affaiblie.

Bruno Daugeron : Oui, je partage tout à fait les opinions des deux préopinants. Je pense qu'on a mis là le doigt sur l'essentiel,

une fois que l'on a refusé de trancher la question « est-ce que les droits de l'homme c'est bien ou ce n'est pas bien ? ». Ça semble en effet indécidable. D'un point de vue philosophique, chacun a sa position sur le sujet.

Je me souviens d'un article de Marcel Gauchet publié dans la Revue *Le Débat* dans les années 80 : « Les droits de l'homme sont-ils une politique ? ». À mon avis, non. Mais d'autres pensent que oui. Quelle est la bonne solution ? Il n'y a pas de bonne réponse à cette question. C'est une affaire d'équilibre et on commence doucement à aborder le point essentiel qui est le rôle du juge et la manière dont il doit participer à la construction d'un équilibre d'ensemble. Un juge ne peut pas faire autrement que juger, et juger implique de décider. Mais décider ne veut pas dire être idéologue ou activiste dans la construction d'une machine où le droit devient une fin en soi sans référence extérieure à elle-même, sans rapport avec le réel, et est vécu comme une opposition à la démocratie.

Il y a une réflexion à mener et je pense que les juristes, et les facultés de droit, portent une responsabilité qui n'est pas mince dans cette affaire. En droit, en France et pas seulement, sur la manière de voir le monde à travers le droit, il faut être attentif à ne pas tomber dans ce que j'appelle la vision « juridictionnalisante » du monde. Et ça, c'est un travers qui me paraît dangereux.

Grégor Puppinck : Ce sont les pays occidentaux qui ont développé les droits de l'homme, largement inspirés de la pensée du droit naturel, lequel se conçoit comme universel. Après la Seconde Guerre mondiale, la position de puissance des pays occidentaux leur a permis d'établir un système, un ordre et des textes présentés comme universels.

En tant que témoin régulier des débats à Genève, au sein des Nations Unies, je constate que même les dictatures se réclament généralement des droits de l'homme. Ainsi, même ceux qui ne les respectent pas s'en revendiquent ; c'est une forme d'exigence

de décence. Cette acceptation, partagée à l'échelle mondiale, repose sur le fait que les droits de l'homme correspondent à des besoins humains universels.

Cependant, l'universalité des droits de l'homme est remise en cause dès lors que l'on s'éloigne de cette commune décence, en réinterprétant les droits de l'homme dans une perspective excessivement progressiste ou postmoderne. L'activisme occidental en la matière est cause de dissensions. Les activistes occidentaux de cette nouvelle culture utilisent les institutions de protection des droits de l'homme pour diffuser leur idéologie. Ils y parviennent au moyen de ces instances et du droit international, notamment à Strasbourg et Genève, en redéfinissant les droits.

Ces institutions sont effectivement utilisées à cette fin, mais la résistance à cette influence est inégale, souvent menée par les pays les plus pauvres.

Cette utilisation idéologique des droits de l'homme s'accorde avec le fait que ces institutions comportent une dimension éducative qui peut être perçue comme une forme de néocolonialisme ou une réminiscence de la « mission civilisatrice » de l'Europe.

Depuis son élargissement et la chute du communisme, le Conseil de l'Europe s'est attribué la vocation d'éduquer les pays d'Europe centrale aux valeurs occidentales.

L'idée que des pays comme la France ou le Royaume-Uni n'ont pas vraiment besoin de la Cour européenne des droits de l'homme est répandue, car les droits et libertés y sont déjà bien garantis par des juges compétents. Toutefois, la France et d'autres pays d'Europe occidentale acceptent de participer au système, moins pour leur propre bien que pour enseigner la démocratie et l'État de droit aux pays comme l'Albanie, la Bulgarie, la Roumanie et la Turquie. Leur objectif principal n'est pas de se soumettre au contrôle de la Cour, mais de former ces États aux normes occidentales. Le système normatif du Conseil de l'Europe, y compris

son droit mou composé de nombreuses recommandations thématiques, sert principalement à cette pédagogie.

Cette fonction éducative est cruciale, et je suis convaincu que le rôle principal du Conseil de l'Europe au cours des vingt dernières années a été d'éduquer les pays d'Europe centrale. L'Allemagne, la France et l'Angleterre y participent, mais acceptent difficilement d'être condamnées. L'Angleterre, en particulier, réagit mal aux leçons et, depuis qu'elle exprime son mécontentement, elle est moins sanctionnée. Cet aspect pédagogique et éducatif se retrouve également au plan universel, mais avec peut-être plus de résistance de la part des peuples enseignés.

Bruno Daugeron : Simplement pour abonder dans ce sens, quelques chiffres pour qu'on se rende compte, effectivement. Les pays qui sont plus condamnés sont la Russie, l'Ukraine, la Turquie, la Roumanie, l'Italie. 20 000 affaires en stock semble-t-il, quand il y en a 600 pour la France. Et les condamnations de la France représentent simplement 1% des condamnations qui sont prononcées devant la Cour européenne des droits de l'homme. Donc effectivement, la dimension que vous avez évoquée est absolument fondamentale et doit être intégrée dans le regard porté sur la production normative. Effectivement, lorsque l'on est condamné pour quelque chose en France, ça fait beaucoup de bruit parce qu'on trouve que c'est abusif.

Guillaume Leroy : Nous avons attendu avant d'aborder cette notion, mais je pense que c'est le moment : le gouvernement des juges. On peut remarquer un tel gouvernement, et c'est saillant, au travers de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant l'article 8 de cette même convention, lequel porte sur le droit à la vie privée et familiale. Parfois, les interprétations et les condamnations portées par les juges vont à l'encontre de la souveraineté des États et des positions souveraines des États sur certains sujets comme la GPA par exemple. Est-ce que dans ces cas précis de la jurisprudence

de la Cour sur l'article huit, on ne pourrait pas parler d'un gouvernement des juges ? Et si oui, comment est-ce qu'on pourrait l'éviter ?

Bruno Daugeron : C'est un beau sujet, mais également très compliqué, qui va impliquer de se laisser dépayser quelques instants. Pour dire les choses de manière lapidaire, je dirais « non ». Parce que la notion de gouvernement des juges, de mon point de vue, n'a guère de sens.

Pourquoi ? Parce que « le gouvernement des juges » est d'abord une accusation. Une accusation de mal faire, de gouverner à la place de quelqu'un d'autre n'est pas quelque chose que l'on peut constater à partir d'un fait objectif. Elle constitue seulement un discours critique sur le rôle du juge qui n'a aucune traduction extralinguistique. Elle ne peut pas être constatée objectivement comme un fait de nature mais seulement subjectivement. Ainsi, pour prendre la mesure du sens de l'expression, il convient d'abord de se demander ce que gouverner veut dire. Qu'est-ce que gouverner ? Si gouverner c'est décider, je suis désolé de vous l'apprendre ou de vous le redire, parce qu'on ne le dit pas assez dans les facultés de droit, mais le juge décide, il passe même son temps à le faire. Je dirais même qu'il a été créé pour ça. C'est son rôle. Décider de quoi ? Certes pas de la teneur d'un énoncé législatif, conventionnel comme la CEDH ou constitutionnel mais bien, en revanche, de sa signification *normative*, c'est-à-dire ce qu'il veut dire dans le cas particulier dont il est saisi et donc des conséquences juridiques concrètes d'autorisation, d'interdiction, de permission ou d'habilitation de cet énoncé à la détermination desquelles il prend une part active. Un juge n'est pas, contrairement à ce qu'on enseigne trop souvent, une puissance nulle voire, pour les cours constitutionnelles, un organe placé à l'écart du système politique ou du système institutionnel ou du système de gouvernement. Il est dedans, il participe à l'équilibre du tout car la mission qui lui est confiée

de décider de la conventionalité d'un comportement, d'un État ou de la constitutionnalité d'une loi va mécaniquement produire des effets. Au point que, contrairement à une idée reçue, il est loin d'être seulement un organe d'application du droit et non un organe de création.

Pour une raison très simple qui nous ramène à ce qu'on disait au début, si les textes sur la base desquels on part sont d'abord des mots sur du papier, il va falloir leur donner un sens. Il va falloir dire ce qu'ils veulent dire au-delà des seuls mots. Tel est l'enjeu. Par exemple l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme porte sur l'exigence du bénéfice d'un procès dit « équitable ». Très bien, comme ça, spontanément, on voit tous à peu près ce que peut être un « procès équitable », parce que l'on a tous, *in petto*, une idée de l'équité. Mais quelles sont les traductions et conséquences juridiques concrètes de l'équité pour un procès ? Que veut dire « procès équitable » pour un juge sollicité par des parties ? Quelles normes contraignantes de permissions, d'interdictions d'habilitations, de qualifications on peut faire naître de ce mot ?

Il va bien falloir que quelqu'un nous le dise. Et les rédacteurs de n'importe quelle convention, de n'importe quelle loi n'ont pas besoin de préciser « de toute façon il faut que ce soit une interprétation dynamique », parce qu'elle le sera par nature. Il y a toujours trois étapes dans une interprétation. On doit d'abord déterminer quelle est la norme applicable, et ensuite déterminer sa signification en général avant, enfin, de donner son sens dans le cadre des cas particulier qu'il n'est pas possible d'anticiper. De là, les surprises, parfois mauvaises, produite par la jurisprudence.

Donc s'étonner que les juges soient amenés à interpréter, à donner la signification normative des énoncés, à rendre vivant le travail du législateur, du constituant, des cocontractants ou des parties à un traité, c'est, à mon sens, s'étonner du fonctionnement même du droit. Est-ce à dire que la part prépondérante du juge

dans la détermination du sens des textes qu'il est chargé d'appliquer serait la meilleure ? Non ! Une telle croyance est même dangereuse. C'est elle qui conduit à multiplier les textes et les recours juridictionnels pour faire appliquer ces textes. C'est elle qui contribue à créer ce que l'on pourrait appeler la vision juridictionnelle du monde où la figure du juge est considérée comme la plus valeureuse, la plus haute car la plus sage et la plus neutre alors qu'elle n'est ni l'une ni l'autre mais seulement la partie d'un tout dont elle n'est pas la fin.

Sébastien Neuville : Quel est le rôle exact du juge ? Son rôle est de répondre à un cas particulier. Mais si on insiste trop sur la jurisprudence, sur les évolutions de la jurisprudence de manière abstraite, celle-ci devient une véritable source de droit créée par les juges. Or, la Cour européenne des droits de l'homme a créé, sur son site internet, un recueil thématique regroupant les décisions passées pour bien montrer que c'est comme cela qu'à l'avenir, ce sera décidé. Donc, cela veut dire que finalement le cas particulier devient en réalité un cas général.

Il faut du reste se souvenir que le juge ne dispose pas d'un pouvoir. C'est la grande différence entre l'autorité et le pouvoir. Il n'a pas le pouvoir, car ce n'est pas lui qui fait exécuter les décisions. Dans l'hypothèse française, c'est le pouvoir exécutif qui fait exécuter les décisions du juge. Le juge, lui, n'a que son autorité. Le problème, c'est qu'il ne doit pas aller au-delà de la mission qui est la sienne, qui est de trancher un cas particulier. Et ce que l'on observe tout de même c'est que le juge, et pas seulement le juge de la Cour européenne des droits de l'homme, peut avoir tendance à considérer que finalement sa mission est évangélisatrice, transformatrice, et qu'il doit changer la société. Ce faisant, il se détache de la mission qui est la sienne.

Grégor Puppinck : En réponse à la question relative au gouvernement des juges, je souhaiterais ajouter que, selon moi, gouverner signifie orienter plutôt qu'appliquer. Normalement,

le juge veille à la bonne application de la loi et le politique en détermine l'orientation et le contenu. Cependant, il est évident que dans son action, le juge peut chercher à orienter la compréhension ou la connaissance des droits. Les droits de l'homme se distinguent du droit positif applicable aux questions d'équité, car ils définissent non pas seulement ce qui est juste, mais aussi et d'abord ce qui est bien pour l'homme. À la différence de l'équité, les droits de l'homme abordent des questions morales. Par exemple, la question de savoir s'il est bien de bénéficier d'une assistance au suicide a été posée à la Cour européenne des droits de l'homme. Cette question ne porte pas sur la justice de l'acte, mais sur sa moralité, sur la nature humaine et l'autonomie. Ainsi, la morale diffère de l'équité. Le juge ordinaire traite des questions d'équité, tandis que le juge des droits de l'homme traite en outre de questions de morale, dont la perception évolue avec le temps. En ce sens, le juge oriente la société.

Concernant le gouvernement des juges, il apparaît clairement que confier à des instances internationales la mission de garantir le respect de normes morales et de les appliquer à travers divers cas crée un corpus de normes jurisprudentielles secondaires détaillant l'application de ces normes. Ainsi, au sein de la CEDH et d'autres instances internationales, se développe un corpus de normes générales tirées de cas particuliers, suivant une approche de *common law*. Le travail des juristes consiste à rendre ces normes cohérentes, formant ainsi un magistère détaché des réalités nationales à l'origine des affaires. Une affaire jugée contre la Bulgarie établit des principes applicables également à l'Angleterre, l'Espagne ou la France, créant ainsi une norme quasi universelle, reconnue pour sa justesse et sa moralité intrinsèques, c'est-à-dire sa rationalité.

Les institutions internationales de protection et de définition des droits de l'homme coopèrent entre elles, se citant mutuellement et s'appuyant les unes sur les autres : la Commission de

Venise, la Cour européenne, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, les différents comités spécialisés, et la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Ce maillage vise à former un magistère des droits de l'homme cohérent et universel.

La légitimité de ce maillage réside non pas tant dans la nature des institutions (telles que la Cour de Strasbourg par rapport à un comité des Nations Unies), que dans la cohérence et l'universalité du magistère qu'elles produisent. Lorsque la Cour interaméricaine cite la Cour européenne, les droits de l'homme acquièrent alors une dimension universelle objective. Le véritable gouvernement des juges, dans le domaine des droits de l'homme, consiste en la constitution, à l'échelle européenne, puis mondiale, de ce magistère commun des droits de l'homme. Ce magistère est fondé sur la légitimité intrinsèque de toute norme fondée en raison, et domine la légitimité électorale des personnalités politiques. Contrairement à la politique, souvent populiste et quantitative, la production de normes reconnues universellement par le réseau des institutions internationales établit la domination des experts et des juges sur les politiques, de la qualité sur la quantité, de la raison sur les passions.

Guillaume Leroy : Quelles seraient, selon vous, les améliorations que nous pourrions apporter à la compréhension et au fonctionnement de la Cour pour assurer une meilleure protection des libertés tant collectives qu'individuelles ?

Bruno Daugeron : Comme je n'ai pas forcément d'idée très précise sur ces questions et que moi je refuse par principe de donner des solutions techniques, domaine que je ne connais pas assez, je laisse mon collègue en parler par la suite.

Simple petite réaction mais qui est en lien avec la question posée. J'observe quand même quelque chose que l'on n'a pas encore dit : les juges de la Cour européenne des droits de l'homme sont désignés par les gouvernements et plus exactement par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, composée

de délégations des parlements nationaux. C'est donc le pouvoir politique qui nomme les juges de la cour européenne et personne d'autre, et les États qui sont à l'origine de la soumission à la Cour dans la logique d'une convention internationale. La juridiction européenne n'est pas tombée du ciel, elle n'est pas un phénomène naturel. Elle peut bien sûr aller loin dans la signification qu'elle donne aux articles comme dans le pouvoir de contrôle qu'elle peut parfois s'attribuer, mais elle le fait par délégation des États.

Grégor Puppinck : J'ai mené plusieurs travaux sur la question des juges, en particulier dans le domaine du droit international public, une discipline pour laquelle j'ai une grande affinité. Ceux qui choisissent cette voie partagent souvent une vision universaliste et une conception du droit qui dépasse le positivisme pur. En droit international public, nous maintenons une compréhension du droit qui n'est pas strictement positiviste, ce qui est remarquable.

Concernant la nomination des juges par les gouvernements, il convient de noter l'existence de filtres. Par exemple, l'ancien gouvernement polonais a vu sa liste de candidats à la CEDH rejetée à trois reprises au sein du système du Conseil de l'Europe, et ce pour diverses raisons. Ainsi, il existe un système de filtrage et de sélection visant à garantir la conformité des candidats à la CEDH avec les critères du Conseil de l'Europe. Ce filtrage est d'abord réalisé par un « Panel consultatif d'experts sur les candidats à l'élection de juges à la Cour européenne des droits de l'homme », qui, par une forme de cooptation, donne une recommandation confidentielle à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, laquelle auditionne les candidats en commission, avant de procéder à l'élection en plénière. L'objectif est d'éviter l'élection d'un candidat incompétent ou ayant des positions politiques ou religieuses considérées comme incompatibles avec le Conseil. Des accidents peuvent survenir, par exemple,

lorsqu'un candidat en troisième position sur la liste de recommandations est finalement élu.

Le système international de protection des droits de l'homme vise à s'extraire de son origine interétatique et à réduire les influences politiques pour produire des normes perçues comme plus pures. Cette logique tend vers une finalité supranationale, car la norme morale n'a pas besoin de la légitimité des États pour exister. Améliorer ce système n'est possible qu'à la marge. La CEDH a récemment introduit une procédure de récusation, demandée par mon ONG, pour traiter des préoccupations liées à la composition de la Cour et à l'origine militante de certains juges.

Je pense que le système repose sur une promesse et constitue une forme de religion séculière. La CEDH représente la dernière espérance pour de nombreux individus en Europe et, malgré ses imperfections, elle accomplit un bon travail dans la plupart des affaires. Il n'existe pas d'alternative viable à ce système. Le vrai problème réside dans la concurrence entre deux légitimités : la légitimité politique et la légitimité kantienne de la raison. L'Occident privilégie la raison, mais cette légitimité de la raison est exercée par des êtres humains, dans un contexte politique.

Sur la question des améliorations, il s'agit avant tout de trouver un équilibre. Le droit doit parvenir à un équilibre logique, garantissant un niveau minimal de protection pour tous les individus sans tomber dans une interprétation excessive. Il est crucial d'établir un dialogue et une coopération entre les différents acteurs, évitant une logique d'opposition systématique.

Prenons le temps nécessaire pour ces ajustements. Le risque, sinon, est que certains États retirent leur signature. La question de l'interprétation rappelle l'idée de Chesterton : des idées initialement bonnes peuvent devenir extrêmes. Il est essentiel d'adopter une approche prudente, équilibrée et sage, en privilégiant le dialogue pour maintenir la cohérence et la légitimité du système des droits de l'homme.

Sébastien Neuville : Concernant les améliorations, je pense que tout est une question d'équilibre. Mais, c'est le propre du droit d'arriver à trouver un équilibre. Finalement, j'aurais tendance à dire qu'il est logique que les règles soient les mêmes partout. C'est logique qu'il y ait un niveau minimum de protection pour tous les individus. Mais je l'ai déjà dit tout à l'heure et je le répète, c'est logique aussi que l'interprétation ne soit pas trop extensive. Chacun doit y mettre un peu du sien. Il est essentiel d'arriver à établir un dialogue, une coopération, entre les différents acteurs, et qu'on ne soit pas dans une logique d'opposition les uns par rapport aux autres, mettant en avant que tel État ne répond jamais ou est toujours condamné.

Prenons du temps. Sinon, je pense que le risque, je l'ai souligné tout à l'heure, c'est que les États retirent leurs signatures et à ce moment-là le risque serait beaucoup plus important.

Concernant l'interprétation, cela me fait penser, toutes proportions gardées, à Chesterton. L'idée était bonne initialement. Mais ces idées, en ne reprenant pas la formule exacte de Chesterton, sont devenues un peu folles parfois. Et évidemment, il y a des populations qui ne comprennent pas certaines évolutions. Il y a quelques années, les questions tournaient surtout autour de l'article 6 § 1. Spécialement dans le cas de la France, l'application jurisprudentielle de cet article a remis en cause mille ans d'habitudes. Je pense qu'il faut donc être assez prudent. Il faut retrouver une certaine forme de sagesse, en s'appuyant sur l'équilibre et le dialogue.

Question d'une juge administrative présente dans le public : J'ai été juge administratif pendant 30 ans et je voudrais quand même poser une question, au-delà-du gouvernement des juges, sur l'hybris des juges. Parce que je crois qu'il y a une évolution importante. Quand on a créé la Convention européenne des droits de l'homme, on était dans un cadre post-nazisme et col noir de la Guerre Froide. La tendance pendant les 70 années qui

ont suivi, c'est le fait que les juges vont de plus en plus en avant. Par exemple, pour prendre l'exemple de ce que je connais le mieux, c'est à dire le juge administratif, là où il se contentait d'un contrôle restreint il passe à un contrôle approfondi, au fur et à mesure, ces dernières années. Pour revenir à la CEDH, il me semble que, et je vous pose la question, que c'est cette tendance à surinterpréter qui fragilise considérablement la légitimité des juges puisqu'on trouve ce conflit juges/gouvernement et ces critiques à l'égard des juges, non seulement en Europe de l'Est, mais de plus en plus en Europe de l'Ouest.

On sait que le Brexit, qui n'avait rien à voir avec la CEDH, mais je dirais que l'anglais moyen confondait la cour de Strasbourg et la Cour de Luxembourg. Il ne comprenait pas grand-chose donc il se disait que cette fameuse décision de la cour de Strasbourg sur le droit de vote des détenus, des prisonniers, était scandaleuse et qu'il fallait donc sortir de l'Union européenne. Même si ça n'avait absolument rien à voir. Mais c'est une clé de compréhension. Donc la question que je pose, c'est : qui gardera les gardiens ?

C'est à dire que le politique a tous ses défauts mais en démocratie on peut le renverser. Or le contrôle sur les juges c'est vraiment aujourd'hui, me semble-t-il, le problème que le français moyen, l'anglais moyen, etc. se pose.

Grégor Puppinck : Les gouvernements au sein du Conseil de l'Europe travaillent ensemble, au sein des divers comités d'experts sur le contenu et le fonctionnement du système européen de protection des droits de l'homme. C'est un système en constante révision. Et, au fond de la salle de réunion, il y a toujours un représentant de la Cour qui écoute les discussions des gouvernements et en rend compte à la Cour. La Cour n'est pas totalement indépendante, ni séparée des gouvernements. La plupart des juges rencontrent régulièrement l'ambassadeur du pays au titre duquel ils ont été élus. Par exemple sur la question de l'impartialité des juges qui a été soulevée par mes rapports sur

les relations et les conflits d'intérêts entre juges et ONG[3], il y a eu des travaux intergouvernementaux qui ont été mis en œuvre au sein d'un comité institué pour cela[4]. Et ce comité n'a même pas eu besoin finalement de publier ses recommandations puisque la Cour les a anticipées en partie et a modifié son règlement. Donc il peut exister une interaction officieuse entre les gouvernements et la Cour, en particulier au sein des groupes d'experts intergouvernementaux. Les personnes qui siègent dans ces groupes d'experts sont généralement les agents qui représentent leurs gouvernements devant la Cour. Donc ceux-là même qui plaident devant la Cour participent par ailleurs à la réforme et à la révision du fonctionnement de la Cour. Ils ont donc les deux casquettes : ils travaillent en amont de la Cour sur son fonctionnement, et devant la Cour comme agents des gouvernements. Mais tout ça est très feutré, évidemment. C'est de la diplomatie juridique. Toutefois, certains gouvernements dominent tandis que d'autres sont assez silencieux et passifs.

Alors qui garde les gardiens, *qui custodiet ipsos custodes* ? C'est aussi le rôle de la doctrine d'être attentive et d'analyser, de s'exprimer. Elle doit être courageuse. Il y a ensuite le rôle des ONG. Mais les ONG sont en général plutôt alignées sur les positions, disons libérales, de la Cour européenne. Donc il y a assez peu de contrôle et de critique de leur part. Quant aux médias, ils ont des difficultés à percevoir les enjeux des décisions, les enjeux des réformes. Le droit international des droits de l'homme est un pouvoir très technique, très réservé.

Quand je donne un cours ou une conférence sur les droits de l'homme, je demande toujours à l'audience si quelqu'un connaît le nom du juge français de la CEDH, ou peut citer le nom d'un

---

[3] Voir les deux rapports *Les ONG et les juges de la CEDH 2009 - 2019*, et *L'impartialité de la CEDH - Problèmes et recommandations*, ECLJ, 2023.

[4] Groupe de rédaction sur les questions relatives aux juges de la Cour européenne des droits de l'homme (DH-SYSC-JC).

juge de la CEDH. Il est très rare d'avoir une réponse positive. Donc effectivement, qui est en mesure de garder le gardien si nous ne savons pas même qui il est ? C'est un problème, à moins que cela ne participe à la volonté de déplacer le pouvoir vers cet aréopage, qui est censé avoir une vision plus rationnelle que les élus du petit peuple.

Bruno Daugeron : Très rapidement, pour dire qu'il n'y a pas de pouvoir aux juges que celui qu'on veut bien leur confier. Qui, en France, crée la question prioritaire de constitutionnalité ? C'est le constituant qui l'a créé. Qui a introduit dans la Constitution la notion de « droits et libertés garantis » par la Constitution, ? Ce n'est pas le Conseil constitutionnel qui s'est soudain réveillé et qui s'est dit « je vais m'auto-attribuer cette compétence ». C'est le pouvoir politique qui la lui a confiée et qui a constitutionnalisé sa pratique, influencé qu'il est par cette idéologie du droit dont je vous ai parlé, qui fétichise le droit et qui fait de son règne une fin en soi, une cause, y compris quand elle peut avoir pour conséquence de paralyser la politique. Personnellement, je me méfie de la tendance à vouloir étendre toujours plus ce que j'appellerais « l'empire du droit », raison pour laquelle je suis un défenseur des actes du gouvernement : il me semble sain que l'État puisse voir ses décisions les plus politiques, c'est-à-dire les plus subjectives dans les décisions d'opportunité qu'il prend, protégées du contrôle d'un juge et soustraites à cet empire du droit. Passé un certain seuil, la politique ne doit pas avoir de supérieur, et certainement pas le droit que l'on fera mine de considérer comme extérieur à la politique mais qui aura un fondement tout aussi subjectif voire arbitraire.